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. 1/2024

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

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, 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, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

FASCICOLO N. 1/2024

SOMMARIO

1. **The exercise of administrative function in the era of Predictive and Generative Artificial Intelligence: principles of trust and result and judicial perspectives.**
di Gennaro Terracciano……pag. 1
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

2. **L'intelligenza artificiale alla prova del diritto europeo: verso il diritto della paura?**
di Giovanni Pesce…….....pag. 14
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

3. **Intelligenza Artificiale, tra profili di responsabilità e protezione dei dati personali: aspetti de jure condito e prospettive de jure condendo.**
di Filippo Lorè e Paolo Musacchio…….....pag. 27
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

4. **Il pubblico impiego dal diritto amministrativo al diritto del lavoro: viaggio di andata (e ritorno?)**
di Fiorenzo Liguori…….pag. 71

ISSN 2036-7821

5. **Tendenze evolutive dell'ordinamento amministrativo: risultato negoziale e principio di legalità nell'amministrazione per contratti.**
di Franco Sciarretta……pag. 78

6. **The tax implications of the electronic sports phenomenon.**
di Laura Letizia……pag. 106

7. **Annullamento straordinario del provvedimento amministrativo, termine e autonomie locali.**
di Nicola Di Modugno……pag. 123

8. **La Cassazione pone la parola fine alla dichiarazione di improcedibilità del-la domanda di divisione ereditaria per la mancata produzione della documentazione ipocatastale?**
di Valeria Verde……pag. 142

9. **La crisi energetica e la produzione di energia rinnovabile tra semplificazioni e decretazione d'urgenza.**
di Bianca Nicla Romano……pag. 151

10. **Art. 50 D.Lgs. 36/23, un difficile equilibrio tra istanze di semplificazione procedurale ed interpretazione comunitariamente orientata.**
di Emanuel Pagano……pag. 197

ISSN 2036-7821

11. FinTech e Regulatory Sandbox: il caso notevole di Singapore.
di Paolo Tortorano……pag. 209

12. Le riforme della giustizia militare in Sud America.
di Fabio Zambardino……..……pag. 228

13. Gli affidamenti sotto-soglia nel nuovo codice appalti e la prospettiva di un correttivo.
di Marco Salzano……..pag. 239

14. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ed il diritto alla salute, nuova evoluzione?
di Antonio Saporito……..pag. 249

15. Brevi osservazioni in tema di sindacato del Giudice Amministrativo sulle informazioni antimafia interdittive.
di Mario Paladino…….....pag. 275

16. Nota a Consiglio di Stato Sez. II sentenza n.7404 del 31 luglio 2023, in materia di poteri di verifica, accertamento e controllo del GSE.
di Maria Zimatore…….pag. 297

17. L'affidamento degli appalti secondo le World Bank Procurement Regulations.
di Simone Francario…….....pag. 313

ISSN 2036-7821

18. **La regola del "fair-play finanziario" delle UEFA club licensing and financial sustainability regulation: riflessioni giuscontabili.**
di Jessica Orlarey……..pag. 356

19. **Note sulla riforma del Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità.**
di Angela Rombiolo…….....pag. 367

20. **Ricostruire il territorio per progettare il futuro: ripensare la gestione dell'emergenza per la trasformazione sociale nel post-sisma.**
di Piero De Rosa……pag. 381

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

The exercise of administrative function in the era of Predictive and Generative Artificial Intelligence: principles of trust and result and judicial perspectives

di Gennaro Terracciano

(Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma "Foro Italico")

Sommario

1. Artificial Intelligence and Administrative Function; - 2. Administrative Artificial Intelligence (AAI); - 3. The reference principles of algorithmic administrative proceedings, considering the perceived risks and the case law: trust and control of the outcome; - 4. (Non) conclusive deductions.

Abstract

The essay by the author focuses on the exercise of administrative function in the era of Predictive and Generative Artificial Intelligence (AI). It begins by discussing the ethical and legal implications of AI, highlighting the need to balance its potential benefits with concerns about its application in public administration. The author argues that AI is becoming increasingly integrated into the administrative decision-making process, pushing towards closer interaction between AI and humans. However, they emphasize the need to establish principles and rules to ensure the protection of individual freedoms and the pursuit of the public good. The author also examines the role of administrative justice in the context of AI, highlighting the need for more thorough judicial oversight of the outcomes of automated administrative decisions. Finally, they propose adopting the principles of "trust" and "result" as a guide for regulating algorithmic administrative action, emphasizing the importance of ensuring transparency and effectiveness of decisions, as well as legal compliance.

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

ISSN 2036-7821

1. Artificial Intelligence and Administrative Function.

Just as with the nuclear era, the so-called Artificial Intelligence (AI) era, following the now full maturation of the digital or informatics revolution, evokes fears, ethical doubts, the need for regulation, and risks regarding its effects on people's lives. However, at the same time, it promises unimaginable developments and positive progress in scientific fields, particularly in healthcare, industry, economy, and society. Every technological advancement, after all, represents a new "power" inherently both destructive and constructive, depending on its use and on the ability of organized human societies to control such power.

As well noted, "*It is a matter of evoking not a certain catastrophe, but a danger in progress, further facilitated by the astonishing naivety of those who fail to see its advance. The response of the erudite is well-known: also in the past dangers have been evoked with the introduction of machines, but these fears have proven regressive and fallacious; the important thing is to understand that the machine will always be subject to human control, indeed it will transform dangerous, dirty, and menial work into work of intelligence and programming, while unleashing new human creativity. Such a reply, though deserving attention, does not seem to perceive the problem being discussed today. Regardless of the more general observation that the fact that a danger has been effectively countered in the past does not mean that the current danger is still the same, it must absolutely not be overlooked that the situation in which humanity finds itself today has characteristics of absolute novelty, for which adequate critical processing tools are needed*"[1].

Even just two initial thoughts can be useful to understand the aforementioned reference: 1) the legal systems, including constitutional ones, of States and regulatory discipline in general regarding digitalization and AI are still quite incomplete and altogether insufficient[2]; 2) technological development and the possible applications of AI are predominantly in the hands of "GAFAM" or "BATX" and the relative "power", therefore, appears to belong to private multinationals at the moment.

---

[1] G. Limone, *L'algoritmo e il mondo della vita. Nuovi appunti sul fondamentalismo macchinico nell'era contemporanea*, in *rivista «Persona. Periodico internazionale di studi e dibattito»*, n. 1-2, Artetetra, Capua 2017, pp. 1-60, ISSN 2239-6667, Unofficial English translation of "*Si tratta di evocare non una catastrofe certa, ma un pericolo in atto, per giunta facilitato dall'ingenuità dotta e incredibile di chi non ne vede l'avanzare. La risposta dei dotti è nota: anche in tempi passati sono stati evocati pericoli per l'introduzione delle macchine, ma queste paure si sono dimostrate regressive e fallaci; l'importante è capire che la macchina sarà pur sempre sottoposta al controllo dell'uomo, anzi trasformerà il lavoro pericoloso, sporco e servile in lavoro di intelligenza e programmazione, mentre libererà nuova creatività umana. Una tale replica, pur meritevole di attenzione, non sembra percepire il problema di cui si sta oggi parlando. A prescindere dalla più generale osservazione per cui il fatto che in passato si sia contrastato efficacemente un pericolo non significa che il pericolo attuale sia ancora quello stesso, non va assolutamente trascurato che la situazione in cui si trova il genere umano oggi ha connotati di assoluta novità, per la quale occorrono adeguati strumenti di elaborazione critica*".

[2] J.B. Auby, *Conclusioni,* in *L'amministrazione digitale,* Ed.Scientifica, Napoli, 2023, pp. 287.

ISSN 2036-7821

Naturally, there are deep-seated doubts concerning the human spirit, prompting ethical-philosophical reflections,[3] ultimately leading to questions of whether the "machine" exists and whether abstract thought is exclusive to human intelligence. Moreover, the tendency to anthropomorphize thinking machines (specific characteristic of the so-called strong AI)[4] leads to imagining a sad and spectral future of human replacement or, at least, machine dominance over human beings. [5]

At the same time, weak AI (assuming that such a definition is still valid) is considered a positive technological revolution, as long as well-governed, in the constant pursuit of a balance between "computational output and human supervision".[6] After all, the protection of freedoms "does not encounter substantially new problems in the face of algorithms and machine decisions because it is still humans who are the protagonists of the entire phenomenon",[7] even though when these technical sciences also concern the methods through which administrative power is exercised, then one must wonder how to ensure compliance with values and rules that protect or are instrumental to constitutionally protected freedoms. This question is even more relevant in cases of exercising discretionary administrative power through unknowable volitional mechanisms of an informatic system that "learns" on its own through the acquisition of uncontrolled or uncontrollable "big data," and tends to supplant human decision-making.

Moreover, the pervasiveness of so-called technical sciences and the speed with which AI evolves, with unimaginable applications until recently, end up conditioning, for the most part uncontrollably, many aspects of human life: the more specialization

[3] See G. Chimirri, *IA Intelligenza Artificiale – Etica delle macchine pensanti*, Asterios, n. 64, 2021 for very rich bibliographic references, both concerning works of computer science and the digital world, and essays on the philosophy of technology, science, and culture, epistemology, and sociology.

[4] It has already been pointed out in G. Terracciano, *I.I.A. (intelligenza artificiale amministrativa) e sindacato giurisdizionale*, in *Amministrativamente*, no. 2 (preview), 2022, 1-10; see also, G. Terracciano, *Automazione e processo amministrativo: una convivenza difficile?*, in *Amministrativamente*, no. 1, 2022, 25-32, that in order to address the problem at a systemic level, it is necessary, once again, to highlight the *summa divisio* between automated procedures in which the algorithm is 'servant' (traditional), that is, it is able to systematize, collect, and reprocess data solely to facilitate human decision-making, and strong artificial intelligence algorithms, which are capable of self-learning and autonomously representing the decision-making process, replacing human determination with abductive, deductive, and predictive functions. Strong algorithms, as mentioned, present a high risk of lack of domain, when the process of continuous self-learning and constant reprocessing of the data originally inputted into the system, leads to the so-called black-box effect, generating an infinite series of automatic inferences, progressively less understandable, accessible, and subject to scrutiny.

[5] Of interest is the analysis by V. Tenore, *L'intelligenza artificiale può sostituire un giudice?*, EA Anicia, 2023, conducted in the legal-procedural field, which highlights the usefulness of AI (so-called weak AI) as a mere auxiliary tool, however, of the individual.

[6] This also in the field of public law and in the exercise of public functions, as highlighted by G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, Cedam, 2023, pp. 165 e ff.

[7] See, V.Caputi Jambrenghi, *Libertà e autorità*, II, Editoriale scientifica, 2023, pp. 253 ff.

ISSN 2036-7821

and complexity of sciences grow, the more urgent and common the demand for values and meaning becomes.[8]

The theme of the dominion of sciences, particularly those with almost immediate concrete applications, such as those concerning digitalization or the so-called artificial intelligence, becomes fundamental, due to the trap of ease of use versus the incomprehensibility of operating rules (in other words, algorithms).

The search for rules and values does not (or not only) concern the topic of digital or digitized administrative act which, however, at present, seems to be the result of an administrative process which must respect the norms safeguarding the formal and substantial correctness of the act itself.[9]

Similarly, the search does not seem to primarily concern parameters and rules of so-called traditional algorithms (so-called weak AI), which are the result of mathematical processes that allow a simple verification of correctness and are "controllable," to the extent that it is possible to verify the adequacy of the translation into mathematical language of legal rules.[10]

Instead, they become decisive and essential for the possibility of "dominating" algorithms resulting from the application of self-learning neural systems or artificial intelligence (that is, with input data not controlled by a human responsible), thus allowing sufficient comprehensibility and transparency (and not just knowability) in the programming phase, and then possible scrutiny in the exercise of power and evaluation of consequences, even on the merit level (taking into account not only binding acts, but also those with discretionary content, perhaps as a result of predictive evaluations).

After all, administrative decision, whether human or generated by AI, must be justified, and the control over the respect of public interest in the of exercise of power can only belong to the (administrative) Judge, who must be endowed with strengthened oversight power, precisely due to the greater technological complexity, which makes the volitional mechanisms hardly knowable or impenetrable.[11]

This is even more true when it is precisely the judicial power that equips itself with technological infrastructures and uses artificial intelligence for predictive functions of

[8] G. Limone, *Dare dignita` alla speranza e speranza alla dignita`. L'essere umano concreto al centro delle scienze e della vita: un crocevia di paradossi teorici ed etici*, Prolusione all'inaugurazione dell'anno accademico 2006/2007 della Seconda Universita` degli Studi di Napoli.

[9] S. De Felice, *Intelligenza artificiale e "Invalidità e giustiziabilità dinanzi al giudice amministrativo"*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, July 2021.

[10] M. Corradino, *Intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: sfide concrete e prospettive future*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, September 2021.

[11] See, Cons. Stato, sec. VI, n. 881/2020, with the comment of A. Valsecchi, *Algoritmo, discrezionalità amministrativa e discrezionalità del giudice* (Nota a Cons. Stato, sez. VI, sent. del 4 febbraio 2020, n. 881), in *iusinitinere*, 14/09/2020.

ISSN 2036-7821

decision outcomes,[12] with the risk of a virtual, automatic, and valueless justice, regulated by algorithms that act for mere uncritical reproduction of precedents.[13]
What appears evident from those initial introductory thoughts is the need to establish general principles and rules to protect people's freedoms through the construction of a complex and delicate system of safeguards sound at the international level, which, however, does not represent an irrational restraint of technological progress.
Moreover, national regulatory systems, which, based on different legal orders, establish specific principles and criteria for the use of AI to ensure full compliance, formally and substantially, with the public interest, both regarding the exercise of public power and the actions of private entities, are also necessary. Among these, the principles of "trust" and "achievement" are considered particularly relevant, according to an exploration which deserves to be further deepened.[14]

2. Administrative Artificial Intelligence (AAI).

It is believed that the distinction between "weak" artificial intelligence, as decision support, and "strong" artificial intelligence, as actual decision-making, in a perspective of strict opposition is to be considered outdated, as well as that between predictive AI and generative AI, which tends to highlight a distinction in terms of outcome or utilization.
In reality, systems based on artificial intelligence, especially those functional to the exercise of public administrative powers, accompany the entire decision-making process of the exercise of public power.
In fact, all phases of the decision-making process can be affected and conducted through algorithmic modules, both in procedural and judicial contexts.
Every decision presupposes an activity of collection and evaluation of factual and legal elements as prerequisites, namely a *dataset*, which within algorithmic processes is represented by digitized information, so that even the fact is "algorithmized".
The importance of input data is universally recognized, both in terms of quantity and quality: what needs to be added is the necessity that collection and inputting are

[12] G. Terracciano, *L'applicazione in campo giuridico delle reti artificiali. Il programma "Giurinet"*, in T.A.R., 1998, II, 497.

[13] See V. Tenore, cited work; C. Napoli, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, in *Riv. AIC*, 3, 2020.

[14] See the monograph by M. Falcone, *Ripensare il potere conoscitivo pubblico tra algoritmi e big data,* Editoriale Scientifica, 2023, which – correctly – highlights how the regulatory discipline being approved at the European Union level favors an approach to minimizing the (inescapable) risk associated with the introduction of AI-based management systems, applying the principles of accuracy, robustness, and security of AI systems, while also giving adequate relevance to the principle of human oversight, along with the need to ensure a certain degree of transparency, but above all, the correct management of datasets (pp. 294 ff.)

ISSN 2036-7821

supervised and somehow "certified", as indeed happens in "analogical" administrative proceedings.

Administrative Artificial Intelligence must therefore concern the entire decision-making process, mapping all processes through the elaboration of conduct rules, alerts, and monitoring indicators of their implementation, in order to ensure algorithmic transparency, accessibility, and scrutiny, allowing for the identification of essential guarantees and legality criteria that reconcile a fair degree of machine autonomy with the contrast to deviations, vulnerabilities, or system errors.[15]

It appears necessary, thus, to formalize a legal statute concerning the production and utilization of artificial intelligence in the administrative proceeding context, to be translated in concrete rules based on additional criteria to those in force for analogical proceedings, always implementing constitutional principles of legality and good governance: ultimately, reference shall be made to criteria and rules of "algorithmic governance".

Obviously, it is already possible to find research and decalogs in this regard, inspired by constitutional and regulatory principles related to administrative activity, aimed at avoiding inequalities or discriminations and in the interest of impartial action; [16] at the same time, others argue that existing regulations regarding administrative proceedings are considered sufficient or applicable[17].

However, the impression is that AAI is not just a simple tool to assist the human decision-maker, but it already has within itself the tendency to "merge" with the human decision-maker, if not tendentially to replace it, at least when there is no administrative discretion or exercise of political-administrative power, or when the public and private interests involved in the action are not particularly relevant. For this reason, it seems necessary to elaborate rules of good algorithmic administration, with the setting of operational provisions for the use of automated models with control or oversight in the data acquisition phase and verification of results downstream of the decision.

In other words, there seems to be a need for a diversified discipline on computerized proceedings with the use of AAI, including procedural protocols that guarantee adversarial proceedings and do not restrict the right to defense, but above all, allow for effective verifiability and scrutinization in terms of the correct pursuit of the public interest.

---

[15] See, already, G. Terracciano, *I.I.A. …*, cited work.

[16] E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir.Amm.*, 2/2020, 271 ff.; D. Ponte - G. Pernice, *L'intelligenza artificiale e l'algoritmo a contatto col diritto amministrativo: rischi e speranze*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, October 2021.

[17] M.C.Cavallaro, G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi*, 16/2019, 18 ff.

ISSN 2036-7821

The need to verify the correctness and appropriateness of administrative decisions does not only concern the algorithm itself, as the Italian administrative Courts seems to believe at present, but should be extended in scope in order to evaluate and control the entire "algorithmic" process, that is, the decision-making process as a whole, with the assignment of a more penetrating judicial oversight power, also on the output resulting from the adoption of a specific decision or on the administration's behavior, in compliance with constitutional principles of good governance and impartiality.

Ultimately, no one can doubt the need for a fair degree of traceability and transparency of processes, but the control of the results of administrative action becomes fundamental, both in terms of conformity to legal parameters and especially in terms of the "right" pursuit of the public interest: procedural and judicial control, both of legitimacy and of merit.

This need for evaluation and control of the result of algorithmic administrative action involves both the function of active administration and the judicial function, which investigate and operate on a hierarchy of interests emerging from the case, sharing the difficulty of interpreting, executing, and applying norms and principles often with a high content of abstractness in the concreteness of factual reality.[18]

3. The reference principles of algorithmic administrative proceedings, considering the perceived risks and the case law: trust and control of the outcome.

To understand the need for a paradigm shift regarding the criteria for algorithmic administrative action, it may be useful to take advantage of an application, based on an algorithm, of virtual assistance (ChatGPT), essentially developed as a language model that self-feeds (therefore without predictive or generative functions), which ends up reproducing, due to the mass of data processed, the prevalent thought spread on the internet. When asked, "In your opinion, what are the risks of introducing artificial intelligence in the context of the administrative activity of public institutions?", the response was as follows:

"*The introduction of artificial intelligence (AI) in the context of the administrative activity of public institutions can pose several risks. Here are some of the main ones:*

***Algorithmic bias**: AI algorithms can reflect biases present in the data with which they are trained. If historical data reflects discrimination or inequalities, AI could perpetuate these problems, exacerbating them or even making them more difficult to detect.*

[18] G. Terracciano – A. Colarusso, *L'indizio nella decisione amministrativa (teoria e prassi dell'inferenza probatoria nell'esercizio della funzione amministrativa e del potere giurisdizionale),* editoriale scientifica, Napoli, 2021.

ISSN 2036-7821

***Lack of transparency**: AI algorithms can be extremely complex and difficult to understand for those who are not experts in the field. This can lead to opacity in administrative decisions, resulting in a lack of accountability and difficulty in explaining actions.*
***Data protection and security**: The use of AI requires large amounts of data, often sensitive, to train the algorithms. This raises concerns about data privacy and security, especially if adequate measures are not taken to protect them from unauthorized access or abuse.*
***Technological unemployment**: Automating administrative tasks through AI could lead to a reduced demand for human labor in some sectors, causing technological unemployment and potentially increasing socioeconomic inequalities.*
***Decay of human skills**: If administrative decisions are significantly delegated to AI, there may be a decay of human skills necessary to critically assess situations, make complex ethical decisions, and creatively solve problems.*
***Manipulation and fraud**: AI algorithms could be subject to manipulation or fraudulent attacks, both internally and externally. This could lead to distorted or harmful decisions that undermine trust in the administrative system.*
To mitigate these risks, it is necessary to adopt measures such as transparency in the use of AI, continuous evaluation of algorithms to identify and correct any biases, rigorous data protection, ongoing training for human operators, and the creation of adequate accountability and oversight mechanisms. Additionally, it is essential to involve diverse stakeholders, including experts in ethics, law, and civil society, in the decision-making process regarding the implementation of AI in public institutions."
Furthermore, when asked, the system added: "*Certainly, the introduction of artificial intelligence (AI) in the context of the administrative activity of public institutions can offer a series of advantages:*
***Operational efficiency**: AI can automate repetitive and tedious processes, allowing public institutions to manage their administrative activities more efficiently and quickly. This could reduce document processing times, improve staff productivity, and optimize resource allocation.*
***Improved decision-making**: AI algorithms can analyze large amounts of data and identify patterns and trends that would otherwise be difficult to detect. This can support public institutions in making more informed, evidence-based decisions, both in public policy and internal management.*
***Reduction of human errors**: AI can help reduce human errors in administrative tasks, especially in tasks that require precision and consistency. This could improve the accuracy of decision-making processes and reduce the risk of errors that could have negative consequences.*
***Better customer service**: Implementing AI systems can improve the experience of citizens and users of public services. AI-based chatbots or virtual assistants can provide immediate*

ISSN 2036-7821

answers to common questions, reducing waiting times and improving accessibility to public services.

***Cost savings**: If implemented correctly, AI can lead to significant cost savings for public institutions. By automating processes and reducing reliance on human labor, institutions can reduce operating costs and allocate resources more efficiently.*

***Innovation**: AI offers new opportunities for innovation in administrative practices and public services. Through data analysis and the development of customized solutions, institutions can continuously improve their processes and offer more effective, tailored services to the needs of citizens."*

In the face of a generalist approach (common thought) that points out risks and benefits that may result from any introduction of technological innovations, especially computer-based ones, and that reproduce human fears and exaltations regarding the unknown, it is instead necessary to be ready to manage a different perspective of development, which sees AI as a possible protagonist of administrative decision-making, in both predictive and generative functions, suitably combined.

This diverse perspective requires a different approach, as it must be recognized that the action criteria regulating public behavior do not appear sufficient to ensure that the exercise of public power, in the era of AI, is effectively directed towards maximizing the public interest.

This also applies to the exercise of judicial power, which cannot remain confined to the traditional paradigm that does not allow for effective scrutiny of the merits of administrative decisions.

In algorithmic proceedings, and therefore following the use of AAI, it will not be possible to discern the exercise of technical discretion from that of administrative discretion, especially in cases of applications based on algorithms resulting from machine learning, which would remain opaque to understand even with maximum transparency and accessibility, considering that they would be alphanumeric strings or formulas that do not allow evaluations similar to those that could be made in relation to human behavior.

As already highlighted elsewhere: "*In other words, the process of subsumption between concrete facts and norms is not easily delineated, and the discretion inherent in every decision, whether human or automated, is characterized by a continuous comparison between input elements and experiential data, with cycles tending to infinity. The factual and legal assumptions become blurred, and the inquiry ends up being simultaneous with the decision, indistinguishable*".[19]

It has also already been noted that in the face of the ability of technoscience to generate extraordinarily invasive effects in the sphere of communities, there is not

[19] G. Terracciano, I.I.A. …, cited work.

ISSN 2036-7821

the same capacity of technoscience to predict with adequate certainty what will happen.[20] Yet, predictive systems seem to possess a persuasive force capable of becoming "influential" to the point of being determining factors in collective choices (not only in the political field). Thus, AI is able to transcend mere predictive function to be able to direct every "causal element" towards the supposed event, concretely achieving prediction: predictive capacity or primary causal element (of an event that would not have occurred without the prediction)?

In Italy, Administrative Courts, especially the Council of State, have acknowledged the existence of administrative decisions with the use of algorithms, for example in hiring procedures and allocations of teachers with automated procedures, establishing limits and conditions for the admissibility of automated decisions in the administrative context, setting criteria: of knowability, transparency, and accessibility of the procedure[21]; of the non-exclusivity and human dominion of the decision; of the non-discriminatory nature of the data entered into the system[22].

However, these judicial approaches are of a traditional matrix, limited by the kind of judgment that is exclusively of legitimacy and not of merit.

What still seems to be lacking is the recognition of the limited nature of this judicial response, in front of the need not to limit the evaluation on the existence of legitimacy gaps in algorithmic administrative action, but instead to broaden the judicial power to verify concretely the result and consequences of administrative action, to assess the effective pursuit of the public interest, and in compliance with criteria of justice and fairness, not just legality.

In other words, it is necessary to acknowledge that the legislative principles and criteria regulating the action of public administrations through *analogical* procedures are not sufficient to guarantee legality and, above all, democracy in proceedings characterized by the use of non-traditional algorithms, i.e., those stemming from machines evolved through self-learning, which make the Black box inherently indecipherable,[23] or so-called recursive, i.e., those that use recursion technique to solve a problem by subdividing it into smaller sub-problems of the same type.[24]

An adjustment of the reference principles seems necessary also to avoid slowing down the use of AI in the public sector, which, on the contrary, in the private sector

---

[20] G. Limone, *Dare dignita` alla speranza e speranza alla dignita`. L'essere umano concreto al centro delle scienze e della vita: un crocevia di paradossi teorici ed etici*, Prolusione all'inaugurazione dell'anno accademico 2006/2007 della Seconda Universita` degli Studi di Napoli.

[21] E. Prosperetti, *Accesso al software e al relativo algoritmo nei procedimenti amministrativi e giudiziali. Un'analisi a partire da due pronunce del TAR Lazio*, in *Diritto e Informatica*, 4/2019, 979 ff.; N. Muciaccia, *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa*, in *Federalismi*, 10/2020.

[22] D. Ponte –G., Pernice, *L'intelligenza artificiale e l'algoritmo a contatto col diritto amministrativo: rischi e speranze*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, October 2021.

[23] M.Corradino, *Intelligenza artificiale …*, cited work.

[24] G.E. Sacks, *Teoria della ricorsività*, Rend. Sem. Mat, Politecnico di Torino, conference 23 January 1996.

ISSN 2036-7821

seems to have no limits at present, with the effect of further aggravating the existing technological gap between large private enterprises and States. Legality, good governance, impartiality, transparency, accountability, responsibility, prevention, precaution, proportionality, humanity, are principles and criteria that undoubtedly must be respected with due adaptations, to which it must be added, as specific to the algorithmic proceeding and in order to achieve algorithmic "truth", at least those of trust and result.[25]

4. (Non) conclusive deductions.

Deciphering the principles of trust and result concerning algorithmic administrative action does not seem to be a straightforward task. Therefore, it may be necessary to start from some considerations that can be summarized as follows: a) general regulation regarding predictive and generative AI is currently entirely inadequate and predominantly oriented towards risk assessment; b) specific legislation on AAI and algorithmic administrative procedures is practically non-existent; c) technology and resources directed towards research in this field are predominantly controlled by private multinational corporations (GAFAM – BATX); d) the risks of altering the Authority-Freedom relationship due to uncontrolled AI usage in public power exercises are perceived as severe; e) the concentration of AI "power" in the hands of private multinational corporations, coupled with the absence of public supervision and control, could lead to a form of Technocracy that would strongly influence governments of States (whether democratic or not) or even replace them; f) It does

[25] About principles and criteria of algorithmic proceedings, see recently: G. Resta, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in Politica del diritto, 2, 2019, 199 ff.; G. Resta, *Algoritmi, diritto, democrazia*, in *Giustizia civile.com*, Editoriale, 2019; A. Celotto, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2019, 47 ff.; P. Zuddas, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, on *www.giurcost.org*, 2020; M.C. Cavallaro e G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 2019; G.C. Feroni, C. Fontana, E.C. Raffiotta, *AI Anthology, Profili giuridici, economici e sociali dell'intelligenza artificiale*, Il Mulino, Bologna, 2022; G. Carullo, *Dati, banche dati, blockchain e interoperabilità dei sistemi informatici nel settore pubblico*, in R. Cavallo Perin e D.U. Galetta (ed. by), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, 191-221; A.G. Orofino, *L'attuazione del principio di trasparenza nello svolgimento dell'amministrazione elettronica*, in *Judicium*, 2020; B. Ponti, *L'amministrazione come fornitore e come fruitore di dati personali pubblici: sono praticabili soluzioni basate sulla Big Data Analytics/Machine Learning?*, in R. Cavallo Perin (ed. by), *L'amministrazione pubblica con i Big Data*, Torino, 2021, 233-250; N. Rangone, *Intelligenza artificiale e intelligenza umana a supporto di una buona amministrazione*, in *Munera*, n. 2/2022; F. Luciani, *Brevi note sull'innovazione tecnologica come strumento di buona amministrazione*, in *La cittadinanza europea*, n. 2/2022, 199-218; G.M. Racca, *La responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. Amm.*, n. 3/2022; V. Fanti, *Intelligenza artificiale e diritto amministrativo: prospettive, limiti, pericoli*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, 1002; G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, cit., Milano, 2023; A. Romeo, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato alla prova della trasformazione digitale*, in *Scritti in onore di Maria Immordino*, Napoli, 2022; P. Rubechini, *Tecnologia blockchain e fiducia amministrativa*, Napoli, 2023.

ISSN 2036-7821

not seem possible (nor advisable) to halt or slow down technological progress, so efforts should focus on ensuring that AI is "manageable" (inclusive governance); g) complex or advanced algorithms based on self-learning are hardly evaluable (and understandable) *ex post* in terms of legitimacy or compliance with current rules of administrative action.

The approach to general regulation, both concerning the G7's 11 principles from Hiroshima and the upcoming Regulation (law) on AI from the European Union (which also established a European AI Office and provided for a European governance structure and similar national structures), is similar. Among other fundamental principles, there is a common recognition of the need for a clear system of accountability for entities that create, introduce, distribute, and use advanced AI systems. This corresponds to the need for assessment, control, and, it could be added, certification by public authorities to protect users (and administered citizens).

This approach can also be applied to more specific rules of algorithmic administrative action, and in this direction, the aforementioned two principles should be considered.

If "trust" refers to the relationship between the administrative Authority and the administrated subject, as recently established by the new Italian Public Procurement Code (n. 36 of 2023) – which is substantiated in mutual trust in the legitimate, transparent, and correct action of the administration, its officials, and, correspondingly, economic operators – then it also requires that the public Authority should supervise the quality and quantity of instrumental input data, for training purposes, to build the algorithm to be used within or in place of administrative proceedings. This oversight could converge into a sort of authorization or permission to use AI models or applications within the exercise of administrative activity, regardless of whether in-progress checks are self-certified or certified by economic operators or carried out by the public administration itself. The principle of trust in the correctness of public action regarding algorithm construction oversight would tend to diminish the importance of algorithm access and comprehensibility, inherently unfathomable and not subject to compliance evaluations with legal rules.

Ultimately, the principle of trust would play an essential role in controlling the technical prerequisites of the algorithm.

Judicial evaluation, too, of substantial correctness, and therefore legal correctness and, ultimately, fairness of the decision, would thus be focused on two essential aspects: the quantity and quality of data (input) and the final decision (output), with the process of elaboration and examination of the algorithm becoming almost irrelevant.

ISSN 2036-7821

The principle of result governs the final decision, in implementation of the principle of good administration (Art. 97 of the Constitution) and the criteria of effectiveness, cost-effectiveness, and efficiency.
The administrative decision, even algorithmic, can only be oriented towards the overall well-being of the administered, and thus the general public interest, albeit in pursuing the specific public interest, so that resource allocation is proportionate and responsible: good administration mainly concerns the ability of the final decision to achieve these goals by balancing all the public and private interests involved. However, what matters most is that the principle of result imposes effective evaluation, of merit and not just mere conformity to norms, of the final decision, both by the administrative authority overseeing the algorithmic process and by the judicial authority, which should focus not on formal or procedural defects (taking into account the initial authorization or authorization for algorithm use) but evaluate the administrative relationship as it is regulated in practice and the final decision (the administrative act produced by the AI system or with its assistance), to assess its conformity to the public interest, with full powers and reconsideration of the abuse of power, as a divergence between concrete action and the public interest to be pursued, in this noting the uselessness, in those fields, of the distinction between technical and administrative discretion.
Perhaps these are somewhat assertive considerations that need further development in line with technological advancements, and therefore, ultimately, they are only (non-)conclusive deductions.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'intelligenza artificiale alla prova del diritto europeo: verso il diritto della paura?

di Giovanni Pesce

(Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università Internazionale Telematica "Uninettuno")

Sommario

1. Una premessa; - 2. L'*iter* di approvazione del regolamento europeo sulla IA; - 3. Ma cosa rappresenta l'IA per l'ordinamento europeo?; - 4. La relazione introduttiva individua quattro obiettivi della regolazione: la sicurezza, la certezza del diritto, la governance e lo sviluppo del mercato; - 5. Su un piano differente, sembra interessante la possibilità di autorizzare spazi di sperimentazione normativa; - 6. *Governance* della IA; - 7. Sin qui la panoramica sulle novità principali del regolamento; - 8. Non si notano significative novità nel regolamento; - 9. Tutto ciò che attiene al governo del rischio richiede decisioni prese in condizione di incertezza; - 10. Il diritto ha sempre risolto il problema della decisione in condizione di incertezza facendo ricorso a presunzioni che rendono certo un fatto incerto; - 11. Contemperamento tra i vari interessi in gioco; - 12. Conclusioni.

Abstract

In the list of "five great objectives" established in art. 3, the Treaty on European Union (TEU) includes "scientific and technological progress" among the measures to be promoted in order to achieve a free, inclusive and competitive internal market. Our Constitution establishes that public administrations must ensure "the balance of budgets and the sustainability of public debt" (art. 97, paragraph 1, Constitution). It then identifies (in art. 97, paragraph 2) a legal reservation on the matter ("Public offices are organized according to legal provisions....") and also indicates the standards of conduct both for the apparatus and for the activities of the themselves carried out ("…so that the good performance and impartiality of the administration are ensured"). Although the theme of "technological development" is absent in the Constitution, obviously including that linked to AI, as a behavioral canon of the public administration, no one doubts that the public sector must use modern technologies, first and foremost AI (Avanzini, 2019). In particular, despite the absence of a regulatory framework, the administrative judge has no doubts about it, who has long considered the use of AI by the public administration to be constitutionally compatible.

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

ISSN 2036-7821

1. Una premessa.

Nell'elenco dei "cinque grandi obiettivi" stabiliti all'art. 3, il Trattato sull'Unione Europea (TUE) include "*il progresso scientifico e tecnologico*" tra le misure da promuovere al fine di realizzare un mercato interno libero, inclusivo e concorrenziale. La nostra Costituzione stabilisce che le pubbliche amministrazioni devono assicurare "*l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico*" (art. 97, comma 1, Cost.). Individua poi (all'art. 97, comma 2) una riserva di legge in materia ("*I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge*….") e indica altresì i canoni di comportamento sia per gli apparati sia per l'attività dagli stessi svolta ("*…in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*"). Per quanto sia assente nella Costituzione il tema dello "sviluppo tecnologico", compreso ovviamente quello legato all'IA, quale canone comportamentale della p.a., nessuno dubita però che il settore pubblico debba utilizzare le moderne tecnologie, in primo luogo l'IA (Avanzini, 2019). In particolare, pur in assenza di una cornice normativa, non ne dubita il giudice amministrativo, che da tempo ritiene compatibile sul piano costituzionale l'uso della IA da parte della p.a. (cfr. Cons. di Stato n. 881/2020, n. 2270/2019, n. 30/2020, n. 8472/2019; n. 7891/2021). Invero, se l'utilizzo dell'IA permette alla p.a. il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di risorse pubbliche, allora potrebbe essere già sufficiente considerare legittima sul piano costituzionale la scelta del legislatore e della stessa p.a. di organizzare i propri uffici utilizzando l'IA. Del resto, che l'IA, abbreviando i tempi dell'istruttoria attraverso l'elaborazione in tempi rapidissimi di milioni di dati, consenta riduzione dei costi dell'apparato pubblico appare un dato di fatto. Come è un dato di fatto che la sostituzione delle macchine con gli esseri umani genera, almeno di regola, un risparmio di costi. Si tratta del primo degli effetti legati all'uso delle tecnologie: maggiore efficienza, minori costi (Ciocca e Satta, 2008). All'efficienza legata al contenimento dei costi dovrebbe accompagnarsi un più accentuato profilo legato all'imparzialità dell'azione amministrativa. I benefici, specie nello svolgimento di attività ripetitive, vengono ottenuti escludendo interferenze dovute a negligenza del funzionario (essere umano) con conseguente maggior garanzia di imparzialità. Non a caso, la decisione completamente automatizzata affascina e suggerisce l'idea di una assoluta imparzialità, proprio perché ad essa è estraneo l'elemento umano (Le Sueur, 2016; Savona, 2018).

Gli algoritmi, dunque, promettono neutralità, razionalità ed obiettività. Utilizzare ove possibile l'algoritmo permette di sostituire la discrezionalità umana con un giudizio sintetico ritenuto, sia pure con varie sfumature problematiche, non contaminato dall'influenza del pregiudizio e le cui applicazioni sono vaste: dai contratti (Lo Sapio, 2023), al processo (Sunstein, 2018), all'organizzazione della

ISSN 2036-7821

macchina amministrativa (Pesce, 2021), al procedimento e alle decisioni (Otranto, 2018; Galetta e Corvalán, 2019; Di Martino, 2020; Orofino, 2020; Pesce, 2022).
Il dibattito sulla IA, su cui brevemente si è detto, deve oggi misurarsi con una precisa ed incisiva disciplina normativa di rango europeo, su cui si intende di seguito offrire una panoramica generale.

2. L'iter di approvazione del regolamento europeo sulla IA.

L'*iter* di approvazione del regolamento europeo sulla IA, con la proposta della Commissione UE del 2021[1] e la recentissima approvazione, con emendamenti, del Parlamento UE[2] è giunto alle battute finali. Non senza enfasi, si afferma nel sito della Commissione che l'UE ha varato la prima legge sulla IA[3].
Partiamo dalle definizioni. La nozione tradizionale individua l'Intelligenza Artificiale come la capacità di un *computer* digitale o di un *robot* controllato da un computer di svolgere compiti che di solito sono associati con i processi intellettuali più elevati, caratteristici degli umani: come l'abilità a ragionare, scoprire significati, generalizzare, o apprendere dall'esperienza del passato. Ad essa si ispira il regolamento, che definisce "sistema di intelligenza artificiale" un *software* sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell'allegato I, che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall'uomo, generare *output* quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono. Si rinvia, quindi, all'allegato I al regolamento, che declina: a) approcci di apprendimento automatico, compresi l'apprendimento supervisionato, l'apprendimento non supervisionato e l'apprendimento per rinforzo, con utilizzo di un'ampia gamma di metodi, tra cui l'apprendimento profondo (*deep learning*); b) approcci basati sulla logica e approcci basati sulla conoscenza, compresi la rappresentazione della conoscenza, la programmazione induttiva (logica), le basi di conoscenze, i motori inferenziali e deduttivi, il ragionamento (simbolico) e i sistemi esperti; c) approcci statistici, stima *bayesiana*, metodi di ricerca e ottimizzazione.

3. Ma cosa rappresenta l'IA per l'ordinamento europeo?

Famiglie di tecnologie in rapida evoluzione in grado di apportare una vasta gamma di benefici economici e sociali in tutto lo spettro delle attività industriali e sociali. L'uso dell'intelligenza artificiale, garantendo un miglioramento delle previsioni,

---

* Il presente contributo riproduce, con opportuni adattamenti, l'intervento dell'autore al convegno del 13 febbraio 2024 in Consiglio di Stato dal titolo: *Rule of Law e tecnologie emergenti: come regolare l'IA?*

[1] COM(2021) 206: Proposta di REGOLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO CHE STABILISCE REGOLE ARMONIZZATE SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE (LEGGE SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE) E MODIFICA ALCUNI ATTI LEGISLATIVI DELL'UNIONE https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8115-2021-INIT/it/pdf

[2] https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_IT.html

[3] https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/policies/regulatory-framework-ai

ISSN 2036-7821

l'ottimizzazione delle operazioni e dell'assegnazione delle risorse e la personalizzazione dell'erogazione di servizi, può contribuire al conseguimento di risultati vantaggiosi dal punto di vista sociale e ambientale nonché fornire vantaggi competitivi fondamentali alle imprese e all'economia europea (Torchia, 2023). Tale azione è particolarmente necessaria in settori ad alto impatto, tra i quali figurano quelli dei cambiamenti climatici, dell'ambiente e della sanità, il settore pubblico, la finanza, la mobilità, gli affari interni e l'agricoltura.

Nella proposta di emendamento al testo della Commissione (dicembre 2023), poi recepita nel teso finale, il Parlamento europeo illustra lo scopo della legge sulla intelligenza artificiale *"promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale antropocentrica e affidabile e garantire un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza, dei diritti fondamentali, della democrazia e dello Stato di diritto, nonché dell'ambiente, dagli effetti nocivi dei sistemi di intelligenza artificiale nell'Unione, sostenendo nel contempo l'innovazione e migliorando il funzionamento del mercato interno"*.

L'esigenza della tutela, all'interno della legge, è manifesta. Nel testo della Commissione la parola "protezione" ricorre 71 volte, la parola "innovazione" 16 volte, la parola "rischio" ben 353 volte; di libertà d'impresa e di scienze, invece, si parla una volta. I numeri sembrano significativi e non si prestano ad ulteriori commenti sull'approccio seguito dalla istituzione comunitaria nel regolare questa materia.

L'oggetto della protezione è sui valori essenziali della società: la salute, la sicurezza dei diritti fondamentali, la democrazia, lo Stato di diritto e l'ambiente; ma protezione da cosa? La risposta è nello stesso testo: dagli "effetti nocivi" (non tutti ben identificati, per la verità) dei sistemi di intelligenza artificiale nell'Unione. Ma forse dovremmo chiederci protezione da chi, se è vero che dietro ogni macchina c'è sempre un essere umano. J. Kaplan ha spiegato perché, a proposito di IA, usare il termine "intelligenza" sia fuorviante: a suo avviso i dispositivi basati sull'IA, anche se sono in grado di svolgere perfettamente molti compiti in autonomia, non sono realmente intelligenti, poiché non sono dei veri esseri senzienti, dotati di autocoscienza e capacità di ragionare (Kaplan, 2017).

4. La relazione introduttiva individua quattro obiettivi della regolazione: la sicurezza, la certezza del diritto, la governance e lo sviluppo del mercato.

La base giuridica dell'intervento si rinviene nell'art. 114 del Trattato di funzionamento e dunque nelle misure atte a sostenere il mercato interno. Lo strumento prescelto è il regolamento e con ciò si esprime l'esigenza di una regolazione di carattere orizzontale che vincolerà cittadini, imprese, Stati, senza necessità di ulteriore implementazione, fatta salva quella di dettaglio: si ritiene che questa scelta sia funzionale allo scopo di prevenire possibili conflitti normativi o

ISSN 2036-7821

incertezza giuridica, ma anche a garantire un livello uniforme di regolazione finalizzato a proiettare l'Unione europea quale leader nel contesto globale.
L'approccio è basato sul parametro del rischio e dei codici di condotta che dovranno assumere i fornitori[4] di IA.
I rischi provengono, in teoria, da quattro elementi: l'opacità dell'algoritmo, la complessità, la dipendenza dai dati e il comportamento autonomo della macchina. Ciascuno di essi caratterizza, da tempo, il dibattito sulla IA (Pasquale, 2015; Pesce, 2021), giunto sino alle aule della giustizia amministrativa, se è vero che il Consiglio di Stato ha già inteso ridimensionare il deficit informativo della "scatola nera" con un forte richiamo alla trasparenza della "formula tecnica" rappresentata dall'algoritmo, che deve essere corredata da spiegazioni in grado di tradurla nella "regola giuridica" comprensibile (sentenza n. 2270/2019, che subordina la legittimità dell'uso di tecnologie emergenti da parte della PA a precise condizioni di trasparenza del codice sorgente).
Più in dettaglio, il titolo II del Regolamento distingue tra rischio inaccettabile, rischio alto, rischio basso o minimo. La distribuzione del rischio riflette i poteri dell'amministrazione di autorizzare, vietare o autorizzare con prescrizioni i sistemi di IA.
Non è accettabile l'uso dell'intelligenza artificiale che si risolve in pratiche contrarie ai valori dell'Unione, magari perché è in grado di violare i diritti fondamentali. Viene portato come esempio specifico quello delle tecniche subliminali di manipolazione delle persone o lo scoring sociale praticato dalla p.a.; altro esempio è quello del riconoscimento biometrico in tempo reale da parte dell'autorità pubblica in spazi aperti (salvo eccezioni collegate alle attività investigative e attività di indagine).
Peraltro, in assenza di catalogo, viene da chiedersi se spetti alla p.a. stabilire di volta in volta cosa sia inaccettabile. Il punto sembra aperto.
I sistemi ad alto rischio per salute, democrazia, etc., sono ammessi subordinatamente al rispetto di determinati requisiti e previa valutazione di conformità. Viene richiesta sempre la presenza dell'essere umano, per cui chi propone modelli del genere deve assicurare che il sistema sia sempre e comunque governato dall'umano e non dalla stessa macchina. In questa riserva di umanità (Gallone, 2023) riecheggia l'art. 22 del GDPR n. 679/2016, secondo cui l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona (Civitarese Matteucci, 2019; Resta, 2019).

[4] Come descritto nell'art. 3 del Regolamento, per fornitore si deve intendere "*una persona fisica o giuridica, un'autorita`pubblica, un'agenzia o un altro organismo che sviluppa un sistema di IA o un modello di IA per finalita`generali o che fa sviluppare un sistema di IA o un modello di IA per finalita`generali e immette tale sistema o modello sul mercato o mette in servizio il sistema di IA con il proprio nome o marchio, a titolo oneroso o gratuito*".

ISSN 2036-7821

Dal regolamento si ricava che ciò che determina la classificazione del rischio è la finalità del sistema di intelligenza artificiale, e qui possono ricorrere varie ipotesi: i) i sistemi che sono componenti di sicurezza di prodotti già soggetti a valutazioni di conformità ex ante (prodotti comunque ritenuti già di per sé potenzialmente pericolosi, che però possono esserlo ancora di più in presenza di sistemi di intelligenza artificiale: vedi allegato II del regolamento), oppure altri sistemi di intelligenza artificiale che sono indicati all'allegato III del regolamento. E' chiaro che, per come è strutturato il sistema normativo, questo regime individua un considerevole margine di discrezionalità nella autorità deputata a raccogliere le richieste di autorizzazione.
Infine, i sistemi a basso rischio (per esempio, la chat GPT) sono quelli per i quali c'è un obbligo di semplice notifica.
Gli studiosi del diritto amministrativo troveranno nel regolamento molti sistemi di IA di possibile interesse per l'efficacia ed efficienza della p.a. che il regolamento classifica, tuttavia, "ad alto rischio" e, dunque, soggetti ad autorizzazione, tra i quali: i) i sistemi di IA destinati ad essere utilizzati per valutare l'ammissibilità delle persone fisiche alle prestazioni e ai servizi di assistenza pubblica, nonché per concedere, ridurre, revocare o recuperare tali prestazioni e servizi; ii) i sistemi di IA destinati ad essere utilizzati per valutare un rischio (compresi un rischio per la sicurezza, un rischio di immigrazione irregolare o un rischio per la salute) posto da una persona fisica che intende entrare o è entrata nel territorio di uno Stato membro; iii) i sistemi di IA destinati ad assistere le autorità pubbliche competenti nell'esame delle domande di asilo, di visto e di permesso di soggiorno e dei relativi reclami per quanto riguarda l'ammissibilità delle persone fisiche che richiedono tale status.

5. Su un piano differente, sembra interessante la possibilità di autorizzare spazi di sperimentazione normativa.
Ne parla l'articolo 53 del regolamento. Le *regulatory sandbox*, esplorate in altri sistemi giuridici (Allen, 2019) ma ancora poco da noi (Di Porto e Signorelli, 2022), dovrebbero rappresentare un modello di regolazione agevolata per le imprese che operano nei settori delle tecnologie emergenti (le cd. start up innovative) che intendono verificare la appetibilità per il mercato di nuovi prodotti in un contesto, però, di regole amministrative semplificate quanto all'accesso ed al controllo. Si tratta di una idea di ambiente dove soggetti privati, nell'ambito del cd. dialogo regolatorio con la p.a., dovrebbero sviluppare, provare e convalidare i sistemi di intelligenza artificiale innovativi prima della loro immissione sul mercato (Lo Sapio, 2022). Di conseguenza, le *regulatory sandbox* devono essere preventivamente approvate da autorità competenti e la relativa funzione dovrebbe essere quella di adottare una disciplina provvisoria e temporanea, derogatoria rispetto al quadro generale già

ISSN 2036-7821

approvato. In tal modo si confida che, nell'ambito della cornice generale, si possano attivare degli utili e continui spazi di auto-sperimentazione che produrranno, di conseguenza, un aggiornamento continuo delle tecniche di intelligenza artificiale sotto il controllo della mano pubblica. Il nostro ordinamento già conosce sulla carta fattispecie analoghe: si pensi al Decreto del MEF 30 aprile 2021, n. 100 sulla disciplina del Comitato e della sperimentazione FinTech, ove l'ammissione alla sperimentazione è soggetta alla condizione che l'attività soddisfi alcuni requisiti, come ad esempio un elevato grado di innovazione legata all'impiego di nuove tecnologie che possa contribuire ad offrire servizi, prodotti o processi nei settori bancario, finanziario o assicurativo realmente nuovi e diversi rispetto a quelli già presenti sul mercato.

6. Governance della IA.

La restante parte del regolamento, per quanto qui rileva, si occupa della *governance* della IA, cioè delle autorità chiamate a vigilare e controllare questo complesso apparato normativo (Torchia, 2023). I piani sono due: un livello europeo, con un ufficio (l'ufficio per l'IA: art. 64 del regolamento) e un Comitato europeo (art. 64) appositamente creati; un livello nazionale, da definire da ogni Stato membro, con il compito di mantenere un dialogo costante con le istituzioni UE. Più precisamente, avuto riguardo alla distinzione che è stata fatta sopra tra sistemi ad alto e a basso rischio, l'autorità di controllo è titolare di competenze generali relative all'attuazione del regolamento e al coordinamento delle attività affidate allo Stato membro ed è il punto di raccordo con la Commissione; l'autorità di notifica invece è competente per la valutazione e la notifica degli organismi di valutazione di conformità e del relativo monitoraggio. Si prevede anche un'autorità di vigilanza del mercato che è competente per certificare i prodotti e per vigilare sui sistemi di intelligenza artificiale nel loro effettivo utilizzo.

Il descritto apparato, naturalmente, deve essere armonizzato con le regole nazionali per far sì che la *governance* sia funzionante. Nel nostro ordinamento, come sappiamo, già esistono varie autorità di controllo e di vigilanza e si tratterà di capire se assegnare nuove funzioni ad autorità esistenti o se istituire nuove autorità. Da questo punto di vista, dovendo comunque mantenere un ruolo di indipendenza, l'autorità nazionale deve essere svincolata da autorità in qualche modo riconducibili al Governo, come è attualmente per l'Agenzia Italia digitale o per l'Agenzia per la cybersecurity. E allora, stando così le cose, occorre istituire nuovi soggetti cui assegnare queste nuove funzioni secondo un criterio di specialità. Una forma di raccordo bisognerà comunque trovarla, non fosse altro perché esistono già soggetti (ad es., il Garante per la protezione dei dati personali; l'Autorità garante della

ISSN 2036-7821

concorrenza) che vigilano specificamente su settori di confine e su ambiti di attività e di mercato di cui si occupa il regolamento.
In tal senso l'opportunità dell'istituzione di un apposito comitato interministeriale sembra rappresentare un interessante strumento per il governo interno dell'IA[5].
Per quanto attiene alle norme sulle Agenzie, non si notano particolari novità, se non che si continua con la proliferazione di un *management* della conoscenza, per quanto necessario.

7. Sin qui la panoramica sulle novità principali del regolamento.
Ora appare utile soffermarsi su alcuni elementi specifici che possono trarsi dal regolamento.
Anzitutto, il primo tema, se si vuole, è di politica del diritto ed attiene alla scelta di regolare. Non è naturalmente una scelta condivisa da tutti. Secondo alcuni la proposta di regolamento in realtà avrebbe il sapore più che altro di una introduzione di misure protezionistiche (il che sarebbe paradossale), se è vero che l'intelligenza artificiale non è qualcosa che è possibile controllare o disciplinare limitatamente ad una specifica area geografica: non è, cioè, un prodotto come un altro. La critica prosegue ricordando che, se proprio si vuole procedere con la regolazione delle tecnologie emergenti, come la IA, questa deve essere estesa a livello globale e vedere coinvolti i principali *attori* cioè Stati Uniti, Cina, India. Diversamente si rischia di creare delle barriere all'ingresso e comunque di dirottare capitali verso mercati dove, invece, le regole sono più attenuate; anche perché, di regole, il testo europeo, tra articoli, "considerando", rinvii e allegati, ne contiene davvero tante (180 "considerando", 113 articoli e XIII allegati): nonostante i buoni propositi di presentare un testo leggero. La questione della regolazione dell'intelligenza artificiale e della concorrenza globale rimane, dunque, un tema irrisolto e potrebbe creare delle frizioni tra l'Europa e le altre grandi potenze economiche che hanno approcci regolatori differenti (Donati, 2022).
Questa diversità regolatoria, che abbiamo visto in Europa essere caratterizzata da un rigido sistema orizzontale, non è per esempio condivisa dalla strategia statunitense, che ha un approccio precauzionale molto limitato, perché ritiene che ciò possa inibire lo sviluppo dell'intelligenza artificiale (Di Porto, 2022). Però, a voler essere *pars costruens*, è anche possibile che la stessa regolamentazione europea possa

[5] Il disegno di legge A.C. 1577, recante "*Norme per il coordinamento e la programmazione della politica nazionale in materia di intelligenza artificiale e innovazione digitale e istituzione di un Comitato interministeriale*", presentato il 29 novembre 2023 ed attualmente in prima lettura alla Camera, sembra valorizzare l'intelligenza artificiale come materia autonoma e non circoscritta ai profili di digitalizzazione. Attualmente, infatti, ad occuparsi dell'IA sono il Sottosegretario per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale, oltre alle Agenzie per il digitale ed al Comitato interministeriale per la transizione digitale.

ISSN 2036-7821

rappresentare un punto di riferimento per gli altri Stati e quindi possa spingere gli stessi a utilizzare, almeno in parte, gli stessi standard.

8. Non si notano significative novità nel regolamento.

Ciò detto, sul piano più strettamente giuridico, non si notano significative novità nel regolamento, nel senso che l'approccio orientato al rischio è ormai connaturato alla legislazione dell'Unione europea in determinate materie (Savona, 2013). Siamo, cioè, nel pieno del governo del rischio, con tutte le conseguenze legate alla società del rischio, alla percezione del rischio e alle sue distorsioni o, se vogliamo, anche alla cultura del rischio. In questo campo da tempo la strada è stata tracciata, anzitutto, dai sociologi tedeschi (Beck 1986; Luhmann 1991), che hanno messo in evidenza le caratteristiche della società contemporanea quale "società planetaria del rischio". Luhmann, in particolare, nella sua "Sociologia del rischio" evidenzia che l'enfasi con cui il dibattito sul rischio porta a ritenere eventi estremamente improbabili ma catastrofici non spiega però, quanto al progresso tecnologico, perché la società attuale, che pure rispetto alla società del passato governa meglio catastrofi naturali o epidemie, tuttavia vede rischi enormi nella tecnologia. La sua risposta, certo affascinante, sarebbe nel fatto che oggi si identificano le cause scatenanti delle sciagure più temute in persone o in organizzazioni o, meglio, in decisioni che a queste fanno capo. Dalla paura per la natura si passa alla paura per la tecnica.

La ricostruzione più compiuta del rischio si deve alla dottrina del diritto pubblico tedesco. I giuristi tedeschi per primi hanno, in qualche misura, teorizzato la rilevanza del governo del rischio con il relativo trattamento giuridico. Sarebbe interessante, ma non è questa la sede, ripercorrere tutta l'elaborazione del governo del rischio, che parte in realtà dalla nozione giuridica di pericolo, era utilizzata nell'ambito del diritto di polizia (giudizio di tipo prognostico che giustifica l'azione dei pubblici poteri), sino a quando il principio di precauzione non ha trovato una sua dignità autonoma, imponendo di ridurre al minimo le possibilità del rischio e anche se non si prova un danno concreto. In questo senso è, per esempio, la legge federale tedesca del 1974 sulla protezione delle immissioni in materia ambientale, che si ritiene il capostipite del principio di precauzione. Quindi, il presupposto che legittima le misure preventive non è più il pericolo, ma il rischio. Si può notare tuttavia una peculiarità. Mentre nel governo del rischio ambientale, il principio di precauzione è stato invocato per limitare l'uomo, reo di danneggiare l'ambiente, nel caso dell'IA il principio di precauzione viene immaginato in senso diametralmente opposto: in nome della "riserva di umanità" si pone un freno allo sviluppo tecnologico. Il principio si delinea, però, sempre secondo lo stesso schema: un approccio antropocentrico che conduce a decisioni in cui, l'ambiente come l'IA, sono

ISSN 2036-7821

strumentali a rassicurare gli esseri umani, che si tratti della sopravvivenza della specie o della sua supremazia sulle macchine.

9. Tutto ciò che attiene al governo del rischio richiede decisioni prese in condizione di incertezza (Schmidt-Assman, 2004).

Rischio e incertezza vanno di pari passo, quest'ultima legata essenzialmente a *deficit* cognitivi, a situazioni di non conoscenza. Secondo la dottrina tedesca il diritto del rischio si caratterizza per un'anticipazione dell'intervento pubblico, purché sussista base legislativa adeguata, limitativo della sfera individuale rispetto al modello tradizionale del diritto di polizia: quest'ultima si fonda generalmente su un giudizio di probabilità, mentre il primo su una prognosi incerta (Di Fabio, 1994). Questa impostazione trova avallo nella Corte costituzionale tedesca, che giustifica l'intervento dello Stato in situazioni di incertezza con il dovere di protezione dei diritti fondamentali (vita, dignità umana, salute). Si veda la sentenza Kalkar del 1978 sulla legge sull'uso pacifico del nucleare.

E questi sono gli elementi (il substrato) che caratterizzano anche il regolamento sulla IA. Lo strumento dell'autorizzazione per controllare i rischi legati all'impiego dell'intelligenza artificiale, come si può facilmente vedere leggendo le pratiche vietate e quelle ammesse (ad alto rischio; a basso rischio), rimanda a dei concetti giuridici indeterminati, quali il rapporto rischio-beneficio, l'effetto inaccettabile o accettabile, il rischio controllato, l'intelligenza artificiale affidabile e così via. Siamo in pieno diritto amministrativo del rischio (Kock, 2003; Savona, 2013), per il quale l'amministrazione istituita *ex lege* (regolamento UE) individua, valuta e controlla i rischi che sorgono dalle pratiche di IA e secondo il collaudato paradigma della "decisione sul rischio".

Il diritto del rischio presuppone quindi decisioni caratterizzate da forti deficit cognitivi e si ricorre, infatti, al governo del rischio quando non è possibile un giudizio di probabilità fondato sull'esperienza o su una regola scientifica sicura. Questo tipo di decisioni hanno dei tratti comuni: il coinvolgimento degli esperti tecnico scientifici; un bilanciamento di interessi contrapposti guidati da giudizi di valore e cioè da discrezionalità; una motivazione che non si fonda sull'esistenza di un nesso causale tra azione e danno; una temporaneità delle decisioni assunte e la rivedibilità delle stesse in qualsiasi momento. Gli esempi sono disseminati: dalla vigilanza farmaceutica alla sicurezza alimentare o chimica al controllo delle emissioni inquinanti: sono tutti esempi di amministrazione fondata sul rischio e quindi amministrazione e diritto del rischio.

Ogni governo del rischio, fondato sul concetto di *risk assessment* come base della regolazione, viene criticato perché può sovrastimare i rischi (i cosiddetti falsi positivi) o perché al contrario può indurre a sottovalutarli (falsi negativi), con la conseguenza

ISSN 2036-7821

di legittimare delle decisioni che limitano l'attività o prodotti che si rivelano innocui e di consentire attività di prodotti che si dimostrano dannosi, cose che non accadono le une e le altre in maniera così rara. Cioè in definitiva, direbbe Luhmann, anche evitare di correre rischi o cercare di controllare il rischio è, a sua volta, un comportamento rischioso, non potendosi mai prevedere la futura evoluzione della scienza e della società.
L'attività di *risk assessment* è stata già sottoposta al vaglio dei giudici e in particolare del giudice comunitario, che ha posto in evidenza la necessità di una garanzia procedurale forte per consentire una valutazione il più esaustiva possibile -ma pur sempre sulla base di pareri scientifici- perché soltanto una garanzia procedurale di questo tipo può consentire all'autorità politica di stimare se il livello del rischio si possa reputare accettabile (sentenza Trib. I grado Pfizer T13/99).

10. Il diritto ha sempre risolto il problema della decisione in condizione di incertezza facendo ricorso a presunzioni che rendono certo un fatto incerto.
Ancora, occorre ricordare che il diritto ha sempre risolto il problema della decisione in condizione di incertezza facendo ricorso a presunzioni che rendono certo un fatto incerto. Il diritto del rischio mutua dal processo le regole sull'onere della prova per rendere certo un fatto incerto. In altre parole, come sappiamo, il procedimento amministrativo deve essere concluso in ogni caso in tempi relativamente certi (Corso, 2022), per cui non si può rinviare all'infinito la decisione, specie in una materia come l'IA, in attesa che tutto ciò che è incerto diventi certo. Quindi, la regola sull'onere della prova viene utilizzata come sistema per sbloccare un procedimento che altrimenti rischierebbe di andare avanti all'infinito. Precisamente, l'onere della prova viene messo a carico degli operatori economici, i quali devono provare l'esercizio di una libertà che in questo caso è la libertà di impresa o di scienza o, se vogliamo, provare che essa non costituisce una minaccia per altri beni giuridici, quali la salute, i diritti fondamentali, etc.
Questa modalità di risolvere una questione, invero molto delicata (De Leonardis, 2012), è stata già avallata dal giudice comunitario (Trib. I grado 26/11/2002 T 74/00) che legittima, sulla base del principio di precauzione, un criterio basato sulla inversione dell'onere della prova; quindi, non sta all'amministrazione, che pure controlla, verifica, vigila e regola, stabilire ciò che non è conforme a principi di precauzione ma è il soggetto della cui libertà si tratta che ha l'onere di provarlo. In definitiva, si richiede all'operatore economico di dare la prova che si può immettere sul mercato un prodotto di intelligenza artificiale non nocivo.
Le questioni sopra indicate non sono comunque secondarie perché lo stesso giudice europeo ha stabilito alcuni limiti, a proposito della ripartizione dell'onere della prova di pericolosità, prova di innocuità, etc., in più di qualche caso. Il Tribunale ha

ISSN 2036-7821

stabilito, per esempio, che gli Stati membri, per giustificare una restrizione alla libera circolazione delle merci, non possono limitarsi ad un generico riferimento all'esistenza di rischi per la salute, ma devono dimostrare attraverso un'approfondita valutazione -caso per caso- se gli effetti di quel prodotto comportino un rischio reale per la salute (Trib. I grado, 28 /1/2005, causa 158/03). Ancora, è stato stabilito che contrasta con il principio di proporzionalità una norma statale che imponga ad un'impresa importatrice l'onere di provare la innocuità del prodotto che si intende commercializzare (CGUE 14/7/1983 C-174/82, Sandoz).

11. Contemperamento tra i vari interessi in gioco.

Volendo tirare le fila, potremmo dire che dal ricorso al principio di proporzionalità potrebbe farsi discendere un contemperamento tra i vari interessi in gioco, nel senso che l'azione dei pubblici poteri restrittiva della sfera individuale, anche nel contesto della regolamentazione della intelligenza artificiale, deve essere strettamente necessaria alla tutela dell'obiettivo perseguito. E che sia particolarmente pertinente questa giurisprudenza nel nostro caso lo dimostrano le disposizioni disseminate nel regolamento che rimettono al privato l'onere di provare che, per esempio, l'attività l'intelligenza artificiale non abbia effetti inaccettabili per l'uomo.

Da qui, una tutt'altro che scontata soluzione delle questioni che recherà con sé inevitabilmente il regolamento europeo sulla IA.

D'altra parte, se così non fosse si giungerebbe ad una norma che impone a chi presenta l'istanza, in questo caso di commercializzazione di un'intelligenza artificiale, una prova negativa qual è quella dell'assenza di effetti inaccettabili: una situazione che direbbero i processualisti si risolve in una *probatio diabolica*.

Norme, quindi, di questo tipo, che subordinano cioè il rilascio dell'autorizzazione alla condizione generica che si sia approvata l'utilità di una sostanza, finirebbero probabilmente per premiare lo *status quo*, per frenare l'innovazione e allo stesso tempo per conferire all'amministrazione un largo potere discrezionale che finirebbe per configurarsi come un vero arbitrio.

12. Conclusioni.

Per concludere, alcune domande. La posizione assunta dall'UE è evidente, ma fino a che punto è sostenibile nel lungo termine? Cioè, riesce la regolazione ad anticipare i problemi dell'IA oppure li razionalizza *a posteriori*? Il modello regolatorio prescelto non rischia di neutralizzare lo scopo stesso del regolamento, che rimarrebbe sempre un passo indietro rispetto alla realtà dell'evoluzione tecnologica e alla ormai conclamata inafferrabilità dell'IA (Han, 2023)?

Questi dubbi, forse, sembrano suggerire che è meglio consegnare nelle mani della giurisdizione la vera effettività della regolazione. Ma, in questo contesto, come si

ISSN 2036-7821

inserisce la giurisdizione? Anche sul fronte dell'amministrazione della giustizia, dunque del processo, le novità non saranno di poco conto, al pari dei problemi, se è vero che tra i sistemi di IA ad alto rischio, il regolamento annovera anche quelli "*destinati ad assistere un'autorità giudiziaria nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti*". E' poi chiaro che se venisse progettato e autorizzato un sistema di intelligenza artificiale che possa far emergere i fatti tramite tecniche la cui "la verità" sia ritenuta più oggettiva del passato (ciò che non è escluso a priori se si legge l'allegato II al Regolamento), detto sistema sarebbe di ausilio evidente per la dimostrazione dei vizi di eccesso di potere, sotto le diverse tipologie previste dal codice del processo, ma d'altra parte inaugurerà uno scenario dai contorni piuttosto foschi, in quanto il giudice potrebbe essere tentato di risolvere la controversia proprio per raggiungere la verità senza alcuna mediazione e addirittura avvalendosi di sistemi automatici per accertamento dei fatti (Pajno, 2022).

La verità è che non è agevole introdurre norme in questa materia. Certamente ebbe vita più facile il grande architetto greco Ippòdamo da Mileto, che nel sesto secolo A.C. fu il primo a introdurre ordine e regolarità nella progettazione delle città; a dotarle di strade e di simboli che poi sono stati universalmente utilizzati. E, tuttavia, la città ideale di Ippòdamo non doveva superare i 10.000 abitanti. Si capisce bene che regolare l'intelligenza artificiale non è la stessa cosa, ma si comprende anche che la cifra di ogni evoluzione sta nel grado di imprevedibilità che porta con sè.

La speranza è che non si inauguri una stagione caratterizzata non più dal diritto del rischio ma dal governo e dal diritto della paura.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Intelligenza Artificiale, tra profili di responsabilità e protezione dei dati personali: aspetti *de jure condito* e prospettive *de jure condendo*

di Filippo Lorè

(Professore a contratto presso l'Università degli Studi di Bari "A. Moro")

e

di Paolo Musacchio

(Avvocato e Data Protection Officer)

Sommario

1. Introduzione. – 2. Il quadro normativo rilevante in materia di IA. 2.1 Brevi cenni al c.d. caso GPT e alla posizione del Garante per la protezione dati personali. – 3. La responsabilità civile dell'IA. 3.1 Autonomia dei sistemi algoritmici e regolazione dei rapporti. 3.2 Le diverse teorie della dottrina sulla responsabilità dell'IA. 3.3 L'applicazione delle norme sulla responsabilità oggettiva. 3.4 I principi della Proposta di Direttiva UE sulla responsabilità extracontrattuale dell'IA. – 4. IA in medicina. – 5. Aspetti normativi in materia di tutela dei dati personali utilizzati nell'IA: l'*explainability* dell'algoritmo. – 6. Conclusioni.

Abstract

In this contribution we intend to analyze, through a necessary regulatory examination, the most complex aspects that can arise in the use of Artificial Intelligence techniques. There is an ongoing challenge that permeates all sectors of daily life and, therefore, calls the public and private world to activate suitable guarantee mechanisms to safeguard the fundamental rights and freedoms of citizens, even more so when these systems are used in healthcare.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione

Sono necessarie, anzitutto, alcune premesse sotto il profilo definitorio, poiché Intelligenza artificiale (IA), *Machine Learning* (*ML*) e *Deep Learning* (*DL*) vengono a volte usati, impropriamente, come sinonimi. L'IA, campo dell'informatica dedicato alla creazione di sistemi che svolgono compiti che normalmente richiederebbero l'intelligenza umana, ricomprende il *ML*, ossia quegli approcci che permettono alle macchine di imparare dai dati, senza che queste siano programmate esplicitamente, dunque, con l'apprendimento, gli algoritmi di *ML* tenteranno di minimizzare gli errori e massimizzare la probabilità che le loro previsioni siano vere[1]. Il *DL* è un sottogruppo del *ML* e incorpora modelli e algoritmi computazionali che imitano l'architettura delle reti neurali biologiche nel cervello (reti neurali artificiali - *ANN*)[2]. Ciò detto, secondo un recente studio di Confartigianato, l'Intelligenza Artificiale (IA) metterebbe a rischio, nel nostro Paese, 8,4 milioni di lavoratori, ossia il 36,2%, per lo più nelle professioni maggiormente qualificate[3]. Tuttavia, siamo ormai di fronte a uno dei temi principali della riflessione filosofica e giuridica non tanto per i prevedibili problemi di occupazione derivanti dall'uso dell'IA, quanto per via dei potenziali impatti negativi sulla società contemporanea e, dunque, sulle persone, in special modo in presenza di decisioni automatizzate dei sistemi algoritmici o laddove i dati raccolti dall'IA siano relativi all'orientamento sessuale o alle convinzioni religiose, che possono alimentare *bias* negativi[4]. Per *bias* si intende ogni ragione che porta l'algoritmo a un risultato diverso da quello cui dovrebbe condurre il suo normale funzionamento[5]. I *bias* possono essere presenti nei *training data*, nella struttura dell'algoritmo, così come nell'utilizzo dell'algoritmo in un contesto diverso da quello per cui è stato concepito, nonché negli esiti dell'algoritmo laddove esso riproduce *bias* esistenti nella società[6]. L'approccio più diffuso è, dunque, quello "antropocentrico", ossia focalizzato sui valori umani di cui dovrebbe farsi portatrice l'IA, dunque, prevedendo una soglia minima di controllo e sorveglianza umani

* Benché il presente lavoro sia frutto della riflessione comune e della collaborazione dei due Autori, tuttavia, i paragrafi 3, 4 e 6 sono stati redatti da Filippo Lorè ed i paragrafi 1, 2 e 5 sono stati redatti da Paolo Musacchio.

[1] D. Jakhar, I. Kaur, *Artificial intelligence, machine learning and deep learning: definitions and differences*, in *Clin. Exp. Dermatol*, 2019.

[2] Y. LeCun, Y. Bengio, G. Hinton, *Deep learning*, in *Nature*, 512, 2015, pp. 436-444.

[3] Per Confartigianato l'AI mette a rischio 8,4 milioni di lavoratori in Italia, in *AI4Business*, 24 agosto 2023, URL https://www.ai4business.it/intelligenza-artificiale/per-confartigianato-lai-mette-a-rischio-84-milioni-di-lavoratori-in-italia/?utm_campaign=ai4business_20230825&utm_source=ai4business_20230825&utm_medium=email&sfdcid=0030O00002nYTGRQA4.

[4] S. Orlando, *Regole di immissione sul mercato e «pratiche di intelligenza artificiale» vietate nella proposta di Artificial Intelligence Act*, in *Persona e Mercato*, 3, 2022.

[5] B. Friedman, H. Nissenbaum, *Bias in computer systems*, in *ACM Transactions on Information Systems*, 3, 1996; J. Silberg, J. Manyika, *Notes from the AI frontier: Tackling bias in AI (and in humans)*, in *McKinsey Global Institute*, 2019.

[6] F. J. Zuiderveen Borgesius, *Strengthening legal protection against discrimination by algorithms and artificial intelligence*, in *The International Journal of Human Rights*, 10, 2020, p. 1572 ss.

ISSN 2036-7821

(*human oversight*) sugli algoritmi, tuttavia, in tal senso viene sondata anche la possibilità di una prospettiva diversa – costituita da una «regolazione etica» dell'IA, preordinata ad attribuire una responsabilità etica delle azioni di tecnologie algoritmiche[7]. Considerata, infatti, la crescente diffusione dei sistemi automatizzati nei meccanismi decisionali[8], appare necessario prevenire eventuali rischi di "discriminazione sociale" derivanti dalle decisioni degli algoritmi, poiché «garantire che i diritti umani siano rafforzati e non minati dall'intelligenza artificiale è uno dei fattori chiave che definiranno il mondo in cui viviamo»[9]. Poiché gli algoritmi potrebbero orientarsi verso scopi non previsti in origine, sorge la necessità giuridica di allocare la responsabilità delle decisioni prese da tali sistemi[10], di talché, le Istituzioni di molti Paesi, tra cui anche quelle dell'Unione europea, stanno tentando, da qualche anno, di dare risposte, a garanzia del rispetto dei diritti fondamentali, da un lato, all'individuazione di un regime di responsabilità per le conseguenze dannose delle scelte dell'IA, e nel presente contributo si tenterà di passare in rassegna le diverse teorie in merito. D'altro canto, all'esigenza di individuare opportuni principi di *governance* dell'IA. Si pensi, oltre alla supervisione umana, a principi quali la sicurezza, la trasparenza, il benessere sociale e ambientale, la diversità, la non discriminazione e l'equità, la riservatezza dei dati. In particolare, il legislatore europeo ha affermato l'esigenza che i sistemi di IA collocati sul mercato prevedano, sin dalla fase di progettazione, l'adesione alla normativa in materia di tutela dei diritti fondamentali e ai valori dell'Unione, nonché «migliorare la governance e l'applicazione effettiva della normativa esistente in materia di diritti fondamentali e requisiti di sicurezza applicabili ai sistemi di IA»[11]. Tali considerazioni valgono ancor di più per l'IA generativa e per i sistemi algoritmici

[7] E. Chiti, B. Marchetti, *Divergenti? Le strategie di Unione europea e Stati Uniti in materia di intelligenza artificiale*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 1, 2020.

[8] Nell'ampia letteratura in materia, si consigliano G. Phillips-Wren, L. Jain, *Artificial Intelligence for Decision Making*, in *Knowledge-Based Intelligent Information and Engineering Systems*, Berlino-Heidelberg, 2006, pp. 531–536; Y. R. Shrestha, S.M. Ben-Menahem, G. Von Krogh, *Organizational Decision-Making Structures in the Age of Artificial Intelligence*, in *California Management Review*, 61, 4, 2019, pp. 66–83; K. De Fine Licht, J. De Fine Licht, *Artificial Intelligence, Transparency, and Public Decision-Making: Why Explanations Are Key When Trying to Produce Perceived Legitimacy*, in *AI& SOCIETY*, 35, 4, 2020, pp. 917–926; A. Santosuosso, *Intelligenza Artificiale e Diritto: Perché Le Tecnologie Di IA Sono Una Grande Opportunità per Il Diritto*, Milano, 2020.

[9] Consiglio d'Europa, *Unboxing artificial intelligence: 10 steps to protect human rights*, 14 maggio 2019, https://www.coe.int/en/web/portal/news-2019/-/asset_publisher/gaVFYRTI7hqZ/content/unboxing-artificial-intelligence-10-steps-to-protect-human-rights?_101_INSTANCE_gaVFYRTI7hqZ_languageId=it_IT, in cui si afferma l'esigenza di prevedere una valutazione dell'impatto sui diritti umani (Human rights impact assessments, HRIA) da parte delle Autorità pubbliche che acquisiscono e sviluppano sistemi di IA, con particolare attenzione per i gruppi di persone che registrano un maggiore rischio di impatto dal ricorso all'IA.

[10] L. Savolainen, M. Ruckenstein, *Dimensions of autonomy in human–algorithm relations*, in *New Media & Society*, Giugno 2022, https://doi.org/10.1177/14614448221100802.

[11] D. Chiappini, *Intelligenza Artificiale e responsabilità civile: nuovi orizzontidi regolamentazione alla luce dell'Artificial Intelligence Actdell'Unione europea*, in *Rivista Italiana di Informatica e Diritto*, 2, 2022.

ISSN 2036-7821

"predittivi". Questi ultimi sono sussumibili in diverse categorie, poiché si va dalla polizia predittiva, utilizzata per selezionare le zone delle città in cui la polizia dovrebbe essere presente a tutela dell'ordine pubblico, alla giustizia predittiva[12], alle predizioni del traffico, al *welfare allocation*, in grado di decidere se un cittadino è idoneo a beneficiare di un servizio pubblico, al *social scoring*, alla medicina predittiva, con evidenti problemi, in tutti i casi citati, di natura etica. In particolare, ci si soffermerà su alcuni risvolti dell'uso degli algoritmi nel campo della medicina.

2. Il quadro normativo rilevante in materia di IA.

Nell'ambito della *governance* dell'Intelligenza Artificiale (IA)[13], in ambito europeo, il punto di partenza è rintracciabile in due atti della Commissione Europea, ossia la Comunicazione del 25 aprile 2018, dal titolo "*L'intelligenza artificiale per l'Europa*", e il rapporto "*Ethics guidelines for trustworthy AI*", a firma dello "*Independent high-level expert group on artificial intelligence*", i cui risultati sono stati ripresi il 19 febbraio 2020 nel Libro Bianco sull'intelligenza artificiale [14]. Le Istituzioni europee, mirando a conciliare lo sviluppo sicuro e affidabile dell'IA con il «pieno rispetto dei valori e dei diritti dei cittadini dell'UE», e a creare un «ecosistema di fiducia», auspicano che l'IA non solo rispetti la legge, ma osservi anche i principi etici, garantendo «che le loro attuazioni pratiche non comportino danni indesiderati», puntando a rafforzare «le capacità dei cittadini, non a sostituirsi a loro, e consentire l'accesso anche alle persone con disabilità»[15]. Il Parlamento Europeo ha emanato il 20 ottobre 2020 tre risoluzioni, due proposte di regolamento su etica, responsabilità e proprietà intellettuale dei sistemi di IA e una quarta risoluzione sui sistemi autonomi di armi letali. Non va dimenticata, inoltre, la recente adozione del sistema di norme costituito dal *Digital Services Act* (*DSA*, legge sui servizi digitali) e dal *Digital Markets Act* (*DMA*, legge sul mercato digitale) che ha come obiettivi principali quello di creare uno spazio digitale più sicuro in cui siano tutelati i diritti fondamentali di tutti gli utenti dei servizi digitali e quello di creare condizioni di parità per promuovere l'innovazione, la

[12] In tal senso, cfr., *ex multis*, R. Bichi, *Intelligenza Artificiale tra "calcolabilità" del diritto e tutela dei diritti*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1172; E. Battelli, *Giustizia predittiva, decisione robotica e ruolo del giudice*, in *Giust. civ.*, 2020, p. 281 ss.; A. Carratta, *Decisione robotica e valori del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 491 ss.

[13] L'art. 3, AI Act, definisce, quale "sistema di intelligenza artificiale", un sistema progettato per funzionare con elementi di autonomia e che, sulla base di dati e input forniti da macchine e/o dall'uomo, deduce come raggiungere una determinata serie di obiettivi avvalendosi di approcci di apprendimento automatico e/o basati sulla logica e sulla conoscenza, e produce output generati dal sistema quali contenuti (sistemi di IA generativi), previsioni, raccomandazioni o decisioni, che influenzano gli ambienti con cui il sistema di IA interagisce.

[14] Commissione UE, "LIBRO BIANCO sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia", 2020, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_it.pdf

[15] D. Iacovelli, M. Fontana, *Nuove sfide della tecnologia e gestione dei rischi nella proposta di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: set di training, algoritmi e qualificazione dei dati. Profili critici*, in *Il diritto dell'economia*, 109, 3, 2022, p. 106 ss.

ISSN 2036-7821

crescita e la competitività, sia nel mercato unico europeo che a livello globale. Il DSA, in particolare, va a sostituire e a novare il precedente regime di responsabilità dei fornitori di servizi della società dell'informazione, costituito dalla Direttiva E-commerce (Dir. CE 2000/31), mirando a creare un'ambiente digitale più sicuro, in cui i diritti fondamentali degli utenti dei servizi digitali siano protetti, in particolare per fini di stabilità democratica, atteso il crescente potere di piattaforme ed esperti (*gatekeepers*), connesso al fenomeno di disinformazione e polarizzazione, mediante usi impropri dei servizi *online* da parte di sistemi algoritmici manipolativi[16]. Infine, nel 2021, la Commissione Europea ha approvato la Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (Legge sull'Intelligenza Artificiale, *AI Act*) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 21 aprile 2021 (2021/0106 (COD)), di cui è prevista l'adozione definitiva, all'esito dei "triloghi" tra le istituzioni europee, entro la fine del 2023. La Proposta di Regolamento sul'IA, definita da Pizzetti come «snodo nel passaggio della UE dalla società predigitale a quella digitale»[17], stabilisce regole armonizzate direttamente applicabili su tutto il territorio europeo in materia di sviluppo, commercializzazione e utilizzo dell'IA, garantendo la libera circolazione di tali sistemi. L'esigenza primaria del legislatore europeo è quella di garantire che i sistemi di IA collocati sul mercato prevedano, sin dalla fase di progettazione, l'adesione alla normativa in materia di tutela dei diritti fondamentali e ai valori dell'Unione, nonché «migliorare la governance e l'applicazione effettiva della normativa esistente in materia di diritti fondamentali e requisiti di sicurezza applicabili ai sistemi di IA»[18]. Poiché l'UE intende regolamentare l'IA in maniera proattiva e in base ai rischi potenziali (bassi, medi o elevati) per i diritti fondamentali (approccio *risk based*), le conseguenze per l'industria tecnologica, a livello globale, non sono di poco conto. Quanto più sarà alto il rischio, maggiori saranno gli adempimenti e le responsabilità degli autori delle applicazioni di IA, che potranno avvalersi, nel processo di *compliance*, dell'adozione di standard di riferimento predisposti dagli enti di normazione quali ISO e CEN, nonché dell'inserimento in un apposito registro pubblico. Un obiettivo delle istituzioni europee è la flessibilità della disciplina, attesa la continua e rapida evoluzione della società digitale e della tecnologia, sulla scia di quanto operato in materia di protezione dei dati personali con il Reg. UE 2016/679, improntato a un sistema di principi e meccanismi dinamici, destinati a mettersi in relazione a una realtà

[16] E. Garzonio, *L'algoritmo trasparente: obiettivi ed implicazioni della riforma dello Spazio digitale europeo*, in *Rivista italiana di informatica e diritto (RIID)*, 3, 2, 2021.

[17] F. Pizzetti, *La proposta di Regolamento sull'IA della Commissione Europea presentata il 21.4.2021 (COM (2021) 206 final) tra Mercato Unico e competizione digitale globale*, in *Diritto di internet*, 4, 2021.

[18] D. Chiappini, *Intelligenza Artificiale…, op. cit.*

ISSN 2036-7821

mutevole[19], e che ha introdotto, da un lato, l'obbligatorietà della valutazione di impatto per quei trattamenti che comportino rischi per i diritti e le libertà delle persone, in particolare quando siano utilizzate nuove tecnologie, d'altro canto, obblighi di consultazione dell'Autorità garante, qualora sussistano rischi residui elevati, nell'ottica dell'accountability del titolare del trattamento[20]. La Commissione nel prevedere, nell'art. 7, par. 2, dell'*IA Act*, un sistema di valutazione del rischio di danno per la salute e la sicurezza o di pregiudizio per i diritti fondamentali da parte di un sistema di IA, ha elencato una serie di criteri per stabilire la gravità del rischio dei sistemi di IA[21]: la finalità prevista del sistema di IA; la misura in cui un sistema di IA è stato usato o è probabile che sarà usato; la misura in cui l'uso di un sistema di IA ha già causato un danno alla salute e alla sicurezza, un impatto negativo sui diritti fondamentali o ha suscitato gravi preoccupazioni in relazione al verificarsi di tale danno o impatto negativo; la portata potenziale di tale danno o di tale impatto negativo; la misura in cui le persone che potrebbero subire il danno o l'impatto negativo dipendono dal risultato prodotto da un sistema di IA; la misura in cui le persone che potrebbero subire il danno o l'impatto negativo si trovano in una posizione vulnerabile rispetto all'utente di un sistema di IA; la misura in cui il risultato prodotto con un sistema di IA è facilmente reversibile; la misura in cui la legislazione vigente dell'UE prevede misure di ricorso efficaci in relazione ai rischi presentati da un sistema di IA, ad esclusione delle richieste di risarcimento del danno, e misure efficaci per prevenire o ridurre sostanzialmente tali rischi[22]. Il terzo allegato dell'*AI Act*, dunque, riporta un elenco di sistemi di IA ad alto rischio, in considerazione di eventi che si sono già concretizzati o potrebbero verificarsi nel prossimo futuro. Tale elenco è sempre ampliabile dalla Commissione, e l'art. 84 prevede un suo riesame annuale, mentre, ogni quattro anni, la Commissione è tenuta a trasmettere al Parlamento e al Consiglio una relazione di valutazione e riesame dell'*AI Act*, nonché una valutazione di impatto e di efficacia dei codici di condotta[23]. Come osservato in dottrina, in una sorta di "recupero a valle" della dimensione del principio di proporzionalità, dalle più recenti versioni dell'*IA Act* emerge una certa flessibilità, laddove si prevede che, anche per i sistemi ad alto rischio, debba prendersi in considerazione la significatività dell'impatto rischioso dell'output del sistema di IA, mettendolo in relazione alla decisione o all'azione intrapresa da una

[19] F. Pizzetti, *La proposta…, op. cit.*

[20] D. Iacovelli, M. Fontana, *Nuove sfide…, op. cit.*

[21] Commissione UE, Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (Legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 21 aprile 2021 (2021/0106 (COD))

[22] D. Chiappini, *Intelligenza Artificiale…, op. cit.*

[23] D. Iacovelli, M. Fontana, *Nuove sfide della tecnologia e gestione dei rischi nella proposta di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: set di training, algoritmi e qualificazione dei dati. Profili critici*, in *Il diritto dell'economia*, 109, 3, 2022, pp. 106-138.

ISSN 2036-7821

persona fisica[24]. Sebbene la maggior parte delle applicazioni di IA presenti un rischio basso, vi sono dei sistemi algoritmici che devono essere trasparenti, affinché appaia evidente l'assenza di una supervisione umana (si pensi alle *chatbot* di supporto dell'utente in un sito *web*). Il rischio è alto nelle applicazioni dalle cui decisioni possono derivare conseguenze sulla vita delle persone, quali, ad esempio, l'ottenimento di un prestito, l'assunzione in una posizione lavorativa, la circolazione di un'auto a guida autonoma e l'uso di un dispositivo medico; per questo motivo il legislatore introduce obblighi riguardanti la condivisione con gli utenti e con le Autorità competenti, di documentazione esaustiva e dettagliata sul funzionamento dei sistemi, un adeguato livello di supervisione umana nella progettazione e nell'uso dei sistemi, la qualità dei *dataset* e il rispetto dei più alti standard di accuratezza e di sicurezza informatica[25]. Su diversi aspetti della disciplina, tuttavia, non si è raggiunto un accordo, e sono stati numerosi i rallentamenti del processo legislativo di adozione del Regolamento. Da ultimo, si registra il tentativo, nel giugno 2023, di un gruppo di parlamentari europei, di escludere il riconoscimento biometrico dalle pratiche vietate dal Regolamento. Va altresì rilevato che le norme del Regolamento si applicano ai fornitori di sistemi di IA, indipendentemente dal fatto che siano stabiliti nell'Unione o in un paese terzo, agli utenti dei sistemi di IA stabiliti nell'Unione e ai fornitori e utenti dei sistemi di IA, stabiliti in un paese terzo al di fuori dell'Unione, nella misura in cui i sistemi di IA interessano le persone situate nell'Unione. L'*AI Act* stabilisce, all'articolo 1: (i) regole armonizzate per l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso dei sistemi di IA; (ii) il divieto di determinate pratiche di intelligenza artificiale; (iii) requisiti specifici per i sistemi di IA ad alto rischio e obblighi per gli operatori di tali sistemi; (iv) regole di trasparenza armonizzate per i sistemi di IA destinati a interagire con le persone fisiche, i sistemi di riconoscimento delle emozioni, i sistemi di categorizzazione biometrica e i sistemi di IA utilizzati per generare e manipolare immagini, contenuti audio o video; (v) regole in materia di monitoraggio e vigilanza del mercato. In dottrina è stato affermato che il Regolamento sull'IA costruisce «un "processo" che consente di gestire i rischi connessi all'uso dell'IA al fine di prevenire pregiudizi, non regolando la materia in maniera verticale (per *silos* normativi), ma in modo orizzontale»[26]. Il Parlamento europeo ha esteso il divieto sui *software* di identificazione biometrica, introdotto un livello aggiuntivo, ad alto rischio, per i sistemi che possono provocare danni alla salute, alla sicurezza o ai diritti fondamentali e per i sistemi di raccomandazione delle piattaforme online di grandi dimensioni. Con riferimento al controllo predittivo, il divieto è stato esteso dai reati penali a quelli amministrativi. Il

[24] G. Lo Sapio, *Intelligenza artificiale: rischi, modelli regolatori, metafore*, in *federalismi.it*, 27, 2022.
[25] S. Orlando, *Regole di immissione…, op. cit.*
[26] M. Rabitti, *Il danno prodotto dall'algoritmo intelligente: quale modello di responsabilità civile?*, in *Trimestrale dell'Associazione Donne magistrato Italiane, giudicedonna.it*, 3-4, 2021.

ISSN 2036-7821

Regolamento intende sbarrare la strada a usi dell'IA per finalità considerate contrarie ai valori dell'UE, come, ad esempio, il *social scoring*, e le applicazioni che sfruttano le vulnerabilità di gruppi di persone a causa della loro situazione sociale o economica[27]. Regole severe sono presenti, nel nuovo testo, per i cd. *foundation model*, quali *ChatGPT*, per gli strumenti di IA per il monitoraggio generale delle comunicazioni, nonché per i *software* di riconoscimento delle emozioni alimentati dall'AI, vietato nei settori dell'applicazione della legge, della gestione delle frontiere, del lavoro e dell'istruzione. In particolare, sistemi di *machine learning*, come *ChatGPT*, non controllando, durante il processo di "apprendimento", le proprie fonti, sono inclini a favorire la diffusione di opinioni infondate, pregiudizi e *fake news*. L'attuale bozza di Regolamento consente agli Stati membri di individuare l'autorità nazionale sull'intelligenza artificiale. Per quanto concerne l'impianto sanzionatorio, per i casi di violazioni dell'*AI Act*, le autorità potranno comminare sanzioni fino a 30 milioni di euro o al 6% del fatturato mondiale annuo (ma, per le PMI, al 3%). Alla luce delle criticità dell'IA sul piano etico, che verranno trattate nel prosieguo di questo contributo, la disciplina che il legislatore europeo intende introdurre, come osservato in dottrina, non rappresenta un eccesso, bensì il nucleo minimo delle cautele necessarie per l'utilizzo dei sistemi algoritmici[28]. Vengono proibiti, poiché considerati come "inaccettabili" per la Commissione Europea, i sistemi di IA che usano tecniche subliminali per arrecare danno fisico o psicologico alle persone, quale, ad esempio, un assistente vocale di un giocattolo che manipola la mente di un bambino e lo induce a un comportamento pericoloso, i sistemi di assegnazione di un punteggio "sociale" (*social scoring*), che classificano le persone in base al comportamento sociale, la videosorveglianza di massa, ovvero l'identificazione biometrica remota nei luoghi pubblici[29]. A garanzia del rispetto dei diritti fondamentali, si pongono alcuni principi di *governance* come la supervisione umana (*human oversight*), la sicurezza, la trasparenza, il benessere sociale e ambientale, la diversità, la non discriminazione e l'equità, la riservatezza dei dati, in special modo laddove i dati raccolti siano relativi all'orientamento sessuale o alle convinzioni religiose, che possono alimentare *bias* negativi[30]. I produttori, dunque, dovranno dimostrare che i servizi basati sull'IA non ledono i diritti delle persone, *in primis* con l'assenza di possibili discriminazioni degli algoritmi, e, poi, con la garanzia del diritto all'accesso all'informazione. La Commissione UE, con i Consideranda 53 e 58 alla Proposta di Regolamento sull'IA,

[27] D. Chiappini, *Intelligenza Artificiale…, op. cit.*

[28] D.-U. Galetta, *Human-stupidity-in-the-loop? Riflessioni (di un giurista) sulle potenzialità e i rischi dell'Intelligenza Artificiale*, in *federalismi.it*, 5, 2023.

[29] Roundtable of G7 Data Protection and Privacy Authorities, "Promoting Data Free Flow with Trust and knowledge sharing about the prospects for International Data Spaces", 8 settembre 2022, https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Downloads/EN/G7/Communique-2022.pdf?__blob=publicationFile&v=1

[30] S. Orlando, *Regole di immissione…, op. cit.*

ISSN 2036-7821

ha inteso stabilire che, da un lato, il fornitore (che sia persona fisica o giuridica) del prodotto intelligente si debba assumere la responsabilità dell'immissione sul mercato o della messa in servizio di un sistema di IA ad alto rischio, a prescindere dal fatto che egli sia la persona che ha progettato o sviluppato il sistema; d'altra parte, invece, sancisce che è opportuno stabilire responsabilità specifiche per gli utenti e, in particolare, «che gli utenti usino i sistemi di IA ad alto rischio conformemente alle istruzioni per l'uso e che siano previsti alcuni altri obblighi in materia di monitoraggio del funzionamento dei sistemi di IA e conservazione delle registrazioni, a seconda dei casi»[31]. Nell'ottica dell'accennata *accountability*, per i sistemi ad alto rischio, i risultati dovranno essere verificati e tracciati nel loro intero ciclo di vita e la loro documentazione tecnica dovrà essere redatta prima dell'immissione sul mercato, aggiornata di continuo, con la relativa conservazione obbligatoria dei *file* di *log* degli eventi (art. 12). Di talché, i fornitori saranno tenuti a dimostrare all'autorità la "conformità" dei sistemi "ad alto rischio", che devono essere progettati e sviluppati, in modo tale da garantire la trasparenza, implementati con strumenti che ne consentano la supervisione umana, finalizzata a prevenire e ridurre al minimo i rischi per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali (art. 14)[32]. Inoltre, essi devono mantenere un adeguato livello di accuratezza, robustezza e cibersicurezza che duri per l'intero ciclo di vita (art. 15). Con riferimento ai sistemi ad alto rischio, si segnala il recente report *Cybersecurity of Artificial Intelligence in the IA Act*, uno studio di alto livello che si concentra sul requisito di sicurezza informatica per i sistemi IA ad alto rischio, come stabilito nell'articolo 15 della proposta della Commissione europea per l'*AI Act*, attraverso quattro principi guida chiave per ottenere la conformità all'*AI Act*[33]. Per contro, sono state segnalate delle criticità in merito, da un lato, alla rigidità delle definizioni del Regolamento, e, dall'altro, alla carenza di dinamicità rispetto a eventuali futuri sviluppi della tecnologia[34]. Tali

[31] Commissione UE, Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (Legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 21 aprile 2021 (2021/0106 (COD))

[32] G. D'Alfonso, *Danni algoritmici e sviluppi normativi europei tra "liability" e "permittance" rules*, in *EJPLT*, 18-66, Suor Orsola Benincasa Università Editrice, 2022.

[33] H. Junklewitz, R. Hamon, A. André, T. Evas, J. Soler Garrido, J. Sanchez Martin (Commissione UE), *Cybersecurity of Artificial Intelligence in the IA Act, Guiding principles to address the cybersecurity requirement for high-risk AI systems*, settembre 2023, in cui i quattro principi guida sono: a) il focus dell'AI Act è sull'intero sistema di IA e non direttamente ai suoi componenti interni; b) la conformità all'*AI Act* richiede necessariamente una valutazione dei rischi di sicurezza, prendendo in considerazione l'architettura interna del sistema di AI e il contesto di applicazione previsto al fine di identificare i rischi specifici, tradurre il requisito generale del regolamento in requisiti specifici per i componenti del sistema e implementare le necessarie misure di mitigazione; c) la sicurezza dei sistemi di IA richiede un approccio integrato e continuo (olistico) che utilizzi pratiche comprovate e controlli specifici per l'IA; d) non tutte le tecnologie di IA potrebbero essere pronte per l'uso in in scenari ad alto rischio se le loro limitazioni in termini di cybersecurity non siano affrontate adeguatamente.

[34] G. D'Alfonso, *Ibidem*.

ISSN 2036-7821

inadeguatezze sono dovute alla scelta di procedere con un approccio *top-down*, ovvero è il legislatore a individuare, *ex ante*, il diverso livello di rischio, dal quale far discendere le regole applicabili, con il pericolo di elaborare categorie normative astratte e poco aderenti alla realtà in divenire. Sarebbe stato più opportuno optare per un approccio *bottom-up*, simile a quello del *GDPR*, con un apprezzamento del rischio conferito a una valutazione decentralizzata[35]. D'altro canto, vi è in dottrina chi muove, al legislatore europeo, l'accusa di eccessiva discrezionalità lasciata agli Stati membri e una certa indeterminatezza, con norme che paventano abusi e pericoli, sanzionano comportamenti, anche se in alcuni casi "solo in linea di principio" (*id est*, *social scoring*) o, in altri casi (identificazione biometrica real time in spazi aperti al pubblico) salvo che non risultino strettamente necessari per la ricerca mirata di potenziali condotte criminose, ovvero per la prevenzione di un pericolo specifico; il rischio risiede nella discrezionalità del potere esercitato tramite l'IA, che potrebbe degenerare in arbitrio[36]. Da tali riflessioni, appare evidente la centralità, nella regolazione delle decisioni algoritmiche, del tema della responsabilità dei sistemi di IA. Il principio di "*liability* e *legal responsibility*" si riferisce, infatti, all'esigenza di garantire che le persone o le entità responsabili del danno causato da un sistema di IA possano essere ritenute responsabili.

2.1 Brevi cenni al c.d. caso GPT e alla posizione del Garante per la protezione dati personali.

Alla luce di quanto suesposto, preme, seppur brevemente, riportare un caso di studio. Quanto all'utilizzo dei sistemi di IA, non si può prescindere dal considerare gli effetti, lato *privacy*, verificatisi per il caso c.d. *ChatGPT* (*Generative Pre-trained Transformer*), ossia uno dei più diffusi tra i *software* di intelligenza artificiale relazionale, capace di simulare e, ulteriormente, di elaborare le conversazioni umane, mediante un sistema di dialogo basato su un *transformer* generativo pre-addestrato[37]. Tale strumento di elaborazione risponde agli *input* in un linguaggio naturale, ma riesce, altresì, a completare o suggerire testi sulla base di input parziali, dunque è utile per generare descrizioni, riassumere testi, operare traduzioni multilingue, nonché analizzare il *sentiment* del testo, consentendo di determinare se lo stesso testo

[35] G. Finocchiaro, *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2022, pp. 1085-1099.

[36] T. E. Frosini, *L'orizzonte giuridico dell'intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2022; C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021.

[37] I. Coppola, *Intelligenza artificiale generativa: GPT o chatGPT verso ipotesi di ragionamento automatici e linguaggio artificiale. Tra l'argomentazione giuridica di Bobbio ed il principio di precauzione*, in *Diritto di internet*, 30 marzo 2023, in cui si afferma che il prototipo è stato sviluppato da OpenAI, ente no profit fondato da Elon Musk nel 2015, e che, per analizzare il dataset di Chat GPT sono stati utilizzati 175 miliardi di parametri (un parametro è la connessione tra un neurone e l'altro della rete neurale alla base del modello stesso).

ISSN 2036-7821

è positivo, negativo o neutro[38]. Numerosi sono i punti di criticità, "lato privacy", di siffatto sistema, non ultimi quelli relativi alla trasparenza[39] e alla sicurezza del trattamento. Invero, nel marzo scorso, l'applicativo aveva registrato una perdita di dati (*c.d. data breach*), relativa alle conversazioni degli utenti e alle informazioni collegate al pagamento degli abbonati al servizio[40]. In merito, L'Autorità, contestualmente all'apertura di un'istruttoria, ha ordinato, con effetto immediato, la limitazione provvisoria del trattamento delle informazioni personali degli utenti italiani nei confronti di *OpenAI L.L.C.*, società, titolare del trattamento e con rappresentante all'interno dello Spazio Economico Europeo, protagonista della fase di sviluppo e di gestione della piattaforma. Nel Provvedimento in esame, il Garante per la protezione dei dati personali ha rimarcato, in primo luogo, l'inosservanza dell'art. 5, Reg. UE 2016/679, e, più precisamente, del principio di trasparenza, dove si è riscontrata l'assenza di una nota informativa, rivolta agli utenti e a tutti gli interessati, a firma della società *OpenAI L.L.C.* Ancor più, si è evidenziata l'inidonea individuazione di una base giuridica che giustifichi le rilevantissime operazioni di trattamento dati personali (dalla fase di raccolta a quella di conservazione), finalizzate ad "addestrare" gli algoritmi e funzionali alla corretta esecuzione dell'applicativo. All'esito delle verifiche condotte, si è evinto, altresì, che le informazioni fornite da *ChatGPT* non coincidono con il "dato reale", pertanto si configura un trattamento di dati non rispondente al principio di esattezza. n ultimo, dalla lettura delle condizioni pubblicate da *OpenAI L.L.C.* si ricavava che il servizio, pur essendo orientato agli interessati con età maggiore rispetto a tredici anni, non disponeva di alcuna misura tecnica deputata all'accertamento dell'età degli utenti e, dunque, tale carenza poneva in serio pericolo i minori, ai quali era consentito il libero accesso a tale strumento. Manifesta risultava, invero, la violazione del Reg. UE 2016/679 e del D.lgs n. 196/2003 e s.m.i., nella parte in cui si riconosce agli ultraquattordicenni la possibilità di consentire al trattamento per i servizi della società dell'informazione. Senonché, con Provvedimento dedicato[41], il Garante per la protezione dei dati personali, tenuto conto della collaborazione offerta dalla società *OpenAI L.L.C.* a collaborare con gli Uffici, ha inteso "*rivalutare la sussistenza dei presupposti del provvedimento di limitazione provvisoria*", previa immediata attuazione di una serie di prescrizioni. In prima battuta, anche in adesione alle linee guida, *ratione materiae*, diramate dall'ormai ex *Gruppo di Lavoro Art. 29*[42], L'Autorità ha

[38] R. Dale, *GPT-3: What's it good for? in Natural Language Engineering*, in *Cambridge University*, vol. 27, gennaio 2021, pp. 113-118.

[39] Si rinvia, per tali aspetti, all'esaustiva trattazione di E. Prosperetti, *ChatGPT ed altri tool di AI. Condizioni di utilizzo, questioni di proprietà intellettuale e privacy*, in *Diritto di internet*, 2, 2023.

[40] Garante per la protezione dei dati personali, Provvedimento del 30 marzo 2023, doc. web n. 9870832.

[41] Garante per la protezione dei dati personali, Provvedimento dell'11 aprile 2023, doc. web n. 9874702.

[42] Gruppo di Lavoro Articolo 29 per la protezione dei dati, Linee guida sulla trasparenza ai sensi del regolamento 2016/679.

ISSN 2036-7821

intimato di rendere nota, sul sito web, l'informativa *privacy*, rispondente all'art. 12, Reg. UE 2016/679, preordinata ad illustrare agli interessati (anche diversi dagli utenti del servizio *ChatGPT*), i cui dati sono stati raccolti e trattati ai fini dell'addestramento degli algoritmi, le modalità del trattamento, la logica alla base del trattamento necessario al funzionamento del servizio, vieppiù i diritti loro spettanti in qualità di interessati e ogni altra informazione prevista dalla disciplina rilevante in materia. Analogamente, la stessa Autorità ha segnalato, alla Società summenzionata, la necessità di implementare un *link* all'informativa privacy, indirizzato agli utenti dei servizi che si connettono dal territorio nazionale, in maniera tale da consentire la lettura del documento a favore di tutti coloro i quali intendono procedere alla registrazione sulla piattaforma o che desiderano riattivare l'iscrizione al servizio. Ulteriormente, sempre a tutela degli interessati, il Garante ha imposto l'adozione di uno strumento, mediante il quale riconoscere, agli utenti che si collegano dall'Italia e anche qualora la base giuridica sia rappresentata dal legittimo interesse, l'esercizio del diritto di opposizione, rispetto ai trattamenti dei propri dati personali, ottenuti da terzi, svolti dalla società ai fini dell'addestramento degli algoritmi e dell'erogazione del servizio. Ancora, l'Autorità prescrive l'adozione di misure organizzative tese ad assicurare agli utenti la richiesta e l'ottenimento della "*correzione di eventuali dati personali che li riguardano trattati in maniera inesatta nella generazione dei contenuti o, qualora ciò risulti impossibile allo stato della tecnica, la cancellazione dei propri dati personali*". Quanto alla definizione della base giuridica del trattamento dei dati personali degli utenti ai fini dell'addestramento degli algoritmi, il Garante prescrive di rimuovere ogni riferimento all'art. 6, par. 1, lett. b), Reg. UE 2016/679, individuando, piuttosto, in forza del principio di *accountability*, quale condizione di liceità, il consenso o il legittimo interesse. Per quanto attiene il controllo sull'età dei minori, l'Autorità ha disposto, oltre all'attivazione di un meccanismo di richiesta dell'età, per le finalità correlate alla registrazione del servizio, la realizzazione di un sistema di *age verification*, utile a inibire l'accesso agli utenti infratredicenni e ai minorenni, in assenza del consenso rilasciato dai genitori. Preme rilevare che l'azione del Garante, mirata non a fermare lo sviluppo dei sistemi di intelligenza artificiale, bensì a riflettere sulle logiche che sorreggono l'algoritmo e sulle relative implicazioni etiche, ha aperto la strada ad una task force su *ChatGPT* lanciata dal Comitato europeo per la protezione dati.

3. La responsabilità civile dell'IA.

3.1 Autonomia dei sistemi algoritmici e regolazione dei rapporti.

Un certo grado di autonomia può caratterizzare le tecniche basate sull'IA, intendendosi, come autonomo, quel sistema che opera interpretando determinati dati

ISSN 2036-7821

forniti, nonché utilizzando una serie di istruzioni predeterminate, senza essere limitato a tali istruzioni, nonostante il comportamento del sistema sia legato e volto al conseguimento dell'obiettivo impartito dallo sviluppatore in sede di progettazione[43]. L'aspetto più problematico è costituito dal fatto che potrebbero non essere ricondotte agli umani le ragioni delle decisioni prese da tali sistemi, nonché dalla possibilità che gli algoritmi si orientino verso scopi non previsti in origine[44], come d'altronde ha evidenziato il Parlamento UE nella Carta della Robotica del 2017, laddove ha affermato che l'autonomia di un *robot* può essere definita come la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un'influenza esterna[45], lì dove è stato raccomandato dalla Commissione di elaborare una definizione di «sistemi ciberfisici, di *robot* autonomi intelligenti e delle loro sottocategorie»[46], basata su diversi requisiti, tra cui quello dell'autonomia, oltre a quelli di autoapprendimento, esistenza di un supporto fisico, capacità di adattamento del proprio comportamento all'ambiente e assenza di vita, in termini biologici. L'autonomia degli algoritmi, che decidono sulla base di informazioni raccolte in precedenza che possono seguire regole spesso poco comprensibili, è, al tempo stesso, un punto di forza, e una debolezza dell'IA, considerato che tali regole, a volte inglobano fondamenti matematici o statistici, altre volte, invece, sono quelle stabilite da chi li ha programmati, dunque, sono frutto di arbitrio[47]. D'altronde, la tecnologia è sempre meno un «mezzo» per le azioni umane e sempre più è essa stessa a prendere decisioni rilevanti per la persona umana e la sua libertà, poiché alla macchina non si chiede di realizzare ciò che un soggetto ha deciso, ma le si chiede di decidere, autonomamente, e, di conseguenza, «la causa precede irrevocabilmente e non può divenire posteriore al suo effetto»[48]. Invero, se si considera che l'IA consente di sostituire l'uomo in numerosi ambiti – quali la medicina, i trasporti, la finanza, l'uso delle armi, la *cybersecurity* – svolgendo in autonomia compiti che comporterebbero l'assunzione di responsabilità morali da parte di un esecutore umano, appaiono emergere anche delle questioni etiche, che

[43] Art. 4 "Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sui principi etici per lo sviluppo, la diffusione e l'utilizzo dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate", 6 ottobre 2021, C 404/89.

[44] L. Savolainen, M. Ruckenstein, *Dimensions of autonomy…, op. cit.*

[45] Parlamento UE, Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)).

[46] A. Santosuosso, C. Boscarato, F. Caroleo, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 498, in cui è operata una tripartizione dei *robot* sulla base della loro autonomia (*robot* tele-operati, *robot* autonomi e *robot* cognitivi).

[47] D. Bennato, *Il computer come macroscopio. Big data e approccio computazionale per comprendere i cambiamenti sociali e culturali*, Franco Angeli, Milano, 2015.

[48] B. Romano, *Dalla metropoli verso Internet: persona libertà diritto. Appendice: Riflessioni su P. Grossi*, in *Ritorno al diritto*, edizione curata da V. De Felice e M. Innocenzi, Torino, 2017, p. 27 ss., in cui fa riferimento a M. Heidegger, *Dell'essenza della libertà umana: introduzione alla filosofia*, a cura di M. Pietropaoli, Milano, 2016, p. 397 ss.

ISSN 2036-7821

verranno approfondite nel prosieguo della presente trattazione. Si pensi alla scelta che deve compiere il sistema che controlla una *self driving car* che si trova improvvisamente davanti tre persone che hanno iniziato ad attraversare la strada, con due sole possibilità, ossia investire i pedoni o sterzare bruscamente, portando il veicolo fuori strada e mettendo a repentaglio il passeggero, scelta, questa, che ha implicazioni significative sul piano delle responsabilità, dei doveri morali e dei diritti fondamentali delle persone. Non a caso, vi è chi ha avanzato l'idea di adottare una politica di segregazione per i veicoli autonomi su strade a essi riservate imponendo distanze interveicolari e altre misure di sicurezza tali da escludere l'insorgere di conflitti morali[49]. Da tali riflessioni derivano, dunque, conflitti etici che si ripercuotono anche sulle scelte di progettazione dei veicoli autonomi e che possono, a loro volta, generare conflitti tra gruppi sociali caratterizzati da diverse opzioni morali[50]. In tale scenario, da molti anni, in dottrina, ci si chiede se siano sufficienti le norme tradizionali per attivare la responsabilità per i danni causati dai sistemi di IA (in special modo i *robot*) «in quanto non consentirebbero di determinare qual è il soggetto cui incombe la responsabilità del risarcimento né di esigere da tale soggetto la riparazione dei danni causati»[51]. Le considerazioni richiamate sono ancor più pregnanti nel settore sanitario, non soltanto per quanto riguarda il rapporto tra medico e paziente, ma anche in merito alla gestione del rischio da parte della struttura sanitaria che utilizzi sistemi algoritmici, atteso che il *software* di IA è un prodotto e, come tale ad esso si applica la relativa disciplina giuridica, nonché la ripartizione delle responsabilità tra il produttore dell'*hardware*, l'ideatore dell'applicazione, il programmatore del *software*, il responsabile del *training* e l'addetto alla sua manutenzione. È la cronaca a narrare il caso di un *robot* che ha provocato il decesso di un paziente in seguito alla somministrazione di una dose troppo elevata di radioterapia[52], così come in letteratura sono riportati i danni nel settore della chirurgia robotica statunitense, in particolare quelli cagionati dal *robot* "Da Vinci"[53], il più diffuso nel mondo, che ha causato più di cinquecento contenziosi legali nel solo anno 2021[54]. L'incertezza nella regolazione dei rapporti, in tali ambiti, è

[49] F. Santoni de Sio, *Ethics and self-driving cars. A White paper on responsible innovation in automated driving systems*, Rapporto interno della Delft University of Technology, 2016.

[50] F. Tamburrini, *Autonomia delle macchine e filosofia dell'intelligenza artificiale*, in *Rivista di filosofia*, 58, 2, 2017, p. 263 ss.

[51] A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019.

[52] C. Rossello, *Software difettoso e responsabilità da prodotto*, in *Economia e diritto del terziario*, 3, 1993, p. 975 ss.

[53] Jennifer Silvestrini v. University Healthcare System, L.C., d/b/a Tulane University Hospital and Clinic ("TUHC") e Intuitive Surgical, Inc., Case No. 11-2704, 2012; Starr and Griffith v. Intuitive Surgical, Inc., Case No. 1:14-cv-00225, 2014; Richard Pohly v. Intuitive Surgical, Inc., Case No. 15-cv-04113-MEJ, 2017.

[54] G. Guerra, *Diritto comparato e robotica: riflessioni sulla litigation americana in materia di chirurgia robotica*, in *Dir. inf.*, 2016, 2, p. 157 ss.; G. Guerra, *Profili di responsabilità del produttore di robot chirurgico nell'ordinamento americano*, in *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, 2, 2020, p.215 ss.

ISSN 2036-7821

dovuta alla mancanza di norme che regolano le peculiarità del regime giuridico per i sistemi di IA, a partire dal loro "*status*" e, anzi, le normative vigenti nelle varie nazioni attribuiscono la responsabilità a volte al produttore, in altri casi al programmatore, ovvero all'utilizzatore di sistemi di IA. È di tutta evidenza che i giuristi sono chiamati a elaborare principi e prescrizioni puntuali al fine di governare l'IA. In tal senso, sono diverse le teorie sulla responsabilità dei sistemi di IA, che, da un lato, può essere assimilata alla responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso, disciplinata dalla Direttiva 85/374/CEE, e, d'altro canto, alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale. Di conseguenza, in alcuni ordinamenti, la disciplina vigente si presta a risolvere i problemi dei danni causati dai sistemi di IA, mentre, in altri, si rende necessario un intervento riformatore del legislatore[55].

3.2 Le diverse teorie della dottrina sulla responsabilità dell'IA.

Nel nostro ordinamento, l'art. 2043 del codice civile stabilisce che «qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno»[56]. Poiché tale precetto costituisce una formula generale dei fatti costitutivi la responsabilità aquiliana o extracontrattuale[57], non dovrebbe richiedere modifiche per poter essere adattato ai sistemi intelligenti, sebbene, con l'avanzare dell'industrializzazione, si sono moltiplicate le situazioni suscettibili di causare un danno, in riferimento alle quali l'imputazione per colpa non

[55] U. Salanitro, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione europea*, in *Rivista di diritto civile*, anno LXVI, 6, novembre-dicembre 2020.

[56] Corte di Cassazione, Sezione III civile, 4 febbraio 2014, n. 2422, in *CED Cassazione*, 2014, in cui si afferma che «gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano sono la condotta, l'elemento psicologico, il danno ingiusto e il nesso causale», pertanto, «ove il giudice ritenga insussistente uno qualsiasi di tali elementi, la domanda di risarcimento del danno va rigettata senza necessità di accertare la sussistenza degli altri».

[57] Per i profili penalistici, non potendo essere affrontati nella presente trattazione per ragioni di spazio, si rinvia, *ex multis*, a U. Pagallo, *Saggio sui robot e il diritto penale*, in Vinciguerra, Dassano (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010; F. Basile, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Diritto Penale e uomo*, 29 settembre 2019; M. B. Magro, *Biorobotica, robotica e diritto penale*, in D. Provolo, S. Riondato, F. Yenisey (a cura di), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, Padova University Press, 2014; U. Pagallo, *The Laws of Robots. Crimes, Contracts and Torts*, Springer, 2013; P. M. Asaro, *Determinism, machine agency, and responsibility*, in *Politica & società*, 2014; S. Beck, *Google Cars, Software Agents, Autonomous Weapons Systems – New Challanges for Criminal Law*, in Hilgendorf-Seidel (eds.), *Robotics, Autonomics and the Law*, Baden-Baden, 2017; D. Lima, *Could AI Agents Be Held Criminally Liable? Artificial Intelligence and the Challanges for Criminal Law*, in *South Carolina Law Review*, 2018; S. Riondato, *Robot: talune implicazioni di diritto penale*, in Moro, Sarra (a cura di), *Tecnodiritto. Temi e problemi di informatica e robotica giuridica*, Milano, 2017; I. Salvadori, *Agenti artificiali, opacità tecnologica e distribuzione della responsabilità penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1, 2021; G. Hallevy, *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities: From Science Fiction to Legal Social Control*, in *Akron Intellectual Property Journal*, 4, 2, 2010; C. Corridori, *Machina delinquere non potest*, in *Giustizia Insieme*, 19 maggio 2022; A. Cappellini, *Machina delinquere non potest? brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale*", trascrizione della relazione orale tenuta alla giornata di studi "Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale", svoltasi presso l'università di Firenze il 15 novembre 2018.

ISSN 2036-7821

sembrava sufficiente per garantire il risarcimento del danneggiato[58]. Senonché, il legislatore del 1942 ha previsto una disciplina peculiare per alcuni casi, rispetto alla clausola generale dell'art. 2043 c. c. Si tratta degli articoli da 2047 a 2054 c. c., che disciplinano il danno cagionato dall'incapace, la responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte, la rovina di edificio, la circolazione di veicoli, il danno cagionato da cose in custodia, l'uso strumentale dell'intelligenza umana altrui e di quella animale. In tali casi, è caratteristica la possibilità di una prova liberatoria a favore del soggetto chiamato a rispondere, su cui incombe l'onore della prova in giudizio, prima di una eventuale condanna al risarcimento del danno. In tale contesto, rileva lo *status* dell'agente. Difatti, ai sensi dell'art. 2046 c.c., «non risponde delle conseguenze dal fatto dannoso chi non aveva la capacità di intendere o di volere al momento in cui lo ha commesso, a meno che lo stato d'incapacità derivi da sua colpa». Di conseguenza, se si è chiamati a rispondere dei danni cagionati dalla propria condotta per avere o meno, al momento del compimento del fatto, (non la capacità di agire, ma) la capacità di intendere o di volere, un soggetto ritenuto "incapace" dall'ordinamento può essere obbligato al risarcimento dei danni scaturiti dalla propria azione[59]. Parte della dottrina, allora, sostiene l'applicabilità all'IA degli istituti della responsabilità vicaria, e, in particolare, di quella del danno cagionato dall'incapace di intendere e di volere, di cui all'art. 2047 c. c. ("Danno cagionato dall'incapace"), che impone la riparazione del danno a chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace, in una sorta di responsabilità diretta del sorvegliante per *culpa in vigilando*[60], poiché l'unica ipotesi "pura" di responsabilità per fatto altrui sarebbe, invece, quella prevista nell'art. 2049 c. c. (responsabilità dei padroni e dei committenti derivante dalla condotta illecita tenuta dai propri domestici). Orbene, se ai soggetti ritenuti responsabili è offerta dall'ordinamento una prova liberatoria, dimostrando di non aver potuto impedire il fatto, è problematico stabilire chi potrebbe essere chiamato a sorvegliare un sistema di IA e a risarcire un eventuale danno causato, dal medesimo sistema, a terzi. In tal modo, al "proprietario" del sistema di IA, si dovrebbe attribuire, al momento dell'acquisto, il dovere di "controllo" dello stesso al fine di impedire che possa arrecare danni, impostazione, questa, che esonererebbe da responsabilità i produttori e i venditori dell'IA. In dottrina, allora, si scorge la possibilità di applicare in via analogica gli artt. 2047 e 2048 c. c., considerando il sistema di IA come "soggetto incapace" e coinvolgendo chi ne ha la responsabilità, tenendo in considerazione alcune caratteristiche quali: la natura del *robot*; i compiti che è in grado di svolgere; il tipo di controllo che l'uomo

[58] F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, CEDAM, 2014, p. 129 ss.

[59] A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, XXII ed., a cura di F. Anelli, C. Granelli, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2015, p. 916.

[60] F. Frigida, *Responsabilità del sorvegliante dell'incapace, dei genitori e tutori, dei padroni e Committenti*, in *La responsabilità civile*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, p. 1788 ss.

ISSN 2036-7821

esercita su di esso; il modo in cui interagisce, il rapporto di utenza e il grado di prossimità del *robot* con l'essere umano; il contesto in cui è impiegato[61]. Altra parte della dottrina giudica contraddittorio, tuttavia, definire incapaci macchine dotate di intelligenza artificiale che notoriamente è superiore alla media[62]. Peraltro, gli artt. 2048 e 2049 c.c. sono norme tarate sulle specificità della natura umana dell'essere e dell'intelligenza di cui si risponde, e non sull'IA[63].

Cosicché, parte della dottrina tedesca descrive i sistemi di IA come dei flussi di informazione talmente complessi da potersi vedere attribuita, a determinate condizioni, una sorta di "identità sociale", in una soggettività giuridica parziale che non impedirebbe il coinvolgimento dell'individuo nella responsabilità della macchina. Poiché la medesima non è in grado di autodeterminarsi, non si potrà affermare che essa prende decisioni in grado di ripercuotersi sulla sfera giuridica degli altri consociati, di conseguenza, si dovrebbe applicare una variante della responsabilità per fatto degli ausiliari[64]. Per queste e altre criticità della responsabilità extracontrattuale, altra parte della dottrina rappresenta la necessità risolutiva di riconoscere una vera e propria personalità giuridica ai sistemi intelligenti, con la creazione della "persona elettronica"[65], e, addirittura, la proposta di creare un pubblico registro delle personalità elettroniche – simile a quello delle imprese – contenente un numero di serie per ogni prodotto, che consenta, agli utilizzatori dello stesso, di avere tutte le informazioni rilevanti; ciò consentirebbe di configurare una diretta responsabilità del *robot* per i danni eventualmente occorsi per sua causa[66]. Secondo alcune ricerche degli esperti di robotica dell'Università di Pisa, la coscienza altro non è che una elevatissima capacità di calcolo di cui è dotato il cervello umano, dunque, nel momento in cui si arriverà a tale risultato, stimato dal 2029 in avanti, la

[61] B. Bisol, A. Carnevale, F. Lucivero, *Diritti umani, valori e nuove tecnologie. Il caso dell'etica della robotica in Europa*, in *International Studies in Phenomenology and Philosophy*, 2014, p. 248 ss.

[62] F. Ferretti, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile nel settore sanitario*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 18, febrero 2023, pp. 1852-1885.

[63] U. Ruffolo, *Per i fondamenti di un diritto della robotica self-learning: dalla machinery produttiva all'auto driverless: verso una responsabilità da algoritmo?*, in Aa. Vv., *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 27.

[64] G. Teubner, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, trad. P. Femia, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019; E. Esposito, *Artificial Communication? The Production of Contingency by Algorithms*, in *Zeitschrift Für Soziologie*, 46, 4, 2017, p. 249 ss.

[65] B. J. Koops, M. Hildebrandt, D. O. Jaquet-Chiffelle, *Bridging the Accountability Gap: Rights for New Entities in the Information Society?*, in *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 11, 2, 2010, p. 599 ss., originariamente proposto nel 1992, e ripreso successivamente in ambito civilistico, da L. B. Solum, *Legal Personhood for Artificial Intelligences*, in *NCL Rev.*, 1992, p. 1231 ss.; cfr., amplius, T. Allen, R. Widdison, *Can Computers Make Contracts?*, in *Harvard J. L. & Tech.*, 25, 1996, p. 25 ss.; S. Wettig, E. Zehendner, *A Legal Analysis of Human and Electronic Agents*, in *Artificial Intelligence and Law*, 12, 1-2, 2004, p. 111 ss.; G. Teubner, *Soggetti giuridici…, op. cit.*; R. van den Hoven van Genderen, *Do We Need New Legal Personhood in the Age of Robots and AI?*, in M. Corrales, M. Fenwick, N. Forgó (Eds.), *Robotics, AI and the Future of Law, Perspectives in Law, Business and Innovation (PLBI)*, Springer Publishers, 2018, p. 15 ss..

[66] C. Leroux, R. Labruto et a., *A Green Paper on Legal Issues in Robotics*, The European Robotics Coordination Action, décembre 2012.

ISSN 2036-7821

macchina disporrà di una coscienza[67]. La "persona elettronica" costituirebbe un *tertium genus* di responsabilità, oltre a quello delle persone fisiche e a quello delle persone giuridiche. Nella Carta della Robotica del 16 febbraio 2017, il Parlamento UE ha raccomandato alla Commissione di emanare norme di diritto civile sulla robotica, invitando gli Stati membri, stante il vuoto normativo in merito all'IA, a utilizzare gli strumenti tradizionali delle responsabilità oggettive o per fatto altrui (vicarie) o con la gestione del rischio. Il Parlamento ha altresì invitato la Commissione a valutare l'«istituzione nel lungo termine di uno status giuridico specifico per i *robot* in modo che almeno quelli più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei *robot* che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con i terzi»[68]. Un argomento che avvalora la tesi della necessità della creazione di un *tertium genus* di responsabilità è costituito dal fatto che la costruzione di una "persona elettronica" rappresenterebbe l'unico regime di responsabilità che prescinde dal coinvolgimento di ulteriori soggetti, quali il proprietario, il produttore, il programmatore del sistema di IA, e, di conseguenza, riduce a zero il rischio che il danneggiato non sia "coperto", ciò che può accadere, invece, con l'applicazione analogica delle forme di responsabilità presenti nel codice civile[69]. In realtà, tuttavia, secondo parte della dottrina[70], la posizione espressa, nella Risoluzione del 2017, dal Parlamento UE sul riconoscimento della "persona elettronica", è stata fraintesa da chi ha avanzato l'equiparazione tra la soggettività umana e quella della macchina, poiché la stessa Risoluzione non avrebbe proposto il riconoscimento di una soggettività ontologica (simile a quella delle persone fisiche), bensì soltanto l'attribuzione di una soggettività "ascritticia", ossia attribuita o fittizia, sulla scia di quella attribuita dall'ordinamento italiano, per ragioni pratico funzionali, alle società e agli enti, vale a dire alle persone giuridiche. Il discrimine tra queste due forme di soggettività sarebbe la differenza tra "riconoscimento" e "attribuzione". Pertanto, una macchina non potrebbe mai essere chiamata a rispondere direttamente dei danni procurati, se non come persona giuridica ascritticia, dunque portatrice di una soggettività soltanto parziale, come

[67] G. Taddei Elmi, F. Romano, *Il robot tra ius condendum e ius conditum*, in *Informatica e diritto*, XXV, 2, 2016, p. 137 ss.; G. Buttazzo, *Coscienza artificiale: missione impossibile*, in *Mondo Digitale*, 1.1, 2002, p. 16 ss.

[68] Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)), punto n. 59, lettera f). Cfr. E. Burgio, L. De Simone, *Intelligenza Artificiale e responsabilità civile*, in *MediaLaws - Rivista di diritto dei media*, 15 aprile 2021, che richiama, a sua volta, L. Marini, I. Aprea, *Le guidelines on regulating robotics: una sfida per il diritto dell'Unione*, in *Osservatorio sul diritto della bioetica*, 5, 2015, p. 1295 ss.

[69] E. Palmerini, *Soggettività e agenti artificiali: una soluzione in cerca di un problema?*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2, 2020, p. 464 ss.

[70] G. Taddei Elmi, A. Contaldo, *Intelligenza artificiale. Algoritmi giuridici. Ius condendum o "fantadiritto"?*, Pacini giuridica, 2020; G. Taddei Elmi, *Il Quid, il Quomodo e il Quid iuris dell'IA. Una riflessione a partire dal volume "Diritto e tecnologie informatiche"*, in *Rivista Italiana di Informatica e Diritto*, 2, 2021, DOI: 10.32091/RIID0047

d'altronde sostenuto da certa dottrina privatistica tedesca, pocanzi accennata[71]. Su una posizione di contestazione alla creazione di un *tertium genus* di personalità si pone un gruppo di esperti dell'IA e della robotica, laddove sostiene che sia errato creare uno «*status* giuridico di "persona elettronica" per *robot* "autonomi", "imprevedibili" e "autodidatti"» sulla base della (errata, a loro dire) affermazione che la responsabilità per danno sarebbe impossibile da provare[72]. Sotto il profilo etico e legale, peraltro, gli esperti sostengono che non è configurabile una personalità giuridica per un *robot*, né sul modello della persona fisica, poiché il *robot* sarebbe titolare di diritti umani (dignità, integrità, remunerazione, cittadinanza) e ciò sarebbe in contraddizione con la Carta dei diritti fondamentali dell'Ue e la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Su simili posizioni si attesta il Comitato economico e sociale europeo, che in un parere afferma di essere contrario a qualsiasi forma di *status* giuridico per i *robot* o l'IA[73], così come l'UNESCO, che trova contraddittorio definire "persone" i *robot* poiché non possiedono libertà di volontà, intenzionalità, autostima, coscienza e senso di identità personale[74]. In accordo con quanto affermato nella Carta della Robotica del 2017, parte della dottrina italiana ritiene applicabili ai sistemi di IA le attuali norme del codice civile sulla responsabilità oggettiva, come responsabilità contrapposta a quella per colpa, della persona che è in grado, in determinate circostanze, di ridurre al minimo i rischi e far fronte agli impatti negativi[75]. Poiché i *robot* sono equiparabili a qualsiasi altro prodotto tecnologico, può, per essi, valere la responsabilità per danno da prodotto difettoso o, al più, la responsabilità degli utilizzatori finali e/o dei proprietari di tali sistemi. Nel nostro ordinamento, le ipotesi di responsabilità

---

[71] G. Teubner, *Soggetti giuridici…*, *op. cit.*; E. Esposito, Artificial Communication…, *op. cit.* Per altre critiche mosse all'eventuale creazione della "persona elettronica", cfr. A. Amidei, *Robotica Intelligente e Responsabilità: profili e prospettive evolutive del quadro normativo europeo*, in *Intelligenza Artificiale e Responsabilità*, a cura di U. Ruffolo, Milano, Giuffrè, 2017.

[72] AA.VV., Open letter to the European Commission Artificial Intelligence and Robotics, http://www.robotics-openletter.eu/

[73] European Economic and Social Committee, Artificial Intelligence - The consequences of artificial intelligence on the (digital) single market, production, consumption, employment and society (own-initiative opinion), 31 maggio 2017, https://www.eesc.europa.eu/en/our-work/opinions-information-reports/opinions/artificial-intelligence-consequences-artificial-intelligence-digital-single-market-production-consumption-employment-and

[74] UNESCO, Report of COMEST on robotics ethics, 2017, https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000253952

[75] L. Coppini, *Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile*, in *Politica del diritto*, 4, 2018, p. 723 ss. Cfr., *amplius*, U. Ruffolo, *Intelligenza artificiale: il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, Milano, 2020; G. Capilli, *La responsabilità per la produzione di robot*, in G. Alpa (ed.), *La responsabilità del produttore*, Milano 2019, p. 625 ss.; G. Capilli, *Responsabilità e Robot*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 35, 2, 2019, p. 621 ss.; G. Capilli, *I criteri di interpretazione della responsabilità*, in G. Alpa (ed.), *Diritto e intelligenza artificiale*, p. 393 ss., p. 457 ss.; M. Infantino, *La responsabilità per danni algoritmici: prospettive europee-continentali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 84, 2019, 1762 ss.; M. Ratti, *Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo*, in *Contratto e Impresa*, 3, 2020, p. 1174 ss.; A. Amidei, *Intelligenza artificiale e responsabilità da prodotto*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di U. Ruffolo, Giuffrè, Milano, 2020, p. 125 ss.

ISSN 2036-7821

oggettiva riguardano le attività pericolose, le cose in custodia, gli animali e i veicoli (previste nel codice civile), nonché, secondo le Direttive 374/1985 e 34/1999 recepite nel Codice del Consumo, i prodotti[76]. Tralasciando in questa sede, per motivi di spazio, il dibattito dottrinario[77] sull'applicabilità degli artt. 2054 ("Circolazione di veicoli"), 2050 ("Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose") e 2051 c. c., a tenore del quale «ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito» – tutti casi in cui costituisce prova liberatoria quella riguardante l'adozione di tutte le misure idonee ad evitare il danno – emergono evidenti difficoltà volendo applicare tali disposizioni ai sistemi più autonomi, di per sé imprevedibili, con le conseguenti criticità relative all'opacità delle scelte algoritmiche e ai *bias* non facilmente riconoscibili che potrebbero essere presenti nei *dataset* e/o nei codici. Inoltre, la prova liberatoria nella responsabilità extracontrattuale si ha se l'autore del fatto illecito fornisce la prova dell'assenza di sua colpa, mentre nella responsabilità oggettiva è necessario provare che il danno è dovuto a un evento fortuito imprevedibile e inevitabile, orbene, l'onere probatorio del caso fortuito potrebbe costituire una *probatio diabolica*.

3.3 L'applicazione delle norme sulla responsabilità oggettiva.

In dottrina, ci si è chiesti se sia appropriato attribuire in questi casi la responsabilità all'imprenditore o al produttore, a titolo di responsabilità oggettiva, cui si ricorre, generalmente, per garantire al meglio la posizione del danneggiato e per attribuire la responsabilità al professionista che si avvalga della tecnologia, a prescindere dalla colpa[78]. Eppure, il modello della responsabilità oggettiva è tradizionalmente riconosciuto come il più adeguato a rispondere alle esigenze di tutela del danneggiato, sorte con l'avvento della produzione di massa, sulla base del concetto di rischio di impresa[79], sempreché sussista un rischio costante e calcolabile connesso allo svolgimento dell'attività d'impresa. Mentre, ove i danni siano pertinenti ad un rischio non calcolabile a priori poiché occasionale, non dovrebbe trovare applicazione la responsabilità oggettiva[80]. L'alternativa alla responsabilità oggettiva, come proposta nella Carta della Robotica del 2017, è una responsabilità basata sulla gestione dei rischi, secondo cui «responsabile non sarebbe il soggetto negligente, in

[76] G. Taddei Elmi, *Il Quid, il Quomodo…*, *op. cit.*

[77] Cfr. M. Costanza, *L'Intelligenza Artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, *Dottrina e attualità giuridiche – Intelligenza Artificiale e diritto*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2019, p. 1687 ss.; L. Coppini, *Robotica e intelligenza artificiale…*, *op. cit.*, p. 724 ss.; G. Sartor, *Gli agenti software e la disciplina giuridica degli strumenti cognitivi*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1, 2003, p. 55 ss.

[78] C. M. Bianca, *La responsabilità*, in *Diritto civile*, V, III edizione, Giuffré Francis Lefebvre, Milano, 2021, p. 720 ss.

[79] P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961; G. Smorto, *Il criterio di imputazione della responsabilità civile. Colpa e responsabilità oggettiva in civil law e common law*, in *Europa e diritto privato*, 2008, p. 423 ss.

[80] S. Landini, *Assicurazione e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2004; A. D. Candian, *Responsabilità civile e assicurazione*, Egea, Milano, 1993.

ISSN 2036-7821

quanto responsabile a livello individuale, bensì colui che in determinate circostanze sia in grado di minimizzare i rischi e affrontare l'impatto negativo»[81]. Nell'ottica di *product liability*, tale soggetto risulta essere il produttore del prodotto difettoso, come definito nella Direttiva 85/374/CEE, recepita nel nostro ordinamento mediante il D.P.R. n. 224/1988, confluito, successivamente, nel D.lgs. n. 206/2005 ("Codice del Consumo"). È il (presunto) danneggiato a dover dimostrare la difettosità del prodotto (ai sensi dell'art. 117, comma 3: «elementi che rendano plausibile la mancanza della sicurezza che il danneggiato poteva legittimamente attendersi, senza necessariamente individuare lo specifico difetto tecnico»), il pregiudizio patito, nonché il nesso di causalità tra il danno occorso e il difetto (art. 4), circostanza, questa, complicata nell'ambito dei prodotti ad alta complessità tecnologica. Grava sul produttore, invece, l'onere di provare una delle ipotesi di esclusione di responsabilità di cui all'art. 118 del Codice del Consumo, fra cui quella dei «rischi da sviluppo», con l'inversione dell'onere probatorio[82]. Secondo l'art. 7 della Direttiva *de qua*, tuttavia, il produttore non è responsabile se prova, tra l'altro, «che lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento in cui ha messo in circolazione il prodotto non permetteva di scoprire l'esistenza del difetto», evento difficile, ovviamente, laddove il sistema di IA agisca autonomamente rispetto a come è stato programmato. Di conseguenza, poiché se il produttore riesce a dimostrare l'inesistenza del difetto al momento della messa sul mercato del prodotto, il danneggiato resta privo di tutela, parte della dottrina sostiene la «necessità di immergere e considerare le regole di responsabilità civile nel più ampio quadro della responsabilizzazione», valutando positivamente il coinvolgimento del principio dell'*accountability*, che consiste nel dovere di dare conto del proprio comportamento[83]. La Corte di Giustizia UE ha affermato che nella nozione di «prodotto» ai sensi dell'art. 2 della Direttiva, ossia ogni "bene mobile", rientra anche l'algoritmo che "guida" il sistema intelligente. Quindi, il danneggiato può chiamare in causa anche il programmatore del medesimo algoritmo, da cui ha avuto origine il comportamento dannoso – integrando una responsabilità solidale – ma non il *trainer* ovvero colui che ha impartito le istruzioni affinché la macchina sia in grado di auto-apprendere da un *dataset*[84]. In conclusione,

[81] Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)).

[82] E. Burgio, L. De Simone, *Intelligenza Artificiale e responsabilità civile*, in *MediaLaws - Rivista di diritto dei media*, 15 aprile 2021.

[83] G. Comandé, *Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability: il carattere trasformativo dell'IA e il problema della responsabilità*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, Il Mulino, 1, 2019, p. 169 ss.; G. Comandé, *Responsabilità ed accountability nell'era dell'Intelligenza Artificiale*, in F. Di Ciommo, O. Troiano, *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido: studi in onore di Roberto Pardolesi*, La Tribuna, Roma, 2018, p. 1001 ss.; G. Finocchiaro, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in *Contratto e impresa*, 2020, p. 713 ss.

[84] Corte Giust. UE, (Grande Sezione), 21 dicembre 2011, (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Conseil d'État* — Francia) — *Centre hospitalier universitaire de, Besançon/Thomas Dutrueux, Caisse primaire d'assurance, maladie du Jura*, (Causa C-495/10), nel cui Dispositivo i giudici del Lussemburgo affermano che: «La responsabilità

ISSN 2036-7821

la posizione maggioritaria intende optare per una responsabilità del produttore, seppur "rivisitata"[85], con la conseguenza che diventa cruciale la quantificazione del grado di minimizzazione dei rischi e degli impatti dei sistemi di IA, in un profilo di allocazione del rischio, poiché, a rilevare non è "chi" e "come" sbaglia, bensì la necessità di garantire un ristoro al danneggiato, ad esempio, mediante la costituzione di un fondo al quale attingere, a prescindere dall'individuazione delle modalità dell'incidente o dell'errore, come avviene nei casi di clonazione delle carte di credito[86]. Un tale sistema rassicurerebbe i potenziali utilizzatori, conferendo loro la garanzia di un risarcimento della somma sottratta. Un'elencazione *ex ante* delle attività "ad alto rischio", dunque, elaborata sulla base di standard e valutazioni d'impatto, non è tassativa e definitiva, ma è modificabile dopo l'immissione sul mercato del prodotto, sicché la responsabilità oggettiva troverebbe applicazione nelle sole ipotesi, contemplate, di volta in volta, nel catalogo di attività che hanno un margine di pericolosità inevitabile (nonostante l'osservanza di un diligente impegno), atteso che il rischio è alto e l'illecito potrebbe arrecare un danno ingiusto a un diritto fondamentale, mentre, in tutti gli altri casi, troverebbe applicazione una responsabilità fondata sulla colpa[87]. Con riferimento, in particolare, all'allocazione delle responsabilità per le decisioni prese dai sistemi algoritmici non autonomi utilizzati in campo medico-sanitario, gli errori di programmazione possono essere attribuiti al programmatore o al venditore del prodotto, ai sensi della Direttiva 85/374/CE. Delle eventuali omissioni negli aggiornamenti del sistema, viceversa, ai sensi dell'art. 1218 c.c., possono essere chiamate a rendere conto le società incaricate della manutenzione, salvo che sia stata la struttura sanitaria a "dimenticare" di provvedere agli aggiornamenti, ricorrendo in tali casi l'applicabilità dell'art. 2051 del codice civile. Infine, laddove fosse l'operatore sanitario a fare un uso errato dell'IA (anche per averne soltanto interpretato in maniera fallace gli *output*) può vedersi applicata la responsabilità aquiliana. Nei casi di uso negligente o imperito del

---

di un prestatore di servizi che utilizzi, nell'ambito di una prestazione di servizi quale l'erogazione di cure in ambiente ospedaliero, apparecchi o prodotti difettosi di cui non sia il produttore ai sensi delle disposizioni dell'art. 3 della direttiva del Consiglio 25 luglio 1985, 85/374/CEE, […] e causi in tal modo danni al destinatario della prestazione non rientra nell'ambito di applicazione di tale direttiva. Quest'ultima non osta, pertanto, a che uno Stato membro istituisca un regime, come quello di cui alla causa principale, che preveda la responsabilità di un simile prestatore per i danni in tal modo cagionati, anche in assenza di qualunque colpa imputabile al medesimo, a condizione, tuttavia, che sia fatta salva la facoltà per la vittima e/o per il suddetto prestatore di invocare la responsabilità del produttore in base alla citata direttiva, qualora risultino soddisfatte le condizioni previste dalla medesima».

[85] A. Amidei, *Intelligenza Artificiale e product liability: sviluppi del diritto dell'Unione Europea*, in *Giurisprudenza italiana*, 7, 2019, p. 1657 ss.; A. Amidei, *Intelligenza artificiale e responsabilità…*, *op. cit.*; U. Salanitro, *Intelligenza artificiale e…*, *op. cit.*, p. 1246 ss.; G. Capilli, *Responsabilità e Robot*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 35, 2, 2019, p. 621 ss.; M. Ratti, *Riflessioni in materia…*, *op. cit.*, p. 1173 ss.

[86] G. Finocchiaro, *Intelligenza Artificiale e protezione dei dati* personali, in *Giurisprudenza Italiana*, Luglio 2019, p. 1670 ss.

[87] M. Rabitti, *Il danno prodotto…*, *op. cit.*

ISSN 2036-7821

dispositivo opera, infatti, la specifica disciplina sulla responsabilità medica di cui all'art. 7 della legge n. 24/2017 ("Gelli-Bianco")[88], che imputa la responsabilità al medico, in via extracontrattuale, e, alla struttura sanitaria, quella da inadempimento contrattuale[89]. L'operatore sanitario è responsabile per l'impiego errato di tecnologie robotiche automatiche (ma non autonome), poiché esse sono considerate alla stessa stregua di un bisturi, lavorando, il *robot*, sotto la regia umana[90]. Appaiono evidenti, tuttavia, le residue criticità in merito sia all'onere della prova relativa al nesso causale tra la condotta del medico e il danno, che nel caso della responsabilità extracontrattuale è in capo al danneggiato dal sistema di IA e l'onere della prova "liberatoria" in capo alla struttura sanitaria, che non è chiaro se debba essere riferito all'ottemperanza delle "linee guida cliniche e scientifiche" o se debba essere esteso ad un uso dell'IA conforme a manuali d'uso o codici di condotta. Senza dimenticare che, per i casi in cui fosse invece chiamato alla prova liberatoria il produttore del sistema intelligente, egli, chiamato a dimostrare l'esistenza di una delle cause di "esclusione della responsabilità" (art. 118 del Codice del Consumo) – essendo irrilevante la prova di aver impiegato la diligenza richiesta nella fabbricazione o distribuzione del prodotto – dovrebbe provare quasi l'impossibile, per tutta una serie di motivi legati alle caratteristiche intrinseche dell'IA. Come accennato, la responsabilità del produttore è disciplinata dalla Direttiva 85/374/CEE, recepita in Italia agli artt. 114-127 del Codice del Consumo, in un regime di *strict liability*, in virtù del quale il danneggiato ha l'onere di allegare l'inadempimento e di provare il danno subito, nonchè il nesso causale tra inadempimento e danno (art. 120)[91], come ormai da tempo richiede la giurisprudenza[92]. Per ovviare a questi e altri problemi applicativi, la Commissione europea, congiuntamente alla proposta legislativa volta ad adeguare le norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'IA, in data 28 settembre

[88] Legge 8 marzo 2017, n. 24 "Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie".

[89] G. Alpa, *«Ars interpretandi» e responsabilità sanitaria nella nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 728 ss.; R. De Matteis, *Le responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, Giuffrè, Milano, 2017.

[90] C. Perlingieri, *Responsabilità civile e robotica medica*, in *Tecn. Dir.*, 2020, p. 171. 38 Cfr. anche Corte di Cassazione, 11 maggio 2009, n. 10743, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 1276, in cui il giudice nomofilattico ha affermato che "è pur sempre configurabile una responsabilità autonoma e diretta della struttura ospedaliera, ove il danno subito dal paziente risulti causalmente riconducibile ad un'inadempienza alle obbligazioni ad essa facenti carico".

[91] F. Ferretti, *Intelligenza artificiale…*, *op. cit.*

[92] Corte di Cassazione, 11 novembre 2020, n. 25288; 11 novembre 2019, n. 28991; 26 luglio 2017, n. 18392, tutte in www.dejure.it: "Ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, è onere del danneggiato provare il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o insorgenza di nuove patologia per effetto dell'intervento) e l'azione o l'omissione dei sanitari, mentre è onere della parte debitrice provare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione (fattispecie relativa alla controversia promossa da una donna al fine di veder riconosciuto il risarcimento del danno per la morte del marito avvenuta nel corso di un intervento chirurgico)".

ISSN 2036-7821

2022, ha presentato un ulteriore testo legislativo, al fine di modificare molteplici aspetti della disciplina attualmente in vigore in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi[93]. La proposta tende a includere nella definizione di "prodotto" anche l'elettricità, il software e i file per la fabbricazione digitale. Inoltre, l'onere della prova resterebbe a carico del danneggiato; tuttavia, nella proposta sarebbero introdotte delle presunzioni in merito al carattere difettoso dei prodotti, al nesso di causalità tra difetto e danno o ad entrambi gli elementi. Soprattutto, la proposta mira a far sì che il consumatore abbia la garanzia che esista nell'Unione, in ogni momento, un operatore economico (rappresentante) contro il quale possa essere presentata una domanda di risarcimento. Infine, secondo la proposta, in discussione presso il Parlamento Europeo, la responsabilità non dovrebbe essere esclusa, né limitata per legge o disposizione contrattuale, non consentendo, dunque, agli Stati membri, di fissare soglie minime o massimali finanziari per il risarcimento. Appare, dunque, evidente che qualificare l'algoritmo quale "componente" del prodotto finale, permetterebbe di riconoscere anche in capo al suo ideatore, se diverso dagli altri produttori, una responsabilità extracontrattuale autonoma, come, d'altronde, richiedeva da tempo parte della dottrina[94]. Sotto tali profili, il danneggiato sarebbe avvantaggiato, poiché vedrebbe ampliarsi la platea di soggetti chiamati a risarcire il danno subìto. Senza dimenticare la specifica presunzione circa la difettosità del prodotto per la violazione degli standard tecnici (art. 9, comma 2, lett. b), voluta dalla Commissione, in un'ottica di rafforzamento della relazione tra regole di sicurezza e di responsabilità, laddove ha affermato che «le caratteristiche dell'intelligenza artificiale non precludono il diritto a pretendere che i prodotti siano sicuri, che si tratti di tosaerba automatici o di robot chirurgici", sebbene un prodotto conforme non sia, di converso, automaticamente, privo di difetti»[95]. Ciononostante, parte della dottrina ha negato che la responsabilità del sanitario rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 85/374 CEE, con relativa esclusione della disciplina consumieristica in favore del paziente danneggiato, tesi la cui *ratio* è da ricercarsi nell'assenza, in capo alla struttura sanitaria, di qualsiasi fine di profitto, da cui deriva l'impossibilità di qualificarla come "imprenditore" o "professionista"[96].

3.4 I principi della Proposta di Direttiva UE sulla responsabilità extracontrattuale dell'IA.

Agli interrogativi della dottrina in merito alla responsabilità civile extracontrattuale dell'IA sembra aver dato parziali risposte la Proposta di Direttiva presentata dalla

[93] Commissione UE, COM (2022) 495 final del 28.09.2022, Proposta di Direttiva del Parlamento e del Consiglio sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi.

[94] U. Ruffolo, *Intelligenza Artificiale e Responsabilità*, *op. cit.*, p. 1689.

[95] F. Ferretti, *Intelligenza artificiale…*, *op. cit.*

[96] F. Ferretti, *Ibidem*.

ISSN 2036-7821

Commissione Europea, nel settembre 2022[97], laddove ha inteso risolvere il problema del nesso di causalità dell'evento dannoso mediante il meccanismo della presunzione relativa, mantenendo come il sistema dell'*AI Act* del "doppio binario" basato sul rischio dei sistemi di IA. Nello spazio europeo, infatti, oltre al Regolamento in via di adozione, verrà in rilievo (entro due anni) anche tale Direttiva, nata dall'esigenza di «migliorare il funzionamento del mercato interno stabilendo requisiti uniformi per determinati aspetti della responsabilità civile extracontrattuale per danni causati con il coinvolgimento di sistemi di IA»[98]. Nella Relazione illustrativa si afferma, infatti, che «le norme nazionali vigenti in materia di responsabilità, in particolare per colpa, non sono adatte a gestire le azioni di responsabilità per danni causati da prodotti e servizi basati sull'IA», di conseguenza «se un danneggiato presenta una domanda di risarcimento, gli organi giurisdizionali nazionali, confrontati alle caratteristiche specifiche dell'IA, possono adeguare le modalità di applicazione delle norme vigenti in base ai singoli casi per giungere a un risultato equo per il danneggiato. Ciò provocherà incertezza giuridica. Le imprese avranno difficoltà a prevedere le modalità di applicazione delle norme vigenti in materia di responsabilità e, di conseguenza, a valutare la loro esposizione alla responsabilità e a stipulare la relativa copertura assicurativa»[99]. A titolo esemplificativo, si pensi ai casi di incidenti in cui siano coinvolte auto autonome, eventi nei quali la responsabilità dei danni conseguenti potrebbe essere addebitata (in concorso o singolarmente) al conducente, a chi ha progettato il sistema di guida autonoma, a chi ha prodotto il software che guida i sensori, al produttore dei sensori, alla casa produttrice dell'auto, a eventuali soggetti che hanno messo a disposizione i dati di *training* dell'algoritmo, nonché, in caso di attacco informatico, ai cyberattaccanti. La Direttiva è strutturata su un approccio a due fasi. Nella prima fase, l'obiettivo è quello di coordinare i regimi nazionali in materia di responsabilità civile per danni causati dall'IA, mediante un "alleggerimento" dell'onere della prova per i danneggiati e, in particolare, della prova del nesso causale tra colpa del convenuto ed evento consistente in un'azione od omissione derivante dall'impiego di sistemi di IA. Nella seconda fase, verranno valutate le misure adottate in una sorta di monitoraggio che dovrà tener conto soprattutto, da un lato, degli sviluppi tecnologici, normativi e giurisprudenziali intervenuti, e, d'altro canto, della necessità di completare l'armonizzazione degli ordinamenti nazionali in materia di responsabilità oggettiva e copertura assicurativa. In generale, è emersa la volontà, del legislatore europeo, di incanalare lo sviluppo tecnologico verso un'intelligenza artificiale antropocentrica, evitando, però, di

[97] Proposta di DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale (direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0496.

[98] *Ibidem*, Relazione illustrativa.

[99] *Ibidem*, Relazione illustrativa.

ISSN 2036-7821

frenare il mercato sottostante per non perdere terreno nei confronti di altri Paesi[100]. La Proposta *de qua* stabilisce che le domande di risarcimento del danno possono essere presentate, oltre che dalla persona danneggiata, anche da persone che sono subentrate o si sono surrogate nei diritti del danneggiato[101]. La surrogazione, che in tali casi riguarderebbe anche gli eredi di un danneggiato deceduto, è l'assunzione da parte di un terzo (come una compagnia di assicurazioni) del diritto giuridico di un'altra parte di riscuotere un debito o un risarcimento del danno. Inoltre, un'azione di risarcimento del danno può essere intentata anche da chi agisce per conto di uno o più danneggiati conformemente al diritto dell'Unione o nazionale[102], ciò per offrire maggiori possibilità alle persone danneggiate da un sistema di IA di far esaminare le loro domande da un organo giurisdizionale, anche nei casi in cui le azioni individuali possono sembrare troppo costose o troppo onerose da intentare, o in cui le azioni congiunte possono comportare un beneficio di scala. Ancora, la Proposta mira a fornire alle persone che chiedono il risarcimento di danni causati da sistemi di IA ad alto rischio mezzi efficaci per identificare le persone potenzialmente responsabili e le prove pertinenti per una domanda di risarcimento, prevedendo che un organo giurisdizionale possa ordinare la divulgazione di elementi di prova rilevanti in relazione a specifici sistemi di IA ad alto rischio che si sospetta abbiano cagionato danni[103]. Le richieste di elementi di prova sono rivolte al fornitore di un sistema di IA, a una persona soggetta agli obblighi del fornitore, della legge sull'IA o a un utente a norma della legge sull'IA. Le richieste dovrebbero essere suffragate da fatti e prove sufficienti a dimostrare la plausibilità della domanda di risarcimento del danno in questione e gli elementi di prova richiesti dovrebbero essere a disposizione dei destinatari. Le richieste non possono essere rivolte a parti sulle quali non incombono obblighi a norma della legge sull'IA e le quali non hanno pertanto accesso agli elementi di prova. Con riferimento ai danni causati dai sistemi di IA, la direttiva mira a fornire una base efficace per le domande di risarcimento in relazione alla colpa consistente nella non conformità a un obbligo di diligenza a norma del diritto dell'Unione o nazionale. Poiché è di difficile individuazione il nesso causale tra la non conformità e l'*output* prodotto dal sistema di IA o la mancata produzione di un

[100] Nell'Indagine sulla diffusione delle tecnologie basate sull'intelligenza artificiale tra le imprese europee, Ipsos 2020, relazione finale, pag. 58, https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/f089bbae-f0b0-11ea-991b-01aa75ed71a1, la responsabilità è emersa quale uno dei tre ostacoli principali all'uso dell'IA da parte delle imprese europee, venendo citata come l'ostacolo esterno più rilevante (43 %) per le imprese che intendono adottare l'IA, ma che non lo hanno ancora fatto.

[101] Proposta di DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale (direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0496, articolo 2, punto 6, lettera b).

[102] *Ibidem*, articolo 2, punto 6, lettera c).

[103] *Ibidem*, articolo 3, par. 1.

ISSN 2036-7821

output da parte del sistema di IA che ha cagionato il danno in questione, nella Proposta oggetto della presente analisi è stata stabilita una presunzione relativa mirata di causalità in relazione a tale nesso di causalità[104]. La colpa del convenuto deve essere dimostrata dall'attore conformemente alle norme dell'Unione o nazionali applicabili e può essere accertata, ad esempio, per non conformità a un obbligo di diligenza a norma della legge sull'IA o di altre normative stabilite a livello di Unione, come quelle che disciplinano l'uso del monitoraggio e del processo decisionale automatizzati per il lavoro mediante piattaforme digitali o quelle che disciplinano il funzionamento di aeromobili senza equipaggio. Nei paragrafi 2 e 3 dell'articolo 4, la Proposta legislativa segna una distinzione tra le azioni intentate nei confronti del fornitore di un sistema di IA ad alto rischio o di una persona soggetta agli obblighi del fornitore a norma della legge sull'IA, da un lato, e le azioni intentate nei confronti dell'utente di tali sistemi, dall'altro, operando, in tali casi, il Reg. UE sull'IA. Ove vi fossero simili domande di risarcimento, l'osservanza da parte dei convenuti degli obblighi di cui al paragrafo 2 dell'art. 4, deve essere valutata anche alla luce del sistema di gestione dei rischi e dei suoi risultati, vale a dire le misure di gestione dei rischi, a norma della legge sull'IA. In caso di sistemi di IA ad alto rischio, quali definiti dal Reg. UE sull'IA, la Proposta stabilisce un'eccezione alla presunzione di causalità qualora il convenuto dimostri che l'attore può ragionevolmente accedere a elementi di prova e competenze sufficienti per dimostrare il nesso causale[105]. Nel caso, invece, di sistemi di IA non ad alto rischio, la Proposta stabilisce una condizione per l'applicabilità della presunzione di causalità, in base alla quale quest'ultima è soggetta alla condizione che l'organo giurisdizionale stabilisca che è eccessivamente difficile per l'attore dimostrare l'esistenza del nesso causale[106]. Tali difficoltà, si afferma nella Relazione illustrativa, «devono essere valutate alla luce delle caratteristiche di determinati sistemi di IA, come l'autonomia e l'opacità, che nella pratica rendono estremamente difficile la spiegazione del funzionamento interno del sistema di IA e pregiudicano la capacità dell'attore di dimostrare l'esistenza del nesso di causalità tra la colpa del convenuto e l'output del sistema di IA». Il convenuto ha ovviamente il diritto di confutare la presunzione di causalità fondata sull'articolo 4, paragrafo 1.

4. IA in medicina.

La mancanza di una chiara configurazione delle responsabilità nei casi accertati di danno conseguente ad utilizzi di strumenti di IA è ancor più sentita nel contesto della medicina e la disciplina accennata potrebbe non essere completamente

[104] *Ibidem*, articolo 4, par. 1.
[105] *Ibidem*, articolo 4, par. 4.
[106] *Ibidem*, articolo 4, par. 5.

ISSN 2036-7821

funzionale in tale ambito, come affermato in dottrina[107]. Con il termine "*e-health*" si definiscono attività come operazioni chirurgiche "a distanza", telemedicina, diagnosi e prevenzione, robotica riabilitativa e di assistenza. L'utilità dell'uso dell'IA in campo sanitario si manifesta, infatti, non soltanto nella razionalizzazione dell'uso delle risorse, ma anche nella possibilità di "personalizzare" i percorsi assistenziali, almeno per le patologie croniche, con conseguente miglioramento della qualità della vita del paziente. Inoltre, come osservato in dottrina, le tecnologie basate sull'IA hanno, da un lato, il potenziale di trasferire diverse procedure diagnostiche, tipiche delle rispettive branche specialistiche, nel *setting* delle cure primarie, democratizzando l'accesso alle cure e aprendo scenari innovativi nell'ambito delle prestazioni territoriali, e, sotto un diverso profilo, è possibile anche, grazie alla digitalizzazione dei dati, una gestione intelligente ed efficace del paziente cronico, con l'introduzione di nuove potenzialità nella ricerca clinica, nella medicina di iniziativa e nella medicina di personalizzata[108]. In Italia, il legislatore ha attribuito al Ministero della salute la facoltà di perseguire la razionalizzazione della spesa a mezzo di modelli predittivi[109]. La competenza nell'eventuale normazione di modelli di medicina predittiva spetta alle Regioni alle Province autonome. Orbene, in tali ambiti, non è semplice addebitare a un unico soggetto la responsabilità dell'evento dannoso, in particolare quella penale, che, come noto, secondo la Costituzione, è «personale»[110], considerata la molteplicità dei soggetti agenti oltre al medico (struttura sanitaria proprietaria dell'apparecchiatura, produttore del software, programmatore,

[107] F. Ferretti, *Intelligenza artificiale…*, *op. cit.*: «Non è chiaro, però, quale sarà l'impatto dell'intervento europeo in materia civilistica, soprattutto in relazione al sottosistema della responsabilità medica: la direttiva, una volta recepita, potrebbe sostituire le regole esistenti laddove si faccia uso di AI in sanità, oppure potrebbe affiancarsi ad esse, creando un "doppio binario", lasciando la scelta al paziente sull'esperibilità del rimedio; oppure ancora, potrebbe inserirsi nel sistema della responsabilità apportando una modifica al solo aspetto dell'accertamento del nesso causale nella correlazione tra fatto ed evento. Inoltre, il passaggio dalla responsabilità oggettiva (prevista nella risoluzione del 2020 per i sistemi di AI ad alto rischio) a questa ipotesi "sui generis" di responsabilità parzialmente presunta, che rimane ancorata alla valutazione della colpa e del canone della diligenza, rischia di mantenere nel sistema un elemento di incertezza poco funzionale alle esigenze di stabilità e prevedibilità manifestate dagli operatori del mercato. Secondo una diversa prospettiva poi, il regime di liability potrebbe non essere un rimedio sempre adeguato, soprattutto in relazione a danni provocati da errori fisiologici, ineliminabili dai device medici, ma calcolabili a priori, che non sembra opportuno né lasciare definitivamente sulla vittima, né traslare sull'utilizzatore o sul produttore, e che andrebbero invece gestiti attraverso una socializzazione dei costi garantita da fondi sovvenzionati dai soggetti coinvolti (cd. compensation fund)».

[108] A. Malva, V. Zurlo, *La medicina nell'era dell'Intelligenza Artificiale: applicazioni in Medicina Generale*, in *Rivista Società Italiana di Medicina Generale*, vol. 26, 4, 2019.

[109] Art. 7, comma 1, D.-l. 34/2020: «il Ministero può trattare […] ai sensi dell'articolo 2-*sexies*, comma 2, lettera v), del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 e nel rispetto del Regolamento UE 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, dati personali, anche relativi alla salute degli assistiti, raccolti nei sistemi informativi del Servizio sanitario nazionale, nonché dati reddituali riferiti all'interessato e al suo nucleo familiare per lo sviluppo di metodologie predittive dell'evoluzione del fabbisogno di salute della popolazione, secondo le modalità di cui al decreto del Ministro della salute 7 dicembre 2016, n. 262».

[110] Art. 27, Costituzione.

ISSN 2036-7821

sviluppatori, società addette alla verifica e manutenzione tecnica). Dal punto di vista normativo, infatti, tali dispositivi rientrano quasi sempre nella definizione di "dispositivi medici" – ossia «qualunque strumento, apparecchio, apparecchiatura, software, impianto, reagente, materiale o altro articolo destinato dal fabbricante a essere impiegato sull'uomo» – con applicazione della relativa disciplina, di recente innovata, a livello europeo, con il Reg. UE n. 745/2017, in vigore dal 26 maggio 2021, volto a garantire il buon funzionamento del mercato interno dei "device medicali", un livello elevato di protezione della salute dei pazienti, nonché il rispetto degli standard di qualità e sicurezza[111]. Inoltre, con la diffusione di sistemi di *computer vision*, di sonde e braccia meccaniche, le operazioni chirurgiche vengono sempre di più automatizzate, tanto che l'addestramento all'uso di sistemi di chirurgia robotica è, ormai, uno *step* necessario nella formazione medica specialistica, in particolare in nefrologia e urologia[112]. Le più moderne tecnologie di robotizzazione dell'intervento prevedono il suo svolgimento da parte del sistema di IA, che ha livelli variabili di autonomia, sotto il controllo, o l'integrale direzione, del medico, attraverso un monitor. Ad esempio, il *Da Vinci*, sistema robotico più diffuso al mondo, consente al chirurgo, fisicamente lontano dal campo operatorio e seduto a una postazione dotata di monitor e comandi, di muovere le braccia del *robot*, collegati agli strumenti endoscopici, che vengono introdotti attraverso piccole incisioni. Il campo operatorio è proiettato tridimensionalmente, con immagini ferme e ad altissima risoluzione[113]. Vi è, infine, un altro ambito in cui le criticità della disciplina legale dei sistemi di IA, quello della medicina "predittiva" (o "di iniziativa"), un modello volto a un superamento della "medicina d'attesa", che, alla luce delle informazioni genetiche di un soggetto sano, elabora una previsione del rischio di contrarre, nell'arco dell'esistenza, una determinata patologia. Grazie ad algoritmi "predittivi", che operano su grandi quantità di dati raccolti da *smartwatch*, bilance impedenziometriche e altri simili strumenti di allarme (peso, percentuale di massa grassa e magra, battito cardiaco, pressione, attività fisica svolta, ecc.) l'IA riesce ormai a prevedere possibili evoluzioni cliniche. Il ML è considerato promettente nell'ambito della pratica clinica, come supporto all'attività decisionale dei medici; basti pensare alla generazione di una stima del rischio di un paziente per uno specifico *outcome*, aiutando il medico a impostare terapie più consapevoli[114], o della *precision medicine*, per identificare i pazienti che potrebbero rispondere meglio ad una determinata

[111] F. Ferretti, *Intelligenza artificiale…*, *op. cit.*

[112] T. Davenport, R. Kalakota, *The potential for artificial intelligence in healthcare*, in *Future Healthc J.*, 6, 2019, p. 94 ss.

[113] T.O. Jefferson et al., *Chirurgia robotica*, Roma, marzo 2017, finanziato da Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali (Agenas) e Ministero della Salute.

[114] E. Peterson, *Machine Learning, Predictive Analytics, and Clinical Practice: Can the Past Inform the Present?*, in *JAMA network*, 22(23), 2019, pp. 2283-2284.

ISSN 2036-7821

terapia, indirizzando il medico verso la strategia terapeutica migliore[115]. Secondo alcuni recenti studi, tramite ML è possibile identificare nuovi predittori di rischio, migliorando l'accuratezza diagnostica quando paragonati a metodi tradizionali[116]. In oncologia, neurologia e cardiologia tali approcci sono ormai diffusi[117]. In tale contesto, per dirla con le parole di autorevole dottrina, "*Quali responsabilità allora, se la macchina sbaglia, ed il medico che la usa avalla l'errore?*"[118], ovvero se il sanitario scegliesse di suggerire un intervento chirurgico sulla base di un rischio segnalato dall'IA, poi non concretizzatosi. Per i casi in cui, viceversa, il medico dovesse disattendere la segnalazione dell'algoritmo, rivelatasi, invece, successivamente, fondata, si fa sempre più strada la proposta di configurare quell'accennato *tertium genus* di personalità giuridica, ossia la "personalità elettronica" della macchina. Il carattere "trasformativo" dell'IA, ovvero la sua capacità di generare profondi e dirompenti cambiamenti, è connesso ai suoi gradi di autonomia[119]. Gli esempi che possono essere annoverati sono molteplici, basti pensare alle microcapsule robotiche impiegate a fini terapeutici[120], oppure a un *software* che valuti la densità del seno durante l'esame mammografico, quale utile indizio di patologie ai fini diagnostici. Vi sono, altresì, meccanismi di ragionamento artificiale in grado di produrre una medicina predittiva, preventiva, personalizzata e partecipativa nella gestione del diabete[121], grazie al *deep learning* supervisionato con reti neurali[122] convoluzionali, che imitano il funzionamento del cervello umano e sono in grado di imparare a svolgere in modo automatico compiti tipicamente affidati alla sola percezione visiva di operatori sanitari esperti. A differenza di altre applicazioni di IA che mettono semplicemente a confronto i dati raccolti – si pensi alla mera comparazione di due lastre radiologiche – in questi casi, la macchina compone i dati inseriti dall'umano e, mediante un'analisi e una valutazione accurata, riesce a esprimere, attraverso un procedimento decisionale autonomo (le reti neurali), un giudizio frutto di un ragionamento, che non richiede l'interpretazione dell'operatore.

---

[115] N.L. Guthrie, *Achieving Rapid Blood Pressure Control With Digital Therapeutics: Retrospective Cohort and Machine Learning Study*, in *JMIR Cardio*, 3, 2019.

[116] O. Colpani, *Machine Learning: la capacità di prevedere applicata alla ricerca e alla pratica clinica*, in *Giornale Italiano di Farmacoeconomia e Farmacoutilizzazione*, 11 (4), 2019, p. 5-11, in cui si rinvia a R.C. Deo, *Machine Learning in Medicine*, in *Circulation*, 2015, 132, pp. 1920-1930; E. Peterson, *Machine Learning, Predictive Analytics, and Clinical Practice: Can the Past Inform the Present?*, JAMA, 2019.

[117] V.J. Mar & H.P. Soyer, *Artificial Intelligence for Melanoma Diagnosis: How Can We Deliver on the Promise?*, in *ANN. ONCOL.*, 2018, p. 1628; F. Jiang et al., *Artificial Intelligence in Healthcare: Past, Present and Future*, in *STROKEVASC. NEUROL.*, 2017, p. 243 ss.; T. Davenport, R. Kalakota, *The potential for…*, *op. cit.*, pp. 94-98.

[118] U. Ruffolo, *Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1691 ss.

[119] G. Comandé, *Intelligenza artificiale…*, *op. cit.*

[120] A. Sieg, K. Friedrich, U. Sieg, *Is PillCam Colon capsule endoscopy ready for colorectal cancer screening? A prospective feasibility study in a community gastroenterology practice*, in *Am. J. Gastr.*, 2009, pp. 848-854.

[121] E. Samer, *Artificial Intelligence: The Future for Diabetes Care*, in *Am J Med*, 133, p. 895-900.

[122] I. Goodfellow, Y. Bengio, A. Courville, *Deep Learning*, in *Mit Press*, Cambridge, 2016, p. 8.

ISSN 2036-7821

L'apprendimento profondo, una *species* più avanzata del *machine learning*, mediante le reti neurali permette all'IA di apprendere in modo automatico e non supervisionato da dati casuali, non precedentemente strutturati e catalogati. La problematica principale è costituita dalla non codificabilità, in numerosi casi, dell'*output* della macchina, poiché, a differenza del ragionamento umano, il modello predittivo non è abbastanza trasparente, tanto che si parla di opacità dell'algoritmo e le reti neurali sono definite modelli a scatola nera (*black box*[123]). In dottrina si è affermato come, in quanto tecnologia sanitaria, l'IA applicata alla ricerca, medicina, sanità, necessita di essere sviluppata attraverso una fase preclinica, clinica pilota e clinica allargata, nonché di essere sottoposta ad una formale valutazione (*Health Technology Assestment*), comprensiva delle sue implicazioni etiche, legali e sociali[124]. Difatti, se, da un lato, l'avvento delle reti neurali, e in particolare del *deep learning*, ha rappresentato una rivoluzione per il settore come avvenuto soltanto in pochi altri contesti[125], poiché ha permesso lo sviluppo di accurati sistemi valutativi e predittivi[126], d'altro canto, esso ha anche posto numerose questioni etiche. Come osservato in dottrina, l'applicazione del ML alla pratica clinica richiede la messa a punto di un percorso di approvazione che si adatti alle particolari caratteristiche dei software *ML-based*[127]. Ad esempio, in termini di qualità dell'algoritmo, come noto, tutto deriva dalla *quality* dei dati utilizzati nella fase di *training*. Si parla di *fairness*, ad esempio, per il caso di un algoritmo generato da dati ottenuti solo da soggetti caucasici, avrebbe capacità predittive ridotte se applicato a soggetti asiatici o africani[128]. È appurato che i modelli di ML funzionano meglio quanto più è ampio il *training set*. Evitare, o almeno mitigare, siffatti *bias* statistici è possibile preferendo dati provenienti da studi randomizzati, invece che da studi osservazionali, dati non dipendenti dal giudizio del medico, o utilizzando strumenti volti a valutare il rischio di *bias* nell'algoritmo[129]. Ciò va bilanciato, tuttavia, con la normativa privacy, gli atti

[123] S. Doncieux, J. Mouret, *Beyond black-box optimization: a review of selective pressures for evolutionary robotics*, in *Evolutionary Intelligence*, 7, 2014, p. 71 ss.; S. Beck, *Google cars, software agents, autonomous weapons systems – New challenges for criminal law?*, in E. Hilgendorf, U. Seidel (eds.), *Robotics, Autonomics, and the Law*, Baden-Baden, 2017, p. 227 ss.; G. Gaudio, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro* l'algoritmo, in *Labour&Law Issue*, 6, 2, 2020; M. Busuioc, *Accountable Artificial Intelligence: Holding Algorithms to Account*, in *Public Administration Review*, 81, 5, 2020, p. 825 ss.

[124] A. Malva, V. Zurlo, *La medicina nell'era…, op. cit.*

[125] T. Davenport, R. Kalakota, *The potential for…, op. cit.*, pp. 94-98; E. Topol, *Deep medicine. How artificial intelligence can make healthcare human again*, New York, 2019; V. Kaul, S. Enslin, Seth A. Gross, *History of artificial intelligence in medicine*, in *Gastrointestinal Endoscopy*, 92, 4, 2020, pp. 807-812.

[126] S. F. Weng, J. Reps, J. Kai, J.M. Garibaldi, N. Qureshi, *Can machine-learning improve cardiovascular risk prediction using routine clinical data?*, in *PLOS ONE*, 12, 4, 2017.

[127] O. Colpani, *Machine Learning…, op. cit.*, p. 5-11.

[128] CJ. Kelly et al., *Key challenges for delivering clinical impact with artificial intelligence*, in *BMC Med.*, 2019, 17, 195.

[129] R. B. Parikh, S. Teeple, A. S. Navathe, *Addressing Bias in Artificial Intelligence*, in *Health Care*, JAMA, 2019.

ISSN 2036-7821

di indirizzo del Garante[130] e con l'esigenza di accedere a dati vasti ed eterogenei[131]. Non mancano, dunque, i tentativi di progettare sistemi di IA trasparenti (*clear box*), con l'obiettivo di rendere espliciti i modelli e i ragionamenti sottesi alle decisioni algoritmiche, consentendo al sanitario di orientarne il ragionamento, e, in particolare, sistemi "nativamente spiegabili", abbracciando soluzioni di IA trasparente mediante l'adozione di uno strumento di ML a regole esplicite, la *Logic Learning Machine* (LLM)[132]. Tale tipo di ML genera immediatamente e contestualmente alla creazione del modello, tutta una serie di informazioni esplicite, in linguaggio naturale e non sotto forma di equazioni matematiche, che permettono di capire quali siano le dinamiche che influenzano il fenomeno analizzato[133]. Di conseguenza, si avranno risposte affidabili alle seguenti domande[134]:

1. 'How the model thinks?' (internal reasoning). Ovvero: quali sono le logiche sottostanti al funzionamento del modello, cosa ha appreso e in base a cosa farà le previsioni.
2. 'What will be' (predictive analytics). Ovvero: cosa succederà?
3. 'Why did it happen?' (new finding – comprensione delle dinamiche del fenomeno). Ovvero: perché è successo ciò che è successo? Quali sono i motivi per cui probabilmente succederà ancora?
4. 'What we could do differently' (prescriptive analytics). Ovvero: quali sono gli aspetti su cui si potrebbe
intervenire per evitare che succeda una situazione che è meglio evitare?
5. 'What-if' (analisi d'impatto – simulazione di scenari). Ovvero: se nel comportamento passato ci si fosse comportati diversamente, quale impatto, o beneficio, si sarebbe potuto generare sugli esiti attesi? E con quale probabilità?

Siffatte applicazioni di IA comportano, ovviamente, il trattamento dei dati "sanitari" che vengono raccolti nel tempo attraverso il Fascicolo sanitario elettronico (FSE), il Dossier sanitario e la cartella clinica elettronica, per essere aggregati e

[130] In merito di segnala il contributo offerto dal Garante per la protezione dei dati personali che, in data 10.10.2023, ha diramato il *Decalogo per la realizzazione di servizi sanitari nazionali attraverso sistemi di Intelligenza Artificiale*, doc. web n. 9938038.
[131] O. Colpani, *Machine Learning…*, *op. cit.*, p. 5-11, che rinvia a A. Rajkomar et al., *Machine Learning in Medicine*, in N. *Engl. J. Med.*, 380, 2019, pp. 1347-1358.
[132] N. Musacchio, F. Baccetti, C.B. Giorda, G. Guaita, L. Morviducci, B. Nreu, A. Ozzello, P. Ponzani, A. Rossi, R. Zilich, *Intelligenza artificiale: la posizione e le strategie di AMD – Artificial Intelligence: AMD position and strategies*, in *The Journal of AMD, Associazione Medici Diabetologi*, vol. 25, n. 4, 2022, p. 219 ss.
[133] M. Muselli, *Extracting knowledge from biomedical data through Logic Learning Machines and Rulex*, in *Technological-industrial Communications*, 2012.
[134] N. Musacchio, F. Baccetti, C.B. Giorda, G. Guaita, L. Morviducci, B. Nreu, A. Ozzello, P. Ponzani, A. Rossi, R. Zilich, *Intelligenza artificiale…*, *op. cit.*, p. 219 ss.

ISSN 2036-7821

dematerializzati nei *repository* di ASL e Aziende Ospedaliere[135]. Di conseguenza, è opportuno fare brevi cenni ai profili riguardanti la *privacy* di tali dati. In tal senso, va ricordato che l'art. 9, comma 1, lettera b), del D.L. 8 ottobre 2021, n. 139, convertito, con modificazioni, dalla L. 3 dicembre 2021, n. 205, ha introdotto il comma 1-*bis* all'art. 2-*sexies* del Codice della privacy. Esso ha previsto che i dati personali relativi alla salute, privati di elementi identificativi diretti, possano essere trattati dal Ministero della salute e da altri enti tra cui le regioni/province autonome, relativamente ai propri assistiti, anche mediante l'interconnessione a livello nazionale dei sistemi informativi su base individuale del Servizio sanitario nazionale, ivi incluso il Fascicolo sanitario elettronico, aventi finalità compatibili con quelle sottese al trattamento, con le modalità e per le finalità che saranno stabilite con decreto del Ministro della salute, che dovrà essere adottato previo parere del Garante e nel rispetto di quanto previsto dal Regolamento, dal Codice, dal Codice dell'amministrazione digitale e dalle linee guida dell'Agenzia per l'Italia digitale, in materia di interoperabilità.

5. Aspetti normativi in materia di tutela dei dati personali utilizzati nell'IA: l'explainability dell'algoritmo.

In generale, la tutela dei dati personali nei trattamenti svolti mediante strumenti algoritmici rappresenta uno dei tanti principi di *governance* dell'IA. Nelle già accennate Linee Guida *Ethics guidelines for trustworthy AI* del 2019 (v. par. 2 del presente contributo), la Commissione UE affermava che «La trasparenza è un requisito fondamentale per garantire che il sistema di AI non sia viziato da *bias*. I sistemi di Intelligenza Artificiale utilizzati per prendere decisioni che riguardano gli individui sono soggetti al principio di 'diritto alla spiegazione': devono poter esplicitare la logica di funzionamento dei modelli che hanno generato»[136]. Il requisito della trasparenza dei sistemi di IA è strettamente connesso al principio della spiegabilità e comprende la trasparenza degli elementi pertinenti: i dati, il sistema e i modelli di business[137]. La spiegabilità è possibile se sono sufficientemente "tracciabili" e "documentabili" i *set* di dati e i processi che determinano la decisione

[135] Nel settore sanitario, la raccolta di *big data* aggregati consente di creare mappe individuali e collettive, riferite sia al singolo paziente che al sistema sanitario nel suo complesso, tuttavia, trattandosi di una «ingente mole di informazioni, provenienti da plurime fonti e idonee a perseguire molteplici finalità, per il tramite di tecniche informatizzate (c.d. software o algoritmi) […] si riferiscono a grandi set di dati raccolti, periodicamente o automaticamente, che vengono archiviati elettronicamente, riutilizzabili allo scopo di migliorare le prestazioni del sistema sanitario» (Commissione UE, Study on Big Data in Public Health, Telemedine and Healthcare. Final Report, december 2016).

[136] High-Level Expert Group on AI, Gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale, *The Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence (AI), Orientamenti etici per un'IA affidabile*, 2019, https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai

[137] *Ibidem*, 75.

ISSN 2036-7821

del sistema di IA, compresi quelli di raccolta ed etichettatura dei dati, come pure gli algoritmi utilizzati[138]. In particolare, è "spiegabile" un sistema di IA se sono spiegabili sia i suoi processi tecnici sia le relative decisioni umane[139]. Infine, la Commissione auspica che i sistemi di IA siano identificabili come tali dagli esseri umani, i quali devono sempre essere a conoscenza del fatto che stanno interagendo con un sistema di IA[140]. Nell'IA, il tema della responsabilità è connesso con i temi della sicurezza, della trasparenza e della spiegabilità, del controllo umano. In dottrina si è affermato che la responsabilità è uno strumento per avere un'IA spiegabile, capace di conquistare la fiducia del pubblico e dissiparne i timori[141]. Si avverte l'esigenza, secondo il *World Health Organization*, di un compromesso tra spiegabilità e accuratezza degli algoritmi. Ad esempio, in ambito medico, ad un paziente si può spiegare l'utilità di una terapia rispetto a un'altra, mentre non è sempre possibile spiegare come funziona il meccanismo di azione di quella terapia. Allo stesso modo, è più importante spiegare come un sistema di IA sia stato validato e l'affidabilità dei suoi risultati, piuttosto che spiegare come un modello di IA arriva a una particolare decisione[142]. I casi in cui sono in pericolo i diritti umani devono essere sempre identificabili. In altre parole, deve essere trasparente in quale contesto il sistema algoritmico è stato implementato e per quale scopo. La spiegabilità delle scelte algoritmiche è emersa con l'emanazione del GDPR, e, soprattutto, con la pubblicazione delle considerazioni di Goodman e Flaxman, in cui gli stessi hanno affermato che il GDPR avrebbe introdotto un diritto a una "spiegazione" nel combinato disposto tra gli artt. 13 e 14, dedicati agli obblighi informativi del titolare del trattamento[143], e l'art. 22 («Diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che riguardano l'interessato che incida in modo analogo

[138] *Ibidem*, 76.

[139] *Ibidem*, 77.

[140] *Ibidem*, 78.

[141] J. Fjeld, N. Achten, H. Hilligoss, A. C. Nagy, M. Srikumar, *Principled Artificial Intelligence: Mapping Consensus in Ethical and Rights-based Approaches to Principles for AI*, in *The Berkman Klein Center for Internet & Society Research Publication Series*, 1, 2020, https://cyber.harvard.edu/publication/2020/principled-ai

[142] World Health Organization, *Ethics and governance of artificial intelligence for health: WHO guidance*, 2021.

[143] L'articolo 22 del GDPR va letto di concerto con altre due norme, ossia l'art. 13, par. 2, lettera f) e l'art. 14, par. 2, lettera g), GDPR, laddove inseriscono, tra le informazioni che il titolare del trattamento è obbligato a fornire all'interessato, quella sull'eventuale «esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato». Per informative significative si intende la comunicazione delle finalità, le modalità mediante le quali avviene la profilazione, la logica pensata e le conseguenze previste per l'interessato a seguito di tale tipo di trattamento, intendendo, in tal senso, i criteri utilizzati per giungere alla decisione, senza, tuttavia, dover necessariamente fornire una spiegazione complessa degli algoritmi utilizzati o dover garantire l'ostensione dell'algoritmo completo. In proposito, cfr. anche R. Mortier, *Human data interaction: The human face of the data-driven society*, in *MIT Technology Review*, 2014.

ISSN 2036-7821

significativamente sulla sua persona»), e, di conseguenza, gli interessati dovrebbero poter ottenere l'*explainability* di una decisione algoritmica che è stata presa su di essi, e, più in particolare, di come i sistemi di IA abbiano raggiunto una determina decisione, al fine di metterli in condizione di valutare, e, potenzialmente, correggere, tali scelte[144]. Contrariamente, altri osservatori sono dell'avviso che il GDPR avrebbe introdotto soltanto degli "obblighi di notifica", per i produttori e/o fornitori di sistemi di IA, nel momento in cui i dati vengano raccolti[145]. Appare evidente come il principio di trasparenza e spiegabilità dell'algoritmo coinvolga anche il principio di tutela della privacy nell'IA e la questione non è di poco conto, poiché, se il titolare rileva da terzi l'algoritmo, non potrà darne conto, con conseguente violazione del rispetto dei principi di requisiti di liceità, di correttezza e di trasparenza del trattamento, sanciti nel GDPR[146]. È altresì importante il contestato par. 3 dell'art. 22 del GDPR, laddove specifica l'obbligo del titolare di garantire all'interessato di «esprimere la propria opinione e di contestare la decisione» automatizzata, poiché coordinata tale disposizione con le future regole del Reg. UE sull'IA, appare sproporzionata per alcuni settori applicativi dell'IA, e insufficiente per altri, in particolare per il settore delle reti neurali e, alla luce del Considerando 51 del GDPR[147], e per il settore del riconoscimento facciale, attesa la prescrizione di non poter basare, le decisioni di cui all'art. 22, su categorie "particolari" di dati personali, tra cui rientrano quelli biometrici. Inoltre, l'art. 15, par. 1, del GDPR, garantisce all'interessato il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la conferma che sia o meno in corso un trattamento di dati personali che lo riguardano e in tal caso, di ottenere l'accesso ai dati personali. Alla lettera h), in particolare, l'art. 15 concede la possibilità di conoscere «l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato». Su siffatto diritto a una spiegazione dell'algoritmo, come risultante dal combinato disposto delle norme cui si è fatto cenno, non vi è unanimità di posizioni tra gli osservatori, tuttavia, anche la dottrina più rigida ha ritenuto esistente il diritto di ottenere informazioni generali sulla funzionalità dell'algoritmo e sulle conseguenze previste da tale operazione sui dati. Secondo Wachter, Mittelsttad e Floridi, infatti, alla luce dell'art. 22, l'obbligo

[144] B. Goodman, S. Flaxman, *European Union Regulations on algoritmic decision making and a "right to Explanation*, in *Association for the Advancement of Artificial Intelligence*, 2016.

[145] S. Wachter, B. Mittelstadt, L. Floridi, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International data privacy laws*, 7, 2, 2017.

[146] F. Lorè, *Una Intelligenza Artificiale più umana, tra etica e privacy*, in *Ciberspazio e Diritto*, 22, 67, 1, 2021.

[147] «Il trattamento di fotografie non dovrebbe costituire sistematicamente un trattamento di categorie particolari di dati personali, poiché esse rientrano nella definizione di dati biometrici soltanto quando saranno trattate attraverso un dispositivo tecnico specifico che consente l'identificazione univoca o l'autenticazione di una persona fisica».

ISSN 2036-7821

della spiegazione dei meccanismi decisionali dell'algoritmo opererebbe non *ex ante* rispetto al trattamento (non essendo ancora stata presa alcuna decisione sulla base di trattamenti automatizzati), ma *ex post*, ovvero soltanto in caso di effettivo esercizio del diritto di accesso da parte dell'interessato[148]. Wachter, Mittelsttad e Floridi sostengono che gli artt. 13 e 14 del Regolamento creerebbero soltanto degli obblighi "di notifica" per i titolari e i responsabili del trattamento nel momento in cui i dati vengano raccolti, con il conseguente obbligo, per il titolare, di informare l'utente dell'esistenza di un processo decisionale automatizzato e di fornire spiegazioni significative sulla logica sottostante, sul significato e sulle conseguenze previste del trattamento. Le argomentazioni di quest'ultima dottrina appaiono, a chi scrive, ragionevoli e concretamente attuabili, e sembrano essere sussumibili nelle affermazioni dei garanti europei, secondo cui gli articoli 13 e 14 del GDPR hanno un ambito di applicazione più ampio di quello di cui all'art. 22, di conseguenza l'interessato ha in ogni caso diritto ad una spiegazione dell'esistenza di trattamento automatizzato di dati (seppur con minor dettaglio quando non si tratti di decisioni basate «unicamente sul trattamento automatizzato»)[149]. Per completezza, è opportuno segnalare altresì la recente guida pubblicata dall'autorità di controllo spagnola in merito al principio di trasparenza del trattamento dei dati di cui agli articoli 12 e seguenti del *GDPR*, che, come accennato, in alcuni casi si sovrappone al principio di trasparenza algoritmica come enucleato nell'*AI Act*. Ove i sistemi di IA utilizzino dati personali (nella progettazione o nello sviluppo) o conservino ed elaborino dati di persone identificate o identificabili, devono essere conformi al GDPR, in particolare attraverso una DPIA, una informativa privacy e una procedura di gestione dell'esercizio dei diritti da parte degli interessati. D'altro canto, l'autorità spagnola ha ricordato che i sistemi di IA devono essere progettati in modo da consentire la trasparenza e l'audit, al fine di evitare *bias* e discriminazioni. L'Autorità ha difatti affermato che il termine "trasparenza" nell'*AI Act* viene utilizzato con un significato diverso rispetto a quello del *GDPR*, poiché gli obblighi in materia di trasparenza del sistema di IA sono applicabili fin dalla sua progettazione e durante tutto il suo ciclo di vita, indipendentemente dal fatto che vengano trattati dei dati personali[150]. La trasparenza dell'*AI Act* è legata alla spiegabilità, alla documentazione, alla tenuta dei registri e alla fornitura di informazioni sulle modalità di utilizzo di detto sistema di

[148] S. Wachter, B. Mittelstadt, L. Floridi, *Why a Right…*, *op. cit.* Cfr. anche E. Troisi, *AI e GDPR: l'Automated Decision Making, la protezione dei dati e il diritto alla 'intellegibilità dell'algoritmo*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 1, 2019, http://www.ejplt.tatodpr.eu/Article/Archive/index_html?ida=64&idn=4&idi=-1&idu=-1

[149] WP29, Gruppo di lavoro Art. 29, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679 (wp251rev.01), Linee guida in materia di processi automatizzati e profilazione*, 3 ottobre 2017, nella versione emendata il 6 febbraio 2018, https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612053

[150] Agencia Española de Protección de Datos, *Inteligencia artificial: Transparencia*, 20 settembre 2023, https://www.aepd.es/prensa-y-comunicacion/blog/inteligencia-artificial-transparencia

ISSN 2036-7821

IA, al fine di rendere edotti gli utenti su tali circostanze. Con riferimento, in particolare, all'ambito della medicina, va altresì ricordato che il Consiglio d'Europa, allo scopo di evitare pericolosi automatismi, ha ribadito la necessità di un approccio *human in command* e l'irrinunciabilità dell'apporto umano nell'erogazione delle cure mediche[151]. Eppure, il limite, sotto il profilo giuridico, è costituito proprio da tale aspetto. Le informazioni sul trattamento dei dati personali da fornire al paziente riguardano, infatti, anche gli strumenti di IA eventualmente coinvolti, tuttavia, le disposizioni degli articoli 13, 14, e 22 del GDPR, sono applicabili soltanto se la decisione sia totalmente delegata all'algoritmo, non essendo prevista una "spiegazione" delle decisioni prese dal medico. Nella Proposta di *AI Act* europeo è rinvenibile una norma che obbliga i fornitori a garantire che i sistemi di IA destinati a interagire con le persone fisiche «siano progettati e sviluppati in modo tale che le persone fisiche siano informate del fatto di stare interagendo con un sistema di IA, a meno che ciò non risulti evidente dal punto di vista di una persona fisica ragionevolmente informata, attenta e avveduta, tenendo conto delle circostanze e del contesto di utilizzo»[152]. Tali prescrizioni, tuttavia, hanno carattere generale, e difficilmente potranno essere applicate ad algoritmi predittivi e decisionali. E non va dimenticato che le criticità accennate costituiscono soltanto uno dei numerosi temi da affrontare, come, ad esempio, la sicurezza del dispositivo medico, ai sensi dell'art. 32, GDPR, o l'impiego, nel *training* dei sistemi algoritmici, di *set* di dati che rientrano nella nozione di "categorie particolari di dati personali", di cui all'art. 9, GDPR[153]. Per ragioni di spazio, non è possibile, in questa sede, fare delle considerazioni sull'uso di *big data* (o *big datasets*) nell'IA, basterà ricordare che ad essi non si dovrebbe applicare il GDPR poiché sarebbero *ab origine* anonimi[154], sebbene sia necessario verificare se realmente l'interessato non sia più identificabile in alcun modo, poiché spesso l'anonimizzazione viene confusa con la pseudonimizzazione, operazione, quest'ultima, che non sempre pone il trattamento dei dati al di fuori del perimetro di

[151] F. Ferretti, *Intelligenza artificiale…*, op. cit. Cfr. anche B. Mittelstadt, *The impact of Artificial Intelligence on the doctor-patient relationship*, Report commissionato dallo Steering Committee for Human Rights in the field of Biomedicine and Health (CDBIO), Consiglio d'Europa, dicembre 2021, p. 52: «The Council of Europe has clearly recognised the risk of automation bias in calling for guarantees that AI-driven health applications do not replace human judgement completely and that thus enabled decisions in professional health care are always validated by adequately trained health professionals».

[152] Art. 52, paragrafi 1 e 2, della Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (Legge sull'Intelligenza Artificiale, *AI Act*) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 21 aprile 2021 (2021/0106 (COD)), di cui è prevista l'adozione definitiva, all'esito dei "triloghi" tra le istituzioni europee, entro la fine del 2023.

[153] L. Scaffardi, *La medicina alla prova dell'Intelligenza Artificiale*, in *DPCE online*, 1, 2022, p. 349 ss.

[154] E. Errigo, *Big healthcare data sets: circolazione e nuove forme di appartenenza*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2022; G.M. Ruotolo, *I dati non personali: l'emersione dei big data nel diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, XIII, 2018, p. 97 ss.; K. Karaboue, *Intelligenza artificiale nell'ambito del sistema sanitario. Implicazioni in termini di privacy alla luce del nuovo GDPR*, in *Amministrativ@mente*, 1, 2023.

ISSN 2036-7821

applicazione del GDPR[155]. Non a caso, anche l'Autorità garante per la protezione dei dati personali ha iniziato a occuparsi del tema dell'IA in medicina, costituendo, peraltro, un gruppo di Lavoro Interistituzionale sulla medicina predittiva[156] per la predisposizione del Regolamento attuativo dell'articolo 8 del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni in legge 17 luglio 2020, n. 77, tenuto a individuare «i dati personali…che possono essere trattati, le operazioni eseguibili, le modalità di acquisizione dei dati dai sistemi informativi che li detengono e le strutture appropriate e specifiche per tutelare i diritti degli interessati, nonché i tempi di conservazione dei dati trattati». In una pronuncia del 2020, l'Autorità di controllo nazionale, nel fornire un parere al Consiglio di Stato sulle nuove modalità di ripartizione del fondo sanitario tra le regioni proposte dal Ministero della salute e basate sulla stratificazione della popolazione, ha precisato, innanzitutto, che la profilazione del rischio sanitario individuale e la successiva stratificazione della popolazione per classi di morbilità attraverso l'uso di algoritmi richiede come base giuridica soltanto un provvedimento normativo[157]. Tale intervento del legislatore si è realizzato nell'art. 7, comma 1, del richiamato decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, laddove ha previsto che il Ministero della salute, nell'ambito dei compiti e delle funzioni istituzionali in materia di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione delle malattie, nonché di programmazione tecnico sanitaria di rilievo nazionale e indirizzo, coordinamento, monitoraggio dell'attività tecnico sanitaria regionale, può trattare, ai sensi dell'articolo 2-*sexies*, comma 2, lettera v) del Codice privacy, i dati personali anche relativi alla salute, degli assistiti, raccolti nei sistemi informativi del Servizio sanitario nazionale, per lo sviluppo di metodologie predittive dell'evoluzione del fabbisogno di salute della popolazione. Il comma secondo della medesima disposizione stabilisce che con decreto del Ministero, di natura non regolamentare, siano individuati i dati personali, anche inerenti alle categorie particolari, che possono essere trattati a tal fine, le operazioni eseguibili, le modalità di acquisizione dei dati dai sistemi informativi dei soggetti che li detengono e le misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti degli interessati, nonché i tempi di conservazione dei dati trattati. Di concerto, il Garante ha posto come riferimenti fondamentali, per l'uso dell'IA nei procedimenti amministrativi, i tre principi

[155] P. Musacchio, *L'adeguamento dei siti web alle Linee Guida sui cookie (2021) del Garante privacy*, in *Ratio Juris*, LXXI, novembre 2021, https://www.ratioiuris.it/ladeguamento-dei-siti-web-alle-linee-guida-sui-cookie-2021-del-garante-privacy/; WP29, Gruppo di lavoro Art. 29, Parere 05/2014 sulle tecniche di anonimizzazione, p. 7. De-identificare significa eliminare la correlazione tra i dati personali e una determinata persona fisica, rendendo impossibile la sua identificazione. Se l'anonimizzazione va a buon fine, i dati oggetto dell'operazione non sono più classificati come dati personali, e quindi non rientrano più nell'applicazione del GDPR, fermo restando che fino a tale momento, l'anonimizzazione è pur sempre un'operazione di trattamento di dati personali.

[156] cui sono state invitate a partecipare anche otto regioni/province autonome (Lazio, Emilia-Romagna, Lombardia, Piemonte, Puglia, Toscana e Veneto e alla Provincia Autonoma di Bolzano).

[157] Garante privacy, Provvedimento 5 marzo 2020, n. 43.

ISSN 2036-7821

affermati dal Consiglio di Stato nel 2019, ossia quello della "conoscibilità", per cui ognuno ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino ed in questo caso a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata, quello della "non esclusività" della decisione algoritmica, alla luce dell'art. 22, GDPR, nonché quello della "non discriminazione" algoritmica, per far sì che sia garantita l'assenza di effetti discriminatori nei confronti delle persone sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale[158]. L'applicazione di tali principi all'ambito della medicina implica la necessità di progettare un'IA capace di considerare con maggiore profondità le differenze all'interno di ciascun *cluster* di assistiti, con la conseguenza dell'emersione dell'esigenza di svolgere degli *audit* dei sistemi algoritmici (verificabilità), considerato che sussiste il rischio che l'IA potrebbe condurre a distorsioni dell'azione amministrativa, tema che per ragioni di spazio non può essere qui trattato[159]. Inoltre, con riferimento ai profili etici, rilevanti "lato normativa privacy", è opportuno segnalare, e lo ha fatto anche l'Autorità garante nel 2020, che nell'implementazione di sistemi di IA destinati all'ambito sanitario, è necessario procedere, preventivamente, a un *Data Protection Impact Assessment* (*DPIA*) del trattamento, come vuole, d'altronde, l'art. 35 del GDPR[160]. Il Garante ha anche affermato, nello stesso Provvedimento, che l'attività di profilazione in campo medico non può prescindere dal consenso dell'interessato, essendo un trattamento autonomo e ulteriore rispetto alle finalità di cura[161]. Infine, va rilevato un recente ammonimento del Garante privacy comminato alla Regione Lazio per illiceità del trattamento dei dati personali effettuato dal medesimo Ente, per la violazione del principio di liceità, correttezza e trasparenza del trattamento, di cui all'art. 5, par. 1, lett. a) del Regolamento e degli artt. 6, 9 e 35 del Regolamento[162]. Il Provvedimento consegue all'attività svolta dal richiamato gruppo interistituzionale (si veda il paragrafo 4 della presente trattazione), volta all'elaborazione della versione prototipale del modello

[158] Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.

[159] In merito, cfr., *ex amplius*, F. Conte, *La trasformazione digitale della pubblica amministrazione: il processo di transizione verso l'amministrazione algoritmica*, in *federalismi.it*, 11, 2023; L. Musselli, *La decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti*, in *MEDIALAWS - Rivista di Diritto dei Media*, n. 1, 2020; P. Forte, *Diritto amministrativo e data science. appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AAI)*, in *PA Persona e amministrazione, Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia*, 1, 2020; E. Carloni, *Algoritmi su carta: politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Diritto pubblico*, 2019; D.-U. Galetta, J. G. Corvalán, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *federalismi.it*, 3, 2019; S. Vaccari, *Note minime in tema di Intelligenza Artificiale e decisioni amministrative*, in *Giustamm*, 10, 2019; L. Viola, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *federalismi.it*, 21, 2018.

[160] Garante privacy, Provvedimento 8 maggio 2020, n. 84.

[161] Garante privacy, *Ibidem*.

[162] Garante privacy, Provvedimento 24 febbraio 2022, n. 64.

ISSN 2036-7821

predittivo, idoneo a valutare il fabbisogno della popolazione italiana, attraverso la profilazione del rischio sanitario individuale e la successiva stratificazione per classi di morbilità della stessa, cui sono state invitate a partecipare anche otto regioni/province autonome. Di conseguenza, l'Ufficio competente dell'Autorità ha richiesto informazioni al Ministero della salute, al fine di valutare la conformità alla disciplina vigente in materia di protezione dei dati personali delle attività in corso per la realizzazione della suddetta versione prototipale del modello predittivo. Poiché il Ministero ha rappresentato di aver "recepito esclusivamente elaborati statistici già aggregati da (…) otto Regioni italiane" (tra cui la Regione Lazio), che "hanno agito quali autonomi titolari del trattamento, nell'ambito di proprie attività istituzionali, che prevedono l'interconnessione e la successiva aggregazione per scopi di ricerca scientifica, nonché di programmazione, gestione, controllo e valutazione dell'assistenza sanitaria", il Garante ha interpellato le Regioni. Orbene, la Regione Lazio ha precisato che "non sussistono dati identificativi diretti e che i dati sono pseudonimizzati alla fonte a mezzo dei noti meccanismi di cifratura applicati dalle Regioni" e che "il Ministero ha identificato criteri di aggregazione aderenti ad una soglia minima di frequenza per ogni combinazione pari a 3, anche in accordo all'art. 4, Allegato 1, delle "Regole deontologiche per trattamenti a fini statistici o di ricerca scientifica pubblicate ai sensi dell'art. 20, comma 4, del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 - 19 dicembre 2018"; ciò al fine di garantire l'impossibilità di identificazione, anche indiretta, delle persone fisiche con l'aggregazione dei dati sopra definita". Ancora, l'ente laziale ha affermato che non vi è stata possibilità alcuna per il Ministero di reidentificare gli interessati, giusta la natura pseudonimizzata dai dati relativi alla salute trattati dalla Regione e la natura aggregata e anonima delle informazioni successivamente rese al Ministero. Il Garante, tuttavia, è di diverso avviso. Anzitutto, secondo l'autorità di controllo, la Regione «ha effettuato l'elaborazione e la successiva aggregazione di dati presenti nei sistemi informativi sanitari che detiene in qualità di titolare trattamento ex lege, in assenza di un idoneo presupposto giuridico (art. 4, n. 7 del Regolamento e Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR, punto 21). La circostanza che un soggetto terzo, nel caso in esame rappresentato dal Ministero della salute (cfr. art. 4, n. 10 del Regolamento), chieda a un titolare (Regione Lazio) di effettuare operazioni di trattamento su dati personali rispetto ai quali quest'ultimo è titolare, indicandone anche le modalità, non comporta infatti l'automatica attribuzione della titolarità in capo al richiedente, né tantomeno la perdita della titolarità da parte del soggetto che legittimamente detiene i dati. Spetta
a quest'ultimo invero valutare la legittimità della richiesta e in particolare la sussistenza di una idonea base giuridica per effettuare le operazioni di trattamento richieste, tanto più che, nel caso di specie, le predette operazioni hanno riguardato

ISSN 2036-7821

dati sulla salute di tutta la popolazione assistita regionale attraverso l'uso di algoritmi». Peraltro, il garante ricorda che quando sono stati effettuati i trattamenti da parte della Regione, non risultava ancora vigente il comma 2-bis dell'art. 7 del d.l. 34 2020, introdotto con il richiamato d.l. 139 del 2021. Sulla base dell'erroneo presupposto di non essere titolare del trattamento, la Regione non ha svolto alcuna valutazione di impatto ai sensi dell'art. 35 del Regolamento, ritenendo che tale compito spettasse al Ministero. La circostanza che il trattamento *de quo* sia stato richiesto dal Ministero non può costituire, secondo il Garante, una condizione esimente dall'obbligo di effettuare una valutazione di impatto, posto che la scelta di dar seguito alla richiesta del Ministero è stata operata dalla Regione, che, a tal fine, ha elaborato i dati personali di cui è titolare.

6. Conclusioni.

Al netto delle elucubrazioni sulla responsabilità civilistica delle scelte dei sistemi algoritmici, tema ampiamente affrontato in questa trattazione, in dottrina si è correttamente osservato come una errata configurazione dell'IA possa porre in serio rischio fondamentali interessi individuali e collettivi[163], a causa, come accennato, dei *bias* algoritmici, in grado di mettere in pericolo i principi di eguaglianza e non discriminazione[164]. L'uso dell'IA, infatti, implica una serie di scelte poco oggettive e neutre, l'adozione di schemi predittivi e di criteri capaci di portare alla formulazione di giudizi, frutto di precise scelte e di valori, in maniera consapevole o inconsapevole[165]. I casi affrontati dalla giurisprudenza sono ancora pochi, a partire dai più famosi, oltreoceano, *Loomis v. Wisconsin*[166] e *Ewert v. Canada*[167], e, in Italia, quello relativo all'algoritmo di assegnazione dei turni di lavoro dei *rider* della piattaforma *Deliveroo*[168]. Come accennato, per rispondere agli interrogativi epistemologici sulla natura della conoscenza e sulla riproducibilità dell'intelligenza umana si è auspicata la centralità del rispetto dei principi della *governance* dell'IA nell'operare scelte eticamente orientate[169]. Uno di tali principi è costituito dalla responsabilità (*accountability)* dei sistemi di IA – intesa sia come *liability*, sia come

---

[163] G. Sartor, F. Lagioia, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, in: U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti…, op. cit.*, p. 63 ss.

[164] A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale…, op. cit.*

[165] N. Muciaccia, *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa*, in: *federalismi.it*, 2, 2020, che riprende P. Schwartz, *Data Processing and Government Administration: The Failure of the American Legal Response to the Computer*, in *43 Hastings L.J.*, 1992, p. 1341 ss.

[166] *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), con nota in *Harvard Law Review*, 130, 2017, p. 1530 ss.

[167] *Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30 [2018] 2 S.C.R. 165.

[168] Tribunale di Bologna, Sezione Lavoro, ordinanza 31 dicembre 2020, in cui il Giudice del Lavoro ha riconosciuto la natura discriminatoria delle strategie di profilazione dei rider adottate, con conseguente condanna a risarcire le organizzazioni sindacali ricorrenti e a dare ampia pubblicità al provvedimento.

[169] D.-U. Galetta, *Human-stupidity-in-the-loop?..., op. cit.*

ISSN 2036-7821

accountability – che non può risiedere nella tecnologia stessa, ma deve essere ripartita tra coloro che la progettano, la sviluppano e la implementano (Responsabilità di per sé, *Accountability Per Se*)[170]. Connesso al principio di *accountability* dell'IA, così come al principio di accuratezza (*accuracy*) e qualità (*quality*) dei dataset degli algoritmi, si colloca quello di equità (*equity*), considerato che una delle criticità più rilevanti è data dalla rappresentatività dei dati di *input* (quello che viene definito in gergo "*garbage in, garbage out*"). Tali considerazioni valgono, tanto più, per l'IA "generativa" - ramo che non sembra emergere in alcuna definizione specifica, al livello normativo – le cui applicazioni sono accomunate da un elemento caratteristico quale il suo meccanismo di autocompletamento, poiché riesce, come spiegato in un fulgido esempio dalla dottrina recente, «in forza dei dati che sono stati inseriti (ad es. l'*input* testuale di una storia o la richiesta di esecuzione di un comando del tipo "Scrivi un programma che calcoli la media di questa distribuzione di dati"), a completarli in modo plausibile (e il più delle volte corretto)» in una sorta di «partenogenesi o di gemmazione»[171]. Ai rischi analizzati nella presente trattazione si aggiunge quello di non riuscire più, in un lontano futuro, a riconoscere se si sta interagendo con un'IA e a comprendere il suo funzionamento, finendo per non essere più in grado di sovvertirne le scelte. L'appiattimento culturale che ne deriverebbe "farebbe gola" alle autocrazie e sarebbe in grado di condizionare pesantemente l'opinione pubblica, senza dimenticare il potenziale aumento delle diseguaglianze e dei licenziamenti che potrebbe produrre. In tale contesto, considerato che l'evoluzione tecnologica dei modelli di IA porterà a cambiamenti dirompenti nel modo di sviluppare applicazioni, nella concentrazione di potere tecnologico e nella disparità tra i detentori della tecnologia e gli altri, e infine nel mondo delle professioni - come osservato correttamente in dottrina – probabilmente, oggi, l'errore più grande sarebbe quello di lasciare l'uso (e dunque il controllo) dell'IA a poche grandi imprese che detengono le enormi risorse necessarie per costruire i modelli più sofisticati[172]. Si pensi soltanto, a titolo esemplificativo, che

[170] J. Fjeld, N. Achten, H. Hilligoss, A. C. Nagy, M. Srikumar, *Principled Artificial Intelligence…*, *op. cit.*, studio in cui è stato analizzato un gran numero di documenti sull'IA, appurando che quasi tutti menzionano almeno un principio di accountability: "adozione di nuove normative", "verificabilità e replicabilità", "valutazioni di impatto", "responsabilità ambientale", "requisiti di valutazione e audit", "creazione di un organismo di monitoraggio", "capacità di presentare ricorso", "rimedio per decisione automatizzata", "responsabilità e responsabilità legale", "responsabilità di per sé". Tali principi sono stati mappati attraverso il ciclo di vita di un sistema di IA, in tre fasi essenziali: progettazione (pre-distribuzione o design), che racchiude verificabilità e replicabilità, valutazione di impatto e responsabilità ambientale; monitoraggio (durante la distribuzione), che comprende requisiti di valutazione e audit, creazione di un organismo di vigilanza, capacità di ricorso; riparazione (dopo che si è verificato un danno), che comprende rimedi per decisioni automatizzate, responsabilità legale, adozione di nuove regolamentazioni.

[171] I. Coppola, *Intelligenza artificiale generativa: GPT o chatGPT verso ipotesi di ragionamento automatici e linguaggio artificiale. Tra l'argomentazione giuridica di Bobbio ed il principio di precauzione*, in *Diritto di internet*, 30 marzo 2023.

[172] G. Attardi, *I limiti e i rischi di ChatGPT non sono quelli che crediamo, possiamo ancora evitare il peggio*, in *I quaderni di Agenda Digitale*, 13, 2023, p. 33 ss.

ISSN 2036-7821

Microsoft ha annunciato di volere investire 10 miliardi di dollari in *OpenAI* e nell'integrazione di *ChatGPT* con il suo motore di ricerca *Bing*, e che, nel marzo scorso, al lancio di *Bard* (la *ChatGPT* di *Google*) una notizia inesatta di astronomia è costata, in borsa, 100 miliardi di dollari (il 7%). Viene facile chiedersi, dunque, cosa sarebbe successo se l'errore si fosse verificato nel campo della politica, della medicina o, ancora, del cambiamento climatico. Appare chiaro come le *chatbot* possano divenire un micidiale strumento di disinformazione. Sotto il profilo della disciplina, oltre alle disposizioni del GDPR in merito alla tutela dei dati personali, che vanno ad alimentare il *training* dei sistemi algoritmici, e al netto delle accennate contromisure previste dal Regolamento UE sull'IA di prossima adozione, emerge anche la soluzione normativa individuata dal legislatore europeo nel *Digital Service Act*[173], entrato in vigore nel 2022, ovvero quella, in sostanza, di una sorta di *auditing* degli algoritmi in merito a tre situazioni giuridiche emergenti, ossia il diritto di conoscere in ogni circostanza la natura artificiale dei sistemi di IA, il diritto a una spiegazione degli *output* di tali sistemi, nonché il diritto a un controllo umano su di essi[174]. Va evidenziato altresì che il *DSA* individua il fulcro delle problematiche e dei rischi legati alla mancanza di trasparenza nelle operazioni algoritmiche di classificazione e nella selezione dei contenuti. Sono pertanto oggetto di attenzione quei sistemi di IA che «sfruttano notifiche abusive o altri metodi per ostacolare la concorrenza o mettere a tacere l'espressione, nonché quelli relativi alla manipolazione intenzionale e spesso coordinata del servizio della piattaforma tramite creazione di account falsi, uso di programmi autonomi (*bot*) e altri comportamenti automatizzati (o parzialmente automatizzati) che possono condurre alla rapida e ampia diffusione di informazioni fraudolente»[175]. Le grandi piattaforme *online* sono tenute, infatti, a sottoporsi ad audit indipendenti al fine di verificare rischi "sistemici" dei loro algoritmi e dei relativi dati. Appare evidente che le riflessioni sulle criticità rilevate in dottrina valgono tanto più con riferimento all'applicazione dei sistemi algoritmici nel

[173] Nell'art. 12 del *DSA* è stabilito che i prestatori di servizi intermediari includono nelle loro condizioni generali informazioni sulle restrizioni che impongono in relazione all'uso dei loro servizi per quanto riguarda le informazioni fornite dai destinatari del servizio. Tali informazioni, che riguardano, tra l'altro, il processo decisionale algoritmico e la verifica umana, devono essere redatte, nelle condizioni generali, in un linguaggio chiaro e privo di ambiguità, e disponibili al pubblico in un formato facilmente accessibile. Importantissima è, infine, la puntualizzazione del paragrafo 2, laddove impone ai prestatori di servizi intermediari di agire in modo diligente, obiettivo e proporzionato nell'applicare e far rispettare le restrizioni, tenendo conto dei diritti fondamentali applicabili del servizio. Tali obblighi, dunque, sono cogenti per le piattaforme, anche private, che utilizzano algoritmi.

[174] In particolare, cfr. art. 24, par. 2, e Considerando 77, art. 3, lett. m), p) e q), art. 33, *DSA*. Nel caso in cui il numero di utenti raggiunga oltre il 10% della popolazione dell'UE (ossia, 45 milioni di utenti) la Commissione potrà designare le piattaforme online molto grandi (*VLOPs*) o i motori di ricerca online molto grandi (*VLOSEs*), con la conseguente applicazione, per gli stessi, di obblighi aggiuntivi, come la valutazione del rischio e l'adozione di misure di mitigazione corrispondenti al livello di rischio rilevato.

[175] E. Garzonio, *L'algoritmo trasparente: obiettivi ed implicazioni della riforma dello Spazio digitale europeo*, in *Rivista italiana di informatica e diritto (RIID)*, 3, 2, 2021.

ISSN 2036-7821

campo della medicina, considerate le conseguenze degli errori algoritmici in tale ambito. Non manca, infatti, chi auspica che la validazione delle tecnologie di IA nel campo medico andrà, in un futuro prossimo, a potenziare e integrarsi con le *skills* cliniche, diagnostiche e terapeutiche del medico e non a sovrapporsi o a sostituirsi a questi[176]. Per i profili relativi alla responsabilità dei danni causati da tali tecnologie, sarà (se non risolutiva) di grande ausilio la disciplina prevista dal legislatore europeo nell'*AI Act* e nella Direttiva sulla responsabilità extracontrattuale.

[176] A. Malva, V. Zurlo, *La medicina nell'era…*, *op. cit.*

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il pubblico impiego dal diritto amministrativo al diritto del lavoro: viaggio di andata (e ritorno?)

di Fiorenzo Liguori

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

Sommario

Sommario: 1. Le ragioni (anche) culturali della svolta di trent'anni fa; – 2. Il passaggio dal diritto amministrativo al diritto del lavoro; – 3. Le necessarie ibridazioni della disciplina lavoristica. È utile un diritto misto?; – 4. Riformismo giuridico e capacità amministrativa. Il fattore umano.

Abstract

The testimonies of Giuliano Amato and Mario Rusciano reminded us of the cultural reasons for privatization-contractualization: at the time, there was a need to free public work from the authoritarian logic of special supremacy, which was expressed with unilateral powers and provisions administrative even when there was no need. The parable of the prefect and the usher gives a good idea.
It was therefore necessary to make the transition from administrative law to labor law and with it adapt public work to private work, configuring the employment relationship with public administrations in more equal terms.

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

1. Le ragioni culturali della svolta di trent'anni fa.

Le testimonianze di Giuliano Amato e di Mario Rusciano ci hanno ricordato le ragioni culturali della privatizzazione-contrattualizzazione: si avvertiva, all'epoca, l'esigenza di affrancare il lavoro pubblico dalla logica autoritaria della supremazia speciale, che si esprimeva con poteri unilaterali e provvedimenti amministrativi anche quando non c'era necessità. La parabola del prefetto e dell'usciere rende bene l'idea.

Occorreva, dunque, realizzare il passaggio dal diritto amministrativo al diritto del lavoro e con esso adeguare il lavoro pubblico al lavoro privato, configurando il rapporto di impiego con le amministrazioni pubbliche in termini maggiormente paritari.

Il cambiamento dell'involucro giuridico (Cassese) era visto – ed è un punto importante da rimarcare – come un valore in sé, in quanto espressione di una visione culturale e ideologica non più autoritaria ma democratica; e doveva, allo stesso tempo, servire, per la sua maggiore duttilità e modernità, a razionalizzare un comparto inefficiente, dove imperversavano corporativismi e leggine di favore, avendo di mira il miglioramento dei servizi resi alla comunità, che ne sostiene gli oneri.

Ragioni culturali ed esigenze di contenimento della spesa convergevano, in quella visione, nella direzione della privatizzazione.

È in definitiva l'impostazione del Rapporto Giannini (1980), che delinea proposte di riforma basate sull'assunto che alle amministrazioni pubbliche si dovessero applicare le medesime tecniche sperimentate per le imprese private.

La legge 421/1992 riprenderà proprio quel programma per disporre la prima delega legislativa "per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale".

Una riforma pensata per fronteggiare le serie difficoltà finanziarie dell'epoca e che aveva tra gli obiettivi la razionalizzazione del pubblico impiego e il miglioramento della sua produttività, da ottenere mediante la graduale sostituzione del regime in vigore con uno di impianto privatistico.

Per certo molto influì nell'assunzione di una tale scelta quella fortunata corrente di pensiero nota come *new public management*, secondo la quale le tecniche di gestione sperimentate nelle grandi imprese consentivano un miglioramento della produttività ed i tradizionali controlli sul rispetto delle regole riguardanti i processi produttivi andavano sostituiti da controlli sulle performance, sui risultati.

La spinta verso la privatizzazione proveniva anche dalle forze sindacali e dalla parte della cultura giuridica ad esse più vicina, che puntava a ridurre le differenze tra

* Il testo riprende il contenuto delle conclusioni al Convegno "Le metamorfosi del lavoro pubblico a trent'anni dalla privatizzazione", tenutosi a Napoli il 29-30 novembre 2023 presso l'Università Federico II.

ISSN 2036-7821

lavoro pubblico e lavoro privato. Ma ebbe una certa influenza anche la tentazione di chi, chiamato a ricoprire incarichi di governo, con le regole nuove avrebbe potuto sbarazzarsi dei dirigenti sgraditi perché non li aveva scelti o anche solo perché si mostravano troppo rigorosi (Della Cananea).
Questa idea della trasposizione delle logiche aziendalistiche nell'ambito della pubblica amministrazione, consolidata in numerosi atti di indirizzo e disposizioni legislative, aveva però sottovalutato le differenze tra le pubbliche amministrazioni e le imprese, e specialmente il peso dell'imparzialità, principio a cui le amministrazioni devono attenersi, ma che non condiziona, se non per libera scelta, l'attività delle imprese private.
In effetti, gli esiti di questa forse troppo ideologica trasposizione sono stati deludenti, come hanno riconosciuto anche coloro che quelle innovazioni pensarono e adottarono.
Mi pare che colga il punto la Corte dei conti, nella Relazione sul costo del lavoro pubblico 2020, secondo la quale "importare" astrattamente modelli che hanno dato buoni risultati in ambiti diversi dalla pubblica amministrazione non assicura di per sé l'obiettivo di aumentare la produttività del lavoro e, di conseguenza, l'efficienza e la qualità dei servizi resi alla collettività.
Le politiche del pubblico impiego, in Italia, hanno privilegiato un approccio teorico, costruendo modelli di disciplina del personale ispirati a grandi ragioni ideali, ma la cui applicazione ha spesso innescato dinamiche diverse da quelle attese.
La "simulazione dell'efficienza dei privati", evocata da Bernardo Mattarella, non ha funzionato.

2. Il passaggio dal diritto amministrativo al diritto del lavoro.

Vi è un ulteriore aspetto, connesso ai rilievi già svolti, che il dibattito ha toccato avendo riguardo a più profili della disciplina oggi vigente e che, a mio avviso, richiede una riflessione complessiva, che in questa sede mi limiterò soltanto ad accennare.
Mi riferisco a quello che Mario Rusciano ha definito il passaggio dal diritto amministrativo al diritto del lavoro ed alla visione di un tale passaggio in termini di conquista di diritti per la parte più debole e di affrancamento dalle visioni più autoritarie ancorate ad un passato precostituzionale, spesso identificato col Ventennio fascista, che aveva visto realizzarsi, peraltro in continuità con la pubblicizzazione di inizio Novecento, una sorta di militarizzazione del pubblico impiego.
Dal dibattito è, in verità, emersa una realtà che appare significativamente più articolata e diversa, se si guarda all'oggi, e cioè a quello che sono diventate oggi le due discipline messe a confronto.

ISSN 2036-7821

Gli atti che istaurano e regolano il rapporto e che un tempo erano concepiti – per via della famigerata supremazia – alla stregua di provvedimenti sono stati, dunque, trasformati in atti di diritto privato.
Ma cosa cambia davvero per effetto di questo cambiamento di regime? Il livello delle garanzie per il dipendente – e per la collettività che si accolla il costo del personale pubblico – aumenta o si affievolisce?
Il dibattito ci ha consegnato alcuni spunti davvero interessanti, specialmente le relazioni di Alessandro Riccobono e Pasquale Monda.
Particolarmente significativa la tematica della motivazione, che, in particolare nel caso del conferimento degli incarichi, non può essere omessa e deve essere totalmente esaustiva nella logica del diritto amministrativo, laddove, nella logica del rapporto di lavoro privatizzato, viene invece faticosamente ricostruita, quando non ritenuta del tutto inutile, al più come una giustificazione che non va necessariamente esternata *ab origine*, ma che si può fornire anche in sede di giudizio.
Quanto alle clausole di correttezza e buona fede, queste vengono utilizzate con spericolate acrobazie per giungere a risultati garantistici – che Monda ritiene opinabili per via delle fragili basi tecniche sui quali poggiano – comunque lontani da quelli assicurati dal diretto rispetto delle regole dettate dalle l. 241/1990.
Riccobono ha sottolineato, poi, quella che ha definito l'ontologica diversità in punto di tutele, posto che dalla Costituzione, come la Corte costituzionale ha nel 2008 chiarito, si ricava l'indefettibilità della tutela reale e, quindi, reintegratoria, che dunque va assicurata anche a seguito della privatizzazione-contrattualizzazione del rapporto.
La tutela dell'interesse pubblico all'imparzialità, che è per certo il *focus*, assicura al contempo una protezione forte al dipendente; all'imparzialità, del resto, si può anche guardare come ad un diritto da garantire a tutti coloro che entrano in contatto con le pubbliche amministrazioni (Piazza).
Questi spunti, ai quali altri se ne potrebbero aggiungere, sono, a mio avviso, sufficienti per osservare come nel guardare al diritto amministrativo contemporaneo non si sia adeguatamente messo a fuoco come e quanto si è ampliata nel corso del tempo la matrice garantistica di una disciplina nata come "macchina dell'obbedienza". E sembra anche che, nel guardare al diritto del lavoro, sia rimasto in ombra quel che Mario Rusciano ha ricordato, e cioè che, se la sua origine è determinata dall'esigenza di contenere lo sfruttamento vetero-capitalistico della forza-lavoro, da allora in poi anche questa branca del diritto ha fatto tanta strada ed oggi la tutela del lavoro è soltanto una delle sue componenti.
Tornando al diritto amministrativo, la sua trasformazione in strumento di garanzia per gli amministrati si coglie sul piano generale, se è vero che è il regime pubblicistico a comportare l'assoggettamento della decisione dell'amministrazione ai

ISSN 2036-7821

principi di corrispondenza tra decisione e fine legale, imparzialità, ragionevolezza, proporzionalità, e inoltre a sancire la rilevanza giuridica di interessi terzi ed a garantire la fruizione di una tutela di tipo reale, che mira ad attribuire lo specifico bene della vita in discussione e non un suo succedaneo economico. Del resto, da tempo una scuola di pensiero individua nelle ipertrofie garantistiche del diritto amministrativo uno dei principali ostacoli allo sviluppo economico.
La forma pubblica è stata però a lungo percepita, non senza ragione, come un modo per conservare "un assetto che, fondandosi sulle ragioni del soggetto (lo Stato portatore dell'interesse pubblico) trova i suoi (più congrui) riferimenti negli ordinamenti dello Stato precostituzionale" (Marzuoli). Ed è una tale visione ad aver prodotto tecniche di pubblicizzazione che vanno al di là dell'esigenza irrinunciabile di assicurare all'amministrazione poteri di intervento unilaterale che consentano di curare l'interesse pubblico anche senza il consenso dei privati.
L'uso di questi strumenti se, specie per effetto dell'estensione progressiva delle garanzie procedimentali, finirà per comportare maggiori vincoli in punto di principi e regole da osservare, si accompagna però ad una serie di privilegi, riconducibili essenzialmente all'area dell'autotutela decisoria ed esecutiva, che si proiettano, in termini francamente esorbitanti, anche nell'area del pubblico impiego.
È vero, dunque, che allontanarsi dal diritto amministrativo significa abbandonare le visioni autoritarie centrate sulla supremazia speciale, e dunque affrancarsi dai privilegi pubblicistici, ma è vero anche che un tale allontanamento, tenendo conto delle trasformazioni in senso democratico e partecipativo dell'amministrazione, equivale anche a ridimensionare le garanzie apprestate ai cittadini.
Quando si è scelto di privatizzare si è guardato evidentemente ai privilegi da eliminare e assai meno alle garanzie che il diritto amministrativo aveva col tempo imparato ad assicurare.
Oggi dobbiamo constatare che per molti aspetti il diritto amministrativo è più garantistico e che per "salvare" la compatibilità costituzionale della privatizzazione occorre in più punti ibridare il diritto del lavoro, come nei casi ricordati della tutela reintegratoria e della motivazione-giustificazione.
Anche la interessante proposta ricostruttiva di M.D. Ferrara in tema di contrattazione, e specialmente l'idea che il sindacato che rappresenta il lavoro pubblico sia portatore di "un interesse collettivo a vocazione generale", mi pare espressione di questa tendenza all'ibridazione, che per certo non semplifica il lavoro dell'interprete.

3. Le necessarie ibridazioni della disciplina lavoristica. È utile un diritto misto?

Si tratta di una questione che interessa tutti gli ambiti nei quali un'amministrazione pubblica ricorre al diritto privato, o fugge verso di esso proprio per aggirare qualche

ISSN 2036-7821

vincolo (l'evidenza pubblica, il concorso, il giusto procedimento, la motivazione, ecc.), e che viene in genere risolta imponendo, quando ad opera del giudice quando ad opera di un legislatore almeno in parte ravvedutosi, qualche significativa deviazione rispetto al diritto privato per c.d. ordinario. Basti pensare alla parabola infausta delle assunzioni nelle società pubbliche, ricordata da Anna Zilli.

Sul versante del personale, le logiche pubblicistiche hanno nel tempo riguadagnato terreno, a dispetto di aziendalizzazioni e privatizzazioni, come dimostra, ad esempio, lo sviluppo della giurisprudenza costituzionale in tema di *spoils system*, che, come ricorda nella sua interessante analisi Pasquale Monda, è stato ridimensionato rispetto alle scelte del legislatore nazionale e regionale, proprio in ragione dei tratti pubblicistici dell'organizzazione e della natura amministrativa dell'attività svolta dal dirigente, che fondano il richiamo ai principi di imparzialità e buon andamento, il cui rispetto richiede la garanzia del giusto procedimento e di rimedi giurisdizionali che non possono esaurirsi nel riconoscimento di un succedaneo economico ma devono consentire il conseguimento della specifica utilità in discussione.

La dimensione pubblicistica valorizzata dal giudice delle leggi, con le rilevantissime implicazioni in punto di tutele, sembra peraltro porre in crisi le stesse ragioni che sono alla base non solo della scelta di privatizzare il rapporto, ma anche di quella di aziendalizzare, per esempio, il S.S.N., per valersi dei più agili strumenti forniti dal diritto comune, nel cui ambito la fiduciarietà del rapporto col dirigente reca con sé anche la sua licenziabilità quando il rapporto fiduciario venga a cadere.

Ha ancora senso il ricorso al diritto privato se poi il dirigente pubblico è assistito da garanzie pubblicistiche capaci di stabilizzarlo ben oltre la misura assicurata al suo omologo privato?

La scelta di privatizzare e fare uso del diritto comune tutte le volte in cui l'interesse pubblico si può curare senza fare uso di strumenti autoritativi (art. 1, co. 1 bis, della legge 241 del 1990, opportunamente richiamato da Monda, per interpretare prudentemente le confuse modifiche all'art.19 del d.lgs. 165/01 nel senso che non comportano il ricorso al bando pubblico) ha indubbiamente avuto anche dei meriti.

È stato in particolare utile a far percepire il carattere non intrinsecamente provvedimentale ed autoritativo di ogni azione delle pp.aa., e perciò a far raggiungere la consapevolezza che il potere è una risorsa, non una necessità ineluttabile in ogni contesto in cui agisca una p.a., e, nello specifico, che un usciere è un usciere, sia che lavori presso questa Università che presso la compagnia di navigazione che ha la sede qui accanto.

Ma quel che è certo è che la cd. privatizzazione ha creato un altro pezzo di diritto misto di cui non si avvertiva il bisogno e prodotto una diminuzione del tasso di certezza del diritto su molti aspetti cruciali (per stare all'ambito della dirigenza: gli incarichi vanno motivati? chi sono veramente gli apicali? ecc.) di cui del pari non si

ISSN 2036-7821

avvertiva il bisogno.
E, dunque, pur riconoscendo le apprezzabili ragioni culturali delle scelte di trent'anni fa, è inevitabile domandarsi se valga davvero la pena di produrre innovazioni ispirate al diritto comune, poi destinate ad essere assorbite in buona misura dalle immanenti esigenze pubbliche, che, a quanto sembra, soltanto le discipline pubblicistiche riescono a salvaguardare adeguatamente.

4. Riformismo giuridico e capacità amministrativa. Il fattore umano.

Che fare, dunque? Forse è meglio fermarsi, interrompere questo flusso inarrestabile di riformismo giuridico che, come ha sottolineato Cassese, non ha cambiato stile, cultura e metodo del pubblico impiego.
In effetti, è proprio il riformismo giuridico che va rimesso in discussione e che ha riguardato la pubblica amministrazione nel suo complesso, non solo il settore del personale, interessato da quattro riforme in trent'anni.
Forse, come è stato rilevato, c'è un'errata presunzione da ridiscutere, e cioè che il diritto sia di per sé in grado di produrre efficienza. Il diritto ha certamente la funzione ineludibile di delineare la cornice giuridica all'interno della quale le organizzazioni pubbliche e private esercitano la propria attività, ma non basta a determinare l'efficienza di queste organizzazioni.
"Non è certo il Codice civile a determinare l'efficienza di un'impresa, bensì le capacità dell'imprenditore, così come non è il diritto pubblico a determinare l'efficienza delle pubbliche amministrazioni "(Mazzamuto).
Se non si sono raggiunti i risultati immaginati ciò è probabilmente accaduto perché le cause non stanno nel diritto, ma nello svuotamento delle capacità amministrative, determinato, in particolare, dalle politiche di reclutamento del personale, le cui stranezze sono state ampiamente analizzate nel corso del dibattito, in particolare da Riccobono, e che richiederebbero, per dirla con Stefano Battini, una saldatura dell'attuale cesura tra i due mondi, il reclutamento e il lavoro, per tenere effettivamente conto nel primo di ciò che davvero occorre nel secondo.
Se, dunque, da qualcosa bisogna partire è dal reclutamento, che merita di essere ripensato con scelte razionali, coerenti e non confuse come quelle da ultimo poste in essere.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Tendenze evolutive dell'ordinamento amministrativo: risultato negoziale e principio di legalità nell'amministrazione per contratti

di Franco Sciarretta

(Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma UnitelmaSapienza)

Sommario

1. Analisi del contesto e finalità dello studio. – 2. Funzione di committenza e gerarchia degli interessi. – 3. Discrezionalità e logica realizzativa. – 4. Risultato negoziale, interesse pubblico e fiducia nell'apparato. – 5. Spesa pubblica, concorrenza e obiettivo contrattuale. – 6. Risultato e fattispecie normativa. – 7. Operazione economica ed esito amministrativo. – 8. Amministrazione per contratti e commistione di regimi giuridici. – 9. L'*agere iure privatorum* in contesto pubblicistico. – 10. Considerazioni conclusive.

Abstract

Developments in public contract law represent a privileged field for the emergence and recording of trends in the entire system of administrative law. In the era of disciplinary contaminations and the decline of the public-private dichotomy, public contracts are part of the evolutionary processes of administrative law, anticipating its transformations. The new code of public contracts opens with the formulation of the principle of the result that assumes a scope that goes beyond the scope of public contracts. The introduction by law of a principle (which appears) as innovative as the result, which has so far been the subject of theoretical perspectives of a part of the doctrine and of some rare and timid rulings of the administrative and accounting courts, leads us to investigate its foundation in terms of general theory, its scope, its reviewability and how it stands with respect to the principle of legality.

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

ISSN 2036-7821

1. Analisi del contesto e finalità dello studio.

Risponde a una prassi ormai invalsa anteporre una serie di principi alle regole di dettaglio delle discipline di settore che trova la sua ragione d'essere, per un verso, nella perdita di coerenza sistematica dell'ordinamento giuridico[1], per altro verso, nell'esigenza di fissare le coordinate ermeneutiche per una lettura organica e omogenea delle norme e degli istituti positivi.

Gli sviluppi del diritto dei contratti pubblici rappresentano un terreno privilegiato di emersione e registrazione delle tendenze dell'intero sistema di diritto amministrativo.

Nell'epoca delle contaminazioni disciplinari[2] e del declino della dicotomia pubblico-privato, la contrattualistica pubblica si iscrive nei processi evolutivi del diritto amministrativo, anticipandone le trasformazioni[3].

Il nuovo codice dei contratti pubblici[4] si apre con la formulazione di principi generali che costituiscono la forza ordinante del nuovo sistema giuridico volta a orientare non solo l'applicazione e l'interpretazione delle singole disposizioni, ma anche il bilanciamento tra i diversi interessi interferenti nelle singole operazioni negoziali e l'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione che contratta[5].

In particolare, i primi dodici articoli esprimono il senso (anche politico) del nuovo codice attraverso il riferimento sintetico ai criteri ispiratori che lo regolano, principi che non soltanto precedono la trama normativa, ma si sovrappongono a essa, orientandone l'interpretazione.

La loro peculiarità è che sono posti direttamente dal legislatore, anziché essere desunti (a cura dell'interprete) dalle disposizioni codicistiche[6], concretandosi in opzioni esegetiche dettate *ex lege*[7].

Questa impostazione è potenziata dal ruolo assegnato al principio del risultato che "*costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale*" e "*per l'individuazione*

---

[1] G. Vettori, La buona fede nella "nuova" legalità plurale, in PA Persona e Amministrazione, 2/2022, p. 1 ss., p. 6.

[2] La definizione si rinviene in A. Massera, Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA. tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere, Pisa, 2011, p. 7.

[3] E. Sticchi Damiani, La nozione di appalto pubblico. Riflessioni in tema di privatizzazione dell'azione amministrativa, Milano, 1999, p. 11.

[4] D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, *Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante Delega al Governo in materia di contratti pubblici*, in Gazzetta ufficiale, n. 77 del 31 marzo 2023, supplemento ordinario n. 12.

[5] A. Cioffi, Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali, consultabile su Apertacontrada.it, 16 gennaio 2023.

[6] Sull'accezione tradizionale dei principi generali, cfr. Corte costituzionale 26 giugno 1956, n. 6, consultabile su www.giurcost.org, secondo cui "si debbono considerare come principii dell'ordinamento giuridico quegli orientamenti e quelle direttive di carattere generale e fondamentale che si possono desumere dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dalla intima razionalità delle norme che concorrono a formare, in un dato momento storico, il tessuto dell'ordinamento giuridico vigente".

[7] Sulle ricadute della legislazione per principi, G. Montedoro, La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it, 2023.

ISSN 2036-7821

della regola del caso concreto" – che integra operazione diversa rispetto all'individuazione del significato di una norma – e, al contempo, ai sensi dell'art. 4, è anche canone interpretativo preminente rispetto ai principi della fiducia e dell'accesso al mercato[8].

La natura elastica di questi principi generali si coniuga con l'ampiezza e la frammentazione delle regole che compongono il nuovo assetto normativo, dovendo rappresentare un punto di equilibrio tra scelta legislativa, sottostante all'articolata disciplina positiva, e tecnica giuridica.

Il contenuto dei principi generali formulati nel codice appare anche innovativo, non solo riproduttivo di assiologie già note, ispirato come è ai criteri di semplificazione massima dei procedimenti di evidenza pubblica e all'aderenza costante alle ragioni economiche sottese alle regole.

Il tema così perimetrato consente di porre l'interrogativo di fondo circa la portata e l'efficacia di questi principi generali, vale a dire se si tratti di norme manifesto di carattere *politico* o declamatorio, o di principi che possiedono un preciso valore giuridico.

A rigore, le norme sono il risultato dell'attività di interpretazione e non sono poste dal legislatore.

I principi hanno una valenza diversa quando – inespressi – vengono elaborati dalla dottrina e riconosciuti dalla giurisprudenza nella costruzione del diritto vivente, rispetto a quando sono fissati – in luogo di regole puntuali – in via legislativa.

La fissazione dei principi per legge è spesso il frutto di una certa malcelata diffidenza della politica verso il potere giudiziario, che ha radici antiche, dettata dalla (supposta) invadenza del sindacato del giudice (penale, contabile e amministrativo) sull'attività discrezionale prodromica alla stipula dei contratti pubblici.

Il tema dei principi si risolve nel tema dell'interpretazione, del suo carattere creativo, dei limiti che l'ordinamento le assegna, del rapporto fra diritto e funzione giurisdizionale, della giurisprudenza come formante dell'ordinamento.

Fra i principi generali del codice il principio del risultato riveste assoluta preminenza, assumendo una rilevanza che travalica l'ambito della contrattualistica pubblica.

L'introduzione per legge di un principio (che appare) tanto innovativo quale il risultato, sinora oggetto di prospettazioni teoriche di una parte della dottrina e di alcune rare e timide statuizioni del giudice amministrativo e di quello contabile, induce a indagare il suo fondamento in termini di teoria generale, la sua portata, la sua sindacabilità.

In questa ottica si rende necessario verificare come si pone il risultato rispetto al

[8] F. Fracchia, Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d'insieme, in Il diritto dell'economia, 2/2023, p. 247 ss., p. 279.

ISSN 2036-7821

principio di legalità, vale a dire se esso si colloca all'interno o all'esterno della norma attributiva del potere, anche per superare quelle obiezioni espresse in dottrina, secondo le quali si potrebbe realizzare una sorta di baratto tra legalità ed efficienza[9], ovvero un improprio accostamento della funzione amministrativa alle logiche dell'impresa[10].

L'indagine si sviluppa nell'ambito dell'amministrazione per contratti nella quale l'autonomia negoziale del committente pubblico è invariabilmente funzionalizzata alla cura dell'interesse pubblico, generando una pervasiva commistione di differenti regimi giuridici.

2. Funzione di committenza e gerarchia degli interessi.

Nella prospettiva legislativa, le regole del mercato smettono – attraverso la nuova disciplina declinata secondo i principi generali – di essere un fine e vengono concepite come un semplice mezzo per l'individuazione del migliore contraente privato per conseguire il risultato perseguito.

La filosofia che permea il nuovo impianto normativo si sostanzia nel guidare l'operato dell'amministrazione per il conseguimento dell'obiettivo dell'affidamento del contratto alle condizioni più favorevoli per l'interesse pubblico, nel rispetto della c.d. "*regola del caso*"[11].

Queste finalità risaltano nell'art. 1 del codice dove è affermato il principio del risultato[12] che, unitamente agli altri principi generali espressi negli articoli successivi[13], rappresentano attuazione nel settore dei contratti pubblici del canone costituzionale di buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità[14].

L'impostazione concettuale rimane quella dell'esercizio del potere e della

[9] Cfr. L. Torchia, L'efficienza della pubblica amministrazione fra ipertrofia legislativa e atrofia dei risultati. Relazione tenuta al 64° Convegno di studi amministrativi su Sviluppo economico, vincoli finanziari e qualità dei servizi: strumenti e garanzie, Varenna, 20-21-22 settembre 2018, in Astrid Rassegna, 11/2019.

[10] R. Ferrara, Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla "libertà dell'amministrazione", in Diritto e società, 1/2000, p. 101 ss., p. 105.

[11] M.R. Spasiano, Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrazione del sindacato, in www.federalismi.it, 24/2023, p. 222 ss.

[12] S. Perongini, Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici, in G. Corso, M. Immordino (a cura di), Scritti in onore di Filippo Salvia, Napoli, 2023, p. 517 ss.

[13] L'art. 2 introduce il principio della fiducia, l'art. 3 detta il principio di accesso al mercato, l'art. 4 contempla un criterio interpretativo e applicativo. Nell'art. 5 si definiscono i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento, all'art. 6 si stabiliscono i principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale, all'art. 7 si definisce il principio di auto-organizzazione amministrativa, all'art. 8 si disciplina il principio di autonomia contrattuale, all'art. 9 si prevede il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, all'art. 10 si trovano i principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione, all'art. 11 si sancisce il principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore e all'art. 12 si formula il principio di rinvio esterno.

[14] M.R. Spasiano, Codificazione di principi e rilevanza del risultato, in C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di), Codice dei contratti pubblici, Napoli, 2023, p. 49 ss.

ISSN 2036-7821

discrezionalità amministrativa, in sostanziale continuità con la nostra tradizione giuridica.

Il primato logico-giuridico della funzione di committenza, tuttavia, determina un ribaltamento della gerarchia degli interessi, nel momento in cui le amministrazioni pubbliche si rivolgono al mercato e stipulano contratti per approvvigionarsi di opere, beni e servizi e non per perseguire finalità ulteriori.

Questo primato sembrava smarrito quando con i codici del 2006[15] e 2016[16] [17] sono state recepite le direttive europee sempre più pervasive e dettagliate intervenute in materia, con l'obiettivo di assicurare il funzionamento del mercato e tutelare la concorrenza e le libertà di circolazione[18].

Per esigenze sistematiche la codificazione è andata al di là del mero recepimento delle direttive europee, con alterazione della naturale gerarchia degli interessi protetti, collocando in secondo piano il buon andamento e il risultato dell'operazione negoziale rispetto alle finalità, ritenute preminenti, della tutela della concorrenza e del mercato perseguite attraverso una meticolosa attenzione alla indizione e gestione delle procedure di gara[19].

Queste alterazioni si sono acuite allorché sulla disciplina dei contratti pubblici si è innestata quella di prevenzione e contrasto della corruzione, con attribuzione delle funzioni di vigilanza e controllo sulla sua applicazione all'Autorità nazionale anticorruzione, cui sono stati assegnati anche poteri normativi e regolamentari.

Nella nuova normativa dei contratti pubblici è la funzione di committenza che individua ora gli obiettivi dell'azione pubblica e della disciplina di regolazione.

Il funzionamento del mercato, la tutela della concorrenza e le libertà di circolazione non rappresentano più finalità e valori in sé, ma strumenti a servizio del risultato[20].

Un ribaltamento in grado di produrre effetti profondi che fanno naturalmente discutere anche sul piano politico, confrontandosi da tempo la linea che vuole agganciare strettamente la fisiologia delle regole amministrative dei contratti pubblici all'anticorruzione e la linea opposta che tendenzialmente rifiuta di condizionare la costruzione delle regole con scopi diversi da quelli propri dell'approvvigionamento pubblico.

---

[15] D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*, in *Gazzetta ufficiale* n. 100, del 2 maggio 2006, supplemento ordinario n. 107.

[16] D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici, in Gazzetta ufficiale n. 91, del 19 aprile 2016, supplemento ordinario n. 10.

[17] In termini critici sull'instabilità della codificazione del diritto dei contratti pubblici, G. Napolitano, Buona l'ultima? La terza codificazione del diritto dei contratti pubblici alla prova dei risultati, in Giornale di diritto amministrativo, 3/2023, p. 285 s.

[18] G. Napolitano, Committenza pubblica e principio del risultato, Relazione al convegno "Il nuovo codice degli appalti", Avvocatura dello Stato, Roma, 27 gennaio 2023, consultabile su www.astrid-online.it, 2023.

[19] M. Cafagno, Lo Stato banditore. Gare e servizi locali, Milano, 2001.

[20] G. Napolitano, Committenza pubblica e principio del risultato, cit.

ISSN 2036-7821

Senz'altro un compito arduo quello di semplificare il quadro con un nuovo codice, un compito ad alto rischio di fallimento.
Il codice è un testo importante – ovviamente imperfetto come ogni opera umana e nonostante l'apprezzamento che lo circonda – che non deve essere visto come l'unico mezzo per arrivare al risultato del rilancio di una spesa pubblica in grado di determinare la ripresa del Paese attraverso un innalzamento dei volumi, della rapidità di attuazione e dell'efficacia economica della spesa in conto capitale.
La disciplina normativa è soltanto una delle complesse variabili in gioco.
I principi sono il frutto di scelte politiche – fondate sui valori – destinati a orientare la dinamica giuridica.
I principi generali del codice assumono questo valore orientativo per la funzione di committenza.
Regole destinate a guidare l'azione del committente pubblico conferendole certezza e, se male concepite o coordinate, a bloccarla.
Si potrebbe pensare che molte delle regole del codice sono soltanto regole meccanicamente applicabili, secondo una logica, "*all or nothing fashion*" (*i.e.*, si applica o non si applica).
I principi sono il rimedio (o la soluzione) a un ordinamento inevitabilmente complesso e frammentario, a volte tendente anche al nichilismo[21].
L'interrogativo più pressante è quello sull'adeguatezza delle regole alla luce dei principi.
Il codice ha stabilito una gerarchia relativa fra i principi e, quindi, anche fra i valori che essi esprimono.

3. Discrezionalità e logica realizzativa.

La riforma concreta una rivisitazione integrale del codice dei contratti pubblici rispetto al quale, nel corso degli anni, si sono susseguite numerose modifiche, anche attraverso la normazione d'urgenza, che hanno inciso profondamente sull'impianto originario.
L'obiettivo dichiarato è di ridurre drasticamente e razionalizzare le norme in materia, armonizzando ulteriormente la disciplina interna con l'ordinamento europeo[22].
L'intervento normativo rientra, peraltro, tra gli impegni assunti dall'Italia nei confronti dell'Unione europea attraverso il Piano nazionale di ripresa e resilienza

[21] Il nichilismo giuridico appare tratto inevitabile della modernità o della post-modernità, su cui N. Irti, Nichilismo giuridico, Roma-Bari, 2004.
[22] Sulle ragioni e sugli obiettivi della riforma che hanno condotto il Consiglio dei ministri, in data 30 giugno 2021, ad approvare il disegno di legge delega in materia dei contratti pubblici (Senato della Repubblica, atto n. 2330, XVIII legislatura, reperibile su *www.senato.it*), si consulti il dossier del Servizio studi - Dipartimento ambiente, della Camera dei deputati, Delega al Governo in materia di contratti pubblici (AC n. 3514/XVIII, 19 maggio 2022), *www.camera.it*.

ISSN 2036-7821

(PNRR).
Nella disciplina del 2016, benché fossero ravvisabili i tratti di una *dinamica aziendalistica* che mira alla sostanza dell'operazione economica, tendeva a prevalere la convinzione che la legalità sia per sé sola sufficiente ad attestare la convenienza della soluzione e, al tempo stesso, la sua imparzialità e correttezza[23].
Rimaneva al di fuori dalla prospettiva di un procedimento che privilegia, esasperandolo, il controllo di carattere formale, che nessun apporto può fornire a una verifica del risultato[24].
Significativa era la rigida scansione delle fasi procedimentali di affidamento del contratto dettata dal d.lgs. 50/2016 (art. 32), che si poneva in continuità con quello precedente (art. 11) che, a sua volta, si ispirava alla normativa di contabilità generale dello Stato nella cui visione l'interesse pubblico concreto rimaneva recessivo[25].
La pandemia ha avuto il merito di mettere in evidenza, con particolare riguardo all'acquisto di presidi sanitari, i limiti culturali e giuridici di regole stratificatesi nel tempo[26].
I medesimi limiti che sono riaffiorati successivamente per effetto della crisi per l'approvvigionamento di energia e materie prime generata dal conflitto bellico tra Russia e Ucraina.
Nel momento dell'emergenza, le soluzioni adottate hanno messo da parte lacci e lacciuoli, come pure prassi consolidate, puntando in modo deciso alla soddisfazione dell'interesse sotteso al commessa pubblica.
In breve tempo è diventato superfluo tutto ciò che non era strumentale al raggiungimento dell'obiettivo.
L'esigenza di ripensare le regole e il funzionamento del sistema dei contratti pubblici – e, più in generale, del sistema di diritto amministrativo – muove dalla cultura del risultato, concependo la spesa pubblica come investimento e fondando la legalità non su astratti formalismi, ma su garanzie di piena trasparenza declinata in forme di rendicontazione, monitoraggio e accesso.
Nell'attuale trama codicistica il principio del risultato[27], che rappresenta una derivazione evoluta del principio di buon andamento, integra l'interesse pubblico primario, iscrivendosi nella logica dell'amministrazione di risultato e costituendo criterio-guida per l'esercizio del potere discrezionale e l'individuazione della regola

[23] F. Ledda, Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica, in Aa.Vv., Studi in onore di Antonio Amorth, I, Scritti di diritto amministrativo, Milano, 1982, p. 317 ss., p. 328.
[24] *Ibidem*.
[25] F. Ledda, Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica, cit., pp. 328 e 329.
[26] G.M. Racca, voce Salute, in Enciclopedia del diritto, I tematici. III. Funzioni amministrative, Milano, 2022, p. 995 ss.
[27] A. Cioffi, Prima lettura del nuovo Codice e dei suoi tre principi fondamentali, cit.

ISSN 2036-7821

del caso concreto[28].
È un approccio "*manageriale*" per il quale le stazioni appaltanti e gli enti concedenti non soltanto sono responsabili della legittimità del loro operato, ma anche *performance oriented*, cioè responsabili degli esiti delle loro scelte.
Nella riforma appare decisamente sovrastante la logica sostanziale su quella formale, dell'amministrazione per risultati rispetto all'amministrazione per atti[29], sulla scia

[28] A livello legislativo, l'idea di amministrazione di risultato correlata alla soddisfazione dei bisogni dei singoli e della collettività è stata positivizzata dal "decreto Brunetta" (d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, in Gazzetta ufficiale, n. 254 del 31 ottobre 2009, supplemento ordinario n. 197; in particolare artt. 3 e 5).

[29] Sull'amministrazione di risultato, senza pretesa di esaustività, M. Cammelli, Amministrazione di risultato, in Aa.Vv., Annuario Aipda 2002, Milano, 2003, p. 107 ss., ora in Id., Amministrazioni pubbliche e nuovi mondi. Scritti scelti a cura di C. Barbati, M. Dugato, G. Piperata, Bologna, 2019, p. 289 ss.; S. Cassese, Cosa vuol dire amministrazione di risultati, in Giornale di diritto amministrativo, 2004, p. 941 ss.; S. Cognetti, Procedura amministrativa e amministrazione di risultati, in M. Immordino, A. Police (a cura di), Principio di legalità e Amministrazione di risultati, Atti del convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003, Torino, 2004, p. 234 ss.; A. Contieri, Amministrazione consensuale e amministrazione di risultato, ivi, p. 284 ss.; G. Corso, Amministrazione di risultati, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Annuario 2002. Innovazione del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione, Milano, 2003, p. 127 ss.; F. De Leonardis, Responsabilità dell'amministrazione e risultati, in M. Immordino, A. Police (a cura di), Principio di legalità e Amministrazione di risultati, Atti del convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003, cit., p. 166 ss.; R. Ferrara, Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla libertà dell'amministrazione?, in Diritto e società, 2000, p. 101 ss.; F. Figorilli, Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultato, in M. Immordino, A. Police (a cura di), Principio di legalità e Amministrazione di risultati, Atti del convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003, cit., p. 210 ss.; E. Follieri, Attività liberalizzate e amministrazione di risultati, in Il foro amministrativo - Tar, 1/2003, p. 329 ss.; L. Giani, L'operazione amministrativa nella prospettiva del risultato: nel procedimento e nel processo, in Nuove autonomie, 2/2012, p. 197 ss.; Id., L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti, ivi, 3/2021, p. 551 ss.; R. La Barbera, Amministrazione di risultati e principio di responsabilità, in M. Immordino, A. Police (a cura di), Principio di legalità e Amministrazione di risultati, Atti del convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003, cit., p.140 ss.; F. Ledda, Dal principio di legalità al principio d'infallibilità dell'amministrazione, in Il foro amministrativo, 1997 p. 3303 ss.; F. Merusi, La certezza del risultato nell'amministrazione di mercato, in Diritto amministrativo, 2002, p. 527 ss.; L.R. Perfetti, Analisi economica, amministrazione di risultato e metodo giuridico in Antonio Romano Tassone, in Sudi in memoria di A. Romano Tassone, III, Napoli, 2017, p. 2005 ss.; L. Iannotta, Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica Amministrazione: dagli interessi ai beni, in Diritto amministrativo, 1999, p. 57 ss.; Id., Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative, in M. Immordino, A. Police (a cura di), Principio di legalità e Amministrazione di risultati, Atti del convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003, cit., p. 433 ss.; M. Immordino, Certezza del diritto e amministrazione di risultato, in M. Immordino, A. Police (a cura di), Principio di legalità e Amministrazione di risultati, Atti del convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003, cit., p. 15 ss.; A. Romano Tassone, Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato", in Diritto amministrativo, 2007, p. 63 ss.; Id., Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo, in M. Immordino, A. Police (a cura di), Principio di legalità e Amministrazione di risultati, Atti del convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003, cit., p. 1 ss.; S. Perongini, Principio di legalità e risultato amministrativo, ivi, p. 39 ss.; A. Romano Tassone, Sulla formula amministrazione per risultati, in V. Molaschi, C. Videtta (a cura di), Studi in onore di Elio Casetta, II, Torino, 2001, p. 813 ss.; M.R. Spasiano, Funzione amministrativa e legalità di risultato, Torino, 2003; R. Ursi, La giuridificazione del canone dell'efficienza della pubblica amministrazione, in B. Marchetti, M. Renna (a cura di), A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi. La giuridificazione, Firenze, 2017, p. 445 ss.; A. Zito, Il risultato

ISSN 2036-7821

dell'approccio teorico che ha avuto largo seguito a partire dagli ultimi anni '90, accompagnato dall'approdo, anche nel diritto pubblico, all'analisi economica del diritto[30].

Riecheggia in una certa misura l'impostazione propria del *New Public Management* secondo cui anche le organizzazioni pubbliche, al pari di qualunque organizzazione privata, per perseguire i loro scopi devono essere efficienti (contenere le spese, disporre di funzionari qualificati, produrre risultati ecc.), divenendo per esse rilevante la *performance* e dequotandosi la legittimità formale della loro azione[31].

L'idea di fondo è che l'inefficienza amministrativa spesso è la diretta conseguenza del fatto che gli apparati pubblici non prestano sufficiente attenzione ai risultati, concentrandosi sulle regole formali e sui protocolli procedurali, anziché sulla capacità di apportare valore attraverso la loro azione[32].

Un'eccessiva attenzione alla forma può tramutarsi facilmente in un burocratico formalismo, in un ossessivo e sterile ossequio alle regole, in grado di allontanare l'azione pubblica dagli obiettivi sostanziali.

Va ricordato che le teorie del *New Public Management* hanno raccolto molti consensi, ma anche non pochi dissensi in considerazione del rischio che la *managerialità* allontana le organizzazioni pubbliche dalla loro missione che dovrebbe prescindere dall'obiettivo di trarre profitto – traguardo tipicamente privatistico – per perseguire il benessere della collettività amministrata, senza condizionamenti derivanti dalla remuneratività delle iniziative intraprese o dalla facilità di raggiungere i risultati

---

nella teoria dell'azione amministrativa, in M. Immordino, A. Police (a cura di), Principio di legalità e Amministrazione di risultati, Atti del convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003, cit., p. 93 ss.

[30] Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Annuario 2006. Analisi economica e diritto amministrativo, Atti del convegno annuale, Venezia, 28-29 settembre 2006, Milano, 2007; G. Napolitano, M. Abrescia, Analisi economica del diritto pubblico, Bologna, 2009; R. Ursi, Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione, Santarcangelo di Romagna, 2016.

[31] Questi principi sono alla base delle teorie del New Public Management che hanno avuto ampia diffusione negli Stati Uniti, a partire dai primi anni '90 dello scorso secolo, nell'ambito degli studi sull'organizzazione pubblica. Per un inquadramento su queste teorie D. Osborne, T. Gaebler, Reinventing government: how the entrepreneurial spirit is transforming the public sector, Reading, 1992; L.D. Terry, Why we should abandon the misconceived quest to reconcile public entrepreneurship with democracy, in Public Administration Review, n. 53, 1993, p. 393 ss.; D.F. Kettl, J.J. Diiulio jr., Inside the reinvention machine: appraising government reform, Washington D.C., 1995; D.F. Kettl, The transformation of governance: public administration for the 21st century, Baltimora, 2002; S. Kelman, Unleashing Change. A study of Organizational Renewal in Government, Washington D.C., 2005; D.F. Kettl, The global public management revolution, Washington D.C., 2005. Gli studi appena ricordati, unitamente ad altri ancora, sono richiamati da S. Valaguzza, Procuring for value. Governare per contratto. Creare valore attraverso i contratti pubblici, Napoli, 2018, p. 35 ss.

[32] Il rapporto tra perseguimento degli obiettivi sostanziali dell'agire pubblico e rispetto dei vincoli imposti dall'ordinamento giuridico inerisce alla dinamica che gli studi americani riassumono con la formula "goals versus constraints", su cui, ex multis, S. Eilon, Goals and Constraints in Decision-Making, in Operational Research Quarterly (1970-1977), vol. 23, n. 1, 1972, p. 3 ss.; R. Simons, Control in the age of empowerment, in Harvard Business Review, n. 74, 1995, p. 80 ss. Q.J. Wilson, Bureaucracy: What government agencies do and why the do it, New York, 1989. D'altro canto, soggetti pubblici e privati hanno entrambi sia goals (obiettivi, sostanza) sia constraints (vincoli, forma), ma il modo di approcciarsi agli uni e agli altri è assai differente.

ISSN 2036-7821

attesi, ed essere animata esclusivamente dai valori etici e morali in un'ottica pan-pubblicistica[33].
Le critiche si sono appuntate sul rilievo che non si può sminuire la complessità del settore pubblico, rinvenendosi nelle teorie del *New Public Management* un eccesso di semplificazione, favorito dal consenso scontato attorno all'importanza delle *performances*, senza tenere conto dell'estrema difficoltà di individuare dei parametri di misurazione oggettivi delle *performances* pubbliche (*i.e.*, dei valori pubblici)[34].
Le differenti letture delineatesi sul *New Public Management* appaiono essere state prese in considerazione in sede di revisione della disciplina codicistica, nel momento in cui la logica del risultato si accompagna al rispetto del principio di legalità, in una al principio della fiducia nell'azione legittima e corretta dell'amministrazione pubblica e dei suoi funzionari, che sottintende una virtuosa ed equilibrata relazione tra sostanza e forma che esclude una prevalenza dell'una sull'altra, prospettando un'efficace convivenza tra rispetto dei vincoli (che, nella logica codicistica, dovrebbero darsi per acquisiti) e perseguimento degli obiettivi (che, nell'ottica codicistica, rappresenta il vero traguardo dell'azione pubblica).
Le esigenze che inducono l'acquirente pubblico a reperire un bene sul mercato rappresentano il *prius*, sia dal punto di vista funzionale che logico, dal quale il procedimento di gara si dipana, (procedimento) che è sempre strumento servente il fabbisogno da soddisfare[35].

4. Risultato negoziale, interesse pubblico e fiducia nell'apparato.

Non sembra possa dubitarsi che il risultato negoziale perseguito dall'amministrazione consista nell'interesse a un *buon contratto*, considerato che nell'attuale visione codicistica il mercato e la concorrenza rappresentano un mezzo e non un fine.
La nuova disciplina ristabilisce (o, forse meglio, ha l'ambizione di ristabilire) un equilibrio fondato sull'interesse generale, sull'interesse dell'amministrazione, come espressione dello Stato comunità.
Il riferimento esplicito è al risultato dell'affidamento del contratto e della sua corretta esecuzione, con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.
Una regola di principio già presente nell'impianto della legge generale sul procedimento amministrativo, che nel codice assume una pregranza dichiaratamente più ampia.

[33] S. Valaguzza, Procuring for value. Governare per contratto. Creare valore attraverso i contratti pubblici, cit., p. 38 ss.
[34] B.A. Radin, Challenging the performance movement. Accountability, complexity and democratic values, Washington D.C., 2006.
[35] Consiglio di Stato, terza sezione, 25 novembre 2021, n. 7891, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

ISSN 2036-7821

Il risultato negoziale è perseguito nell'interesse della collettività e per il conseguimento degli obiettivi indicati dalla normazione europea.
In questa prospettiva si comprende come il principio del risultato, integrando "*criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale*", rappresenta anche criterio per valutare la responsabilità dei funzionari e degli altri soggetti coinvolti nelle diverse fasi della procedura di affidamento ed esecuzione contrattuale.
Questa previsione riveste assoluto rilievo e si collega strettamente ad altre disposizioni del codice (anche relative ai compiti e alle responsabilità del nuovo RUP), facendo riemergere prepotentemente il valore della discrezionalità amministrativa – ormai da lungo tempo temuta e sostanzialmente osteggiata dalla disciplina sui contratti pubblici – che è il solo criterio a potere orientare, nella fattispecie concreta, verso il conseguimento del risultato.
Un concetto apparentemente semplice che vale anche per qualsiasi soggetto privato che faccia i propri interessi solo che in questo caso è possibile che si verifichino anche condotte diseconomiche e/o inefficienti, che non sono ammissibili per l'amministrazione pubblica se non a pena di trasmodare, nei casi più gravi, nell'illecito amministrativo e contabile.
Il risultato negoziale si pone in necessario collegamento con il principio della fiducia.
Se il principio del risultato sembra avere una sicura copertura costituzionale, il principio della fiducia sembra esprimere una più generica – anche se del tutto condivisibile – valenza politica che potrebbe farne un principio recessivo per effetto della "*dommatica dei principi*" di cui si è fatto cenno.
Ponendo in stretta connessione gli artt. 1 e 2 del codice, i rispettivi principi, l'uno funzionale all'altro, possono essere ricondotti nell'alveo dell'art. 97 Cost.
Il principio della fiducia – intimamente connesso al principio del risultato essendo l'ambito valoriale che ispira lo strumentario che ne facilita il conseguimento superando formalismi amministrativi e imponendo una cultura solidaristica dei doveri alle imprese – si invera poi nei principi di buona fede e tutela dell'affidamento[36].
Il principio della fiducia tende a rifondare radicalmente il rapporto tra i funzionari pubblici e gli operatori privati, ma anche e, forse soprattutto, ricostruire la fiducia del sistema nei propri funzionari.
La legge può solo imporre una direttiva volta a improntare alla fiducia e alla leale collaborazione i rapporti fra amministrazione pubblica e mondo delle imprese operanti nel settore dei contratti pubblici.

[36] Positivizzati dall'art. 5 del codice. Il comma 1 impone a stazioni appaltanti, enti concedenti e operatori economici di comportarsi reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e affidamento. Il comma 2 dispone che "nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede".

ISSN 2036-7821

Ciò equivale al superamento degli sterili formalismi che connotano talvolta le scelte della P.A. e ostensione chiara e trasparente delle informazioni richieste da parte dei privati e loro corretta partecipazione alle procedure di gara.
Il tutto funzionale al migliore esercizio della discrezionalità amministrativa in quanto *"il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato"*[37].
Qui (ri)emerge il tema della *"paura della firma"* e della responsabilità amministrativa per colpa grave[38] che proprio questa disposizione mira a superare.
La "*paura della firma*" è parte integrante del fenomeno della c.d. burocrazia difensiva per il quale i funzionari pubblici si astengono dall'assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell'interesse pubblico, preferendo assumerne altre meno impegnative – appiattite su prassi consolidate e anelastiche – o più spesso restare inerti, per il timore di esporsi a possibili addebiti, anche di indole penale[39].
Senza una proporzionata e misurata concezione della colpa grave in relazione a una condotta concretamente esigibile la "*paura della firma*" resta un serio deterrente.
Questa disciplina naturalmente concerne la responsabilità del funzionario e dell'agente pubblico e non la responsabilità dell'amministrazione pubblica che continua a essere regolata dall'art. 2043 codice civile, secondo la complessa evoluzione che muove dal celebre arresto n. 500 del 1999 delle Sezioni unite della Corte di cassazione.
In linea teorica il funzionario pubblico mira al risultato e, per conseguirlo nel caso concreto, esercita la discrezionalità amministrativa e la propria autonomia decisionale, in un clima di fiducia del sistema.
Non vi è dubbio che proprio l'aura di sospetto e la malcelata sfiducia nella correttezza dell'azione amministrativa, unite alla paura dei funzionari di sbagliare seppure perseguendo in buona fede il risultato utile per l'amministrazione pubblica, abbiano generato il fenomeno della c.d. burocrazia difensiva che tanta parte ha avuto e ha nella paralisi di molti interventi e iniziative.
Una riduzione della conflittualità fra P.A. e imprese e una diminuzione significativa del contenzioso implicano una restaurazione della certezza del diritto, che si persegue anche con l'uniformità degli indirizzi giurisprudenziali e i pareri delle autorità competenti, indicati (dall'art. 2, comma 2, del codice) come scriminanti

[37] Art. 2, comma 2, del codice.
[38] A mente dell'art. 2, comma 3, rileva a questo fine la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.
[39] Corte costituzionale, 18 gennaio 2022, n. 8, consultabile su www.giurcost.org.

ISSN 2036-7821

dell'illecito contabile.
Rispetto a quest'ultima previsione, seppure appare lodevole l'intento che la anima, è stato segnalato che potrebbero generarsi criticità, da un lato, perché non è sempre facile avere oggettiva certezza di quale sia l'indirizzo giurisprudenziale prevalente, soprattutto nell'iniziale fase di *rodaggio* delle nuove norme, tenuto anche conto di una certa mutevolezza delle posizioni espresse dalla giurisprudenza nel corso del tempo; dall'altro, neppure l'individuazione di quali siano le "*autorità competenti*" si presenta agevole, fermo restando che, seppure venissero individuate, il rischio della "*corsa al parere*" (magari non dato o dato in modo criptico o con ritardo) potrebbe costituire un imprevisto freno all'azione amministrativa[40].
Alla costruzione di un clima di fiducia potrebbe concorrere un processo culturale, ma la "*forza dell'egoismo*" delle nostre società è tale da lasciare poche illusioni[41].

5. Spesa pubblica, concorrenza e obiettivo contrattuale.
Le origini della moderna disciplina di settore rimontano alla normativa di contabilità pubblica[42] e a quella concernente la realizzazione di opere pubbliche[43].
Ai principi fondanti di queste normative si è aggiunto quello della tutela della concorrenza di stampo europeo che ancora permea quasi ogni aspetto delle regole nazionali.
Il codice del 2016 si poneva in continuità con l'impostazione unitaria della disciplina della materia inaugurata dal codice del 2006[44] .
Al pari di quello precedente, il codice del 2016 conteneva una disciplina organica che incideva sull'assetto del mercato delle commesse pubbliche[45], muovendosi sul duplice binario del controllo della spesa pubblica e della tutela della concorrenza.
Collegato alla salvaguardia degli interessi delle imprese private che partecipano alle procedure di affidamento era il principio, che ha acquisito rango costituzionale, della

[40] Così P. Conio, *Codice dei contratti pubblici: i nuovi principi del Procurement* in *https://www.forumpa.it/riforma-pa/codice-dei-contratti-pubblici-i-nuovi-principidelprocurement*.
[41] Cfr. sul tema il dialogo riportato in C. Castoriadis, C. Lasch, *La cultura dell'egoismo*, Milano, 2023.
[42] R.d. 18 novembre 1923, n. 2440, Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato (c.d. legge De Stefani), in Gazzetta ufficiale, n. 275 del 23 novembre 1923, nonché r.d. 23 maggio 1924, n. 827, Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato, in Gazzetta ufficiale, n. 130 del 3 giugno 1924.
[43] L. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F.
[44] A. Botto, S. Castrovinci Zenna, Dalla legge Merloni al Codice dei contratti pubblici ed oltre, in Ii.Dd., Diritto e regolazione dei contratti pubblici, Torino, 2020, p. 1 ss.
[45] I primi tre articoli del d.lgs. 50/2016 ne definivano l'ambito di applicazione, i principi, le disposizioni comuni e le esclusioni. Per contratti pubblici rientranti nell'ambito di applicazione del codice si intendevano «i contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi o di forniture, ovvero all'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti» (art. 3, comma 1, lett. dd). Per contratti pubblici «di rilevanza europea» sottoposti alla disciplina codicistica si intendevano quelli «il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto è pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 e che non rientrino nei contratti esclusi» (art. 3, comma 1, lett. ee).

ISSN 2036-7821

par condicio degli operatori economici, facendo si che le loro offerte debbano essere valutate con criteri oggettivi, senza ragioni di preferenza, con applicazione di regole procedurali predeterminate poste a presidio dei loro interessi protetti, oltre che degli interessi dei quali è portatrice l'amministrazione aggiudicatrice[46].

La normazione europea ha prodotto un mutamento profondo dell'originaria impostazione «contabilistica», dalla centralità della tutela dell'interesse della pubblica amministrazione a ottenere i migliori risultati contrattuali, alla centralità dell'interesse del mercato degli appalti di lavori, servizi e forniture, alla cui regolazione sono rivolte anche le direttive europee di ultima generazione[47].

Questa impostazione ha generato una disciplina nel suo insieme assai eterogenea, con minuziose norme procedimentali intese a ridurre al minimo la libertà di scelta delle amministrazioni pubbliche, senza garantire l'aggiudicazione dei contratti più idonei per gli interessi delle stesse amministrazioni, anche con riguardo alle modalità e ai tempi delle prestazioni pattuite e, quindi, ai risultati da conseguire a beneficio della collettività.

Nella precedente disciplina codicistica, emergeva l'antica ritrosia a intravedere nella formazione del contratto un'operazione economica, prima ancora che una decisione di spesa o una sequenza di atti e procedimenti[48].

Rispetto alla sostanza economica dell'«*affare*», considerato nella sua materialità (e, quindi, nel rapporto tra oneri e vantaggi)[49], appariva sovrastante il valore ordinante dei classici moduli procedimentali[50].

Dall'ordito codicistico del 2016 traspariva una dialettica tra i due principi fondamentali di imparzialità e buon andamento, nel momento in cui il primo richiede una disciplina che assicuri che nelle procedure di affidamento siano garantiti rigorosamente gli interessi di tutte le parti, facendo sì che ogni violazione determini l'invalidità del procedimento di aggiudicazione; mentre il secondo implica una disciplina che consenta la tempestiva ed efficace realizzazione delle opere, la corretta e continuativa prestazione dei beni, dei servizi e delle forniture[51].

All'interno di questa dialettica si registrava una netta prevalenza del principio di imparzialità, "*nelle sue conseguenze procedimentali e processuali*", che finisce per "*fagocitare il principio del buon andamento*"[52].

---

[46] V. Cerulli Irelli, Le innovazioni normative e i contratti pubblici, in R. Cavallo Perin, M. Lipari, G.M. Racca (a cura di), *Contrati pubblici e innovazioni. Per l'attuazione della legge delega*, Napoli, 2022, p. 45 ss., p. 46.

[47] *Ibidem*.

[48] F. Sciarretta, Il sistema di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici. Tra approccio europeo, logiche pubblicistiche e tecniche privatistiche, Bologna, 2022, p. 47 ss.

[49] F. Ledda, Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica, cit.

[50] G.D. Comporti, La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche; questa sconosciuta, in Diritto e società, 2/2017, p. 177 ss., pp. 184-185.

[51] V. Cerulli Irelli, Le innovazioni normative e i contratti pubblici, cit., p. 47.

[52] *Ibidem*, che si riporta a F. Merusi, L'"imbroglio" delle riforme amministrative, Modena, 2016.

ISSN 2036-7821

6. Risultato e fattispecie normativa.

Il tema dell'amministrazione di risultato (o "di risultati" o "per risultati")[53] ha suscitato vasto apprezzamento in dottrina[54], in una alle critiche di altri[55], occupando una stagione particolarmente feconda del dibattito scientifico[56].

Questo tema da anni appariva in declino, scomparso dall'orizzonte del dibattito scientifico, superato dalle dominanti ansie di "sburocratizzazione" e di semplificazione dell'organizzazione e dell'azione pubblica sospinte dagli impegni richiesti all'Italia dall'Unione europea, in un contesto nel quale l'amministrazione pubblica viene annoverata tra le cause di intralcio allo sviluppo economico e sociale del Paese[57].

La logica del risultato poteva costituire un *vulnus* inaccettabile al principio di legalità, barattando uno dei cardini fondamentali dell'ordinamento amministrativo con la logica dell'efficienza, pressoché estranea alla tradizione del sistema amministrativo italiano[58].

L'interesse per il risultato nell'amministrazione pubblica si appuntava prevalentemente sulle prestazioni professionali rese dai funzionari pubblici (nell'ottica della *performance*), le cui modalità di valutazione apparivano (e continuavano ad apparire) del tutto evanescenti[59].

Sulla nozione di risultato amministrativo sono state prospettate diverse ricostruzioni, configurandola in termini aziendalistici, o come soddisfazione materiale della pretesa del cittadino, o come economicità del valore della pretesa del cittadino, o come

---

[53] M. Cammelli, Amministrazione di risultato, cit.

[54] A. Romano Tassone, Sulla formula "amministrazione per risultati", cit.; L. Iannotta, Principio di legalità e amministrazione di risultato, in V. Molaschi, C. Videtta (a cura di), *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, p. 741 ss.

[55] G. Guarino, Quale amministrazione? Il diritto amministrativo degli anni '80, Milano, 1985. Più di recente, S. Cassese, Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati», cit., che attribuisce al concetto di amministrazione di risultato una mera valenza ricognitiva, senza alcuna consistenza innovativa, paventando il rischio del sacrificio del principio di legalità insito nella prospettiva del risultato. In senso analogo, L. Torchia, L'efficienza della pubblica amministrazione fra ipertrofia legislativa e atrofia dei risultati, in Astrid Rassegna, 11/2019.

[56] F.G. Scoca, Attività amministrativa, in Enciclopedia del diritto, Aggiornamento, VI, Milano, 2002, p. 10 ss.; M.R. Spasiano, Funzione amministrativa e legalità di risultato, cit. In epoca più di recente, S. Perongini, Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici, in G. Corso, M. Immordino (a cura di), Scritti in onore di Filippo Salvia, Atti del Convegno "Quale piano per il futuro dell'urbanistica?", Palermo, 30 novembre 2021, Napoli, 2022, p. 517 ss.; M. Immordino, Amministrazione di risultato. Relazione al convegno di studi in onore del prof. Stefano Cognetti, Università di Macerata, 24 marzo 2023 (in corso di stampa); M. R. Spasiano, Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato, in Aa.Vv., Studi per Franco Gaetano Scoca, V, Napoli, 2020, p. 4845 ss.; R. Ursi, La giuridificazione del canone dell'efficienza della pubblica amministrazione, cit.

[57] F. Fracchia, L'amministrazione come ostacolo, in Il diritto dell'economia, 2013, p. 357 ss.

[58] A. Massera, I criteri di economicità, efficacia ed efficienza, in M.A. Sandulli (a cura di), Codice dell'azione amministrativa, II^ edizione, Milano, 2017, p. 40 ss.

[59] L. Torchia, La responsabilità dirigenziale, Padova, 2000.

ISSN 2036-7821

soddisfazione delle pretese giuridicamente fondate, o come presa in considerazione di tutti gli interessi in gioco[60].

A ben vedere, l'amministrazione di risultato non si è dissolta nell'ambito del diritto amministrativo, venendo ad assumere un nuovo e più pregnante significato nel momento in cui ispira le riforme amministrative più recenti volte alla *semplificazione*[61] attraverso la creazione di un contesto regolatorio semplice e di minori oneri possibili per cittadini e imprese, ed è esplicitata adesso nel diritto positivo con il principio del risultato ora codificato nella disciplina dei contratti pubblici, che assume una portata generale e non soltanto settoriale[62].

Nel codice dei contratti pubblici il principio del risultato non è cristallizzato in una accezione generica e indeterminata, né tantomeno in un senso economico o di impronta aziendalistica[63].

Il codice lo scandisce in un'accezione specifica: il risultato è dato dall'effettività dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione, entrambi fattori a rilevanza sostanziale finalizzati alla soddisfazione dell'interesse pubblico in termini di compiuta realizzazione della commessa pubblica.

Il tentativo di elaborare una nozione dogmatica di risultato amministrativo[64], inteso come bene o servizio attribuito o spettante a ogni entità soggettiva, conduce a configurarlo come l'esito dell'azione amministrativa[65], come il conseguimento dell'obiettivo prefigurato dalla legge o dalla stessa amministrazione, rispetto a una tipologia particolare di azione amministrativa[66].

---

[60] Il rilievo è ripreso da S. Perongini, Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici, cit., il quale riporta anche una ricostruzione più elaborata, secondo cui "il risultato - già considerato dalla legge che attribuisce a un centro di competenza l'esercizio di un potere amministrativo, in vista della produzione di un effetto tipizzato dalla stessa disposizione legislativa, pertanto parte integrante della norma - sia il conseguimento di un determinato assetto degli interessi in gioco, che a seguito dell'esercizio del potere assurga da generico bene della vita a bene giuridicamente rilevante".

[61] P. Lazzara, Semplificazione e risultato nei procedimenti della pubblica amministrazione, in Id., Procedimento e semplificazione. Il riparto dei compiti istruttori tra principio inquisitorio e ed autoresponsabilità privata, Roma, 2005.

[62] In questi termini, Consiglio di Stato, quarta sezione, 2 maggio 2023, n. 4422, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

[63] M.R. Spasiano, Codificazione di principi e rilevanza del risultato, cit.

[64] L'attenzione al risultato non è argomento di riflessione recente per la dottrina giuspubblicistica, già A. Amorth, Il merito dell'atto amministrativo, 1939, in Id., Scritti giuridici, vol. I, 1931-1939, Milano, 1999, p. 370 ss., rinveniva nel "principio di opportunità una misura dell'azione rispetto al suo risultato", ponendo in risalto l'incidenza delle c.d. regole di buona amministrazione sul contenuto dell'azione amministrativa, "nel senso della sua più appropriata adeguatezza al risultato". Sulla considerazione del risultato dell'attività amministrativa, v. pure M.S. Giannini, Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi, Milano, 1939, ora in Id., Scritti, I, Milano, 2000, p. 387 ss.

[65] Sulle variabili della correlazione tra attività amministrativa e obiettivi da raggiungere, A. Romano Tassone, Analisi economica del diritto e amministrazione di risultato, in Aa.Vv., Analisi economica e diritto amministrativo. Atti del convegno annuale AIPDA, Venezia 28-29 settembre 2006, Milano, 2007, p. 233 ss.

[66] S. Perongini, Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici, cit.,

ISSN 2036-7821

È la fattispecie normativa che qualifica come giuridicamente rilevante il risultato[67].
È sempre la fattispecie normativa che – includendo il risultato nel perimetro della legalità – indica la misura della rilevanza giuridica del risultato e della sua efficacia giuridica.
In questa prospettiva il risultato si colloca nell'ordito della norma attributiva del potere e, quindi, all'interno del principio di legalità, lo connota, gli assegna un significato precipuo.
L'amministrazione pubblica persegue i fini determinati dalla legge e gli effetti giuridici del suo agire risultano già prefigurati nella legge stessa.
Quando una norma attribuisce a un soggetto amministrativo un determinato potere, ciò è in vista della produzione di uno o più effetti già previsti (e tipizzati) dalla stessa norma consistente in un determinato assetto di interessi: un risultato (che già insito nella norma attributiva) ne costituisce parte integrante[68] e consustanziale[69].
Il risultato contemplato dalla norma attributiva del potere non integra un fattore metagiuridico, ma assurge a parametro di riscontro della legittimità dell'esercizio dell'attività (e del successivo sindacato giurisdizionale) dal momento che rappresenta lo scopo, il fattore che giustifica l'attribuzione del potere e lo connota, lo delimita, lo conforma alla fattispecie sulla quale va a incidere[70].
L'antinomia fra legalità e risultato è risolta dalla legge.
L'esercizio della discrezionalità amministrativa completa il processo di adeguamento della norma al caso di specie.
In questi termini appare pertinente il richiamo di quella dottrina[71], secondo cui la rilevanza assunta dal risultato amministrativo rappresenta l'innovazione più profonda del modo di concepire l'attività amministrativa[72], modificando il modo stesso dell'azione amministrativa.
Il rapporto fra risultato e legalità si modifica, nel senso che il risultato amministrativo

[67] A. Falzea, Efficacia giuridica, in Enciclopedia del diritto, XIV, 1965, p. 462 ss.; Id., Rilevanza giuridica, ivi, XL, 1989, p. 900 ss.; N. Irti, Rilevanza giuridica, in Jus, 1967, ora in Id., Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto, Milano, 1984; F.G. Scoca, Contributo sul tema della fattispecie precettiva, Perugia, 1979; S. Perongini, Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo, Torino, 2016, p. 112 ss.

[68] L. Iannotta, Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni, in Diritto amministrativo, 1/1999, p. 57 ss.

[69] M.R. Spasiano, Codificazione di principi e rilevanza del risultato, cit., p. 67.

[70] Id., Funzione amministrativa e legalità di risultato, cit.

[71] F.G. Scoca, Attività amministrativa, cit.

[72] In proposito può farsi un parallelo con il danno erariale da disservizio elaborato dalla giurisprudenza del giudice contabile (cfr. Corte dei conti, prima sezione giurisdizionale centrale di appello, 5 agosto 2022, n. 402, consultabile su www.corteconti.it), che si integra quando l'azione amministrativa non raggiunge, sotto il profilo qualitativo o di efficienza, le utilità ordinariamente ritraibili dall'impiego di determinate risorse pubbliche, determinandone uno spreco, su cui S. Foà, Nuove tipologie e classificazioni del danno erariale alla luce della giurisprudenza contabile, in M. Andreis, R. Morzenti Pellegrini (a cura di), Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa, Atti dell'incontro preliminare AIPDA, Università degli Studi di Bergamo - 7 giugno 2016, Torino, 2016, p. 25 ss., p. 31 ss.

ISSN 2036-7821

può diventare un elemento della legittimità dell'azione amministrativa e, allo stesso tempo, può diventare un parametro di verifica della legittimità dell'azione amministrativa.
Il sindacato del giudice amministrativo sul risultato, nell'accezione qui accolta, si esplica da tempo nelle forme dell'eccesso di potere soprattutto per sviamento ogni qual volta l'amministrazione persegua un fine diverso da quello conferitole dalla norma attributiva del potere[73].

7. Operazione economica ed esito amministrativo.

Anche anteriormente alla positivizzazione del principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici, non si dubitava che questo principio fosse parte integrante dell'ordinamento dei contratti pubblici in ossequio al principio di buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost.[74]
Buona amministrazione[75] intesa non già come perseguimento a tutti i costi di un risultato celere ed economicamente vantaggioso – obiettivo che attiene piuttosto alla qualità della prestazione –, ma quale risultato giuridico che si traduce nell'effettività dell'esercizio dell'azione amministrativa attraverso congrui modelli comportamentali[76].
Nell'ambito contrattuale il risultato eleva a un ruolo di primazia la realizzazione dell'interesse pubblico tramite l'esecuzione del contratto, vale a dire con la realizzazione dell'opera, l'espletamento del servizio o il conseguimento del bene.
Nel momento in cui risponde alla soddisfazione di un interesse pubblico, il risultato amministrativo assume valore giuridico e non soltanto economico.
Esso non rappresenta qualcosa che si colloca all'esterno della norma giuridica, ma attribuisce a questa un significato più pregnante, maggiormente coerente con l'esigenza di effettività della tutela degli interessi in vista della quale trovano legittimazione i diversi centri di potere pubblico[77].

---

[73] Nella giurisprudenza consolidata del giudice amministrativo, lo sviamento di potere ricorre allorché il pubblico potere viene esercitato per finalità diverse da quelle enunciate dalla norma attributiva, ovvero quando l'atto è stato determinato da un interesse diverso da quello pubblico (ex multis, di recente, Consiglio di Stato, quarta sezione, 10 maggio 2023, n. 4749; Id., sesta sezione, 4 maggio 2022, n. 3480, entrambe consultabili su www.giustizia-amministrativa.it).

[74] Consiglio di Stato, quinta sezione, 15 novembre 2023, n. 9790, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

[75] Quale declinazione del principio di buon andamento che attiene "al funzionamento complessivo del sistema amministrativo e a i risultati che esso produce nell'interesse della collettività", V. Cerulli Irelli, Per una politica dell'etica pubblica: controlli e disciplina delle funzioni amministrative, in L. Vandelli (a cura di), Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli?, Milano, 2009, p. 27 ss.

[76] M. R. Spasiano, Crisi dei mercati e dell'amministrazione democratica, in Aa.Vv., Il giudice delle obbligazioni e dei contratti delle pubbliche amministrazioni, Napoli, 2010, p. 461 ss.

[77] M. R. Spasiano, Il principio del buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico. Report annuale - 2011 - Italia, consultabile su www.ius-publicum.com, 2011.

ISSN 2036-7821

Se il risultato è incluso nella norma attributiva del potere, rispetto a esso è ammissibile uno scrutinio di legittimità.
Il risultato individuato dal legislatore in quanto componente sostanziale della prescrizione normativa diviene parametro di legittimità dell'azione amministrativa, impegnando il decisore pubblico a operare scelte e determinazioni coerenti.
La verifica in ordine alla centralità della considerazione del risultato nella decisione dell'amministrazione e della stretta funzionalizzazione allo stesso dell'intera azione amministrativa è sindacabile dal giudice[78].
Nelle procedure a evidenza pubblica il risultato amministrativo è costituito dall'affidamento del contratto all'operatore economico in grado di offrire le condizioni più vantaggiose per l'interesse pubblico definito dalla legge e dal procedimento.
Il principio *realizzativo* finisce per identificarsi con il fine pubblico in ragione del quale l'amministrazione contratta[79].
L'applicazione del principio del risultato può restituire coerenza all'articolata e frammentata disciplina positiva, permeando ogni istituto, fase e scansione procedurale.

8. Amministrazione per contratti e commistione di regimi giuridici.
La commistione di regimi giuridici che è propria dell'amministrazione per contratti si deve alla duplice capacità d'agire, pubblica e privata, della pubblica amministrazione che, nel rispetto delle limitazioni di legge, può esercitare anche l'autonomia negoziale in tutte le sue forme, ovvero concludere contratti tipici o atipici, purché compatibili con l'interesse pubblico perseguito.
Si verte in un istituto di origine privatistica la cui disciplina è condizionata dalla *immanenza* dell'interesse pubblico in ogni momento della vicenda negoziale, che ne spiega le continue interferenze e mescolanze tra il diritto dei privati e il diritto delle amministrazioni pubbliche.
Antiche e nuove problematiche sull'ambito di operatività delle regole civilistiche nel settore dei contratti pubblici si ripropongono alla luce dell'attuale disciplina.
Nell'area degli approvvigionamenti pubblici, intanto, l'operatività delle regole di diritto comune è residuale, nel senso che trovano applicazione in sede di stipulazione del contratto e nella fase di esecuzione, limitatamente a quanto non è espressamente previsto dal codice e a condizione che esse risultino compatibili con l'interesse pubblico che domina l'intera operazione negoziale.
Analogamente a quanto previsto dal d.lgs. 50/2016 (art. 30, comma 8), il nuovo codice

[78] Id., Codificazione di principi e rilevanza del risultato, cit., p. 75.
[79] F. Saitta, I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici, consultabile su www.giustiziainsieme.it, 8 giugno 2023.

ISSN 2036-7821

(art. 12) contiene un duplice rinvio esterno alla legge generale sul procedimento amministrativo relativamente alla fase precontrattuale a evidenza pubblica e alle disposizioni del codice civile per la parte propriamente negoziale che si apre con la stipula del contratto.

A ciò si aggiunge che la stipula e l'esecuzione del contratto nella loro concreta rispondenza all'assetto degli interessi pubblici in gioco costituisce un fatto di amministrazione in senso tecnico.

Ne consegue che i principi civilistici di stabilità e vincolatività del negozio convivono assai problematicamente con il riconoscimento in capo alla parte pubblica di poteri speciali e di intervento unilaterale sul rapporto contrattuale in essere.

La riforma pone l'esigenza di una ricognizione di ordine sistematico delle logiche della materia e delle reciproche relazioni tra categorie giuridiche fondanti.

Appare indispensabile l'esigenza sistematica di distinguere nelle varie qualificazioni contrattuali e nei differenti momenti della vicenda negoziale tra regime pubblicistico e regime privatistico, stante anche la fisiologica asimmetria[80]che caratterizza la relazione tra committente pubblico e contraente privato[81].

Diversamente dal contratto che costituisce manifestazione di pura autonomia privata, nell'operazione economica di cui è parte l'amministrazione l'interesse pubblico pervade l'intera vicenda contrattuale, in ogni suo tratto.

In questa ottica, il rapporto contrattuale si configura interamente funzionalizzato, potendo essere definito "*non propriamente ed unicamente bilaterale*"[82].

A dispetto del *nomen iuris* di *contratto*, il cui impiego ha proprie ragioni storiche, e a prescindere dalle finalità che possono indurre il legislatore ad accomunare certe figure attorno a taluni tratti del relativo regime giuridico, occorre verificare, di volta in volta, se si è al cospetto di un atto (o di un contratto) di diritto privato o di diritto pubblico[83], in considerazione delle conseguenze giuridiche che derivano dalla soggezione al regime privatistico, o a quello pubblicistico, oppure a entrambi.

In via di prima approssimazione, gli atti e le attività negoziali regolati dalla disciplina pubblicistica integrano attività amministrativa in senso sostanziale sottoposta ai principi di cui all'art. 97 Cost. e configura l'esercizio di *funzione amministrativa*, ai sensi dell'art. 118 Cost., che si esplica attraverso procedure a

[80] F.G. Scoca, Autorità e consenso, in Diritto amministrativo, 2002, p. 431 ss.

[81] In realtà, un problema di eguaglianza sostanziale tra le parti si pone anche nelle relazioni privatistiche cristallizzate negli accordi contrattuali previsti dal codice civile, che possono essere sbilanciate sul piano normativo o quello economico ai danni dell'uno e dell'altro contraente. L'astratto equilibrio o parità tra le parti può non sussistere. Sui principi costituzionali in funzione di riequilibrio sull'autonomia privata, E. Navarretta, Principio di eguaglianza e diritto civile, in www.questionegiustizia.it, 1/2020, p. 23 ss., pp. 25-26.

[82] *Ibidem*.

[83] M. Mazzamuto, Contratti pubblici di diritto privato, in Il diritto dell'economia, 2/2022, p. 11 ss.

ISSN 2036-7821

evidenza pubblica[84]e moduli di diritto privato, questi ultimi fortemente integrati da istituti pubblicistici[85] [86].

La copiosa disciplina speciale che normalmente assiste il momento genetico e quello funzionale del contratto denota la particolare natura del negozio, che non è costituita dall'esservi la pubblica amministrazione quale parte contraente, ma dall'essere la causa e l'oggetto del contratto differentemente conformati, in ragione delle finalità di interesse pubblico perseguite tramite il negozio e il suo adempimento[87].

Sussiste una rilevanza pubblicistica sia della fase di selezione del contraente privato, sia – e, potrebbe dirsi, a maggiore ragione – della fase di esecuzione del contratto, dovuta alla compresenza di fondamentali interessi pubblici, che comporta una disciplina autonoma e parallela rispetto alle disposizioni del codice civile, (disciplina) che si traduce sia nella previsione di disposizioni speciali nell'attuale codice dei contratti pubblici, sia in penetranti controlli da parte delle autorità preposte a prevenire e a sanzionare l'inefficienza, la corruzione e l'infiltrazione mafiosa nello svolgimento del rapporto negoziale[88] [89].

Queste stesse logiche sono presenti nell'ordinamento francese – la cui tradizione, come è noto, ha influito in maniera determinante sul nostro sistema di diritto amministrativo – che possono compendiarsi nell'affermazione che "*la liberté*

[84] In proposito, M.S. Giannini, Diritto amministrativo, I, Milano, 1970, p. 677, ricordava che il contratto a evidenza pubblica è stato introdotto dalla legislazione ottocentesca per una ragione pratica – di porre un freno agli abusi dei fornitori dello Stato, specie militari – e per una ragione di coerenza con il sistema di diritto amministrativo, segnatamente, con il principio di legalità.

[85] V. Cerulli Irelli, Amministrazione pubblica e diritto privato, Torino, 2011, p. 23.

[86] M. Dugato, Atipicità e funzionalizzazione dell'attività amministrativa per contratti, Milano, 1996, p. 48, individua un "minimum pubblicistico intangibile", vale a dire "un'area pubblicistica impermeabile alla contaminazione privatistica". Analogamente, F. Merusi, Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano, in Diritto amministrativo, 4/2004, p. 649 ss., p. 652, puntualizza che, fermo restando il principio di legalità dell'agire amministrativo, "gli atti della pubblica amministrazione, anche se espressi in forme di diritto privato, non potrebbero essere negozi, cioè atti normativi, bensì atti esecutivi, cioè atti del tutto simili agli atti amministrativi (…)".

[87] In questi termini, Consiglio di Stato, quarta sezione, 19 agosto 2016, n. 3653, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

[88] Questi rilievi si possono leggere in Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it, che puntualizza come l'esecuzione del pubblico contratto o della pubblica concessione, se riguardata anche dal necessario versante del diritto amministrativo e delle norme del codice dei contratti pubblici, che pure la regolano in ossequio ai dettami del diritto europeo, non è una "terra di nessuno", un rapporto rigorosamente privatistico tra la pubblica amministrazione e il contraente privato escludente qualsivoglia altro rapporto o interesse.

[89] Sempre la pronuncia dell'adunanza plenaria 10/2020, cit. evidenzia, altresì, che l'interesse alla corretta esecuzione del contratto assume concretezza e attualità, allorché la fase di esecuzione del contratto non rispecchi più la fase di aggiudicazione o per il manifestarsi di vizi che già in origine rendevano illegittima l'aggiudicazione o per la sopravvenienza di illegittimità che precludano la prosecuzione del rapporto (risoluzione pubblicistica, facoltativa o doverosa) o per inadempimenti che ne determinino l'inefficacia sopravvenuta (risoluzione privatistica).

ISSN 2036-7821

contractuelle des personnes publiques diffère nécessairement de celle des personnes privées"[90].
Nel sistema d'oltralpe[91], "*les contrats administratifs*" costituiscono, "*avec les actes administratifs unilatéraux, le second moyen d'action de l'administration dans ses relations avec les administers*"[92].
I *contrats administratifs* sono caratterizzati, storicamente, dall'essere *cedevoli*, vale a dire che possono subire modifiche o cessare gli effetti per motivi di interesse pubblico[93].
La *mutabilitè* (o cedevolezza) del contratto assurge a principio generale, in ragione dell'interesse pubblico a esso sottostante, assurgendo a connotato che lo contraddistingue rispetto a quello di diritto privato[94].
Le modifiche contrattuali possono derivare dalla volontà unilaterale dell'amministrazione, oppure essere imposte da mutamenti eccezionali e imprevedibili[95].
Questo potere di modifica unilaterale rientra tra le regole generali applicabili a tutti i contratti amministrativi, indipendentemente da una sua previsione espressa[96].

9. L'agere iure privatorum in contesto pubblicistico.
Il nuovo codice dei contratti pubblici[97] conferma la titolarità in capo all'amministrazione pubblica di una capacità negoziale che le consente di concludere qualsiasi contratto nel perseguire le proprie finalità istituzionali, fatti salvi i divieti espressi previsti dalla legge.
Corollario di questa attribuzione è che il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi non si estende ai contratti per i quali vige l'opposto principio di atipicità (art. 1322 c.c.)[98] [99].
La tipicità contrattuale si presenta assai più attenuata rispetto a quella *assoluta* del provvedimento amministrativo[100].

---

[90] L. Richer, F. Lichere, *Introduction*, in Ii.Dd., *Droit des contrats administratifs*, 12^ edition, Paris La Defense, LGDJ, 2021, p. 13 ss., i quali pongono provocatoriamente l'interrogativo se "*les contrats admimnistratif sont-ils vraiment des contrats?*"(p. 48 ss.).
[91] D. Sorace (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Napoli, 2013.
[92] L. Richer, F. Lichere, *Introduction*, cit., p. 62 ss.
[93] B. Plessix, *Droit admistratif general*, 2^ edition, Paris, LexisNexis, 2018, p. 1232.
[94] M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, 3^ edition, Paris, LexisNexis, 2017, p. 365 ss.
[95] L. Richer, F. Lichere, *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 505 ss.
[96] H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, Paris, Dalloz, 2016, p. 381 ss.
[97] Art. 8.
[98] Cfr. Relazione agli articoli e agli allegati dello schema definitivo di Codice dei contratti pubblici del 7 dicembre 2022, cit., sub art. 8.
[99] P. Chirulli, Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione, Padova, 2005, p. 253 ss.
[100] B. Cavallo, Tipicità e atipicità nei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria: rilievi procedimentali e sostanziali, in Contratto e impresa, 2006, p. 354 ss.

ISSN 2036-7821

Accanto alla tipicità, esiste (o meglio, può esistere) l'atipicità[101]: l'autonomia negoziale può accontentarsi della prima con la stipula di un contratto tipico, il cui schema negoziale è rispondente a un *tipo legale*, oppure può spingersi al di là dei negozi tipici, realizzando un diverso assetto consensuale degli interessi non regolato da alcuna disciplina particolare[102].

Si ricordato che alle pubbliche amministrazioni è stata sempre riconosciuta (anche) una capacità di diritto privato[103] (non già *speciale*, ma) *generale*, sottoposta però alle limitazioni previste per legge[104].

A esse non è mai stato precluso di impiegare, in una certa misura, strumenti privatistici per lo svolgimento di compiti amministrativi[105].

Nel nostro ordinamento non si è mai approdati a una qualificazione pubblicistica *assoluta* degli atti della pubblica amministrazione, restando sempre aperto uno spazio, più o meno variabile, riservato alle qualificazioni privatistiche.

La capacità giuridica dei soggetti pubblici non è equiparabile a quella riconosciuta ai soggetti di diritto comune in quanto l'*agere iure privatorum* deve essere calato all'interno del sistema pubblicistico e la capacità giuridica (*generale*) di diritto privato incontra una pluralità di vincoli che la rendono più virtuale che reale[106].

Questa impostazione riecheggia anche nella (risalente) previsione del codice civile (art. 11), che è stata oggetto di più interpretazioni, a mente della quale "(…) *gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico*".

Nel nuovo codice il principio del risultato assurge a vincolo pubblicistico dell'autonomia contrattuale dell'amministrazione committente che è tenuta a operare scelte negoziali capaci di soddisfare l'interesse pubblico (in termini di efficienza, efficacia ed economicità nel rapporto costi/benefici) sottostante all'operazione economica.

In ordine alle limitazioni della capacità giuridica (e, segnatamente, della capacità negoziale) ritraibili dalla normazione positiva, si pone la questione della fungibilità

---

[101] Su questa ampia tematica, si vedano i contributi raccolti in F. Mastragostino (a cura di), Tipicità e atipicità nei contratti pubblici, Bologna, 2006.

[102] In ordine al contratto atipico, M. Dugato, I contratti misti come contratti atipici tra attività e organizzazione amministrativa. Dal global service all'in house providing, in Aa.Vv., Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita, Napoli, 2007, p. 427 ss., sottolinea l'inesistenza, nella prassi, di fattispecie contrattuali caratterizzate da atipicità assoluta, essendovi piuttosto o l'introduzione di elementi atipici in schemi sostanzialmente tipici, o l'atipica combinazione di schemi tipici.

[103] F. Merusi, Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano, in *Diritto amministrativo*, 4/2004, p. 649 ss., p. 653 ss.

[104] Consiglio di Stato, quinta sezione, 13 novembre 2002, n. 6281, in www.giustamm.it, 11/2002.

[105] C. Cammeo, *I contratti della pubblica amministrazione. Capacità e legittimazione a contrattare*, Firenze, 1954 (ristampa).

[106] M. Mazzamuto, *Contratti pubblici di diritto privato*, cit., p. 31.

ISSN 2036-7821

tra strumenti pubblicistici e quelli privatistici[107] in virtù di una scelta discrezionale dell'amministrazione[108].

Se in alcuni casi questa opzione appare sicuramente praticabile, la stessa sembra preclusa ogni qualvolta si rinvengono divieti – non soltanto espressi, ma pure impliciti – dipendenti dalla intrinseca natura pubblicistica del rapporto[109].

In ogni caso, non sembra possa dubitarsi della matrice procedimentale di ogni decisione amministrativa, incluse quelle di carattere consensuale, derivante dal vincolo di funzionalizzazione dell'attività amministrativa.

Si delinea quale principio acquisito quello per cui "*l'attività della pubblica amministrazione risulta costantemente funzionalizzata alla cura, tutela, perseguimento dell'interesse pubblico, sia che a tali fini vengano esercitati poteri pubblicistici ad essa conferiti – e dei quali l'interesse pubblico costituisce, al tempo stesso, la causa dell'attribuzione e la giustificazione dell'esercizio in concreto – sia che vengano utilizzati strumenti propri del diritto privato, in un contesto generale già delineato attraverso l'esercizio di potestà pubbliche*"[110].

Quanto poi alla relazione intercorrente tra causa del contratto e interesse pubblico, nonostante le teorizzazioni per le quali l'interesse pubblico non inerisce al negozio, non ne investe la causa, con corrispondente neutralità del contratto rispetto all'interesse perseguito, nella giurisprudenza amministrativa si rinvengono varie pronunce che attribuiscono rilevanza a questa relazione.

In questi arresti si sottolinea che l'azione amministrativa che utilizza direttamente moduli e strumenti regolati dal diritto privato (in particolare, contratti) partecipa dell'unica ragione di interesse pubblico, che la sorregge e giustifica, rappresentandone la causa in senso giuridico[111].

La finalità di pubblico interesse, per un verso, ""*entra*" *nella definizione di causa sia ove intesa quale funzione obiettiva economico-sociale del negozio, sia ove intesa quale funzione obiettiva giuridica dell'atto; per altro verso, essa conforma l'oggetto del contratto, ossia il contenuto del medesimo; per altro verso ancora può modificare la stessa efficacia della convenzione/contratto, conferendole un ambito di produzione di effetti giuridici più ampio di quello offerto al comune contratto di diritto privato dall'art. 1372 c.c.*"[112].

---

[107] G. Napolitano, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2005, p. 481 ss., p. 483.

[108] Sulla circostanza che, al pari dei moduli consensuali, anche il provvedimento amministrativo è fortemente caratterizzato in senso cooperativo, F. Pubusa, La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici, Torino, 2022, p. 4; nonché S. Tarullo, Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo, Torino, 2008.

[109] Cfr. Consiglio di Stato, sesta sezione, 13 dicembre 2011, n. 6509, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, concernente l'obbligatorietà della concessione di un bene demaniale mediante gara pubblica.

[110] Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 18 febbraio 2020, n. 5, *ivi*.

[111] *Idem*.

[112] Consiglio di Stato, quarta sezione, 15 maggio 2017, n. 2256, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, in tema di accordi *ex* art. 11 l. 7 agosto 1990, n. 241, che puntualizza come la finalità di pubblico interesse "*non*

ISSN 2036-7821

La circostanza che l'attività contrattuale della pubblica amministrazione non è espressione di libertà, ma è costantemente funzionalizzata alla cura dell'interesse pubblico[113] implica la formazione pubblicistica della volontà negoziale, (formazione) che non differisce a seconda della natura dell'atto o del modulo decisionale[114].
L'adozione di un atto di diritto privato non dà luogo all'affrancamento dell'amministrazione dal diritto pubblico, lasciando il rapporto sottoposto alla sola disciplina civilistica, come avviene per un comune soggetto privato[115].
Il modulo pubblicistico di formazione della volontà contrattuale si atteggia a modulo generale per la conclusione di qualsiasi negozio privatistico in quanto la volontà dell'amministrazione, quale che sia l'atto finale di costituzione del rapporto cui è rivolta, deve sempre assumere le forme pubblicistiche[116].

10. Considerazioni conclusive.

Conclusa l'epoca delle riforme di privatizzazione (in verità, più nominali che reali) all'insegna delle logiche di mercato e dei modelli aziendalistici che hanno prodotto una massiccia *depubblicizzazione* di enti, apparati, attività e rapporti, la positivizzazione del principio del risultato all'interno del codice dei contratti pubblici pone sotto una nuova luce la discrezionalità della committenza pubblica nel conseguimento dell'obiettivo dell'aggiudicazione del contratto alle condizioni più favorevoli per l'interesse pubblico, nel rispetto di quella che viene definita la "*regola del caso concreto*"[117].
Al di là della sua portata e valenza giuridica, il principio esprime una chiara quanto netta presa di posizione del legislatore a che sia dato corso, senza ritardo (tanto più se riconducibile a fenomeni di "*amministrazione difensiva*"), all'affidamento e all'esecuzione del contratto per la compiuta realizzazione dell'interesse pubblico per

---

costituisce (né lo potrebbe) una "immanenza" esterna alla convenzione/contratto, ma essa – in quanto la Pubblica Amministrazione persegue sempre nella sua azione interessi pubblici, in conformità al principio di legalità, quale che sia il modulo utilizzato – conforma il contratto medesimo, ed in particolare – proprio in ragione delle definizioni che il diritto privato ne offre – gli elementi essenziali della causa e dell'oggetto".

[113] F. Pubusa, *La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici*, cit., pp. 10 e 96 ss., la quale rileva che la matrice procedimentale di ogni decisione amministrativa, anche se di indole consensuale, si deve al vincolo di funzionalizzazione.

[114] G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984.

[115] In continuità con la giurisprudenza dello stesso giudice amministrativo, Consiglio di Stato, adunanza plenaria, sentenza 5/2020, cit., puntualizza che nei contratti a evidenza pubblica – nei quali non è presente una regolazione degli aspetti patrimoniali dell'esercizio del potere, ma sono presenti soltanto procedimenti antecedenti al contratto, volti a individuare il contraente privato –, una volta scelto il contraente, il contratto stipulato successivamente alla fase di evidenza pubblica non rifluisce immediatamente nella più generale disciplina del codice civile, atteso che la finalità di pubblico interesse resta *immanente* al contratto e al rapporto così posto in essere.

[116] M. Mazzamuto, *Contratti pubblici di diritto privato*, cit., p. 60.

[117] Art. 1, comma 4, d.lgs. 36/2023. Su tale formula, M.R. Spasiano, Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la regola del caso, in Diritto amministrativo, 1/2000, p. 131 ss.

ISSN 2036-7821

il quale non basta il formale ossequio al principio di legalità[118].
Questa preoccupazione è stata propria delle precedenti discipline di settore impostate su meccanismi sempre più automatici, senza facoltà di scelta, con comportamenti vincolati che hanno determinato una rigidità del sistema, privandolo di quella duttilità che consentisse alle amministrazioni pubbliche di portare a termine proficuamente ogni singola operazione contrattuale.
La regola del risultato induce a concepire le amministrazioni pubbliche non più come apparati burocratici, intesi formalisticamente e orientati alla mera produzione di provvedimenti (c.d. "*amministrazione per atti*"), ma come organizzazioni proiettate verso il conseguimento di obiettivi puntuali[119].
Questa visione si pone in linea con la teoria secondo cui il raggiungimento del risultato, la realizzazione dei compiti pubblici, la soddisfazione finale dei bisogni sociali costituiscono elementi fondanti della "*struttura pubblica, nonché la ragione ultima dell'esistenza di un apparato amministrativo*"[120].
Da ciò l'esigenza dell'amministrazione pubblica di operare secondo moduli innovativi, con un rigenerato slancio dell'uso della discrezionalità[121].
Appare sanzionata la fallacia dell'idea per cui lo scopo principale, se non unico, della disciplina delle procedure a evidenza pubblica è quello di contenere la discrezionalità dell'amministrazione nell'individuazione e nella scelta del contraente privato, con irrigidimento dei diversi momenti procedurali per garantire una presunta maggiore legalità dell'azione pubblica e limitare i fenomeni corruttivi[122].
Le procedure di gara *meccaniche* nelle quali vi è una completa predeterminazione di tutti gli elementi rilevanti per la scelta da effettuare non si sono rivelate idonee a dare soluzione alla complessità di molteplici rapporti negoziali per una compiuta realizzazione dell'interesse pubblico[123].
Nel corso dell'evoluzione della stessa normativa di settore, hanno trovato ingresso numerose procedure di scelta del contraente privato che, lungi dal vincolare la scelta discrezionale dell'amministrazione, la esaltano allo scopo di favorire un'azione più efficiente ed efficace, senza pregiudizio alla tutela della concorrenza su cui si è

[118] U. Allegretti, Costituzione interpretata dalla pubblica amministrazione, consultabile su www.costituzionalismo.it, 2/2018, p. 35 ss., p. 38.
[119] Ancora sul modello di "amministrazione per risultati", L. Iannotta, Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare), in Diritto processuale amministrativo, 1/2005, p. 1 ss., p. 10, evidenzia che questo modello "appare contraddistinto dal dovere di conseguire […] risultati concreti tecnicamente validi, corrispondenti ai fini determinati dalla legge e agli obiettivi definiti dagli organi di governo della stessa amministrazione (…)".
[120] M. Cammelli, Amministrazione di risultato, cit.
[121] Sullo sfuggente nodo della discrezionalità, G.D. Comporti, Il coraggio di amministrare, in Aa.Vv., Scritti per Franco Gaetano Scoca, II, Napoli, 2020, p. 1101 ss.
[122] G. Serra, Discrezionalità dell'amministrazione nelle procedure a evidenza pubblica: efficienza e legalità (anche penale) alla ricerca di un equilibrio, in Il diritto dell'economia, 3/2021, p. 189 ss., p. 205 ss.
[123] Ivi.

ISSN 2036-7821

fondato l'impianto europeo della materia[124].

Nel principio del risultato esplicitato dal codice in vigore si esprime il riconoscimento che l'obiettivo dell'amministrazione che contratta – e, più in generale, dell'azione amministrativa nel suo complesso – non si concreta nel (mero) rispetto di precetti normativi, (rispetto) che non rappresenta il fine, ma che garantisce effettività del risultato amministrativo insito nel precetto normativo attributivo del potere[125].

In questa prospettiva il suo conseguimento o il suo mancato conseguimento sono suscettibili di essere sottoposti a vaglio (sempre) di legittimità dell'azione amministrativa[126].

Ciò conduce a sindacare l'uso del potere sotto molteplici e inediti profili fondati non più soltanto sulla violazione di specifici precetti normativi, quanto a spingere l'esame, sebbene sempre sotto il profilo della legittimità, in termini di funzionalizzazione al risultato atteso, ossia al raggiungimento del bene della vita perseguito, indicato dal legislatore e conformato dall'amministrazione nel procedimento[127].

Sembra oltrepassata la soglia del tradizionale vaglio di legittimità in termini di coincidenza tra fattispecie concreta e precetto normativo per approdare a un metodo - punto di emersione dell'amministrazione di risultato - nel quale "*la qualificazione di invalidità dipenda più che dalla difformità rispetto ad un parametro normativo, dalla devianza rispetto all'obiettivo il cui solo perseguimento legittima il potere dell'Autorità*"[128].

L'applicazione di parametri normativi di sindacato sostanziale della discrezionalità conduce a traslare molteplici questioni dal versante del merito a quello di legittimità[129].

Anche la Corte di giustizia europea, sempre attenta agli aspetti sostanziali del singolo caso, non ha mai dato seguito ad approcci meramente formalistici, ispirati al

---

[124] M. Cafagno, Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali, in Diritto Amministrativo, 1/2020, p. 35 ss.

[125] M.R. Spasiano, Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di perimetrazione del sindacato, cit., p. 228.

[126] Sul punto, A. Romano Tassone, Amministrazione di risultato e provvedimento amministrativo, cit., osserva che il giudice amministrativo è tradizionalmente legato a una rigorosa concezione della legittimità, poco propenso ad approdare sulle sponde di una legalità più ampia, considerata in termini di tutela sostanziale degli interessi sottesi all'azione amministrativa, ossia di nuovo paradigma normativo per l'amministrazione, persino avente valore costituzionale (attraverso il filtro del buon andamento), "un autentico principio istituzionale destinato ad incidere sull'organizzazione e sulla funzione amministrativa, sino a divenire la stessa ragion d'essere degli apparati pubblici".

[127] M.R. Spasiano, Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di perimetrazione del sindacato, cit., p. 228.

[128] Nel formante giurisprudenziale, Tar Lombardia, Milano, terza sezione, 8 giugno 2011, n. 1498; nei medesimi termini, Tar Campania, Napoli, settima sezione, 28 luglio 2014, n. 4339; Id., quinta sezione, 17 maggio 2019, n. 2616, tutte consultabili su www.giustizia-amministrativa.it.

[129] Sul risultato tra merito e legittimità, L. Iannotta, Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare), cit.

ISSN 2036-7821

solo rispetto della legalità o a una tutela fideistica della concorrenza[130].
Ne discende una diversa impostazione che si pone in asse con il diritto europeo e i principi costituzionali, secondo i quali l'amministrazione pubblica non cura l'interesse pubblico perché il suo obiettivo consiste nella gara, finalità che risulterebbe del tutto irragionevole in quanto nessuna organizzazione potrebbe avere successo preoccupandosi, soprattutto, di rispettare i vincoli senza badare al raggiungimento degli obiettivi[131].
Il conseguimento del risultato amministrativo passa attraverso l'individuazione della "*regola del caso concreto*", un risultato che non implica rinuncia al rispetto della legalità, quanto il suo incremento e consolidamento in termini di effettività di cura degli interessi pubblici mediante la realizzazione degli obiettivi prefissati[132].
L'ingresso del principio realizzativo nel diritto positivo evoca la logica dell'*appropriatezza* nell'azione dei pubblici poteri, intesa come evoluzione della stessa efficacia, riferita non solo allo scopo della norma, ma anche a quegli aspetti sostanziali dell'azione che non possono essere confinati alla sola dimensione normativa o della legalità, ma che devono estendersi alla considerazione degli effetti[133] delle decisioni e dei comportamenti», spostando così in avanti, «*la soglia del giuridico, inglobando in esso il mondo dei fatti, dei fenomeni*»[134].
Ciò implica una lettura del principio di legalità in termini di risultato[135] alla stregua dell'altro principio costituzionale del buon andamento[136], inteso come criterio volto a migliorare il rendimento dell'apparato pubblico, con assimilazione al principio di efficienza dell'attività amministrativa[137].
Questa lettura sembra propria delle ultime riforme legislative di stampo *efficientistico*[138] caratterizzate dall'attenzione agli esiti dell'azione amministrativa, con ampliamento del perimetro del principio di legalità di cui il risultato amministrativo diviene parte integrante.

---

[130] Corte di giustizia UE, 10 luglio 2014, in C-358/12, consultabile su http://curia.europa.eu.
[131] Consiglio di Stato, quarta sezione, 20 aprile 2023, n. 4014, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it
[132] M.R. Spasiano, Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di perimetrazione del sindacato, cit., p. 238.
[133] L. Giani, L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti, in Nuove autonomie, 3/2021, p. 551 ss., p. 570.
[134] Il virgolettato è ripreso da L. Iannotta, Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare), cit., p. 16.
[135] M. R. Spasiano, Il principio di buon andamento, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), Studi sui principi del diritto amministrativo, Milano, 2012, p. 117 ss., p. 133 ss.
[136] R. Ferrara, L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza, in Diritto processuale amministrativo, 2010, p. 31 ss.; V. Caputi Jambrenghi, Introduzione al buon andamento della pubblica amministrazione, in Aa.Vv., Studi in memoria di Roberto Marrama, I, Napoli, 2012, p. 113 ss.
[137] A. Massera, I criteri di economicità, efficacia ed efficienza, in M.A. Sandulli (a cura di), Codice dell'azione amministrativa, Milano, 2011, p. 34 ss.
[138] A. Colavecchio, L'obbligo di provvedere tempestivamente, Torino, 2013, p. 24 ss.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

The tax implications of the electronic sports phenomenon

di Laura Letizia

(Professoressa associata di Diritto tributario presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Introduction. – 2. No VAT exemption for sports without '*a significant physical component*': the decision of the Court of Justice. – 3. Taxation for VAT purposes of management activities of e-sports gaming platforms: the interpretation of Agenzia delle Entrate. – 3.1. For direct tax purpose. – 4. The tax treatment of cyber-athletes' earnings. – 4.1. The economic exploitation of image right and the case of e-athlete 'influencer'. – 5. Final remarks.

Abstract

Among the fields of application of the universe constructed through global communication networks is the one in which some individuals simulate, at a competitive and professional level, the performances that characterize traditional sports by replicating them digitally. There is, however, a lack of legal definitions and regulations of the ecosystem with consequent shortcomings on the tax enforcement front, whose rules adapt each time expressions of contributory capacity emerge.

Further problems arise regarding the identification of the most appropriate tax treatment of prizes and winnings from participation in e-sports tournaments, as they are played on digital platforms where traditional sports are reproduced. Such income, in fact, is subject to withholding tax only if paid in the context of events expressly provided for by the legislature and involving technical verifications by the competent administrations, which are currently not regulated.

In a broader view and with reference to the unstoppable development of artificial intelligence, especially in sports practiced at a high level, a question then arises that will have to be addressed: whether, in the not too distant future, a tax regulation dedicated to digital sports activities will have to be drawn up and whether, if need be, the classic income categories will have to be reformulated so as to intercept all expressions of wealth production not regulated in the current legal framework.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduction.

In a gaming environment through virtual reality, players – by creating digital avatars and using Internet, electronic devices, consoles, viewers, sensors and expressly developed interfaces, as well as cloud gaming – can obtain rewards by carrying out transactions with currencies of the games themselves or present in the loot boxes. The latter allow gamers to receive additional content and redeem randomly selected virtual items for money (*pay-to-win*).

In addition, participants can obtain digital resources such as cryptocurrencies by transferring assets in exchanges through the exchange and sale of non-fungible tokens (NFT), referred to blockchain technology or other revenues, thus immobilizing crypto assets held in the crypto staking system and which are characterized by limited availability to guarantee their value (*digital scarcity's*). The crypto games, in fact, determine the certified possession of intangible objects and allow users to 'redeem' them by benefiting from the time spent on a title coming from a software house and distributed to them by paying or not paying a sum of money.

Among the various expressions of the digital dimension of games are e-sports[1], so broadly defined because they include both video games with a recreational purpose and simulated sports games that are inspired by real sports activities performed (also) at professional level.

In any case, the phenomenon is characterized by national and international online gaming events in which amateur or professional players challenge themselves in an organized approach to computer games[2]. Therefore, the e-gamers can be either casual players who purchase game content without receiving any monetary compensation in the event of winning, or professionals who, instead, can win significant prizes by participating in tournaments. Additionally, their earnings may come from sponsors who pay them compensation in kind (for example, hardware) or in money.

---

[1] For further information on the concept, see WAGNER, M.G. (2006). "On the Scientific Relevance of eSports", in ARREYMBI, J., CLINCY, V.A. & DROEGEHORN, O. (eds.), *Proceedings of the 2006 International Conference on Internet Computing and Conference on Computer Game Development*, Las Vegas, NV, CSREA Press, pp. 477-472. The Autor specifies that it is an area of sporting activities in which people develop and train mental or physical abilities in the use of information and communication technologies. For a definition, see also HAMARI & J. SJÖBLOM, M. (2017). "What is eSports and why do people watch it"?, *Internet Research*, No. 27, pp. 221-223; CONI, A. (2017). "Reality is broken: videogaming as a new form of sport. The accession of esports", *Rivista di diritto ed economia dello sport*, No. 1, pp. 81-98; CONI, A. (2017). "Who owns the esports? The multiple creative factors of a digital work of intellect and the complex ways of globally applying the copyright law", *Rivista di diritto ed economia dello sport*, no. 3; HEERE, B. (2018). "Embracing the sportification of society: defining esports through a polymorphic view on sport", *Sport Management Review*, No. 1, pp. 21-24; ZAMBELLI, L. & STRINATI, A. (2021), "Analisi sistemica del fenomeno eSport. I video-games come sport e la necessità una governance", *federalismi.it*, No. 14, p. 204-221.

[2] WITKOWSKI, E., HUTCHINS, B. & CARTER, M. (2013). "E-sports on the Rise?: Critical Considerations on the Growth and Erosion of Organized Digital Gaming Competitions", *IE '13: Proceedings of the 9th Australasian Conference on Interactive Entertainment Matters of Life and Death*, ACM Press, Melbourne, p. 43.

ISSN 2036-7821

As regarding the tax effects for the first type of players are often irrelevant as they concern especially publishers, distributors, and payment service providers.
Again, as far as the dissemination of these games is concerned, one can use the Internet, not use it, or use both methods. More specifically, the competitions can be viewed by the interested public via electronic live streaming connection on special platforms and the cyber-athletes participate in them remotely. However, as for competitions lacking online connection, they take place in person, in physical places and in front of a real audience. Finally, competitions can take place in mixed mode; in this case, the characteristic is that the players participate in person, and at the same time, they are disseminated to interested parties through gaming platforms that transmit them both in deferred and in real time.
In each case, e-game are multiplayer and are expressed of competitive circuits, leagues, tournaments, and further modes, that allow e-athletes, also represented by teams, to earn points. The latter, through a ranking system, often take the form of cash prizes.
If the services in question are provided, for the most part, in an automated manner, registration for e-sports competitions requires specific in-game currencies, usually fungible. Furthermore, the related transactions do not take place neither through traditional means of payment, nor through brokers.
The profits can therefore be made from the use of these tokens, so much so that the ecosystem is configured as a business, which involves – in addition to e-players endowed, if they are professionals, with technical and physical skills – many other participants (gaming platform operators, fans, analysts, sponsors, etc.).

2. No VAT exemption for sports without a 'significant physical component': the decision of the Court of Justice.

The Italian legal system lacks a specific and, therefore, fiscal regulation for the sector in question and the presence of its regulation is also lacking at a European level.
Considering the jurisprudential rulings, it seems interesting to consider a question addressed by the Court of Justice which, since the 1970s, has had a fundamental importance in identifying what can be considered a sporting activity.
Reference under consideration relates to the case of English Bridge Union Limited (EBU) v Commissioners for Her Majesty Revenue & Custom concerning a request for a preliminary ruling under article 267 TFEU. This is, in fact, a case that can be compared to performances in e-sports[3].
In detail, the Taxation and Chancery Chamber of the Upper Tribunal (Fourth Chamber) had asked the supranational Court the correct interpretation of article

[3] For an analysis of the decision, see ABANAZIR, C. (2019). "E-sport and the EU: the view from the English Bridge Union", *The International Sports Law Journal*, No. 3-4, pp. 102-113.

ISSN 2036-7821

132(1)(m) of Council Directive 2006/112/EC on the Common System of VAT in relation to the taxation or non-taxation of entry fees collected by EBU which organized duplicate bridge tournaments.
This non-profit association, in fact, believed that the tax authorities of the United Kingdom should refund the VAT paid by the participants in the tournaments with respect to the related registration fees as they were exempt as it was a service 'closely linked to sport and physical activity'.
In essence, the participation in question had to be classified as a sporting activity, even if it lacked a 'significant component' of physical activity. The association considered its activity to be covered by the Article 132 cit., since the objective pursued by the European legislator in the outlining it was to promote 'any' activity that would bring 'benefits' to the physical and/or mental health of persons who regularly practiced it. Accordingly, even the intellectual and competitive activity of bridge assumed a 'relevance' comparable for tax purposes to that of a traditionally understood physical activity and was to be considered a sport.
The Tax Authorities, on the contrary, and by virtue of the literal wording of the precept, considered that a physical activity implied 'a predominant physical component'. On the other hand, EBU had already appealed to the Chamber of Tribunals, which had rejected the request for tax exemption.
The Luxembourg Court, in deciding, recalled its previous rulings on the matter and reiterated the need to respect the purpose and structure of the Sixth Directive and its ratio legis. Therefore, the term sport must be understood considering the purposes of the tax exemptions provided for by the Directive provided for in Chapter 2 of Title IX in favor of certain activities of public interest.
The provision is therefore aimed at the practice of sport and physical education in general and, therefore, at any sporting activity, if it is mainly intended for recreational purposes, intending to encourage certain activities of general interest and, that is, certain services of general interest immediately connected to the practice of sport or physical education carried out by collective non-profit organizations. All with the aim of promoting them among large sections of the population.
An interpretation that restricted the scope of application of the VAT exemption only to sporting activities practiced in an organized, systematic, and competition-oriented manner would, therefore, be contrary to the objective pursued by the European legislator.
The Court, however, did not recognize bridge tournaments as sporting activities because they do not fall within the usual notion of sport and noted, rather, that the VAT Directive contains no definition in this regard. Therefore, the notion of sport must be deduced based on its jurisprudence and on the meaning that the term ordinarily assumes.

ISSN 2036-7821

The applications of tax exemptions regarding VAT must therefore receive a restrictive interpretation and, for an activity to be 'sport' it must be characterized by a 'not insignificant physical component's where the 'mental effort' – for tax purposes – 'assumes no relevance'.
Despite this, the supranational judge offers another solution favorable to the taxpayer and believes that the 'cultural component' of the duplicate bridge can be considered compliant with Article 132, highlighting the fact that, at a territorial level, an autonomous definition of sport could be detailed.
From here, the card game subjected to his examination can well be included among the 'cultural services' for which, as happens for certain transfers of goods by public bodies or cultural organizations recognized by a Member State, the VAT exemption is permitted.

3. Taxation for VAT purposes of the management activities of e-sports gaming platforms: the interpretation of Agenzia delle Entrate.

Observing the VAT exemption regime contained in Article 10, paragraph 1, No. 6[4], of the Decree of the President of the Republic no. 633/1972 and with reference to the management of e-gaming platforms, it appears interesting to consider a recent response given by the Italian Financial Administration following a request for inquiry from a company[5].
In fact, the Revenue Agency here clarified the intervention of the normative provision against a company which, through an app, operated in the sector of the conception, development, production, and marketing of an online platform dedicated to e-sports which was 'open to everyone'. Specifically, the match-making activity carried out consisted of organizing competitions in virtual locations in which competitors located both in Italy and abroad participated, upon payment of a fee in 'betacoin' worth EUR 1 each and so called for marketing reasons only.
They were, in fact, simple tokens, not cryptocurrencies or crypto assets; furthermore, they were not subject to expiry or change in value, but allowed users who had won tournaments and obtained prizes to reuse them exclusively on the digital platform, after deducting a pre-established percentage for the operator's activity, or to redeem and convert them in EUR.

[4] The rule provides for the exemption from VAT of transactions relating to the operation of the lotto, national lotteries, games of skill and betting contests reserved to the State and to specific entities (indicated in Legislative Decree No. 496/1948 and subsequent amendments), as well as those relating to the operation of totalizations and betting transactions (as definite in Regulations approved by the Decree of the Minister for Agriculture and Forestry of 16 November 1955 and Law No. 315/1942 of 24 March 1942 and subsequent amendments), including transactions relating to the collection of bets.

[5] Agenzia delle Entrate, reply of 7 December 2022, No. 582.

ISSN 2036-7821

Essentially, players were barred from sublicensing, trading, selling, or attempting to sell 'betacoins' to other parties in exchange for money. Furthermore, these tokens flowed directly into the player's wallets net of the commission charged by the intermediary.
Ultimately, the issue in question was not "real", as the tokens circulated in a basically unlimited number and did not expire, did not constitute a blockchain and the referable exchange rate was not fluctuating.
On this basis, the company operating the gaming platform asked the Agenzia delle Entrate for the (accounting and) tax qualification of income from its matchmaking activity limited to providing a virtual meeting place for e-sportsmen where they could aspire to win 'betacoin' prizes.
More specifically, the applicant requested to know the VAT regime applicable to the services it rendered to private users' resident in Italy, in the EU or outside the EU, the respective treatment with regard Corporate Income Tax (IRES) and Regional Tax on Productive Activities (IRAP), as well as the correct identification of the 'moment' of taxation. All this on the assumption that the supply to e-player of tokens, against payment of sums of money, was comparable to that of vouchers following EU Directive 2016/1065, transposed in Italy by Legislative Decree No. 148/2018, and Articles 6-bis to 6-quater and 13(5-bis) of VAT Decree[6].
The applicant hence considered that the tokens were to be regarded as 'instruments' conferring on their holders the right to use specific goods and/or services ('coupon vouchers'), with consequent tax relevance at the time of use, i.e. at the time of the transfer of the money for their purchase for the purpose of participation in electronic gaming tournaments.
In this regard, the company pointed out, inter alia, that Article 7-ter of the VAT Decree applied to the services of organizing competitions and that tax documentation had to be issued to each user of the gaming platform.
In providing its opinion, Agenzia delle Entrate referred to Article 30a ('Chapter 5 – Provisions common to Chapters 1 and 30') of Council Directive 2006/112/EC on the Common System of Value Added Tax. The rule specifies that voucher means (1) 'an instrument containing an obligation to accept as consideration or part consideration for a transfer of goods or a supply of services and where the goods or services to be

[6] In our system, in the absence of general rules and criteria, guidance to operators has been provided by the Agenzia delle Entrate which over time have intervened on the use of vouchers in commercial transactions. It has distinguished between securities representing goods and services pursuant to Article 1996 of the Civil Code and documents of legitimation pursuant to Article 2002 of the same Code. In the first case, the voucher can be configured as an 'advance payment' embedded in goods or services identified from the outset and, therefore, subject to VAT at the time of its issue. In the second case, on the other hand, the circulation of the voucher does not lead to the anticipation of the supply of the good or service to which it entitles and, for VAT purposes, only becomes relevant when used. Otherwise, it is merely a 'document of legitimation'. See Agenzia delle Entrate, Resolution 21/E/2011.

ISSN 2036-7821

transferred or supplied or the identity of the potential suppliers are indicated on the instrument'.

However, the Tax Authorities noted that the token in question 'did not state the goods or services to be sold or supplied, nor the identity of the potential sellers or suppliers'; therefore, it did not incorporate the obligation to be accepted as consideration for the specific supply of goods or services under consideration[7]. In other words, simply holding coins in his personal wallet did not give the user the right to participate in a remote sporting event and/or receive services, but only to use them as a means of payment, in the same way as ordinary currency, even though they were only 'spendable' only on specific gaming platform. Furthermore, the service of conversion into euros was not relevant from the point of view of the application of VAT, as it was carried out free of charge and managed by an intermediary.

What took on importance, rather, was the fee amount owed by the e-player to the gaming platform management company as remuneration for the service rendered at the time of his registration for the tournament.

After making these clarifications, the Administration also pointed out that it was not clear to it whether the company had complied with Article 7(1) of EU Implementing Regulation No. 282/2011[8] for the performance of its services, i.e. whether the service rendered was carried out through the Internet or an electronic network and, therefore, whether it was 'essentially automated' with 'minimal human intervention' or 'more than minimal' because it could be performed without the support of technology.

In any event, if the match-making activity was to be considered 'electronic', the territoriality for VAT purposes was governed by Article 7-octies of Presidential Decree No. 600/1973.

If, on the other hand, it was a 'generic' supply of services, it was territorially relevant in Italy under The Article 7-ter of the VAT Decree regardless of the tax residence of the electronic players.

More specifically, the first case allows the application of the One-Stop Shop (OSS) Regime[9], governed by Article 74-sexies of the Presidential Decree cited above.

---

[7] Circumstance that, in truth, the Administration had already clarified in its answers to questions Nos. 519/2019, 562 and 617 of 2020 and Nos 147, 338, 512 and 523 of 2021.

[8] Implementation provisions of Directive 2006/112/EC on the Common VAT System.

[9] The regime, together with the Import One Stop Shop (IOSS) Regime, has introduced a European VAT payment system, both centralized and digital, also incorporating the services managed through MOSS, in implementation of the VAT E-Commerce Package, referred to in Directive (EU) 2019/1995 and Implementing Regulation (EU) 2019/2026 as priorities of the Digital Single Market Strategic, and pillar of the global VAT reform presented in 2016 by the Commission in the VAT Action Plan. The entry into force, initially scheduled for 1 January 2021 (EU Directive 2455/2017), has been postponed to 1 July 2021 (European Decision 2020/1109; Regulations 2020/1108, 201109 and 2020/1112) due to the emergency caused by the pandemic.

ISSN 2036-7821

In this case, in fact, VAT taxable persons domiciled in Italy or resident here and who have not established their domicile abroad, in addition to having been identified in our State, may opt for the application of the same rule and of the provisions of Article 74-quinquies for the purposes of discharging their VAT obligations. This is the case for all services rendered in other Member States to non-taxpaying clients. Therefore, from a procedural point of view, the provisions of paragraph 2 of article 74-quinquies apply, according to which the subjects who make use of the regime provided for by the same law are exempt from the obligations established by Title II. In case of issuing an invoice, the articles apply Art. 21 et seq.

It follows that the consideration received by Italian final users are subject to domestic VAT, the ordinary rate applies (22 percent) and documentation with invoice is required[10].

When they are registering on the gaming platform and activating the user profile, it is also necessary to acquire the customer's tax code, as mandatory data to be stated on the invoice.

As regard final consumers' receipts in the EU, these are subject to VAT taxation according to the rules of the customer's state (through the OSS System, if chosen), but are not subject to certification, unless it is the supplier's choice and, in any case, prior authorization is required from the client.

Finally, consideration received by non-EU final consumers is outside the scope of VAT and therefore not affected by the certification requirement.

In the second case indicated, the OSS regime is not applicable. The gaming platform manager must subject the fees collected to the ordinary VAT rate and fulfill the invoice obligation to certify them. When registering on the platform with activation of the user profile, the manager will (also) acquire the customer's tax code, since it is necessary to comply with Article 1(3), of Legislative Decree No. 127/2015[11].

The Revenue Agency also points out that to rationalize the invoicing and registration process concerning the transfers of goods and services carried out between subject's resident or established in Italy, as well as the related variations, it provides for the sole possibility of issuing electronic invoices through Sistema di Interscambio (SdI).

Furthermore, electronic invoices issued to end consumers are made available to them, upon request, by Agenzia delle Entrate's telematic services, while a copy is made available by the subject who issues it.

The obligation indicated does not exist, however, using SdI if the invoice is intended for non-residents. However, Article 1(3-bis) of Legislative Decree No. 127 cit.

[10] Articles 21 and 21-*bis* of the VAT Decree.

[11] In fact, starting from the '2008 Financial Law', invoicing towards Public Administrations is only in electronic form through the indicated system and Revenue Agency is the manager. Subsequently, the Ministerial Decree No. 55 of 3 April 2013 established the rules regarding the issuing, transmission, and receipt of electronic invoices, as well as the operating methods.

ISSN 2036-7821

provides that 'taxpayers [...] shall transmit electronically [...] the data relating to transactions involving the supply of goods and services made and received to and from persons not established in the territory of the State, with the exception of those for which a customs invoice has been issued, and those for which an electronic invoice has been issued or received in the manner indicated in Paragraph 3 [...]'.
Ultimately, the company will have to issue an ordinary invoice (paper or electronic) to non-resident customers.

3.1. For direct tax purpose.

Turning to the analysis of the corporate income tax (IRES) profiles, in the answer in question, the tax authorities considered that the conversion of user deposits into 'betacoins' constituted a mere financial event. Instead, the commissions charged by the gaming company, as it was a micro-business, were to be understood as revenue within the meaning of Article 85 of the Testo Unico delle Imposte sul Reddito (TUIR). Therefore, they concurred in determining the taxable base for IRES with the intervention of the criterion of Article 109(2)(b) of the TUIR, i.e. the taxable moment of services must be identified at the time of their conclusion.
The commissions are also affected by the regional tax on productive activities (IRAP), contributing to the net production value of the platform company. They are, in fact, revenues attributable to the activity carried out.
Finally, in relation to the obligations of the withholding agent deriving from the achievement of the prizes and winnings, the withholdings envisaged are applied if the conditions indicated in the Art. 30 of Presidential Decree n. 600/1973 and unless they are provided on an 'event' provided for by the same regulation. This is based on Articles 67(1), letter d, and 68 of the TUIR which regulate capital gains.
The application of these rules presupposes the qualification of the 'event' in which the prizes and winnings are paid, as well as the nature of the organizing body; therefore, the Revenue Agency does not provide a clarification in this regard as these are technical assessments within the competence of the Ministry of Business and Made in Italy and the Customs and Monopolies Agency[12].

4. The tax treatment of cyber-athletes' earnings.

A further aspect of interest of competitive e-gaming for tax purposes concerns – as anticipated – the proceeds that remote athletes can receive, also by joining teams, for the favorable outcome of their performances in tournaments, championships, leagues, and other broadcast competitions streamed and viewed by followers. This, in fact, generates "traffic" and generates "revenue" in relation to the "views" obtained based on sponsorship or advertising contracts, as well as for the economic

[12] See Agenzia delle Entrate, Circulars 9/E/2016 and 31/E/2020.

ISSN 2036-7821

exploitation of image rights. Therefore, in this case there is no doubt that the income profiles have a preponderant character compared to the ludic and recreational element.

It has also been expressed that in the Italian legal system (and in that of the European Union) there is no classification of the phenomenon and, even less so, for tax purposes in relation to the compensation received from these taxpayers for the services performed in the context even with regarding a possible reference team. It is therefore necessary and necessary to take into account the income categories outlined in the TUIR for the purposes of the personal income tax (IRPEF) and, in this case, the income from subordinate work (art. 49), if the services in question are carried out employed and under the direction of an employer, or income assimilated to that of employed work (art. 50, paragraph 1, letter c-bis), if the same are carried out on the basis of a coordinated and continuous collaboration relationship.

With reference then to the income that e-gamer can earn, regardless of belonging to a team – such as, for example, those obtained directly from streaming platforms to broadcast the competitions in which they participate or by virtue of having stipulated sponsorship or merchandising contracts – it is necessary to distinguish between income from self-employment (Article 53 TUIR)[13] in the event that the services are rendered for a "habitual profession", even if not exclusive, derive from occasional self-employment contracts or from the assumption of obligations to do, not to do, allow (Article 67, paragraph 1, letter l, TUIR)

Furthermore, in relation to winnings resulting from tournaments, leagues and championships, the relevant qualification as "different income" (art. 67, letter d, TUIR) must be kept in mind, if they do not constitute capital income or derive from the exercise of arts, professions, and commercial enterprises.

The provision, in fact, includes in this income category, in addition to winnings from lotteries, prize competitions, games and bets organized for the public, prizes deriving from tests of skill, luck or awarded for 'particular' artistic, scientific, and social merits, with consequent withholding tax of 20 percent[14].

Winnings from skill tests, therefore, include the proceeds derived from participating in e-gaming competitions and a gamer who, without a subordination constraint and a specific organization, performs them sporadically, does not necessarily have to have a VAT number, but must indicate in the tax return the prize money received during the tax period (Article 69, paragraph 1, TUIR)[15]. On the gross winnings, the

[13] To invoice the proceeds, the VAT number is required. Furthermore, the ATECO codes must be indicated (82.99.99, 73.11.02 or 63.12.00). For IRPEF purposes, there will be progressiveness in relation to income and the withholding tax as an advance payment will be 20 percent, unless the requirements for the intervention of the flat-rate regime are met.

[14] Art. 30, Presidential Decree No. 600/1973.

[15] Specifically, in part D of the '730 Form' or in part RL of the 'Natural Person Incomes Form'.

ISSN 2036-7821

player will then apply the IRPEF rate relating to the income bracket in which the amount obtained falls.
Conversely, if the e-gamer is a professional, the proceeds deriving from the winnings in the competitions in which he took part must be classified as deriving from habitual work services and, therefore, carried out based on an employment contract or coordinated and continuous collaboration.
Furthermore, an e-athlete may be, as reported, self-employed and, furthermore, the platforms on which he plays the online game may not be in our State; therefore, this income comes from a foreign source. This taxpayer, in fact, by connecting to a platform, participates remotely in the competitions, so that the place of identification for tax purposes about the territorial connection is that of the state of residence of the paying party. However, if the game is offline, the income that the subject has received is subject to taxation in the State in which the performance was carried out, i.e. where performed 'in presence'[16].
From the tax residence, following the criteria indicated in reformulated Article 2 TUIR[17], the well-known principle indicated in the following rule intervenes; thus, the cyber-athlete for IRPEF purposes will declare in our State all income received, wherever earned, regardless of where it is realized. On the contrary, a professional electronic athlete who is a non-resident self-employed worker will be taxed in Italy according to what is indicated in the Article 23 TUIR for IRPEF: taxation will take place in the State of the source of income.
Another hypothesis is that in which this taxpayer carries out his service in a State that has signed an agreement against double taxation with Italy based on the OECD Model. It follows that the income he has earned is taxed in Italy if he resides or is domiciled here, as well as in the presence of a permanent establishment[18].

[16] See TENORE, M. (2021). "E-sport: l'applicazione dell'articolo 17 Modello OCSE ai redditi conseguiti dagli e-gamer", *Rivista telematica di diritto tributario*, No. 1, p. 625-631.

[17] Article 1 of Legislative Decree No. 209 of 27.12.2023 provides that, for income tax purposes, persons are deemed to be resident if they have their domicile or residence in the territory of the State for most of the tax period, including fractions of a day, or are present there. Therefore, the connecting criterion for determining the tax residence of natural persons has been modified, replacing the notion of domicile in the Civil Code with a substantive criterion, and it is to be understood as the place where the taxpayer's personal and family relationships are primarily developed. On the other hand, the criterion whereby persons registered for most of the tax period (183 days) in the resident population registers are presumed to be resident has remained unchanged, but the presumption in question is relative. In any case, the reported requirements must be met for most of the tax period, including fractions of a day.

[18] On the now outdated traditional concept of permanent establishment, see Carpentieri, L , Lupi, R. & Stevanato, D. (2003). Il diritto tributario nei rapporti internazionali, Il sole 24 ore, Milan. Also on the topic, see Cipollina, S. (2014). "I redditi nomadi delle società multinazionali nell'economia globalizzata", Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze, no. 3, pp. 21-63; Carpentieri, L. (2020). Profili fiscali dell'economia digitale, Giappichelli, Torino; Letizia, L. (2021). "Prospettive di tassazione post-pandemia: il caso dell'imposta sui servizi digitali", in Rotondo, G. & Rispoli Farina, M. (Eds.). Il diritto dell'economia tra contesto emergenziale e nuovi paradigmi regolatori, Tab ed., Rome, pp. 241-260. On the reference to the OECD Model, see Tetlak, K. (2010). "Tax

ISSN 2036-7821

Of the OECD Model it is also necessary to keep in mind Article 17 which regulates in paragraph 1 the income of athletes and, more broadly, of all those who carry out artistic activities. The article provides, in fact, that if a resident of one State carries out sporting (or artistic) performances, even occasional, in another, under the self-employed or employed regime, the income derived can be taxed in that other State. The rule intervenes, based on the wording of paragraph 2 also if the income in question is in favor of a company representing the athlete (or artist)[19].

For the purposes of interest, paragraph 6 clarifies that the taxation also applies to income obtained following the exercise of disciplines which, although different from traditional sports, as they lack strictly athletic performances, still have an entertainment component. Therefore, gamers could fall within the scope of the rule.

In any case, the e-sportsman, if he is self-employed, must have a VAT number and invoice, in addition to the proceeds deriving from winnings of tournaments, leagues and championships, the compensation deriving from any promotional activity. Furthermore, he will be able to apply the flat-rate regime for determining income or the simplified accounting regime[20] to what he has received if the conditions are met.

In the first case, the taxation on the amounts received is 5 percent and then becomes 15 percent from the sixth year of the activity, with the intervention of a tax replacing IRPEF (and IRAP).

In the second case, the income is determined through a regime that provides only for the keeping of VAT registers and the exemption from any other obligation, except for

---

Treatment of Team Performances under art. 17 of the OECD Model Convention", World Tax Journal, no. 3, pp. 269 -290; Molenaar, D. (2015). "OECD - Entertainers and Sportspersons Following the Updated OECD Model 2014", Bulletin for International Taxation, no. 1, p. 37 et seq.; Sasseville, J. (2016). "The 2014 Changes to Article 17 of the OECD Model Tax Convention", in Maisto, G. (Ed.), Taxation of Entertainers and Sportspersons Performing Abroad, IBDF, Amsterdam, pp. 85-100; Fransoni, G. (2016). "La tassazione degli sportivi e degli artisti nelle convenzioni internazionali", Rivista di diritto tributario, No. 2, pp. 175-184; Saporito, G. (2019), La tassazione degli artisti e degli sportivi. Ordinamento nazionale, libertà comunitarie e convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, Aracne, Rome, p. 77 et seq.

[19] Think of the Star Companies, sometimes used to reduce the tax burden of those who perform the services. On the topic, see DÈ CAPITANI DI VIMERCATE, P. (2015). "Le Star Companies", *Diritto e pratica tributaria internazionale*, no. 4, pp. 1089-1106; SAPORITO, G. & LUPI, R. (2015). "Cessione dell'immagine artistica tra tax planning ed evasione tributaria, *Dialoghi tributari*, p. 305 et seq.; RANDAZZO, F. (2016). "Il trattamento fiscale delle remunerazioni indirette agli atleti, con particolare riferimento ai casi di interposizione di terzo", in UCKMAR, V. (Ed.), *Lo sport e il Fisco*, CEDAM, Padova, pp. 308-315.

[20] This is the regime introduced by Article 1, paragraphs 58 to 89, Law No. 190/2014, intended for taxpayers who are natural persons engaged in business, arts, and professions on an individual basis. To access it, the subject must verify with reference to the previous tax period that he/she has not earned revenues or remuneration received, on an annual basis (and in the case of the start of activity during the year), in excess of EUR 85,000 and that he/she has not incurred expenses for a total amount exceeding EUR 20,000 if he/she has employees/collaborators. The 'Budget Law 2023' subsequently modified the income ceiling, allowing those who, during 2022, had exceeded EUR 65,000 and should have applied the ordinary VAT regime, to maintain the flat-rate regime. Occasional remuneration qualified as miscellaneous income pursuant to Article 67(1)(i) to (l) of the Consolidated Income Tax Act is not to be considered in the calculation of the ceiling.

ISSN 2036-7821

those relating to electronic invoicing and the Synthetic Indices of Fiscal Reliability (ISA).
The progressive IRPEF rates in relation to income brackets are nevertheless applied to the income and the taxpayer can deduct eventual costs sustained if they are inherent and congruent to his activity.

4.1. The tax treatment of the economic use of image rights and the case of an e-athlete 'influencer'.

With regards to the earnings that an electronic sportsman can obtain and with reference to the related tax treatment, the case in which he cedes the economic exploitation of his image rights to third parties as a testimonial for brands and/or products appears significant[21].
Consider, for example, this taxpayer's participation in photo shoots.
In this regard, the Revenue Agency pointed out in a recent answer to an interpellation request that if the testimonial is not resident in our State and the company marketing his image does not have a permanent establishment here, the consequent profits can be classified as self-employment income.
Accordingly, the application rules will be those set forth in art. 54(1-quater) of TUIR.
In fact, although it is an activity that is 'not strictly' referable to one carried out as a 'habitual occupation', is nevertheless referable to the same since the earnings derived imply the performance of a service linked to a professional or artistic context, referable to the 'fame' achieved by the person receiving them.
Specifically, remuneration received by taxpayer falls under the category of self-employment income which includes income derived from the sale of clients or the transfer of intangible assets related to the professional or artistic activity. In this regard, article 23(1)(d) of TUIR provides that income belonging to the category if paid to non-residents for services rendered in Italy, even in a non-habitual manner, is taxed in Italy and is subject to a withholding tax at source (30 percent)[22].
According to the Revenue Agency, the territorial criterion is also relevant for remuneration related to the exploitation of image rights since this is an 'intangible element' intimately connected to the professional activity. Income deriving from the transfer of such rights is therefore assimilated to self-employment income if the activity is carried out as a regular occupation within the meaning of Article 53(1)(a) of Presidential Decree No. 917/1986. In addition, this income is subject to

[21] On the economic exploitation of image rights related to sport, see CARINCI, A. (2016). "Profili fiscali dello sfruttamento del diritto all'immagine degli sportivi", *Rivista trimestrale di diritto tributario*, No. 2, pp. 329 -312; BIZIOLI, G. & MOLOGNI, F. (2021). "Profili convenzionali dei redditi da sfruttamento dei diritti di immagine", *Corriere tributario,* No. 5, pp. 455 et seq.; LETIZIA, L (2023), *La tassazione delle attività sportive dilettantistiche*, Giappichelli, Turin, pp. 160-163.

[22] Article 25, paragraph 2, Presidential Decree no. 600/1973.

ISSN 2036-7821

withholding tax, with the possibility of reimbursement if paid by withholding agents[23].

A further profile of the activities under scrutiny concerns, among many, the role of influencers that high-level virtual players can take on thanks to the notoriety acquired through broadcast competitions. Moreover, they may have at their disposal additional platforms or their own interaction channels (chat, instant messaging, etc.) to interact with their followers who, in turn, pay virtual currencies for this purpose or make donations to support them.

To expand observations on the ecosystem, it should be noted that its main source of revenue is due to the promo-advertising factor. Specifically, in-game advertising introduces 'appealing' elements directly into the gaming experience (banners on the sidelines, avatars competing wearing brands, etc.), while advergaming, which takes the form of various types, determines the total correspondence between interactive and advertising activities.

5. Final remarks.

The use and development of digital technologies and artificial intelligence express and will gradually express unprecedented manifestations of wealth of interest for tax matters determined by the production of new forms of value creation[24].

However, the platform economy does not necessarily imply the introduction of new tax rules with respect to the new phenomena, as some of its expressions only need to be adapted[25], although several questions arise as to 'how' to ensure greater equity in the tax system[26].

The ecosystem of virtual sports is not exempt from these considerations and, along with that of video games, was the subject of a recent European Parliament Resolution[27].

The institution, among other 'having regard' emphasized the need to arrive at harmonized data, definitions and legal frameworks to allow for the full exploitation of the sector's potential, determined by the presence of numerous actors and different production locations in the value chain managed, for the most part, by no-EU

[23] Ex Article 23 of Presidential Decree No. 600.

[24] On the topic, see BEKER, J. & ENGLISH, J (2019). "Taxing where value is created: wrath's users involvement got to do with it?", *Intertax*, no. 47, p. 162 et seq.; ELLIFFE, C. (2022). "The brave (and uncertain) new world of international taxation under the 2020s compromise", in *World Tax Journal*, no. 5, p. 238 et seq.

[25] In this regard, see GIOVANNINI, A. (2017). "Legalità ed equità per un nuovo sistema impositivo", *Diritto e pratica tributaria,* no. 6, p. 2335 et seq.; MARELLO, E. (2024). "La digitalizzazione del sistema tributario", *Rivista di diritto tributario*, no. 1, p. 1 et seq.; RAGUCCI, G. (2023). "Introduzione e norme ordinate sul fisco digitale", in RAGUCCI, G. (Ed.). *Fisco digitale. Cripto-attività, protezione dei dati, controlli algoritmici*, Giappichelli, Turin, p.1 et seq.

[26] GALLO, F. (2022). "Quale tassazione per l'economia digitale?", in GALLO, F. & URICCHIO, A.F., *La tassazione dell'economia digitale tra imposta sui servizi digitali, global miinimum tax e nuovi modelli di prelievo*, Cacucci, Bari, p. 13 et seq.

[27] Resolution of 10 November 2022 on esports and video games (2022/2027(INI)).

ISSN 2036-7821

platforms that also act as intermediaries, as well as its possible encapsulation within the culture and media sphere. It was also pointed out that esports should be understood as an entertainment activity, while providing students with transversal skills and creative thinking for educational purposes, as well as being practiced by professionals and teams.

Consequently, the phenomenon needs 'protections' to address the problems of manipulation of sports results, illegal gambling, performance enhancement and doping.

About the development of virtual sports, Member States must encourage it by granting incentives and economic support, also at local level, considering the provisions of State Aid legislation.

Think of the General Block Exemption Regulation[28] or the De Minimis Regulation, even if these do not expressly address the sporting context.

On these assumptions, the European level proposes to adopt a responsible approach to activities in the area and to promote them as part of a healthy lifestyle, determined by the physical activity they entail, and as they enable social interaction between people who, in various capacities, participate in them, as well as requiring a cultural commitment. The sector's potential in exploring new forms of fan engagement and increasing young people's participation in physical activities is also recognized, although it is still an ecosystem to be considered as a social activity allowing users to spend time together.

Indeed, on closer analysis, e-sports performances are not particularly different from those practiced in traditional physical sports disciplines. In fact, they too express 'values', act as vectors of social integration and cohesion, represent relational, cultural, educational, and training elements that stand in 'support' individuals and communities. Therefore, e-sports should not be considered simply as recreational and entertainment activities.

On the other hand, our legal system with Legislative Decree No. 36/2021, introduced in implementation of Article 5 of Law No. 86/2019 titled 'Reorganisation and reform of the provisions on professional and amateur sports bodies, as well as on sports work', identified sport as 'any form of physical activity based on compliance with rules''[29].

Consequently, the question is why even those who practice e-sports at a non-professional level cannot benefit from the favorable tax regime provided for those who practice traditional sports activities recognized by their respective federations.

[28] Respectively Nos. 651/2014/EU and 1407/2013/EU,

[29] Article 2.

ISSN 2036-7821

For the latter, in fact, the legislator provides for IRPEF purposes that income from performances performed is tax-free if it falls within the threshold of EUR 15,000 per year and if it is performed for non-profit sports bodies[30].
Taxation, therefore, also in this case, would be geared towards non-fiscal purposes and would take on a more specifically social dimension by showing the 'subsidiary' referred to in the Article 53 of the Constitution[31]. In this way, tax rules dedicated to this sphere could be contemplated, with exact delimitation, in application of interventions justified by purposes other than the interest of individuals in the life and action of public entities[32].
However – as stated above – e-sport activities, whether exercised professionally or not, have not yet been identified, with a few exceptions, nor let alone defined by the legislator, with consequent implications in terms of fiscal effects.
In fact, the proposal of Law No. 688, presented in the Chamber of Deputies last year containing 'Discipline of electronic or virtual sports (e-sports) and related professional and economic activities', preceded by another in 2022 (Law No. 3626), did not become law.
For interest purposes, the Article 31 of the bill provided for a tax on e-sports competitions determined at a rate equal to 10 percent of the amount corresponding to the gross income from registration or participation fees or to the gross income total prize money received. Furthermore, if there were both registration/participation fees and prize money, the tax rate was to be determined by considering the total corresponding to their sum.
Finally, if the gross revenue from the participations in question proved to be higher than that considered at the time of payment of the tax, the difference was borne by the organizer and the corresponding payment had to be made within fifteen days of the conclusion of the competitions.
Then, on a few observations respect to the international level, it would be appropriate for Article 17 of the OECD Model, rubricated 'Entertains and sportspersons', to contemplate a criterion, at least a subsidiary one, not necessarily linked to the exercise of an athlete's activity in another contracting State[33]. Indeed, the pacts rules already provide for the intervention of the criterion of the company's residence with respect to the directors to identify the source of income (see Article 16 rubricated 'Director's fees').

[30] Article 36, paragraph 6, of Legislative Decree No. 36 cit.
[31] For a reflection on the profiles of the rules generically brought under the broad category of tax benefits, see FIORENTINO, S. (2022). "Il diritto ai regimi di vantaggio: l'agevolazione fiscale", in CARINCI, A. & TASSANI, T. (Eds.), *I diritti del Contribuente. Principi, tutele e diritto di difesa*, Milan, p. 351 et seq.
[32] GIOVANNINI, A. (2013). "Capacità contributiva (art. 53 Cost.)", *Enciclopedia giuridica Treccani online*.
[33] TENORE, M. (2021). "E-sport: l'applicazione dell'articolo 17 Modello OCSE ai redditi conseguiti dagli e-gamer", cit.

ISSN 2036-7821

As regards our tax system, Article 73(3) of the TUIR has recently been reformulated.
In fact, Article 2 of the Legislative Decree No. 209/2023 has implemented the connection criteria provided for in the Conventions against double taxation and now the new rule indicates that resident companies and entities which, for most of the tax period, have their residence in Italy are subject to IRES. registered office, effective management, or principal place of business.
To conclude, the exercise of virtual sport denotes the unequivocal absence of material boundaries and the unequivocal presence of non-state systems and, therefore, the overcoming of the traditional pairing of place of residence - place of source of income with the consequent problems of fiscal nature, some of which are highlighted throughout these pages.
Extending the observations to technologies that use virtual/augmented reality in sport, thanks to technological devices and software capable of improving the performance and training of athletes by offering them the possibility of simulating real sports, the question remains relating to 'how' the income produced by a e-athlete in the real world can be taxed with respect to the activities performed by his avatar, regulated in smart contracts and remunerated in the form of crypto-assets or NFTs convertible into fiat currency.
There is no doubt, in fact, that these performances will generate wealth and, therefore, increases in the taxable income of those who digitally replicate activities performed in physical sports.
In this regard, the Agenzia delle Entrate has clarified that if an employer pays out tokens, these will constitute employee income to be declared, as well as subject to withholding tax[34].
If, on the other hand, the avatar habitually exercises arts or professions, the real taxpayer – of whom the former is his virtual representation – will have to declare the income received as falling within the category of self-employment.
Furthermore, the exchange or 'bartering' of crypto-assets or NFT's made in the metaverse and generating income should fall under the category of 'miscellaneous income', whereas the purchase of tokens for financial investments would result in the taxation of any difference earned in terms of capital gains.
All of this is clearly deductible according to current tax rules, but in the not-too-distant future we will have to ask ourselves whether it will be necessary to prepare a dedicate taxation (also) for the activities carried out in this ecosystem.

[34] See answer No. 14 of 28 September 2018.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Annullamento straordinario del provvedimento amministrativo, termine e autonomie locali

di Nicola Di Modugno

(Ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi del Sannio di Benevento)

Sommario

1. Le due tipologie di annullamento straordinario devono intendersi ricomprese nella disciplina generale di cui all'art. 21 *nonies* della L. n. 241/1990 anche con riguardo al termine di dodici mesi previsto dal comma 2 *bis*. – 2 Una diversa interpretazione condurrebbe ad una vera e propria antinomia. – 3. Portata generale della nuova disciplina legislativa che ha introdotto il termine di dodici mesi per l'annullamento d'ufficio.

Abstract

The term of 18 months - established by art. 21- *nonies* of Italian "administrative procedure act" has been reduced to 12 months. This modification constitutes an essential development of italian administrative system, strengthening the supremacy of law and protection of legitimate expectations. The art. 21- *nonies* of Italian "administrative procedure act" it also applies to revocation of the unlawful administrative decision on the basis of the principle *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

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

ISSN 2036-7821

1. Le due tipologie di annullamento straordinario devono intendersi ricomprese nella disciplina generale di cui all'art. 21 nonies della L. n. 241/1990 anche con riguardo al termine di dodici mesi previsto dal comma 2 bis.

Il testo novellato dell'art. 21-*nonies*, che ha introdotto il termine (ora di dodici mesi) per l'annullamento d'ufficio, non contiene alcun richiamo esplicito alle due tipologie ormai assolutamente eccezionali[1], dell'annullamento straordinario da parte del Governo[2] (art. 138 TUEL approvato con DPR n. 267/2000), previo parere[3] del Consiglio di Stato, e, per quanto concerne i soli titoli edilizi, dell'annullamento regionale, nel termine di dieci anni, ora previsto, dall'art. 39 del T.U. sull'edilizia (D.P.R. 6/6/2001 n. 380).[4]

Qualora, però, dovesse escludersi che il legislatore del 2015 e ancora più radicalmente il legislatore del 2021 abbiano inteso modificare tali norme speciali per adeguarle alla nuova disciplina dell'istituto, siffatta soluzione formalistica creerebbe nell'ordinamento amministrativo evidenti disarmonie.

Ciò in quanto mentre per gli atti amministrativi dello Stato e dei Comuni, fino alla

---

[1] Afferma autorevolmente F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio,* in AA.VV., *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa,* Milano, 2003, p. 32: <<*La conservazione dell'atto illegittimo è una certezza che deriva da un principio generale che integra la legge e che solo eccezionalmente può essere derogato da una norma legislativa esplicita, come è dimostrato dall'annullamento governativo straordinario "in qualunque tempo" di recente riproposto dall'art. 138 del D.Lgs. 18/8/2000 n. 267...a tutela "dell'unità dell'ordinamento"*>>.

[2] Cfr. M.A. SANDULLI, *Gli effetti diritti della L. 7/8/2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di SCIA, silenzio-assenso ed autotutela,* in *Federalismi.it,* p.10: «*La circostanza che nessuna delle norme che a vario titolo sono intervenute a limitare il potere di autotutela dell'amministrazione abbia introdotto limiti temporali all'utilizzo dell'istituto lascia supporre che anche il legislatore del 2015 abbia inteso deliberatamente farne ancora salvo l'esercizio "in ogni tempo", anche se le recenti riforme impongono un'interpretazione massimamente rigorosa dell'espressione "gravi motivi di interesse pubblico". Alla stregua delle critiche più volte espresse sulla esclusione di ogni distinzione tra interessi sensibili e non dell'operatività del nuovo limite di 18 mesi al potere di autoannullamento, l'istituto, se correttamente applicato, ha peraltro il vantaggio di contemperare la tutela dell'affidamento con l'esigenza di evitare la "grave" compromissione dei suddetti interessi. Sarebbe tuttavia opportuno introdurre, anche per tale potere, un adeguato limite temporale quinquennale o, al massimo, decennale*>.

[3] Sull'attività consultiva del Consiglio di Stato è essenziale il saggio di L. TORCHIA, *Funzione consultiva e funzione normativa: il Consiglio di Stato e le riforme,* in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, pp. 285 ss., che pone l'accento sulla capacità del Consiglio di Stato di <<*...tenere insieme tradizione e innovazione, tanto nel metodo di lavoro quanto nei risultati*>>. In precedenza, va ricordata la monografia di D. MASTRANGELO, *La tecnica nell'amministrazione fra discrezionalità, pareri e merito,* Bari, 2003, p. 110 ss.

[4] Cfr. M. A. SANDULLI, *Op. cit.*, p. 10, che osserva: «*Maggiori perplessità suscita invece la mancata abrogazione dell'art. 39 del T.U. sull'Edilizia, che attribuisce alle Regioni il potere di annullare (o, nelle more, sospendere) il permesso di costruire e (in evidente contraddizione con l'art. 19, co. 6 ter, prima ancora che con la richiamata riforma dei commi 3 e 4. L. n. 241) la DIA/SCIA entro il termine di dieci anni dal relativo rilascio o dalla relativa formazione. Diversamente dall'annullamento governativo, che si giustifica in quanto potere straordinario ed eccezionale a tutela dell'unità dell'ordinamento, il potere de quo, inquadrabile piuttosto come potere ordinario di intervento sostitutivo, nell'ambito del più generale potere di controllo della Regione sul territorio è circoscritto sin dall'origine entro un preciso limite temporale, a fronte di un potere di autotutela all'epoca illimitato, appare in evidente e irragionevole contrasto con un sistema che tende invece dichiaratamente ad incentivare gli investimenti, dando massime garanzie agli operatori, tanto, appunto da non distinguere più, ai fini del tempo massimo per l'annullamento d'ufficio,tra gli interessi tutelati. È dunque auspicabile un intervento "correttivo" che disciplini in tempi rapidi l'istituto*».

ISSN 2036-7821

recente riforma, sarebbe stato possibile, teoricamente "*in ogni tempo*", l'annullamento governativo (utilizzato, però, in casi rarissimi), al contrario, non si estende più, come è noto, da lungo tempo, agli atti delle Regioni.[5]

Invero, mentre l'esclusione dell'annullamento straordinario per gli atti amministrativi delle Regioni si giustifica, in sè e per sè, per la posizione di autonomia costituzionale rivestita da queste ultime, quel che non apparirebbe più giustificabile sarebbe il diverso regime temporale di stabilità degli atti che, ne deriverebbe, ove si dovesse ritenere, anche dopo tale fondamentale riforma, la perdurante vigenza del testo originario dell'art. 138 del T.U.E.L.

Ciò porrebbe, infatti, le amministrazioni comunali, sotto questo profilo, in una posizione deteriore rispetto alle Regioni i cui atti ampliativi, una volta decorso il termine di dodici mesi per l'annullamento d'ufficio, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 229/1989, non sono, in alcun caso, più annullabili.

Per rispondere al quesito di fondo oggetto della presente indagine è necessario un adeguato approfondimento dell'origine storica e del processo evolutivo che ha caratterizzato l'annullamento straordinario.

L'annullamento straordinario è un istituto che nasce con l'ordinamento napoleonico in cui la struttura gerarchica dello Stato si imponeva anche agli enti locali che costituivano delle amministrazioni di tipo sostanzialmente subordinato.[6]

I vecchi Testi Unici a partire dalla Legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. A), prevedevano il potere del Governo del Re di dichiarare la nullità degli atti degli enti locali emanati in violazione di legge. Soltanto con l'art. 6 del T.U. 3 marzo 1934 n. 383 fu stabilito che <*Il Governo ha facoltà, in qualunque tempo, di annullare, di ufficio o su denuncia, sentito il Consiglio di Stato, gli atti viziati da incompetenza, eccesso di potere o violazione di leggi o regolamenti generali o speciali. Contro il decreto reale è sempre ammesso il ricorso per legittimità al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, ovvero il ricorso straordinario al Re*>.

È essenziale rilevare che il legislatore del 1934 per primo usò l'espressione "*annullare d'ufficio*" anziché l'antica locuzione "*dichiarare la nullità*"[7] usata, come si è visto, nei

[5] Come è noto la Corte costituzionale con sentenza 13-21/4/1989 n. 229 dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, 3° co., della L. n. 400/1988, nella parte in cui estendeva l'annullamento straordinario agli atti delle regioni e delle provincie autonome di Trento e Bolzano.

[6] In tal senso, cfr. il recente saggio di M. RAMAJOLI, *Novità (circoscritte) in tema di autotutela decisoria e tutela dell'affidamento,* in *Rivista giuridica di urbanistica n. 1/2022,* p. 149, che osserva: «*Il potere d'annullamento d'ufficio è sorto durante la Rivoluzione francese ed era perfettamente coerente con l'ordinamento gerarchico napoleonico, inteso a riconoscere all'amministrazione superiore il potere di annullamento degli atti dell'amministrazione subordinata*».

[7] Sul punto presentano particolare suggestione le originali osservazioni di G. BERTI, *Amministrazione Comunale e Provinciale,* Padova, 1994, pp. 219-220, secondo le quali: « *Il fatto che dalle menzionate disposizioni legislative si evinca una netta propensione per la sanzione della nullità in luogo di quella dell'annullabilità, induce a ritenere che sotto ogni profilo le deliberazioni locali, per una loro qualità di fondo, sopportino un confronto con l'apparato normativo molto più similmente agli atti di diritto comune che non ai provvedimenti amministrativi... È appena il caso di dire che questa considerazione si ambienta in un ordine concettuale, al fondo del quale si vede l'accettazione, da parte dello stesso legislatore, del punto di vista secondo cui la deliberazione locale che pone in essere un rapporto si inserisce nella vicenda di questo*

ISSN 2036-7821

precedenti testi unici.[8]

Anche quella corrente dottrinale,[9] che già allora distingueva fra nullità e annullabilità anche nell'ambito della teoria dell'invalidità degli atti amministrativi, riteneva che la recezione della distinzione tra nullità ed annullabilità non potesse non essere accompagnata da alcune attenuazioni proprio in ragione della presenza della perpetuità del potere del Governo di annullare d'ufficio gli atti illegittimi in qualunque tempo.

Va, peraltro, precisato che l'espressione "*in qualunque tempo*" in precedenza era prevista dall'art. 164 del Regolamento 12 febbraio 1911 n. 297.

Autorevole dottrina, nel commentare il predetto art. 6 del T.U. n. 383/1934, proprio soffermandosi sull'espressa previsione legislativa della possibilità di esercitare tale potere in qualunque tempo, la definì <<*una facoltà eccezionale assai grave*.[10]

Aggiunse, però, che, proprio in ragione di tale eccezionalità del potere, lo stesso art. 6 aveva previsto il parere obbligatorio del Consiglio di Stato.

Ancora, lo stesso commento precisò che il potere di annullamento governativo, malgrado la lettera della legge prevedesse che poteva essere esercitato "*in qualunque tempo*", il Consiglio di Stato aveva introdotto dei temperamenti in speciali circostanze da valutarsi caso per caso quali il lungo tempo trascorso, l'avvenuta esecuzione dell'atto, la sopravvenienza di fatti nuovi idonei a sanare l'illegittimità del provvedimento, l'emergere di particolari situazioni che sarebbe stato gravemente dannoso distruggere ect..[11]

---

anziché nella vicenda caratteristica del provvedimento amministrativo. La contrarietà alla legge provoca la nullità dell'atto tutte le volte che l'ordinamento tuteli non l'atto, ma il rapporto sottostante».

[8] L'innovazione introdotta dal legislatore del 1934 in ordine alla qualificazione giuridica dell'Istituto ben commentata favorevolmente da G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo, Volume primo, L'ordinamento amministrativo in generale,* Milano, 1936, pp. 355-356, che, autorevolmente, osservava: «*Secondo l'art. 6 del testo unico della legge comunale e provinciale, "il Governo ha facoltà, in qualunque tempo, di annullare, di ufficio o su denuncia, sentito il Consiglio di Stato, gli atti viziati da, incompetenza, eccesso di potere o violazione di leggi o di regolamenti generali o speciali". La disposizione già trovavasi, con alquante differenze di forma, in varie leggi precedenti. L'attuale formulazione, parlando di annullamento, in luogo della dichiarazione di nullità, della quale era detto nelle fonti precedenti, esclude che la funzione del Governo sia di mero accertamento: opinione che, anche sotto la precedente legislazione, pur basata sulla lettera della legge, era da respingersi, in quanto in contrasto coi principi generali*>>. Nella nota 1) riportata sempre a pag. 256 del *Corso* (Vol. I) lo Zanobini richiama, in tono critico, il pensiero di F. CAMMEO, in *Giur. It.,* 1932, parte IV, p. 1 ss., che aveva sostenuto <<*il carattere puramente dichiarativo del decreto reale (di nullità dell'atto illegittimo,* ndr.*)*».

[9] Il riferimento è a U. FORTI, *Diritto amministrativo. Parte generale,* Vol. II, Ristampa della IV Ed., Napoli, 1947, p. 226: «*La figura dell'annullabilità, così come or ora l'ho sommariamente delineata, non può applicarsi all'atto amministrativo senza qualche dichiarazione e limitazione. Certamente la maggior parte dei casi di invalidità dà luogo, nel nostro campo, ad annullabilità. Ma il carattere relativo dell'annullabilità (che è una delle ragioni per le quali si contrappone alla nullità assoluta) perde almeno in parte, valore in ordine agli atti amministrativi, se si tien conto del principio secondo cui l'amministrazione può sempre essa stessa dichiarare (e così far valere, con effetto esecutorio) l'invalidità dei propri atti…*».

[10] Tale espressione è di F. D'ALESSIO, *Commento del Testo Unico della legge comunale e provinciale (3 Marzo 1934, n. 383),* Torino, 1936, p. 13, che, significativamente, osserva: «*Trattasi di una facoltà eccezionale assai grave, specie perché può essere esercitata in qualunque tempo*».

[11] In tal senso F. D'ALESSIO, *Commento, cit,* p. 13, che scrive: «*Oltre a ciò, poi, la giurisprudenza ha cercato, volta a volta, di introdurre dei temperamenti. Così qualche decisione ha affermato che l'esercizio della facoltà medesima possa trovare*

ISSN 2036-7821

Secondo altra dottrina,[12] in tal modo, la giurisprudenza aveva, già allora, mitigato il principio dell'inesauribilità tipico dell'annullamento governativo.
Secondo dottrina[13] e giurisprudenza,[14] già allora consolidatesi, l'annullamento governativo era un potere discrezionale che aveva come indispensabile presupposto l'interesse pubblico attuale all'eliminazione dell'atto illegittimo. Interesse pubblico la cui individuazione, spettante al potere governativo, derivava dall'allora dominante concezione dell'autarchia[15] secondo cui gli enti locali erano amministrazioni indirette dello Stato e, come tali, chiamati a curare interessi pubblici non esclusivamente propri ma di cui era e rimaneva contitolare la stessa amministrazione statale.
Tale norma fondamentale costituì il presupposto per l'affermazione dell'autotutela decisoria in quanto espressione di un principio generale dell'ordinamento.[16]
La presenza di tale principio generale nel nostro ordinamento, derivante proprio dal potere del Governo *ab origine* di dichiarare la nullità degli atti illegittimi degli enti locali, costituisce il presupposto, sul piano del diritto positivo del tempo, dell'idea dell'inesauribilità del potere amministrativo che, pertanto, non nasce da una elaborazione esclusivamente dottrinale ma da una precisa scelta del legislatore.
Ed è proprio da tale scelta del legislatore di stabilire la perpetuità del potere di annullamento d'ufficio da parte del Governo che deriva il distacco del nostro sistema

---

un limite ragionevole in speciali circostanze da valutarsi caso per caso, quali il lungo tempo trascorso, la esecuzione data all'atto, il sorgere di particolare situazione che sarebbe gravemente dannosa distruggere, ecc, ecc.».

[12] Il riferimento è a U. FORTI, *Diritto amministrativo,* Vol. II, cit., pp. 226-227: «*...per la dichiarazione ex officio dell'invalidità da parte della stessa amministrazione non sono di regola prescritti limiti di tempo: il principio è mitigato però da un temperamento introdotto dalla giurisprudenza secondo cui non è più ammessa una tale pronuncia se, per il lungo decorso del tempo, appaia troppo grave danno il sovvertimento dei rapporti che dall'atto hanno preso vita o comunque dubbio il vantaggio del pubblico interesse. In ambo i casi – si è detto – l'atto apparirebbe perciò viziato da eccesso di potere*».

[13] Il riferimento è a G. CODACCI-PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi,* Milano, 1939, pp. 181-182, che, significativamente, osservava: «*Le disposizioni legislative che attribuiscono al Governo del Re il potere di annullare in ogni tempo gli atti amministrativi illegittimi sono, pertanto, da interpretare restrittivamente, poiché ben diversi principi impediscono di intendere l'espressione nel latissimo significato, che a prima vista sembrerebbe necessario attribuirle*».

[14] Sul punto, è essenziale la rassegna di giurisprudenza di F. GARRI, *Il pubblico interesse all'annullamento d'ufficio e il decorso del tempo,* in Foro Amm., 1964, III, p. 175 ss.

[15] Sul concetto di autarchia è tuttora fondamentale il saggio di S. CASSESE, *Autarchia,* in Enc. Dir. Vol., IV, Milano, 1959, pp. 324-331.

[16] In tal senso, v. SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo. Principi generali,* II^ Ed., Padova, 1932, p. 287, che, con riferimento al previgente art. 114 del R.D.L. 30 dicembre 1923 n. 2839, scriveva: «*Così l'art. 114 del decreto citato dispone che il Governo del Re ha facoltà, in qualunque tempo, sia sopra denuncia sia propria iniziativa, di dichiarare per decreto reale, sentito il Consiglio di Stato, la nullità degli atti o provvedimenti dei Comuni e delle Provincie che contengano violazioni di leggi o di regolamenti generali o speciali. Analoghe disposizioni si trovano in altre leggi...ed essi si debbano considerare come applicazioni di un principio generale*». Proprio in base a tale principio generale, SANTI ROMANO, *Corso, cit.,* p. 286, così sintetizzava i caratteri tipici dell'annullamento d'ufficio: «*L'atto invalido può essere inoltre annullato di ufficio, cioè anche quando non si ha alcun ricorso. È annullamento di ufficio anche quello che ha luogo dietro denuncia, giacché questa non equivale a ricorso e non implica l'obbligo di prenderla in considerazione. Tale annullamento può essere disposto, anzitutto, dalla stessa autorità che ha emanato l'atto...*». In altre parole, secondo il Maestro, se è vero che il Governo era titolare del potere di annullare gli atti anche degli enti locali, a maggior ragione tale potere spettava alla stessa autorità che aveva emanato l'atto.

ISSN 2036-7821

di diritto amministrativo, all'epoca ancora in formazione, rispetto al modello francese che fino ad allora ne costituiva il prototipo.
È particolarmente significativo che la nostra migliore dottrina del tempo[17] non si era limitata a recepire il principio, elaborato dalla giurisprudenza del *Conseil d'Etat*, della irrevocabilità degli atti creativi di diritti ma ne aveva, addirittura, allargato la portata affermando l'irrevocabilità degli atti amministrativi che comunque avessero generato effetti giuridici in favore di terzi.
Ciò malgrado, tale molto autorevole insegnamento[18] dovette limitare, in altro senso, la portata dell'irrevocabilità precisando che l'annullamento d'ufficio non incontrava il limite dei diritti acquisiti né limiti di tempo. In un altro modo, però, limitò la stessa inesauribilità del potere di autotutela affermando che il suo esercizio, in ogni caso, avrebbe dovuto aver causa in un pubblico interesse e che, qualora fosse decorso un lungo tempo, tale interesse avrebbe dovuto ritenersi cessato con la conseguenziale illegittimità dell'annullamento d'ufficio per eccesso di potere.
Secondo detta dottrina, dunque, proprio la possibilità dell'amministrazione di annullare di ufficio l'atto senza limiti di tempo implicava la inopponibilità alla medesima degli effetti favorevoli ai terzi dei provvedimenti oggetto di riesame.
Peraltro, malgrado la perpetuità del potere di annullamento di ufficio, l'affidamento del terzo poteva essere tutelato soltanto, però, qualora si fosse consolidato nel tempo in guisa da rendere l'atto di autotutela illegittimo per eccesso di potere[19].
Tale giurisprudenza, così brillantemente sintetizzata dalla celebre dottrina ora in esame, divenne *ius receptum* rimanendo ferma fino a quando con le leggi n. 15 e n. 80 del 2005 è stata, dopo quasi un secolo, recepita dal legislatore con l'art. 21 *nonies* aggiunto in sede di novella della legge n. 241 del 1990.
Il legislatore, però, per parecchio tempo, continuò ad affermare la perpetuità dell'annullamento governativo senza considerare i temperamenti introdotti dalla su richiamata giurisprudenza del Consiglio di Stato.
L'art. 27 della legge urbanistica 17 agosto 1942 n. 1150, infatti, stabiliva: <<*Le*

[17] Cfr. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo, Ristampa con nota di aggiornamento* (Edizione curata da G. Miele), Padova, 1960, pp. 590-591 che in modo inequivocabile scrive: «*Sono irrevocabili gli atti amministrativi quando, secondo la formula usuale, abbiano generato effetti giuridici favorevoli a terzi, in quanto per disposizione di legge o per loro natura questi effetti non possono sopprimersi ad arbitrio. Sono revocabili tutti gli altri atti. La regola non è diversa nella sua natura ancorché possa essere diversa nella sua estensione, da quella che vige per i negozi giuridici privati*». Precisa, significativamente, il Maestro: «*La formula usuale è che sono irrevocabili gli atti amministrativi che abbiano generato diritti quesiti. A me pare più esatta quella indicata alla lettera A*».

[18] Il riferito è a F. CAMMEO, *Corso, cit.*, p. 655-656, che osservava: «*L'annullamento può avvenire per qualsiasi vizio di invalidità. Essi non incontrano né limiti di diritti quesiti, che non possono sorgere da atti invalidi né limiti di tempo, ma debbono aver causa in un pubblico interesse; e, se per il lungo tempo questo è cessato, la revoca e l'annullamento sono invalidi per eccesso di potere. La revoca e l'annullamento si pronunciano d'ufficio e sono facoltativi*».

[19] Sull'evoluzione storica dell'eccesso di potere è fondamentale il saggio di A. POLICE, *L'eccesso di potere nel prisma della Costituzione repubblicana,* in S. TORRICELLI (a cura di) *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità: sistemi giuridici a confronto: atto del Colloquio. Firenze, 13 aprile 2018,* Torino, 2018, pp. 41-61.

ISSN 2036-7821

deliberazioni ed i provvedimenti comunali che autorizzino opere non conformi a prescrizioni di piani regolatori, ovvero in qualsiasi modo costituiscano violazione delle prescrizioni stesse, possono essere in qualunque tempo annullate a norma dell'art. 6 del testo unico della legge comunale e provinciale, approvato con R. decreto 3 marzo 1934 n. 383, mediante decreto Reale, su proposta del Ministro per i lavori pubblici, di concerto con quello dell'Interno>>.

Questa norma è molto importante in quanto estende alle licenze edilizie il regime della perpetuità del potere di annullamento governativo che l'art. 6 del testo unico n. 383/1934 aveva previsto per le deliberazioni degli organi comunali.

L'eccezionalità di tale norma emerge con estrema chiarezza ove solo si consideri che la revoca per inopportunità della licenza edilizia è stata sempre ritenuta illegittima dalla giurisprudenza anche nel silenzio della legge urbanistica n. 1150/1942 che non disciplinava la fattispecie della revoca limitandosi a prevederne l'annullamento da parte del Ministro dei Lavori Pubblici.[20]

L'entrata in vigore della Costituzione Repubblicana, nell'immediato, non ebbe un'influenza rilevante sull'evoluzione dell'annullamento governativo, a nostro avviso, anche in ragione della ritardata attuazione dell'istituzione delle Regioni.

Va detto, però, che vi è una rilevante eccezione nell'ordinamento siciliano che già con la legge regionale 14 dicembre 1953 n. 67, all'art. 1, previde il potere del Governo regionale di annullare in qualunque tempo, di ufficio o su denuncia, gli atti degli Enti locali e istituzionali della Sicilia viziati da incompetenza, eccesso di potere o di violazione di legge o di regolamenti generali o speciali.[21]

Può dirsi, comunque, che, per quanto concerne l'ordinamento amministrativo, la Costituzione, anche laddove si pose in continuità col passato, come è stato autorevolmente affermato, si è ispirata comunque ad uno spirito nuovo.

L'art. 5 Cost., come è noto, stabilisce: <<*La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento*>>.

Non è chi non veda la piena coerenza di tale fondamentale norma costituzionale con l'art. 2 Cost. secondo cui: <<*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*>>.

Orbene, il superamento della vecchia concezione dell'annullamento governativo

---

[20] Sul punto è tuttora essenziale la non recente monografia di V. TESTA, *Disciplina urbanistica*, Terza edizione, Milano, 1966, p. 592, che osserva: «*Illegittima, comunque, deve considerarsi la revoca per soli motivi di opportunità o per la volontà dell'amministrazione comunale di dare corso ad un'opera pubblica, la cui esecuzione sarebbe ostacolata dalla progettata costruzione privata, ovvero di variare il piano regolatore in base al quale fu rilasciata la licenza...*». Nelle note 170 e 171, sempre a p. 592, è richiamata nutrita giurisprudenza dell'epoca del Consiglio di Stato in tal senso.

[21] Su questo istituto cfr. la monografia di A. MEALE, *Ricorsi amministrativi ed ordinamento regionale*, Padova, 2005, p. 92.

ISSN 2036-7821

come espressione della supremazia del Governo dello Stato rispetto agli enti locali cominciò ad emergere soltanto con la sentenza della Corte costituzionale n. 24 pubblicata il 26 gennaio 1957 (Pres. Enrico de Nicola, Red. Mario Bracci). Sentenza in cui è evidente l'interpretazione dell'istituto conforme alla Costituzione che rappresenta il frutto di una sintesi fra il valore dell'autonomia, riconosciuta agli Enti locali dall'art. 5 Cost., con la giurisprudenza del Consiglio di Stato formatasi nell'interpretazione dell'art. 6 del T.U. 3 marzo 1934 n. 383.

La Corte Costituzionale, nell'esaminare la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Governo concernente la legge regionale sarda, che aveva trasferito alla Giunta Regionale il potere di annullamento di ufficio, spettante al Governo in ordine agli atti degli Enti locali compresi nel territorio regionale, affermò che questo potere del Governo della Repubblica, allora previsto dall'art. 6 del T.U. n. 383/1934, pur essendo pur sempre un controllo sugli atti degli enti locali, aveva, in realtà, carattere generale e, al tempo stesso, eccezionale, essendo espressione di una funzione di controllo che presuppone una valutazione nell'interesse generale che poteva essere compiuta soltanto dagli organi supremi del potere esecutivo ed il cui esercizio doveva essere circondato da particolari garanzie, proprio in considerazione della sua eccezionalità, quali la pronuncia per decreto del Capo dello Stato sentito il parere del Consiglio di Stato.[22]

È chiaro che il superamento, compiuto con la motivazione della sentenza n. 24 del 1957, del classico inquadramento dell'annullamento governativo nell'ambito dell'autotutela e la sua riconduzione alla funzione di controllo venne operato al fine di armonizzare l'istituto col principio dell'autonomia locale fissato dall'art. 5 Cost. e segna il definitivo abbandono del concetto di autarchia che indicava il rapporto tra Enti locali e Stato nell'ordinamento pre-costituzionale.

---

[22] È ancora oggi attuale la motivazione della sentenza n. 24/1957 della Corte costituzionale, richiamata nel testo, in cui, sul punto, si legge: *Meno semplice è il caso dell'art. 17 che il ricorrente ritiene viziato d'illegittimità costituzionale per violazione dei principi dell'ordinamento giuridico, in quanto il potere di annullare gli atti illegittimi in qualunque tempo sarebbe riservato al Governo della Repubblica, quale attributo della sovranità dello Stato. Quantunque il potere governativo d'annullamento in qualunque tempo sia pur sempre un controllo "sugli atti" e quindi da riportarsi formalmente sotto la dizione dell'art. 46 dello Statuto sardo, si deve tuttavia osservare che secondo l'interpretazione che è andata pacificamente affermandosi sulle norme al riguardo e particolarmente sull'art. 6 del T.U. 3 marzo 1934, n. 383, questo potere del Governo della Repubblica è ritenuto di carattere generale non limitato ai soli atti degli enti locali e da esercitarsi soltanto se con l'illegittimità dell'atto concorrano motivi attuali e concreti d'interesse generale all'annullamento, non essendo sufficiente il solo interesse al ristabilimento del diritto violato. Dal punto di vista soggettivo si deve poi rilevare che il diritto positivo attribuisce questo potere al Governo della Repubblica - salvo qualche rarissima eccezione a favore del ministro competente per materia - e mai agli enti pubblici diversi dallo Stato. Infine, quanto al procedimento e relativamente alle ipotesi dell'art. 6 del T.U. delle leggi com. e prov. del 1934, è necessario il parere del Consiglio di Stato. Tutto ciò porta a concludere che quest'eccezionale potere d'annullamento è un controllo che presuppone, per il suo esercizio, una valutazione nell'interesse generale che può essere fatta soltanto dagli organi supremi del potere esecutivo e che deve essere circondato da particolari garanzie, appunto in considerazione della sua eccezionalità, quali la pronuncia per decreto del Capo dello Stato, sentito il parere del Consiglio di Stato>>.*

ISSN 2036-7821

Tale superamento rappresenta l'innovazione più significativa introdotta dalla Corte Costituzionale con tale fondamentale pronuncia ma, al tempo stesso, vista nella prospettiva della successiva evoluzione dell'ordinamento nei sessantasei anni che ci separano da detta sentenza, mette vieppiù a nudo la contraddittorietà intrinseca dell'annullamento straordinario, previsto in funzione di controllo, in via eccezionale, degli atti illegittimi degli enti locali che si pongono in contrasto con l'interesse generale dell'ordinamento, concepito nella sua unità, con la sua perpetuità nel tempo.

Appare evidente, infatti, l'anomalia di un controllo che può essere esercitato senza alcun termine.

La successiva riflessione dottrinale mise a nudo, in modo inequivocabile, tale insanabile contraddizione lamentando che il Governo, malgrado la fondamentale precisazione contenuta nella sentenza della Corte costituzionale n. 24/1957, aveva continuato ad esercitare siffatto potere con grande lentezza. Tanto ove solo si consideri che vi furono casi, segnalati da autorevole dottrina,[23] di annullamenti straordinari adottati dieci o, addirittura, quindici anni dopo l'emissione del provvedimento.

Siffatto grave stato di cose indusse tale teorizzazione a inquadrare l'annullamento straordinario non nell'ambito dei procedimenti di riesame, volti a verificare la ricorrenza dei presupposti originari di legittimità o di merito dei provvedimenti oggetto di verifica, bensì nell'altra categoria dei procedimenti di revisione[24] in cui venne inquadrata la revoca concepita come procedimento volto a verificare l'avvenuto, ovvero il mancato, raggiungimento del risultato nell'ambito del rapporto giuridico derivato dal provvedimento.

---

[23] Il riferimento è a M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo,* Volume Secondo, Milano, 1988, p. 1038, che, significativamente, osserva: <<*Viene qui in considerazione il tempo dell'annullamento straordinario. La norma dice che può esser adottato "in qualunque tempo", e ciò a differenza degli annullamenti su riesame semplice o giustiziale, che hanno tempi (relativamente) brevi; si sono dati casi di annullamenti straordinari adottati 10, 15 anni dopo l'emissione del provvedimento*>>.

[24] Scrive M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo,* cit., p. 1039: <<*Sembra perciò che inizialmente la giurisprudenza intese l'interesse "attuale" come un contrappeso all'illimitatezza temporale della potestà di annullamento straordinario. In seguito, peraltro l'interesse attuale è divenuto un elemento per cui il procedimento si è caratterizzato come di revisione. Si vuole cioè che il decidente non consideri l'invalidità originaria del provvedimento di primo grado con l'animus di un decidente un ricorso giustiziale o di una autorità di controllo, come se non abbia scelta in ordine alla fattispecie invalida, e pertanto debba annullare (in questi due procedimenti l'interesse ad annullare addirittura non viene in rilievo); ma neppure con l'animus del decidente in un procedimento di riesame, ossia valutando gli interessi con riferimento alla situazione afferente al provvedimento di primo grado (in questo procedimento l'interesse ad annullare viene in rilievo, ma come discrezionalità di scelta tra conferma, riforma e annullamento, ordinata alla situazione curata dal provvedimento di primo grado); nell'annullamento straordinario si prescinde invece dalla situazione degli interessi pubblici che era stata curata dal provvedimento di primo grado e si ha riguardo al risultato: se la permanenza delle conseguenze del provvedimento di primo grado è contraria ad un interesse pubblico esistente al momento in cui il decidente è chiamato a provvedere, ricorrendo il presupposto dell'invalidità per illegittimità del provvedimento di primo grado, lo si annulla. Vi è dunque un'inversione della struttura normale di un procedimento avente un esito di annullamento, l'illegittimità dell'atto divenendo da ragione del decidere un presupposto logico del decidere*>>.

ISSN 2036-7821

Peraltro, in detta trattazione già emerge la successiva evoluzione dell'istituto e il suo inquadramento nell'ambito degli atti di alta amministrazione che si evidenzia sulla base di un esame della giurisprudenza del Consiglio di Stato che, in via pretoria, anticipando di circa venti anni la successiva riforma introdotta con la L. n. 400/1988, stabilì che il Governo, nell'ambito del procedimento di annullamento straordinario, oltre ad acquisire il parere del Consiglio di Stato, avrebbe dovuto sottoporre le relative determinazioni al Consiglio dei Ministri.

Tale evoluzione dell'istituto era stata anticipata in sede dottrinale da un inquadramento dell'annullamento d'ufficio[25] nell'ambito della cd. autotutela politica, categoria in cui tale teorizzazione inquadrava anche il ricorso straordinario al Capo dello Stato.[26]

Il legislatore con l'art. 2, 3° comma, lett. p), della L. 23/08/1988 n. 400, recepì la su richiamata giurisprudenza del Consiglio di Stato stabilendo che sono sottoposte alla delibazione del Consiglio dei Ministri <<*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 e delle Provincie autonome, anche della Commissione parlamentare delle questioni regionali*>>.

Il legislatore del 1988 con tale norma non si è limitato a riproporre il contenuto dell'art. 6 del T.U. n. 383/1934 ma ne ha generalizzato la portata recependo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, formatasi *medio tempore*, che lo aveva ritenuto estensibile a qualsiasi atto amministrativo.

Poco dopo, la Corte costituzionale con sentenza n. 229, pubblicata il 26/04/1989, dichiarò l'incostituzionalità dell'art. 6 del T.U. n. 383/1934 con riguardo agli atti delle Regioni.

Il dato fondamentale, ai nostri fini, è che tale sentenza, ponendosi in continuità con l'inquadramento dell'annullamento straordinario nell'ambito della funzione di

---

[25] Il riferimento è al saggio di F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)* in Enc. Dir., Vol. IV, Milano, 1959, pp. 543-544, nota 38, che, autorevolmente, osservava: <<*Fuori del caso del superiore (cd. autotutela mediata, ndr) rimane quello previsto dall'art. 6 t.u. l. com. e prov., 1934, che attribuisce al Governo la facoltà di annullare in ogni tempo gli atti invalidi. Deve, però, essere osservato che questo caso è difficilmente riconducibile all'ipotesi dell'autotutela amministrativa, oltretutto perché sembra mancare quella coincidenza tra l'ambito dell'autarchia e l'ambito dell'autotutela che è essenziale per quest'ultima. Onde l'ipotesi potrebbe essere ricondotta alla figura dell'autotutela politica, come esercizio di poteri extra ordinamentali...*>>.

[26] Tale concezione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è dovuta al pensiero di F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Quinta Ed. Padova, 1987, pp. 248-250, che, autorevolmente, osservava: <<*Un posto del tutto a sé spetta al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Esso, infatti, non può neppure dirsi, a rigore, un ricorso amministrativo, stante l'attuale posizione del Presidente della Repubblica, il quale è da ritenere che decida questi ricorsi usando di una funzione politica e non amministrativa, e precisamente della funzione di alta sorveglianza che gli spetta su tutte le attività statuali. In realtà, si tratta di un ricorso che trova la sua origine nei poteri di giustizia ritenuta che spettavano al Sovrano... La sua natura ora rilevata fa sì che si debba considerarlo più che un mezzo di autotutela contenziosa, un mezzo di autotutela politica che solo per ragioni tradizionali viene considerata nell'ambito della prima*>>.

ISSN 2036-7821

controllo effettuato, come si è visto, già dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 24/1957, innanzi richiamata, ne dichiarò l'incostituzionalità con riguardo alle Regioni non soltanto perché i casi di controllo di legittimità previsti dall'allora vigente art. 125 Cost. vennero considerati tassativi ma anche in ragione dell'inesistenza di un limite temporale per il suo esercizio.[27]

[27] Si legge, significativamente, nella motivazione della sentenza n. 229/1989: <<*Tale fondamento specifico - nonostante il richiamo espresso nella norma impugnata ad un fine generico di "tutela dell'unità dell'ordinamento" - non può essere reperito per quanto riguarda un potere di annullamento generale, straordinario e svincolato da qualunque limite temporale, quale quello di cui è causa: dal disegno costituzionale scaturiscono, invece, chiare indicazioni contrarie all'ammissibilità di un potere di questo tipo, anche in riferimento alla natura che si intenda riconoscere allo stesso. Come è noto, su questo punto, diverse sono state le tesi enunciate, tanto in sede scientifica che giurisprudenziale, con riferimento al potere di cui all'art. 6 del R.D. n. 383 del 1934: da quelle che hanno individuato in tale potere una forma speciale di controllo sugli atti; a quelle che ne hanno, invece, avvicinato la natura alle forme dell'autotutela e dell'annullamento di ufficio; a quelle, infine, che, valorizzando al massimo la discrezionalità dell'intervento, hanno ricondotto il potere in parola all'attività di "alta amministrazione" o di "indirizzo politico". In realtà, il fatto che il potere venga esercitato da un soggetto esterno all'amministrazione che ha posto l'atto da annullare e nei confronti di atti comunque viziati nella legittimità induce a ritenere prevalenti, nella fattispecie, le garanzie della legalità che si ricollegano al controllo di legittimità sugli atti, pur con tutte le connotazioni speciali che tendono ad avvicinare il potere stesso all'amministrazione attiva, in relazione sia alla facoltatività dell'annullamento, sia all'inesistenza di un limite temporale per il suo esercizio, sia all'ampia discrezionalità della valutazione relativa alla presenza di un interesse attuale di carattere generale in grado di giustificare l'intervento straordinario del Governo. Se così è, il potere in esame non potrà non essere ricondotto alla disciplina del controllo di legittimità sugli atti amministrativi delle Regioni posta dall'art. 125 Cost., disciplina che - al pari di quella espressa sempre in tema di controlli negli artt. 126 e 127 Cost. - viene a presentarsi come tassativa e insuscettibile di estensione da parte del legislatore ordinario, in quanto posta a garanzia di una autonomia compiutamente definita in sede costituzionale. Da qui l'incompatibilità della disposizione impugnata, dove si prevede un tipo particolare di controllo di legittimità da esercitare in forma accentrata attraverso il Governo, con il contenuto normativo dell'art. 125 Cost., dove si impone, invece, che il controllo di legittimità sugli atti amministrativi della Regione avvenga da parte di un organo dello Stato "in forma decentrata". 6. - La conclusione relativa all'incostituzionalità del potere in esame non potrebbe, d'altro canto, essere superata neppure ove si intendesse collocare il potere stesso fuori dell'ambito di operatività dell'art. 125 Cost., seguendo le diverse tesi che hanno configurato l'annullamento straordinario o come atto di autotutela (legato all'esigenza di preservare l'unità dell'ordinamento amministrativo) o come atto di "alta amministrazione" (destinato a far prevalere, nel conflitto tra interessi locali e centrali, le esigenze connesse all'indirizzo politico nazionale). Nel primo caso, infatti, occorrerebbe muovere dall'accettazione di una visione monolitica dell'amministrazione pubblica - quale quella che risulta sottesa alla stessa possibilità di impiego degli strumenti di autotutela - visione certamente incompatibile con il disegno pluralista tracciato dalla Carta repubblicana, dove la valutazione anche politica di larga parte degli interessi locali risulta affidata alla competenza delle Regioni e delle Province autonome, con apparati distinti da quelli del Governo e dell'amministrazione centrale; mentre, nel secondo caso, l'incostituzionalità deriverebbe dal fatto della previsione di un intervento limitativo della sfera regionale non d'indirizzo, bensì specifico e puntuale, intervento che - per quanto avallato dal parere non vincolante della Commissione parlamentare per le questioni regionali - si verrebbe pur sempre a configurare come caratterizzato dal massimo della discrezionalità, per il fatto di essere facoltativo e svincolato da qualsivoglia tipizzazione dei contenuti o degli interessi generali da affermare in sede di adozione del provvedimento demolitorio. 7. - Sotto qualunque profilo si voglia inquadrare, il potere in questione si presenta, dunque, incostituzionale ove venga esercitato nei confronti delle Regioni, ordinarie e speciali, e delle Province autonome, in quanto incompatibile con la natura stessa della loro autonomia, così come definita nel disegno tracciato dal titolo quinto della parte seconda della Costituzione, derogabile, ma solo in termini più favorevoli, per le autonomie speciali. Tale conclusione non comporta, peraltro, che gli atti amministrativi di tali enti, ove risultino viziati nella legittimità possano godere - una volta superata la soglia dei controlli amministrativi ordinari - di una sorta di immunità da forme di sindacato successive all'inizio della loro efficacia, suscettibili di condurre all'annullamento dell'atto: tale sindacato, com'è noto, si potrà, infatti, pur sempre attivare, oltre che attraverso l'annullamento di ufficio da parte dello stesso ente che ha emesso l'atto, attraverso i comuni strumenti del controllo giurisdizionale e del conflitto di attribuzione da sollevare innanzi*

ISSN 2036-7821

Una volta superato con la declaratoria di illegittimità costituzionale pronunciata con la sentenza n. 229/1989 della Corte Costituzionale dell'estensione dell'annullamento straordinario agli atti delle Regioni, l'istituto ha continuato ad applicarsi agli atti degli enti locali anche se la prassi ne ha ridotto molto l'effettiva applicazione utilizzandolo in casi abbastanza rari. Rimaneva, però, il problema della perpetuità del potere tipico dell'annullamento governativo.

Tale caratteristica di fondo è rimasta inalterata anche nella più recente formulazione dell'istituto di cui all'art. 138 del TUEL approvato con D.lgs. 18/8/2000 n. 267 che, come è noto, stabilisce: <<*In applicazione dell'articolo 2, comma 3, lettera p), della legge 23 agosto 1988 n. 400, il Governo, a tutela dell'unità dell'ordinamento, con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'Interno, ha facoltà, in qualunque tempo, di annullare di ufficio o su denunzia, sentito il Consiglio di Stato, gli atti degli enti locali viziati da illegittimità*>>.

E' altamente significativo osservare che fino alla introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 21 *nonies* della L. n. 241/1990, la cui prima formulazione risale al 2005, il caso tipico di annullamento d'ufficio legislativamente disciplinato è rimasto proprio l'annullamento straordinario.

Ne discende che il permanere in tale norma della locuzione "*in qualunque tempo*" rappresenta un segno inequivocabile di continuità col passato nel senso della inesauribilità[28] del potere di annullamento di ufficio. Potere che, proprio per la sua perpetuità, si pone in irriducibile contrasto con la recente riforma che ha introdotto il termine, dapprima di diciotto mesi e, più di recente, nel 2021, di dodici mesi, per il suo esercizio che, in sé, sul piano stesso dei principi, mette a nudo un perdurante squilibrio[29] dell'ordinamento in esclusiva tutela dell'interesse dell'Amministrazione in danno dell'affidamento del privato.

Va detto, peraltro, che il valore della stabilità dei rapporti giuridici derivanti dagli atti amministrativi ampliativi non può essere limitato, nella sua portata, in funzione dell'esclusivo interesse dell'amministrazione una volta che l'atto amministrativo è divenuto inoppugnabile per il privato, ma, sulla base di ovvie considerazioni di equità di trattamento, non può non estendersi anche alla salvaguardia dell'affidamento del beneficiario dello stesso atto ampliativo una volta decorso il termine per il suo annullamento d'ufficio. Termine che non può ammettere eccezioni che vadano oltre il caso ovvio della mancanza di buona fede in capo al destinatario

---

a questa Corte, nel rispetto delle forme e dei limiti fissati dalle diverse procedure>>.

[28] Sul tema, cfr. il saggio di M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere,* in P.A. Persona e Amministrazione n. 1 (2017). Sullo stesso tema, v. la successiva monografia di M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici,* Napoli, 2018.

[29] Scrive, sul punto, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, V Ed., Bologna, 2022, p. 168: <<*Emerge qui un ulteriore elemento di asimmetria tra le parti del rapporto giuridico amministrativo, l'inoppugnabilità garantisce la stabilità del rapporto giuridico amministrativo solo sul versante delle possibili contestazioni da parte del soggetto privato*>>.

ISSN 2036-7821

dell'atto oggetto di riesame.

2. Una diversa interpretazione condurrebbe ad una vera e proprio antinomia.

A ben vedere, pertanto, nella materia *de qua* ci troviamo, in realtà, di fronte ad una vera e propria antinomia[30].

Qualora, infatti, si dovesse considerare che il testo originario dell'art. 138 del T.U.E.L. non abbia subito alcuna modifica per effetto della riforma, ne deriverebbe che, malgrado la nuova formulazione dell'art. 21 *nonies* della L. n. 241/1990 preveda esplicitamente il termine di dodici mesi per l'annullamento d'ufficio, il Governo potrebbe comunque "*in ogni tempo*" annullare d'ufficio gli atti amministrativi degli Enti locali.

Orbene, appare evidente l'assoluta incompatibilità della perpetuità di tale potestà con la nuova disciplina generale dello stesso istituto.

Certo, si potrebbe, in linea di principio, ritenere che la norma speciale non sia stata tacitamente modificata dalla norma generale successiva ma, anzi, ne costituisca una deroga restringendone il campo di applicazione. Com'é noto, però, il brocardo *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* non è previsto dal diritto positivo vigente anzi, secondo autorevole dottrina[31], si porrebbe in contrasto con l'art. 15 disp. prel. C.C.

Sul punto appare essenziale richiamare la giurisprudenza della Corte Costituzionale secondo cui <<*Nell'ipotesi di successione di una legge generale ad una legge speciale, non è vera in assoluto la massima che lex posterior non derogat priori speciali ....*>>[32]. Osserva, infatti, la Corte che i limiti di tale principio vanno, in ogni caso, individuati sulla base dell'intenzione del legislatore. Ciò in quanto non si può escludere che l'interpretazione della *voluntas legis*[33] evidenzi una latitudine della legge generale posteriore <<*...tale da non tollerare eccezioni, neppure da leggi speciali che restano, in tal modo, tacitamente abrogate*>>[34].

Orbene può, senz'altro, affermarsi che la disciplina dell'annullamento d'ufficio,

---

[30] Sul tema v. R. GUASTINI, voce *Antinomia*, in A. BELVEDERE, R. GUASTINI, P. ZATTI e V. ZENO ZENCOVICH, Glossario, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato,* Milano, 1994, pp. 30 ss.

[31] Il riferimento è a R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione,* Milano, 1993, p. 297, che, significativamente, scrive: <<*Questo principio, tuttavia, non sembra avere alcun fondamento di diritto positivo*>>.

[32] Così Corte Cost., sent. 12 febbraio 1976, n. 29.

[33] Scrive S. PUGLIATTI, voce *Abrogazione,* in *Enc. Dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 143: <<*Tradizionale è la questione relativa al rapporto di successione di una legge speciale od anche eccezionale ad una legge generale, e viceversa. Esso da luogo, anzitutto, a dubbi intorno alla determinazione delle nozioni di legge generale, speciale ed eccezionale, e quindi intorno alla portata di massime tradizionali, come quella secondo cui "lex posterior generalis non derogat priori speciali"*>>. Prosegue il Pugliatti: <<*Quanto al valore della massima, si può con sufficiente sicurezza affermare che esso non può essere assoluto, e che in concreto la question e che essa intende risolvere si traduce in quella della esatta determinazione della voluntas legis, cioè in una questione di interpretazione*>> (Così S. PUGLIATTI, *Ibidem).*

[34] Così Corte Cost., sent. ult. *cit.* Osserva sul punto R. GUASTINI, *Le fonti, cit.*, p. 298, che il criterio <<*....ha comunque carattere meramente presuntivo, e non deve essere applicato qualora risulti una diversa volontà legislativa*>>.

ISSN 2036-7821

introdotta dall'art. 21 *nonies* della L. n. 241/1990, novellata più di recente con l'art. 63 del D.L. n. 77/2021, convertito nella L. n. 108/2021, ha compiuto, proprio con l'introduzione del termine perentorio di dodici mesi per l'esercizio di tale potere, un vero e proprio rinnovamento integrale della materia *de qua*[35].

Il riferimento è all'istituto dell'abrogazione per rinnovazione della materia su cui si sono soffermate le due recenti sentenze dell'Adunanza Plenaria nn. 9 e 10/2022 pubblicate entrambe il 05/08/2022. In queste due essenziali decisioni viene delineata una definizione di tale istituto che appare di fondamentale importanza anche nella tematica ora in esame della introduzione del termine di dodici mesi per l'annullamento d'ufficio.

L'Adunanza Plenaria, infatti, ritiene che l'abrogazione per rinnovazione della materia è configurabile qualora si possa ritenere che il legislatore abbia inteso innovare completamente una determinata materia.[36]

Orbene, al di là della diversità delle norme esaminate dall'Adunanza Plenaria rispetto all'art. 21 *nonies* della L. n. 241/1990, nel testo novellato qui in esame, tale intento totalmente innovativo del legislatore deve, di certo, ritenersi che abbia ispirato anche l'art. 63 del D.L. n. 77/2021 che ha ridotto a dodici mesi il termine per l'esercizio della potestà di annullamento d'ufficio.

Se, infatti, la *ratio* di detta innovazione legislativa[37] è rappresentata dall'esigenza di

---

[35] Così M.S. GIANNINI, *Problemi relativi all'abrogazione delle leggi* (1942), ora in M. S. GIANNINI, *Scritti*, II, (1939-1948), Milano, 2002, p. 441, che osserva che l'interpretazione sistematica costituisce la chiave <<*...per fondare l'altra forma di abrogazione tacita, quella per rinnovamento integrale della materia ...*>>

[36] Si legge nella motivazione della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9/2022 che l'abrogazione della legge speciale precedente per rinnovazione della materia è configurabile <<*...se, alla luce di una disamina complessiva delle varie disposizioni, si giunge a ritenere che il legislatore abbia inteso innovare completamente una certa materia, con l'avvertenza che qui per "materia" non deve intendersi l'intero ordito normativo che regola una determinata attività umana – il che evidentemente relegherebbe siffatto fenomeno abrogativo a casi estremamente limitati (se non del tutto impossibili) – ma, piuttosto, anche solo un particolare segmento di una certa materia che la nuova normativa sottopone a diversa disciplina*>>. Prosegue l'Adunanza Plenaria precisando che: <<*Se è vero che all'entrata in vigore della nuova norma, spetta all'interprete – e in sede giurisdizionale – rivelare la volontà del legislatore, è corretto dire che la disposizione qui in esame si presenta connotata da una evidente portata di uniformazione delle diversificate previdenti discipline, appare cioè caratterizzata da un afflato generalizzante, per cui ora v'è una sola regola che vale a disciplinare tale particolare e specifica vicenda del rapporto di pubblico impiego*>>.

[37] Sulla recente riforma cfr. la monografia di M. SILVESTRI, *Potere pubblico e autotutela amministrativa. I rapporti tra la pubblica amministrazione e il cittadino nello specchio dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2021, p. 82, che scive: <<*Nel bilanciamento degli interessi coinvolti dal ritiro di un provvedimento, le riforme recenti hanno indubbiamente aumentato il peso e la considerazione delle ragioni a favore della conservazione dell'atto su quelle tendenti alla sua rimozione. Si tratta dell'interesse pubblico alla certezza del diritto – con i suoi corollari della stabilità degli atti dei pubblici poteri e dei rapporti giuridici – e della tutela dell'affidamento dei privati negli atti e nei comportamenti favorevoli dell'amministrazione*>>.

Nello stesso senso, in precedenza, cfr. la monografia di C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018, pp. 241-242, che osserva: <<*Il termine per l'annullamento costituisce certo un "nuovo paradigma" nel rapporto tra cittadino e Amministrazione, tentando di bilanciare il perseguimento dell'interesse pubblico con la stabilità della decisione...*>>.

ISSN 2036-7821

salvaguardare la stabilità dei rapporti di diritto pubblico e, al tempo stesso, di tutelare l'affidamento del destinatario del provvedimento oggetto di riesame, non vi è dubbio che tale finalità verrebbe frustrata, e sostanzialmente elusa, qualora prevalesse l'interpretazione restrittiva volta a salvaguardare l'esercizio del potere di autotutela in alcune ipotesi anche dopo la scadenza di detto termine. Termine che, pacificamente, riveste, come si è visto, una portata generale.

Peraltro, che tale sia la volontà del legislatore emerge con estrema chiarezza, innanzitutto, sul piano dell'interpretazione letterale che, come ha recentemente affermato la stessa Adunanza Plenaria,[38] va preferita anche per quanto concerne le leggi amministrative.

Ed infatti, l'art. 21 *nonies* ha stabilito che il provvedimento illegittimo <<*può essere annullato d'ufficio...dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge*>>. La norma, quindi, non disciplina soltanto l'annullamento d'ufficio emanato dalla stessa autorità che aveva emesso l'atto oggetto di riesame (cd. autoannullamento) ma si estende, esplicitamente, anche alle ulteriori ipotesi dell'annullamento gerarchico e di quello straordinario che sono entrambe racchiuse nella categoria dell'annullamento d'ufficio di provvedimenti emessi "*da altro organo previsto dalla legge*".

Pertanto, deve ritenersi che anche la previsione del termine di decadenza di dodici mesi che, con la novella del 2021 è stata inserita nel preesistente tessuto normativo dell'art. 21 *nonies,* debba intendersi riferita anche a siffatte ipotesi di annullamento d'ufficio disposto <<*da altro organo previsto dalla legge*>>.

Del resto, siffatta conclusione appare indiscutibile ove anche si consideri l'antica *regula iuris* secondo cui *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* la cui piena attualità, sul piano ermeneutico, è stata affermata dall'Adunanza Plenaria con sentenza n. 24/2020.

Orbene, qualora l'interprete dovesse ritenere, al contrario, che la norma relativa al termine di dodici mesi non fosse applicabile all'istituto previsto dall'art. 138 TUEL, secondo cui il Governo può annullare d'ufficio gli atti degli Enti Locali "*in ogni tempo*", l'inesauribilità del potere di autotutela, cacciata dalla porta, rientrerebbe dalla finestra.

In altre parole, l'interprete in tal modo introdurrebbe una distinzione laddove il legislatore, sia nel 2015 sia, più di recente nel 2021, non ha distinto. Tanto in aperto contrasto con la su richiamata fondamentale regola ermeneutica.

Sul termine di dodici mesi per l'annullamento d'ufficio degli atti ampliativi della sfera giuridica dei cittadini, introdotto dall'art. 63 del D.L. n. 177/2021, e sulle sue implicazioni sistematiche sia consentito il rinvio a N. DI MODUGNO, *Annullamento d'ufficio, affidamento e termine di dodici mesi,* in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online,* Fascicolo 1-2024, pp. 280 ss.

[38] Il riferimento è a Cons. Stato Ad. Plen., 26/04/2022 n. 7, che individua come criterio ermeneutico primario l'interpretazione letterale (art. 12 Prel.).

ISSN 2036-7821

Conseguentemente deve ritenersi che tale fondamentale norma, di carattere generale, debba applicarsi anche all'annullamento straordinario avendo implicitamente modificato l'art. 138 del TUEL, che prevedeva la possibilità, per il Governo, di esercitare "*in ogni tempo*" tale potestà.
Peraltro, appare evidente che le esigenze di salvaguardia dell'unità dell'ordinamento (che costituiscono, dichiaratamente, la *ratio legis* di tale eccezionale potere del Governo) o emergono subito oppure non appare logico che vengano fuori solo dopo lungo tempo.
Vero è che tale problema riveste rilevanza fondamentale sul piano sistematico ma non dal punto di vista pratico attesa la rarità dell'esercizio del potere di annullamento straordinario da parte del Governo.
Al contrario, ben altra portata elusiva della nuova disciplina introduttiva del termine di dodici mesi avrebbe la perdurante vigenza del termine di dieci anni previsto dall'art. 39, 1° comma, del T.U. sull'edilizia[39] per l'annullamento, da parte della Regione,[40] delle deliberazioni e del permesso di costruire in contrasto con le prescrizioni degli strumenti urbanistici o comunque con la normativa urbanistico-edilizia.
È evidente, infatti, che l'intervento della Regione, in concreto, potrebbe vanificare, in molti casi, l'avvenuto decorso del termine di dodici mesi per l'annullamento dei permessi di costruire che finirebbero con l'essere annullabili sovente dalla Regione nel, ben più lungo, termine decennale.
Orbene, la portata elusiva di siffatta opzione ermeneutica sarebbe più che manifesta.
Sul piano sistematico, peraltro, non vi è dubbio che anche l'annullamento regionale previsto dall'art. 39 del T.U. sull'edilizia rientra nell'ambito della su richiamata previsione di cui all'art. 21 *nonies* essendo indubbia la natura di annullamento d'ufficio rivestita da tale tipologia di provvedimento.
In altre parole, l'annullamento regionale di cui all'art. 39 del T.U. sull'edilizia

[39] L'art. 39, 1° co., del T.U. sull'edilizia, stabilisce: <<*Entro dieci anni dalla loro adozione le deliberazioni ed i provvedimenti comunali che autorizzano interventi non conformi a prescrizioni degli strumenti urbanistici o dei regolamenti edilizi o comunque in contrasto con la normativa urbanistico - edilizia vigente al momento della loro adozione, possono essere annullati dalla regione*>>. Prosegue la norma al 2° co.: <<*Il provvedimento di annullamento è emesso entro 18 mesi dall'accertamento delle violazioni di cui al comma 1, ed è preceduto dalla contestazione delle violazioni stesse al titolare del permesso, al proprietario della costruzione, al progettista, e al Comune, con l'invito a presentare controdeduzioni entro un termine all'uopo prefissato*>>.

[40] Sull'annullamento regionale del permesso di costruire cfr. P. FALCONE, *I titoli edilizi,* in V. MAZZARELLI (a cura di), *Diritto dell'edilizia,* Torino, 2004, pp. 132-133. V., inoltre, ampliamente, F. SALVIA e F. TERESI, *Diritto urbanistico,* Padova, 2002, pp. 236-238, che si soffermano sul *dies a quo* del termine di 18 mesi precisando che: <<*In ordine allo "accertamento" la giurisprudenza invero ha sempre affermato la necessità di un "atto ufficiale" attestante la violazione. Ma, mentre inizialmente essa identificava quest'atto nella contestazione agli interessati o nell'ordine di sospensione dei lavori, successivamente ha adottato criteri più restrittivi tendenti a spostare a momenti anteriori l'accertamento stesso*>>. In precedenza, v. L. MAZZAROLLI, *Concessione e autorizzazione edilizia* (1989), in L. MAZZAROLLI, *Proprietà immobiliari, pianificazione territoriale, attività edilizia. Scritti vari di diritto urbanistico,* Padova, 1999, p. 365 ss., particolarmente, pp. 385-386.

ISSN 2036-7821

costituisce una *species* rispetto al *genus* rappresentato dall'istituto dell'annullamento d'ufficio.
Il pieno fondamento di tale affermazione emerge anche sul piano storico in quanto tale istituto, come si è visto, nel diritto urbanistico nacque con l'art. 27 della Legge Urbanistica del 17 agosto 1942 n. 1150 che introdusse il potere del Ministro dei Lavori Pubblici di provvedere *"in ogni tempo"* all'annullamento d'ufficio delle deliberazioni e dei provvedimenti comunali non conformi alle prescrizioni degli strumenti urbanistici.
Tale norma venne novellata con l'art. 7 della L. 6/8/1967 n. 765 che introdusse il termine di dieci anni dall'adozione di detti atti per annullarli d'ufficio.
Tale potere successivamente fu trasferito alle Regioni senza ulteriori modifiche in quanto l'art. 39 del T.U. sull'edilizia riproduce sostanzialmente il testo dell'art. 27 della L. n. 1150/1942 come novellato dall'art. 7 della L. 765/1967.
Orbene, sulla base di tali considerazioni, appare indiscutibile l'appartenenza di tale potere di annullamento regionale al *genus* dell'annullamento d'ufficio con la consequenziale piena applicabilità, anche ad esso, della disciplina di cui all'art. 21 *nonies* e quindi anche della norma in esso ricompresa che ha introdotto il termine di dodici mesi per l'esercizio di detto potere.
Deve, pertanto, ritenersi che il termine di diciotto mesi di cui al 2° comma del su richiamato art. 39 del T.U. previsto per l'annullamento regionale debba intendersi ridotto a dodici mesi per effetto dell'art. 63 del D.L. n. 77/2021.
Epperò tale norma individua, come *dies a quo* per l'esercizio di tale potere, il giorno dell' "*accertamento delle violazioni di cui al comma 1...*".
È chiaro, pertanto, che, sulla base dell'art. 21 *nonies*, di recente modificato, basterebbe interpretare la norma speciale ancorando tale termine non più all'accertamento delle violazioni ma al termine di emanazione del provvedimento che tale disciplina speciale si armonizzerebbe pienamente con quella generale prevista dall'art. 21 *nonies* della L. n. 241/1990.
Pertanto, deve innanzitutto ritenersi che il su indicato termine di 18 mesi per effetto dell'art. 63 del D.L. n. 77/2021 è abbreviato anche in tale materia a dodici mesi e che il *dies a quo* di tale termine va ancorato al tempo di emanazione del provvedimento oggetto di riesame.

3. Portata generale della nuova disciplina legislativa che ha introdotto il termine di dodici mesi per l'annullamento d'ufficio.

Tale tematica, per quanto ci risulta, è stata affrontata in giurisprudenza soltanto in due occasioni.
Una prima volta dal Consiglio di Stato con la sentenza della Sesta Sezione n. 4822, pubblicata il 06/08/2018, che si è limitata a ritenere inapplicabile la L. n. 124/2015

ISSN 2036-7821

introduttiva del termine di diciotto mesi in quanto il provvedimento oggetto della controversia risaliva al febbraio del 2015 e, pertanto, sulla base dei principi di diritto transitorio fissati dalla su richiamata sentenza n. 8/2017 dell'Adunanza Plenaria, tale norma è stata dichiarata inapplicabile in tale fattispecie. Successivamente, la stessa questione è stata affrontata dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana con la sentenza n. 325, pubblicata il 26/05/2020, che pur avendo ritenuto che la disciplina dell'annullamento regionale in materia urbanistica di cui all'art. 31 del T.U. n. 327/2001 sia riconducibile alla previsione generale in tema di annullamento d'ufficio introdotta con l'art. 21 *nonies* della L. n. 241/1990 ha fatto salva[41] la perdurante vigenza dei termini di cui al previgente art. 31 T.U. n. 327/2001, ora richiamato.

Sulla base di tali premesse sistematiche, sarebbe stato agevole concludere che, una volta ritenuto applicabile, in linea generale, l'art. 21 *nonies* pure all'annullamento regionale, si dovesse ritenere ad esso applicabile anche il comma 2 *bis* dello stesso articolo che prevede il termine di dodici mesi.

Proprio per quanto concerne tale norma, però, la sentenza ritiene che non sia applicabile in quanto l'art. 31 del T.U. n. 327/2001 si porrebbe in rapporto di specialità rispetto all'art. 21 *nonies* della L. n. 241/1990 ad esso sopravvenuto.[42]

Come ognun vede, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana non ha preso neppure in considerazione l'altra ipotesi successivamente accolta in altra materia dall'Adunanza Plenaria con le sentenze nn. 9 e 10/2022: che, cioè, si sia trattata di una abrogazione per rinnovazione integrale della materia che ben può essere tacita. A nostro avviso, al contrario, sulla base delle suesposte considerazioni, ne ricorrono tutti i presupposti.

Del resto, è altamente significativo che il Consiglio di Stato con la su richiamata sentenza n. 4822/2018 abbia fatto esclusivo riferimento ai principi di diritto transitorio fissati dalla sentenza n. 8/2017 dell'Adunanza Plenaria senza neppure prendere in considerazione l'ipotesi che la riforma del 2015 abbia lasciato in vigore

---

[41] Si legge nella motivazione della sentenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa n. 325/2020: <<*Il Collegio ritiene che il potere di annullamento regionale sia una autotutela speciale, riconducibile al paradigma dell'art. 21 – novies L. n. 241/1990, salva la specialità dei termini di esercizio, che sono di perdurante vigenza*>>.

Precisa la sentenza che l'annullamento di cui all'art. 39 del T.U. sull'edilizia rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 21 *nonies* della L. n. 241/1990 in quanto <<*...tale norma non regga una delimitazione dell'annullamento d'ufficio all'ambito della cd. autotutela, e fa riferimento a tutti i casi in cui l'annullamento possa essere disposto dalla stessa Amministrazione autrice dell'atto o da "altro organo previsto dalla legge". È da ritenere quindi che l'art. 21-nonies L. 241/1990 si debba applicare a tutti i casi in cui la legge attribuisca ad un organo di amministrazione attiva il potere di annullamento di atti amministrativi...*>>.

[42] La sentenza n. 325/2020 ritiene che l'art. 21 *nonies*, comma 2 *bis*, che prevede il termine di dodici mesi per l'annullamento d'ufficio non sarebbe applicabile <<*...ai termini per l'esercizio del potere, l'art. 31 t.u. n. 327/2001 si pone in rapporto di specialità rispetto all'art. 21-nonies L. 241/1990, ad esso sopravvenuto, e pertanto di prevalenza: non risulta espressamente abrogato; né sussistono i presupposti esegetici per ravvisare una abrogazione tacita, posto che la legge generale successiva non può abrogare tacitamente la legge regionale anteriore*>>.

ISSN 2036-7821

l'art. 39 nella parte in cui prevedeva il termine di dieci anni per l'esercizio del potere di annullamento regionale di cui all'art. 39 del T.U. n. 327/2001.
Pertanto, può dirsi che la sentenza della Sesta Sezione del Consiglio di Stato n. 4822/2018 ci conforta nella convinzione della piena applicabilità dell'art. 21 *nonies*, comma 2 *bis*, della L. n. 241/1990, anche alle due *species* di annullamento straordinario per le quali appare del tutto ingiustificata una diversa disciplina in ordine al termine per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La Cassazione pone la parola fine alla dichiarazione di improcedibilità della domanda di divisione ereditaria per la mancata produzione della documentazione ipocatastale?

di Valeria Verde

(Ricercatrice presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Premessa. - 2. La criticabile giurisprudenza. - 3. Le ragioni per le quali questo indirizzo giurisprudenziale non meritava consensi. - 4. L'ulteriore recente intervento della Cassazione. - 5. Breve conclusione.

Abstract

The Court of Cassation stated that in division proceedings the failure to deposit the hypocadastral documentation is not a condition for the admissibilityof the judicial request. We hope for the end of an inexplicable substantive jurisprudence which has had a domino effect on hundred of divisive judgments.

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Chiovenda ha insegnato che un processo che non riesce a dare alle parti il "bene della vita" per il quale è stato iniziato si risolve in una perdita secca di giustizia[1].

Sulla scia di questo insegnamento fondato sulla strumentalità del processo è difficile comprendere l'orientamento giurisprudenziale che dal 2004 si è affermato, in materia di giudizio divisorio, secondo cui la domanda di scioglimento della comunione deve essere dichiarata inammissibile se non è tempestivamente depositata la documentazione ipocatastale. E' una giurisprudenza che ha avuto il suo inizio presso il Tribunale di Roma[2] e, poi, si è estesa a macchia d'olio nei tribunali italiani, ponendo nel nulla, senza scrupoli, anni di attività giudiziaria anche a distanza di oltre un decennio dall'instaurazione del processo[3].

E', peraltro, una giurisprudenza che si pone in contrasto con l'attuale esigenza di impedire lo svolgimento di un'inutile attività giudiziaria. Leggendo la recente riforma del processo e, soprattutto, la relazione che l'accompagna[4], viene da chiedersi in che misura la giurisprudenza, che in questa sede si va ad esaminare, risponda alle esigenze di efficienza e di economicità che il legislatore affida ai giudici. Sicuramente il caso che si va ad esaminare non offre un valido esempio da cui trarre la convinzione che i giudici hanno presente il perseguimento di questi obiettivi.

---

[1] <<Nel nostro ordinamento la regola è che nel processo civile può chiedersi l'attuazione di qualunque volontà di legge che garantisca un bene>>; <<ogni volontà concreta di legge, di cui sia possibile la formazione secondo una legge sostanziale, deve trovare nella legge processuale mezzi idonei di attuazione>>, G. Chiovenda, *Istituzioni*, I, n. 10, 1960, p.31 ss.; <<Questo minimo necessario di corrispondenza tra il diritto e il processo, si desume dalla natura stessa dell'ordinamento giuridico e dall'esistenza del processo: *il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*. Un principio così generale non è, né ha d'uopo d'essere formulato in alcun luogo. Il processo come organismo pubblico di attuazione della legge è per sé stesso fonte di tutte le azioni praticamente possibili, che tendano all'attuazione di una volontà di legge>>; *Principii del processo civile*, IV ed., Napoli, 1928, p. 81. E V. Andrioli ricordava il principio del suo Maestro <<quale vivida stella, irradia luce su tutto il sistema>>, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1958, V, p. 411.

[2] Trib. Roma 16.07.2004, in *Corr. merito*, 2005, fasc. 1, p. 23, ha affermato per la prima volta che <<*L'omessa rituale produzione dei certificati storici catastali e della documentazione concernente le iscrizioni e trascrizioni nel ventennio anteriore, ovvero di relazione notarile sostitutiva, è indispensabile per verificare la sussistenza di condizioni dell'azione di divisione, quali la sussistenza del diritto dominicale in capo alle parti del giudizio, e l'esistenza di altri eventuali litisconsorti necessari (creditori o aventi causa da un partecipante alla comunione) ex artt. 1113 c.c. e 784 c.p.c.; di conseguenza, in difetto della suddetta tempestiva produzione, è inammissibile in radice la domanda di divisione ereditaria*>>; Corte app. Roma, 10.06.2011, n. 2480, in *Guida dir.*, 2011, fasc. 32, p. 81; Corte app. Roma, 07.03.2012, n. 1317, in *Guida dir.*, 2012, fasc. 21, p. 66.

[3] Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, 14.11.2022, n. 4198 (R.G. 2941/2012), non edita; 04.07.2022, n. 2655 (R.G. 3404/2007).

[4] Piano nazionale di ripresa e resilienza, in www.governo.it, p. 48 ss. Si legge nella relazione che <<tutti gli interventi in materia di giustizia convergono, dunque, al comune scopo di riportare il processo italiano a un modello di efficienza e competitività. L'efficienza dell'amministrazione della giustizia rappresenta un valore in sé, radicato nella cultura costituzionale europea che richiede di assicurare "rimedi giurisdizionali effettivi" per la tutela dei diritti, specie dei soggetti più deboli. Inoltre, il sistema giudiziario sostiene il funzionamento dell'intera economia. L'efficienza del settore giustizia è condizione indispensabile per lo sviluppo economico e per un corretto funzionamento del mercato>>.

ISSN 2036-7821

2. La criticabile giurisprudenza.

I motivi a base di questa giurisprudenza possono essere così sintetizzati.

Il giudizio di divisione ereditaria rientra nell'ambito dei c.d. "giudizi petitori"[5], con la cui locuzione si intende ogni giudizio concernente la proprietà o altro diritto reale sulla cosa, il quale ha, per fondamento, il diritto di comproprietà o la titolarità di diritto reale su cosa comune e che importa, come necessario antecedente logico del provvedimento giudiziale conclusivo, l'accertamento del diritto medesimo e di quelli degli altri partecipanti alla comunione[6]. Di conseguenza, per far valere il proprio diritto e dunque la pretesa divisione, le parti devono dimostrare la titolarità dei diritti dominicali sui beni da dividere e l'esistenza di altri eventuali litisconsorti necessari (creditori o aventi causa da un partecipante alla comunione) ex artt. 1113 c.c. e 784 c.p.c. La qualità di comproprietario viene configurata come una condizione dell'azione, che deve essere provata fornendo la medesima documentazione che - oltre al titolo esecutivo - deve depositare il creditore procedente per sottoporre a esecuzione forzata immobiliare i beni del debitore alla stregua dell'art. 567, co. 2 c.p.c., cioè l'estratto del catasto, nonché la regolare certificazione notarile (ovvero rilasciata direttamente dal Conservatore dei Registri Immobiliari) contenente l'indicazione delle trascrizioni a favore e contro il *de cuius* sui beni oggetto della chiesta divisione, a far tempo dalla data dell'acquisto di tale cespite da parte del dante causa fino a quella di apertura della successione, nonché di quelle contro i successori a far tempo dalla data di apertura della successione fino a quella di trascrizione della domanda ovvero di instaurazione del giudizio di divisione; soltanto attraverso tale documentazione è possibile verificare se un determinato bene sia ancora di proprietà del *de cuius* e, dunque, delle parti al momento dell'instaurazione del giudizio di scioglimento di comunione ereditaria. Nei giudizi di divisione, tali documenti assumono particolare rilievo, perché la relativa mancanza non consente al giudice di verificare le titolarità in capo ai condividenti e se vi siano trascrizioni ovvero iscrizioni effettuate in relazione ai beni da dividere, trascrizioni od iscrizioni che, qualora accertate, imporrebbero di disporre l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli eventuali creditori o aventi causa, onde evitare che la sentenza di divisione sia a questi ultimi inopponibile. Tale

[5] Sulla natura e sull'oggetto sostanziale del giudizio di divisione si vedano G. Pavanini, *Natura dei giudizi divisori*, Padova, 1942; E. Allorio, *Giudizio divisorio e sentenza parziale con pluralità di parti*, in *Giur. It.*, 1946, I, 1, p. 79; E. Minoli, *Contributo alla teoria del giudizio divisorio*, Milano, 1950; I. Andolina, *Note sull'oggetto del gudizio divisorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, II, p. 589; S. Costa, *Divisorio (giudizio)*, in *Nss. Dig. It.*, VI, Torino, 1960, p. 59; G. Pavanini, *Divisione giudiziale*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 439; C. Ripepi, *Procedimento divisorio*, in *Dig. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 636; R. Lombardi, *Contributo allo studio del giudizio divisorio. Provvedimenti e regime di impugnazione*, Napoli, 2009; M. Criscuolo, *Il giudizio di divisione tra norme sostanziali e regole processuali*, in *Riv. es. forz.*, 2010, p. 443; L. Di Cola, *L'oggetto del giudizio di divisione*, Milano, 2011; *id.*, *Giudizio di divisione*, in *Diritto on line Treccani*, 2012; M. Bove, *Le preclusioni nel procedimento di divisione*, in *Foro it.*, *Gli speciali*, 1/2021.

[6] Cass., sez. II, 18.11.1982, n. 6202; *id.*, 16.01.2014, n. 810.

ISSN 2036-7821

onere è assoggettato alle preclusioni istruttorie, così che lo sbarramento invalicabile al deposito della predetta documentazione è costituito dal secondo termine di cui all'art. 183, co. 6 c.p.c.[7]. In mancanza di tale documentazione la domanda di divisione deve essere dichiarata inammissibile (o improcedibile) o, secondo un isolato orientamento giurisprudenziale, infondata[8].
Il mancato deposito della documentazione ipocatastale causerebbe incertezza sulla proprietà dei beni dell'asse ereditario e, quindi, renderebbe la domanda improcedibile. Ad avviso di tale indirizzo giurisprudenziale la produzione documentale sarebbe indispensabile per verificare la sussistenza di condizioni dell'azione di divisione (esistenza del diritto dominicale in capo alla parte ed esistenza di altri litisconsorti). Quindi, il soggetto che domanda lo scioglimento della comunione ereditaria deve depositare la certificazione ipocatastale ritenuta idonea a individuare la sussistenza del diritto di proprietà in capo alle parti in contesa, nonché le parti necessarie del processo (eredi, eventuali creditori opponenti e altri aventi titolo).

3. Le ragioni per le quali questo indirizzo giurisprudenziale non meritava consensi.
A fare chiarezza sulla questione originata dalla pericolosa prassi giurisprudenziale che ha determinato la decimazione di centinaia di giudizi divisori, è intervenuta la Corte di cassazione (sez. VI), con l'ordinanza n. 10067 del 28 maggio 2020[9], affermando che <<Non è condizione di ammissibilità della domanda di divisione l'omessa produzione della documentazione che l'art. 567 c.p.c. prescrive per la vendita nell'espropriazione forzata immobiliare>> e che <<Nei giudizi di scioglimento della comunione, la produzione dei certificati relativi alle trascrizioni e iscrizioni sull'immobile da dividere, imposta dall'art. 567 C.p.c. per la vendita del bene pignorato, non costituisce un adempimento previsto a pena di inammissibilità o improcedibilità della domanda, tenuto conto che, in tali giudizi, l'intervento dei creditori e degli aventi causa dei condividenti è consentito ai soli fini

[7] Successivamente all'entrata in vigore della Riforma Cartabia, tale termine corrisponde a quello previsto dall'art. 171 ter c.p.c. per il deposito della seconda memoria integrativa. Sull'applicabilità al procedimento di divisione delle preclusioni previste per il giudizio ordinario, si veda Trib. Mantona 02.02.2012, in *Giur. It.*, 2012, p. 2109, con nota di L. Di Cola; Trib. Asti 30.11.2017, ivi, 2018, p. 1639, con nota di L. Di Cola. Nel senso che il giudizio divisorio non sia del tutto compatibile con le scansioni e le preclusioni che disciplinano il processo in generale, intraprendendo i singoli condividenti le loro strategie difensive anche all'esito delle richieste e dei comportamenti assunti dalle altre parti con riferimento al progetto di divisione ed acquisendo rilievo gli eventuali sopravvenuti atti negoziali traslativi, che modifichino il numero e l'entità delle quote, Cass., sez. II, 17.04.2013, n. 9367, in *Corr. Giur.*, 2014, p. 1395, con nota critica di V. Baroncini; conf. Cass., sez. II, 03.01.2017, n. 62; *id.*, 08.09.2021, n. 24174.

[8] Secondo Trib. Napoli, 08.03.2011, in *Riv. Not.*, 2013, p. 438, con nota di G. Musolino, il mancato deposito della documentazione ipocatastale si traduce nella mancata prova della contitolarità dei diritti vantati sull'immobile comune determinando, quindi, il rigetto della domanda.

[9] Con note adesive di M. Acone, in *Foro It.*, I, 2020, n. 10, 3123; L. D'Alessandro, *AIAF*, fasc. 1, 2021, p. 52 ss.

ISSN 2036-7821

dell'opponibilità delle statuizioni adottate. Ciò vale anche nel caso in cui si debba procedere alla vendita dell'immobile comune, sebbene le informazioni richieste dal predetto articolo si debbano necessariamente acquisire a tutela del terzo acquirente, ma a tale esigenza sovraintende d'ufficio il giudice della divisione, il quale, nello svolgimento del potere di direzione delle operazioni, può ordinare alle parti la produzione della documentazione occorrente o avvalersi del professionista delegato alla vendita>>.

La pronuncia della Cassazione ha cercato di decretare la fine di una giurisprudenza (di merito) "creativa", del tutto priva di fondamento. Infatti, non esisteva e non esiste alcuna ragione per estendere al giudizio divisorio l'art. 567 c.p.c. (norma speciale del processo espropriativo e, pertanto, di stretta applicazione)[10] e per ritenere inammissibile o improcedibile la domanda di divisione là dove non sia stata depositata la documentazione ipocatastale prevista da questa disposizione. Nell'espropriazione forzata si attua coattivamente il trasferimento del bene e, quindi, si deve garantire la legittimità dell'acquisto; nel giudizio divisorio, al contrario, si accerta il diritto dei condividenti alla porzione di beni comuni spettante a ciascuno di essi, ma non si attua alcun trasferimento, così che la divisione non costituisce "titolo" di acquisto opponibile ai terzi[11].

Come ha rilevato la S.C., su questa conclusione non incide la disposizione di cui

[10] A.M. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2023, p. 1430 e ss. fa presente che, secondo l'attuale indirizzo della giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. III, 11.06.2019, n. 15597), <<il deposito "rilevante", ai fini dell'art. 567 c.p.c., è quello che impone ai creditori legittimati di allegare alla istanza di vendita, oltre all'estratto del catasto, i certificati delle iscrizioni e trascrizioni relative all'immobile pignorato per il ventennio a ritroso dalla trascrizione del pignoramento; ha, tuttavia, evidenziato che il giudice della esecuzione, nell'esercizio dei poteri-doveri di direzione del procedimento, è tenuto a richiedere ulteriore documentazione al fine di elevare lo "standard" di affidabilità della vendita forzata. La Suprema Corte, con una recente pronuncia, ha affermato che il legislatore del processo espropriativo "non ha richiesto che in sede esecutiva si dia luogo a un compiuto accertamento della titolarità in capo all'esecutato del diritto reale sul bene immobile sottoposto ad esecuzione" come può desumersi dal fatto che, novellando l'art. 567 co. 2 c.p.c., ha ritenuto sufficiente il deposito, a cura dei creditori, dei soli certificati delle iscrizioni e trascrizioni relativi al ventennio a ritroso dalla data di trascrizione del pignoramento. Secondo la giurisprudenza di legittimità, invero, una visura limitata al lasso temporale prescelto garantisce una affidabilità della vendita forzata piuttosto limitata perché, tenendo conto delle modalità con cui si esegue la visura presso la Conservatoria dei registri immobiliari, "in carenza di prova che l'ultimo atto antecedente al ventennio sia idoneamente ovvero prioritariamente trascritto a favore dell'esecutato, i certificati delle iscrizioni e trascrizioni contro la sua persona non avrebbero concludenza". In questa prospettiva, anche ove la visura eseguita ai sensi dell'art. 567 c.p.c. dovesse attestare che non si registrano iscrizioni e trascrizioni a carico dell'esecutato nel ventennio, non per questo sarebbe possibile escludere che sul bene pignorato insistano "gravami" pregiudizievoli in quanto formalizzati contro la persona che aveva a sua volta trascritto il suo acquisto prima del ventennio. Alla luce di tali premesse, ritenendo utile che venga incrementato lo "standard" di affidabilità della vendita forzata, la Suprema Corte è giunta, dunque, a suggerire che il giudice dell'esecuzione, nell'esercizio del suo potere-dovere di direzione del procedimento, imponga ai creditori, che non abbiano autonomamente provveduto in tal senso, di depositare il primo titolo di provenienza ultraventennale del bene (non interessa se esso sia riferibile al debitore, al suo dante causa o addirittura al dante causa del dante causa) impartendo un ordine "estemporaneo" perché non riconducibile all'art. 567 co.3 c.p.c. ma ai principi generali>>.

[11] Si veda già Cass., sez. II, 18.05.1994, n. 4828.

ISSN 2036-7821

all'art. 1113 c.c., secondo cui devono essere chiamati in giudizio i creditori iscritti e gli aventi causa. Tali soggetti non sono litisconsorti necessari, in quanto la loro chiamata è soltanto in funzione dell'opponibilità della divisione nei loro confronti. In proposito, è stato precisato che la mancata chiamata non invalida la divisione, potendo questi soggetti disconoscerne l'efficacia nei loro confronti.
Il chiarimento della Cassazione comporta che l'acquisizione della documentazione ipocatastale rientra nell'*officium iudicis* (per usare le parole della S.C.: "*A tale esigenza deve sovrintendere d'ufficio il giudice della divisione, nel suo potere di direzione delle operazioni divisionali art. 786 c.p.c.), ordinando alle parti la produzione della documentazione occorrente o tramite il notaio delegato al compimento della vendita*": quest'ultima precisazione riguarda ovviamente il caso in cui sia necessario, per l'indivisibilità del bene, procedere alla sua alienazione).
Di conseguenza, nei giudizi divisori la pronuncia di inammissibilità (o improcedibilità) della domanda per le ragioni sopra esplicitate si pone in aperto contrasto con i principi affermati dalla Cassazione.
I giudici non hanno la possibilità di creare inammissibilità. Come correttamente ha rilevato il Supremo Consesso, in base al ragionamento svolto dalle corti di merito la situazione si sarebbe dovuta correttamente inquadrare in un caso di nullità della domanda. In altre parole la mancata documentazione ipocatastale, secondo questa giurisprudenza, non riguarderebbe la prova[12], ossia la verifica dei fatti esposti, ma la stessa completa e sufficiente esposizione dei fatti. Si verrebbe a configurare una ipotesi di atto di citazione nullo per l'insufficiente indicazione della *causa petendi* o del *petitum*. In questa prospettiva il giudice, ai sensi dell'art. 164 c.p.c., dovrebbe ordinare all'attore l'integrazione della domanda giudiziale con le indicazioni necessarie.

4. L'ulteriore recente intervento della Cassazione.

Nel solco dell'indirizzo giurisprudenziale sopra ricordato, è nuovamente intervenuta la Cassazione (sez. VI) che, con ordinanza n. 6228 del 2 marzo 2023[13], ha ripercorso tutti gli arresti della giurisprudenza di legittimità intervenuti nel corso degli anni per contrastare l'orientamento dei giudizi di merito.
In particolare, la Suprema Corte ha ricordato che nel giudizio di divisione ereditaria, anche in caso di contestazione dei coeredi, l'onere della prova dell'appartenenza dei

[12] Sul punto si rinvia alle precedenti note 6 e 8.

[13] Il giudizio in cassazione è stato proposto avverso la sentenza del giudice di appello che aveva rigettato l'appello, ritenendo corretta la decisione del primo giudice, non avendo l'attrice assolto al proprio onere di fornire idonea prova della comproprietà e non avendo depositato tempestivamente la documentazione richiesta dall'art 567, co. 2 c.p.c., necessaria per consentire al giudice sia la verifica della titolarità dei beni oggetto della domanda, sia la verifica dell'integrità del contraddittorio in rapporto all'eventuale esistenza di trascrizioni ed iscrizioni prese contro il *de cuius* e, dopo la sua morte, contro i successori.

ISSN 2036-7821

beni al *de cuius* e, quindi, della comproprietà non grava sull'attore[14], ponendo in evidenza che la domanda di divisione non nasce dalla conflittualità tra le parti, in quanto avviene nell'interesse di tutti i comproprietari, vantando gli stessi uguale diritto alla divisione da cui traggono un'utilità concreta[15]. Ha quindi osservato che l'assimilabilità dell'atto di divisione agli atti con efficacia costitutiva e traslativa viene utilizzata per consentire l'applicazione del divieto stabilito dalla disciplina urbanistica in materia di immobili abusivi[16] e che, tuttavia, il riconoscimento della natura costitutiva della divisione non consente che la stessa sia considerata titolo idoneo a fornire la prova della proprietà dei beni ed esclude che la divisione sia da sola sufficiente a formare titolo per l'usucapione abbreviata[17]. D'altronde, gli artt. 784 c.p.c. e 1113 c.c. non impongono al comunista di documentare la presenza o l'assenza di trascrizioni e iscrizioni sulla quota indivisa dei singoli; i creditori iscritti e gli aventi causa di uno dei compartecipi non sono parti necessarie del giudizio, bensì possono intervenire per vigilare sul corretto svolgimento del giudizio divisionale; di conseguenza la loro chiamata in causa non può essere considerata condizione di validità della domanda, ma è un onere che grava sui comproprietari "se ed in quanto si voglia che la relativa decisione faccia stato nei loro confronti"[18]: Nella motivazione della citata ordinanza, la S.C. ha chiarito che, anche se la divisione ottenuta mediante la vendita ai sensi dell'art. 720 c.c. postula che vengano acquisite le informazioni richieste dall'art. 567 c.p.c. per la espropriazione, è indubbio che tale esigenza può essere soddisfatta attraverso la direzione del giudice della divisione, che può ordinare alle parti la produzione della documentazione occorrente, o tramite il notaio delegato al compimento della vendita. Di conseguenza, il richiamo alle norme sul processo di espropriazione forzata è limitato alle modalità esecutive della vendita e ai relativi rimedi[19]. Peraltro, alla divisione non è applicabile il principio *prior in tempore* desumibile dagli artt. 2644 e 2914, n. 1, c.c. Infatti, la trascrizione della divisione o della domanda di divisione eseguita dopo la trascrizione o iscrizione

[14] Cass., sez. VI, n. 10067 del 2020, cit.; sez. II, 14.01.2022, n. 1065 ove si evidenzia che <<la documentazione mancante non integra la prova di un fatto favorevole ad una parte e sfavorevole all'altra, ma ridonda a vantaggio di tutti i condividenti ai quali la domanda di divisione è comune, sicché il giudice di appello, qualora ritenga di non poterne prescindere, può ordinarne alle parti la produzione anche nel corso delle operazioni divisionali, avuto riguardo all'esigenza di reiterare il riscontro documentale, già dato in primo grado, di una comune appartenenza pacifica e incontroversa>>.

[15] Cass, sez. VI, 14.12.2021, n. 40041, con nota di C. Taraschi, *Ilprocessocivile.it*, 22 agosto 2022; sez. II, 08.10.2020, n. 21716; n. 1065 del 2022, cit.; sez. II, 13.07.1987, n. 6105; sez. II, 13.06.2018, n. 15504 sulla impossibilità del compartecipe di opporre, successivamente al giudizio di divisione, l'usucapione del bene oggetto del processo; sez. II, 08.07.1980, n. 4353 sulla necessaria partecipazione di tutti i comproprietari al giudizio di divisione.

[16] Cass., sez. un., 07.10.2019, n. 25021, con nota di V. Tagliaferri e F.M. Bava, su *Ilfamiliarista.it*, 27 gennaio 2020.

[17] Cass., sez. II, 21.03.1983, n. 1976, chiarisce che per l'usucapione decennale si richiede, quale titolo astrattamente idoneo all'acquisto della proprietà, un atto traslativo a non domino a titolo particolare.

[18] Cass., sez. II, 21.07.1981, n. 4703; sez. I, 28.06.1986, n. 4330.

[19] Cass., sez. un., 29.07.2013, n. 18185, con nota di D. Achille, *Diritto & Giustizia*, 30 luglio 2013.

ISSN 2036-7821

contro uno dei comproprietari comporta l'acquisizione del diritto di impugnare la divisione già eseguita o di disconoscerne l'efficacia, purché si riceva pregiudizio dall'atto divisionale[20]; secondo le regole generali in tema di trascrizioni l'obbligo della trascrizione è posto a salvaguardia dei diritti dei terzi e non incide sulla procedibilità della domanda e sulla validità della decisione, potendo dar luogo a sanzioni di carattere fiscale, ove applicabili[21]. In particolare, per quanto riguarda la divisione, oltre agli effetti previsti dall'art. 1113 c.c., la trascrizione della domanda è richiesta per assicurare la continuità delle trascrizioni di cui all'art. 2650 c.c.[22].

5. Breve conclusione.

Il rapporto tra Corte di cassazione e giudici di merito non è di subordinazione, in quanto il giudice è soggetto solo alla legge. Si è sviluppata, però, l'idea di una necessaria coordinazione, che tenga conto della funzione c.d. nomofilattica del giudice di legittimità[23]. I giudici di merito, qualora volessero contrastare l'insegnamento della S.C., non potrebbero farlo sulla base degli argomenti ritenuti dalla Cassazione privi di fondamento; per questo è stato inserito nel codice l'art. 360-*bis* c.p.c.[24]. E', perciò, auspicabile che si chiuda definitivamente la dannosa parentesi giurisprudenziale che, purtroppo, ha lasciato sul campo non poche vittime.

Non pare, infatti, peregrino immaginare che la giurisprudenza di merito richiamata abbia avuto un effetto domino sui processi divisori, provocando una vera e propria <<strage>> di giudizi pendenti magari da diversi anni, ampiamenti istruiti, parzialmente decisi oppure già pendenti in grado di impugnazione. Una strage che si è protratta per anni, senza clamore, in maniera silente, probabilmente perché di fronte all'alternativa tra la proposizione di un'incerta e difficile impugnazione volta a sradicare il convincimento radicatosi nella giurisprudenza di merito e una sicura riproposizione della domanda sostenuta dalla documentazione ipocatastale la scelta della parte è ricaduta su questa seconda possibilità[25].

Come si è detto nella premessa è difficile trovare una meritevole giustificazione alle pronunce che subordinano la procedibilità o l'ammissibilità della domanda di divisione alla produzione della documentazione ipocatastale. La prassi giurisprudenziale che sanziona con l'improcedibilità o l'inammissibilità la domanda di divisione priva della certificazione ipocatastale lascia paradossalmente

[20] Cass. sez. II, 24.11.2020, n. 26692, con nota di L. Tantalo, *Diritto & Giustizia*, 25 novembre 2020, fasc. 227; sez. III, 15.05.2014, n. 10653.

[21] Cass., sez. II, 19.05.1976, n. 1787.

[22] Cass., sez. II, 04.05.1985, n. 2800; id., 25.01.2000, n. 821, Vita not. 2000, 300.

[23] P. Curzio, *Il giudice ed il precedente*, in *Questione Giustizia*, fascicolo 4/2018, p. 37 e ss.

[24] C. Consolo, *Una buona "novella"al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi articoli 360-bis e 614-bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. Giur.*, 2009, 6, p. 739.

[25] M. Acone, op. cit.; l'A. conclude proclamando, con eccessivo ottimismo, finalmente terminata la stagione della <<strage dei giudizi di divisione>>.

ISSN 2036-7821

soccombenti tutte le parti in contesa, non creando alcun vantaggio concreto in capo ad alcuno dei condividenti, traducendosi in una violazione dei principi ispirati all'economia processuale e alla ragionevole durata del processo; per altro verso, si osserva che l'indirizzo giurisprudenziale esaminato produce un effetto ritorsivo sulla stessa macchina giudiziaria, generando ulteriore potenziale contenzioso.
Sovviene, in proposito, il brocardo <*nemo in communione invitus tenetur*>. La regola di buon senso e di comune esperienza è cristallizzata nell'art. 1111, co. 1 c.c. a mente del quale <Ciascuno dei partecipanti può sempre domandare lo scioglimento della comunione;…>. Questa ragione avrebbe dovuto indurre a vagliare con attenzione la questione evitando di prestare adesione a un orientamento giurisprudenziale errato sotto il profilo sociale, prima ancora che giuridico. In altri termini, a tacer del fatto che il processo di cognizione deve tendere alla pronuncia di merito, evitando, ove possibile, pronunce di rito, mai si potrebbe impedire al comunista di proporre e riproporre la domanda di scioglimento della comunione ereditaria.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La crisi energetica e la produzione di energia rinnovabile tra semplificazioni e decretazione d'urgenza

di Bianca Nicla Romano

(Ricercatrice di Diritto Amministrativo presso l'Università "Parthenope" di Napoli)

Sommario

1. Delimitazione del campo di indagine. 2. Energia sostenibile: necessità di un approccio *glocal*. 3. Cenni sul procedimento autorizzatorio per la produzione di energia da fonti rinnovabili. 4. Le misure emergenziali introdotte a seguito del conflitto bellico russo-ucraino. 5. La "questione" della semplificazione in materia ambientale. 6. Quali "rimedi" per la produzione di energia da fonti rinnovabili? 7. Riflessioni conclusive.

Abstract

The subject of this article is the investigation of the measures that have been urgently taken to deal with the energy crisis resulting from the Russian-Ukrainian war conflict. In particular, it will focus on the tools for simplifying procedures, introduced to incentivize the installation of plants intended for the production of energy from renewable sources, pointing out that the shortage of this form of energy cannot be addressed only through simplifying tools (adopted, often, even as a matter of urgency). These must, in fact, necessarily be flanked by more structured interventions that, in taking into account the delicacy and complexity of the issue, aim to better involve citizens, who, through adequate information and concrete and effective participation, can make their contribution to the goal of decarbonization and to the responsible implementation of policies on the subject.

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

ISSN 2036-7821

1. Delimitazione del campo di indagine.

Gli ultimi tre anni sono stati caratterizzati da una serie di accadimenti ed eventi che si sono susseguiti in maniera assolutamente inaspettata ed imprevista, ripercuotendosi, inevitabilmente, sull'economia del nostro Paese e generando un periodo di crisi.

Infatti, alla pandemia da Covid-19 iniziata nel 2020, che ha inciso sulla salute a livello globale, comportando la totale interruzione delle attività produttive, ha fatto seguito una nuova crisi, nel 2022, quella energetica, proprio quando si cominciava a sperare in una ripresa economica grazie ai fondi stanziati dall'Unione Europea attraverso il PNRR[1]. Tale ultima crisi se, in un primo momento, è stata affrontata come la conseguenza dell'innalzamento dei prezzi delle materie prime, fisiologico perché determinato dalla ripresa delle attività produttive dopo la lunga pausa causata dal Covid, successivamente, quando è iniziato il conflitto bellico russo-ucraino, si è trasformata, invece, in una vera e propria emergenza che ha messo a nudo l'inefficienza e l'inadeguatezza delle nostre politiche in materia, basate ancora prevalentemente sull'utilizzo del gas per generare energia elettrica e, soprattutto, ancora troppo dipendenti dalle importazioni dall'estero, in particolare proprio dalla Russia.

Anche il conflitto russo-ucraino, così come era accaduto per l'epidemia da Covid-19, è stato, dunque, decretato come situazione di emergenza, attraverso ben due diverse dichiarazioni consecutive (contenute nel d.l. n. 14 del 25 febbraio 2022[2] e nel d.l. n. 16 del 28 febbraio 2022[3]) che hanno segnato una sorta di "continuità emergenziale" con il precedente stato pandemico[4], da gestirsi attraverso interventi normativi immediati, che non sarebbero stati conciliabili con i tempi fisiologici del procedimento legislativo parlamentare e che solo la decretazione d'urgenza rende, invece, possibili.

[1] Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, noto anche come *Recovery Plan,* approvato nel 2021 dall'Italia all'interno del programma Next Generation EU (NGEU) per rilanciare l'economia dopo la pandemia di COVID-19 e permettere lo sviluppo verde e digitale del Paese.

[2] Recante "Disposizioni urgenti sulla crisi in Ucraina", convertito nella Legge n. 5 aprile 2022 n. 28, pubblicata nella Gazzetta ufficiale del 13 aprile 2022. Esso è "*l'intervento all'estero in conseguenza del grave contesto emergenziale in atto nel territorio dell'Ucraina*", inizialmente dichiarato per la durata di tre mesi a decorrere dal 25 febbraio (quindi fino al 25 maggio) e successivamente prorogato, con delibera del 12 maggio 2022, fino al 31 dicembre 2022.

[3] Recante "Ulteriori misure urgenti per la crisi in Ucraina" e successivamente abrogato dalla menzionata L. 5 aprile 2022, n. 28 di conversione del d.l. 14/2022 che ha, però, lasciato inalterata la validità degli atti e dei provvedimenti adottati sulla base di esso, nonché fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base del decreto medesimo. Quest'ultimo è stato emanato "*in relazione all'esigenza di assicurare soccorso ed assistenza alla popolazione ucraina sul territorio nazionale in conseguenza della grave crisi internazionale in atto*", la cui scadenza è stata subito fissata al 31 dicembre 2022.

[4] Il cui termine era stato previsto per il 31 marzo 2022.

ISSN 2036-7821

Dato il frequente uso che, negli ultimi tre anni, si è fatto della decretazione dello stato di emergenza, la dottrina[5] si è, però, dovuta ancora una volta interrogare sulla sua complessa tematica, sul suo possibile fondamento giuridico e sulle sue implicazioni, nel breve come nel lungo periodo, indagando, in particolare, sul se i fenomeni della crisi pandemica, di quella economica che ne è seguita e di quella legata alle vicende belliche russo-ucraine siano compatibili con il nostro "modello costituzionale" o se, piuttosto, i condizionamenti espressi dall'emergenza, dai vincoli finanziari e dalla tecnica non siano la manifestazione di come «*il "sistema delle fonti" del nostro ordinamento sia stato "contagiato" da quella particolarmente grave patologia che si manifesta attraverso il* deficit *di legittimazione democratica dei processi di produzione normativa*»[6].
Dagli studi che ne sono conseguiti è emerso che nel nostro ordinamento costituzionale si sono prodotte distorsioni[7] dovute anche al fatto che la stessa individuazione della situazione emergenziale può condurre a scelte non univoche e, pertanto, «*rimesse alla discrezionalità, in concreto, dei soggetti chiamati, caso per caso, alle valutazioni su fatti contingenti*»[8]. Ciò comporta che, spesso, tali valutazioni non giustificherebbero effettivamente il ricorso alla decretazione d'urgenza e, di conseguenza, che anche il suo uso/abuso come "normale" strumento di legiferazione rientra tra le suddette distorsioni, su cui la Corte Costituzionale è intervenuta già da tempo, ribadendo che i presupposti per il suo utilizzo sono solo quelli della necessità e dell'urgenza[9].

---

[5] Sul tema del potere di emergenza esercitato dalla crisi pandemica in poi si vedano, *ex multis,* M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC,* 2, 2020, p. 116; analogamente S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia,* n *Rivista AIC,* 2, 2020, pp. 531 ss.; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria,* in *Rivista AIC,* 2, 2020, pp. 562 ss.; L. R. PERFETTI, *Sullo statuto costituzionale dell'emergenza. Ancora sul diritto pubblico come violenza o come funzione dei diritti della persona*, *in* P.A. Persona e amministrazione, 2/2020, pp. 51-79; U. RONGA, *L'emergenza in Parlamento. Attraverso e oltre la pandemia,* Napoli, Editoriale Scientifica, 2022. Ma anche I. A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo,* in *Rivista AIC,* n. 1, 2021, p. 117; F. ZAMMARTINO, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra Costituzione. Sistema delle fonti e prassi: il caso dei DPCM*, in *Giustamm.it*, 2022; A. CARDONE, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza,* Bozza della relazione introduttiva al Convegno Annuale dell'Associazione "Gruppo Di Pisa" - Firenze, 17-18 Giugno 2022; M. C. GIRARDI, *Costituzione e stato di emergenza. Rilievi a margine della vicenda pandemica,* su www.federalismi.it, n. 12/2023. Mi sia consentito un rinvio, infine, anche a F. ZAMMARTINO, B. N. ROMANO, *Il complesso e frammentario sistema dei poteri normativi statali e locali nella gestione dell'emergenza da Covid-19,* in *Amministrativ@mente.com,* 2/2020.

[6] Cfr. A. CARDONE, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza,* cit., p. 4.

[7] Da tali distorsioni sono derivate implicazioni che, in particolare durante l'emergenza sanitaria, hanno riguardato anche le libertà costituzionali. Cfr. M. C. GIRARDI, *Costituzione e stato di emergenza. Rilievi a margine della vicenda pandemica,* cit.

[8] U. RONGA, *Il Governo dell'emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19,* in *Nomos,* n. 1, 2020, p. 4.

[9] Corte Cost., sent. n. 15 del 1982, ma sulla rilevanza dei presupposti di necessità ed urgenza si vedano anche Corte Cost. nn. 29/1995 e 171/2007, in cui, per la prima volta, viene dichiarata illegittima la legge di conversione di un decreto-legge emanato in evidente assenza dei requisiti richiesti (e cioè la L. 28 maggio 2004, n. 140 di conv. del D. L. 29 marzo 2004, n. 80). Per alcuni commenti si rinvia a: A. CELOTTO, *C'è sempre una prima volta… (La Corte*

Questo tema abbraccia, dunque, profili molteplici che, data la loro ampiezza, non saranno specificamente oggetto della trattazione delle pagine che seguono, nelle quali, invece, ci si soffermerà sull'uso che si è fatto della decretazione d'urgenza, nelle contingenze evidenziate, per introdurre norme di semplificazione delle procedure relative alla installazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili (FER), al fine di incentivarne la realizzazione. Queste ultime sono state, dunque, considerate urgenti alla stessa stregua delle misure necessarie ad affrontare le emergenze conseguenti al conflitto. In altri termini, contestualmente a norme attraverso le quali si è cercato di fronteggiare la riduzione delle importazioni di gas e di offrire sostegno alle famiglie e alle imprese italiane, in difficoltà a causa dell'aumento dei prezzi conseguente alla crisi energetica che la guerra ha determinato, si è ritenuto anche di dovere incentivare, attraverso misure di semplificazione, la produzione di energia da fonti rinnovabili, sebbene l'insufficienza di tale energia non possa certo definirsi una situazione imprevista quanto lo è stata la guerra.

Partendo da tale circostanza saranno, dunque, svolte alcune riflessioni in merito alla complessità della materia relativa alla produzione di energia da fonti rinnovabili che, proprio per la sua delicatezza, dovrebbe costituire oggetto di un *iter* normativo maggiormente ponderato e, soprattutto, condiviso. Invece, nella situazione a cui si fa specifico riferimento, essa è stata disciplinata da uno strumento, il decreto-legge, che è quello attraverso il quale si affrontano le emergenze, caratterizzate, come affermato dalla Suprema Corte, da «*una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea*» la quale legittima misure insolite che, però, «*perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo*»[10]. A sommesso avviso di chi scrive, la rilevata insufficienza di produzione di energia da fonti rinnovabili se, per certi aspetti, poteva considerarsi *anomala* ed anche *grave*, tuttavia non rivestiva (e non riveste) certamente il carattere della *temporaneità*, dal momento che il percorso che

costituzionale annulla un decreto-legge per mancanza dei presupposti), su *Rivista telematica www.giustamm.it* 5/2007; R. DICKMANN, *Il decreto-legge come fonte del diritto e strumento di governo*, su *Rivista telematica federalismi.it*, n. 12/2007; R. ROMBOLI, *Una sentenza "storica": la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto-legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità e di urgenza*, in *Il Foro italiano*, 2007, 1986; A. RUGGERI, *Ancora una stretta (seppur non decisiva) ai decreti-legge, suscettibile di ulteriori, ad oggi per vero imprevedibili, implicazioni a più largo raggio (a margine di Corte cost. n. 171 del 2007)*, su *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 4.6.2007; V. FRANCESCO PATERNITI, *Dalla astratta sindacabilità al concreto sindacato del decreto-legge privo dei presupposti costituzionali: la Corte costituzionale passa alle vie di fatto*, su *Forum dei Quaderni Costituzionali*; P. CARNEVALE, *Il vizio di "evidente mancanza" dei presupposti al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto-legge. Il caso della sentenza n. 171 del 2007*, su AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti; A. GUAZZAROTTI, *Il rigore della Consulta sulla decretazione d'urgenza: una camicia di forza per la politica?*, su *Forum dei Quaderni Costituzionali*; S. BOCCALATTE, *Tra norma e realtà: riflessioni sulla motivazione del decreto-legge alla luce della sentenza n. 171/2007*, su *www.federalismi.it*; L. FASCIO, *La sentenza della Corte costituzionale, 23 maggio 2007, n. 171: una pronuncia realmente innovativa?*, su *Rivista elettronica Amministrazione in cammino*.

[10] Corte Cost., sent. n. 15 del 1982, cit.

ISSN 2036-7821

conduce a risultati che possano definirsi adeguati è, allo stato, ancora troppo lungo e complesso ma, soprattutto, non è destinato a terminare nel breve periodo. In altre parole, le contingenze belliche non sono state la causa della suddetta insufficienza, che preesisteva, ma l'hanno "svelata", non essendo stato possibile attingere a fonti "diverse" dal gas, con le quali sostituirlo e/o integrarlo, per la produzione di energia.
Come è noto, le politiche europee spingono da tempo verso la transizione energetica ed ecologica, per conseguire le quali bisogna passare attraverso la totale decarbonizzazione entro il 2050. In particolare, il *Recovery and Resilience Facility* ("Regolamento RRF")[11] evidenzia la necessità di realizzare la "transizione verde" cui il PNRR aggiunge la necessità che si consegua anche la "transizione ecologica". In realtà, pur non specificando, realmente, nessuno dei due documenti cosa debba intendersi con tali forme di transizione, il *Recovery and Resilience Facility* considera la transizione verde uno dei sei pilastri che servono ad assicurare la ripresa e a migliorare la resilienza dell'Europa, in quanto rende possibile preservare la sicurezza energetica, promuovere la crescita sostenibile e, al contempo, creare posti di lavoro. Per tali fini, sono, però, necessarie riforme, investimenti in nuove tecnologie ed anche il raggiungimento dell'efficienza energetica, dalla quale deriva l'attenzione agli obiettivi climatici dell'Unione. Dunque, è necessario superare progressivamente la dipendenza dai combustibili fossili per sostituirli con le energie rinnovabili, obiettivo a cui punta anche il PNRR che, dal canto suo, considera la transizione ecologica un presupposto legato ai cambiamenti climatici e che va affrontato attraverso la costituzione di un nuovo modello di sviluppo, nell'ambito del quale la tutela dell'ambiente rappresenti, anziché un limite, un nuovo impulso, non solo per l'economia, ma anche per l'occupazione[12].
Tutto questo si "scontra", però, con la realtà complessa che attualmente viviamo, nella quale le emergenze che si sono stratificate negli ultimi anni hanno messo in risalto la distanza del nostro sistema produttivo dagli obiettivi che l'Europa ci impone; dunque, la guerra ha "solo" drammaticamente evidenziato che, purtroppo, le nostre politiche energetiche sono ancora basate prevalentemente sull'utilizzo del gas, fonte energetica che, pur essendo non rinnovabile, tuttavia deve essere considerata preferenziale e, dunque, preservata[13]. Infatti, per rispondere

[11] Regolamento 2021/241 del 12 febbraio 2021.
[12] Si veda, sul tema della costruzione di un nuovo modello di sviluppo il recente ed interessante lavoro di F. DE LEONARDIS, *Lo stato ecologico, Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato,* Giappichelli, 2023.
[13] Il gas naturale, infatti, è una fonte energetica che risulta sicuramente più pulita e con un impatto ambientale minore rispetto ad altri combustibili fossili quali il carbone ed il petrolio, ma che, attraverso la sua combustione, produce comunque molta anidride carbonica, implicata nel dannoso fenomeno dell'effetto serra. Per questo motivo è anch'esso una fonte inquinante, in quanto produce emissioni in grado di aggravare la crisi climatica, sia durante la combustione che durante l'estrazione e il trasporto. I problemi che derivano dal suo utilizzo, infatti, sono legati non solo alle emissioni di anidride carbonica e di altri gas serra derivanti dalla sua combustione, ma anche alla sua componente principale, e cioè il metano, gas serra in grado di intrappolare il calore in un modo

ISSN 2036-7821

all'emergenza, attraverso la decretazione d'urgenza si è dovuto innanzitutto introdurre misure finalizzate a ridurre i consumi nazionali di gas al fine di riuscire, da un lato, ad aumentarne la produzione nazionale e, dall'altro, a fronteggiarne la necessità di approvvigionamento.

In considerazione di questo che si potrebbe definire quasi un "paradosso", ci si soffermerà sulla difficoltà/necessità di coniugare o, meglio, di bilanciare, nella prospettiva dello sviluppo sostenibile[14], la produzione di energia - e quindi lo sviluppo - con la tutela ambientale[15], avvalendosi di fonti poco inquinanti[16], tutto ciò,

---

molto più efficace rispetto ad una molecola di CO2 addirittura nei 20 anni successivi alla sua emissione in atmosfera. Ciononostante, il gas naturale viene considerato una sorta di "ponte", in grado di favorire la transizione energetica verso fonti più pulite per via non solo del suo impatto ambientale minore sull'ambiente, ma anche perché un investimento sulle reti di trasporto di tale combustibile può rivelarsi strategico in prospettiva futura, essendo possibile utilizzare le stesse strutture anche per il trasporto di idrogeno e di biometano (derivato del biogas) che, al contrario del gas naturale, sono, invece, gas rinnovabili e puliti che, pertanto, dovranno rappresentare una quota sempre più ampia di fonti da utilizzarsi per produrre energia.

[14] Come richiesto dall'art. 194 TFUE. Quando si parla di sviluppo sostenibile si fa riferimento al principio definito dalla *World Commission on Environment and Development* (detta anche Commissione Brundtland, dal nome del primo ministro norvegese che la presiedette) istituita nel 1983, in cui fu presentato il rapporto "Il futuro di tutti noi" - *Our Common Future*), secondo il quale si devono soddisfare i bisogni delle generazioni attuali senza compromettere la possibilità per le generazioni future di soddisfare i propri. Il rapporto evidenzia la necessità di attuare una strategia in grado di integrare le esigenze dello sviluppo e della tutela dell'ambiente, ispirando alcune importanti conferenze delle Nazioni Unite (tra cui quella di Rio di Janeiro del 1992), documenti di programmazione economica e legislazioni nazionali ed internazionali. Esso è disciplinato dall'art. 3 *quater* del D. Lgs. 152/2006. Sul tema si segnalano, *ex plurimis,* F. SALVIA, *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Riv. giur. amb.*, 1998, 325 ss.; A. MARZANATI, *Lo sviluppo sostenibile*, in A. LUCARELLI – A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Napoli, 2003, 139 ss.; E. FREDIANI, *Sviluppo sostenibile ed energie rinnovabili*, in F. CORTESE – F. GUELLA – G. POSTAL (a cura di), *La regolamentazione della produzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile. Sistemi giuridici comparati, dal livello sovrastatale al locale*, Padova, 2013, 5 ss.; M. MONTINI, *Investimenti internazionali, protezione dell'ambiente e sviluppo sostenibile*, Milano, 2015, spec. 2-57; M. MONTINI – F. VOLPE, Sustainable Development at a turning point, in *Federalismi.it*, 2 novembre 2016; M. ANTONIOLI, *Sostenibilità dello sviluppo e governance ambientale*, Torino, 2016; F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *RQDA*, 2010, 13-41. ID., *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2017, 182 ss.; M. ANTONIOLI, *Sviluppo sostenibile e giudice amministrativo tra tutela ambientale e governo del territorio*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2/2019, 201 ss.

[15] La tematica ambientale e, dunque, la nozione di ambiente sono oggetto di attento studio da parte di moltissima dottrina. In questa sede si possono richiamare solo alcuni degli Autori che se ne sono occupati, tra cui A.M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, 1967, n. 2, 69 ss.; M.S. GIANNINI, *Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1122 ss.; ID., *"Ambiente": saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 15 ss.; F.G. SCOCA, *Tutela dell'ambiente: la difforme utilizzazione della categoria dell'interesse diffuso da parte dei giudici amministrativo, civile e contabile*, in *Dir. soc.*, 1985, 4, 637 ss.; ID., *Osservazioni sugli strumenti giuridici di tutela dell'ambiente*, in *Dir. soc.*, 1993, 3, 399 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Tutela dell'ambiente e beni pubblici (Provocazioni per uno studio sul dominio ambientale eminente)*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, t. I, Milano, 1996, 311 ss.; G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, ibidem, 1121 ss.; F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. ec.*, 2002, 215 ss.; F. DE LEONARDIS, *L'ambiente tra i principi fondamentali della Costituzione*, in *federalismi.it*, 2004, n. 3; P. DELL'ANNO – E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, 2012; R. FERRARA – M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014; B. CARAVITA, L. CASSETTI, A. MORRONE, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016; A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON (a cura di), *Introduzione al diritto ambientale*, Bari-Roma, 2018.

ISSN 2036-7821

vale la pena ribadirlo, non tramite misure *extra ordinem*, ma con una programmazione di tempi, modalità e risorse capace di comporre le diverse istanze poste dalla necessaria transizione verso fonti rinnovabili.

Attraverso l'analisi della disciplina sia europea che nazionale relativa alle FER, si evidenzierà, quindi, la loro rilevanza nel percorso che conduce alla totale decarbonizzazione e alla riduzione delle emissioni di gas serra a vantaggio di una maggiore sostenibilità, come richiesto dal *Green Deal* europeo[17]. Finora tale rilevanza, purtroppo, non è stata adeguatamente considerata, probabilmente a causa della eterogeneità della normativa relativa all'efficienza energetica, costituita da tante misure che si caratterizzano «*per investire trasversalmente molteplici settori ad alto consumo di energia*»[18]; ma, altrettanto probabilmente, anche a causa di una ancora troppo scarsa conoscenza del tema, che determina, a sua volta, l'insorgere di un atteggiamento oppositivo, manifestato, specialmente in passato, da parte sia della politica che delle comunità locali, rispetto alla realizzazione di infrastrutture per la produzione di energia alternativa[19]. Forse, una migliore e più puntuale conoscenza e

---

[16] L'obiettivo dovrebbe essere quello di transitare verso una "energia pulita", ovvero il *Clean energy for all Europeans*, che l'Unione europea, sulla scia del cd. "Pacchetto Clima ed Energia", o anche "Strategia 20-20-20", ha elaborato attraverso otto testi normativi, tra direttive e regolamenti, l'ultimo dei quali è la Direttiva 2018/844/UE del 30 maggio 2018, che modifica la Direttiva 2010/31/UE sulla prestazione energetica nell'edilizia e la Direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica. Per la ricostruzione del percorso normativo europeo sulla materia dell'energia si rinvia a M. BERNARDI e R. MICCÙ, *La diade «ambiente-energia» e lo sviluppo sostenibile: alla ricerca della «quadratura del cerchio»*, in M. A. ICOLARI (a cura di), *La tutela dell'ambiente al tempo della crisi pandemica*, Giappichelli, Torino, 2021, 97 s.; ma sul tema si veda anche L. AMMANNATI, *La transizione energetica*, Giappichelli, Torino, 2018.

[17] Il *Green Deal* è il cd. Patto verde europeo, presentato nel novembre del 2019 e contenente una strategia articolata in una serie di piani d'azione volti a concretizzare l'impegno europeo per il raggiungimento della neutralità climatica entro il 2050, conseguibile attraverso un'economia pulita e circolare relativamente alla quale è necessario mobilitare l'industria in tempi rapidi, dal momento che «*occorrono 25 anni - una generazione - per trasformare un settore industriale e tutte le catene del valore*». P. 2.1.3. Sul tema, per la cui trattazione si rinvia di seguito, si vedano, *ex multis*, V. E. BRUTI LIBERATI, Green deal, green industrial policy *e settore dell'energia*, in *Riv. giur. amb.*, 1/2021, 129 ss., ma anche F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Diritto amministrativo*, 4/2021.

[18] E cioè quello residenziale, terziario, mobilità sostenibile, cfr. R. MICCÙ, M. BERNARDI, *Premesse ad uno studio sulle* Energy communities: *tra* governance *dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in www.federalismi.it n. 4/2022, 603-640.

[19] Sul tema si tornerà di seguito. Va evidenziato che, dal Rapporto IEA (l'*Energy Efficiency* 2021 dell'Agenzia Internazionale dell'energia) - che rappresenta il primo aggiornamento sul mercato dell'efficienza energetica da quando i governi hanno annunciato una serie di nuovi impegni di spesa volti a sostenere la ripresa economica nel corso del 2021 - nel verificare che i livelli di efficienza energetica stavano tornando a quelli pre-pandemia - sebbene ancora ben al di sotto del ritmo necessario al raggiungimento dello zero netto in termini di emissioni inquinanti e climalteranti - è emerso che, per riuscire ad espandere le tecnologie, trovare soluzioni per un uso più efficiente dell'energia e raggiungere gli obiettivi climatici internazionali, sarebbe necessario un aumento degli investimenti fino a triplicarli prima del 2030, al fine di riuscire a ridurre le emissioni di gas serra a 0 entro il 2050, pur nella consapevolezza che gli Stati utilizzeranno ancora la metà del gas consumato rispetto ad oggi. Il suddetto rapporto è stato stilato poco dopo la fine della conferenza sui cambiamenti climatici COP26 a Glasgow, in cui si è evidenziata la necessità di un rapido aumento delle misure di efficienza energetica, riconoscendo il loro ruolo chiave nella decarbonizzazione dei sistemi energetici.

ISSN 2036-7821

comprensione della necessità e delle potenzialità di tali infrastrutture (supportate anche dalle tecnologie digitali[20]) avrebbero potuto, già da tempo, offrire un contributo molto maggiore alla domanda globale di energia[21].

Sic stantibus rebus, appare, dunque, evidente che la scarsità di energia da FER non è superabile solo grazie alla semplificazione delle procedure di installazione dei relativi impianti, sebbene questa sia essenziale alla soddisfazione dei molteplici interessi coinvolti. È necessario, evidentemente, porre in essere anche ulteriori azioni, finalizzate a migliorare l'efficienza e la sostenibilità nel settore energetico attraverso la costruzione di una reale *governance* tra soggetti pubblici e privati, grazie alla quale dare concretamente attuazione alle relative politiche pubbliche.

Ad avviso di chi scrive, infatti, la collaborazione, favorita da una adeguata informazione e sensibilizzazione sul tema, può consentire di raggiungere il difficile equilibrio tra soddisfazione della domanda energetica e tutela dell'ambiente che ci circonda e ci accoglie. A tale fine, sarebbe necessario anche "potenziare" i tre pilastri della Convenzione di Aarhus del 1998[22] (ovvero l'accesso all'informazione[23], la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia) perché, attraverso i c.d. "diritti procedurali ambientali", è possibile non solo garantire la

[20] Il settore energetico si avvale delle tecnologie digitali già dagli anni Settanta, in quanto esse contribuiscono a migliorare la gestione della domanda e a ridurre i consumi attraverso la regolazione con dispositivi intelligenti. Ma la digitalizzazione può agire anche sui comportamenti dei consumatori, fornendo loro informazioni puntuali sui loro consumi di energia e sui relativi costi. Le direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE, rispettivamente sull'elettricità e sul gas, (c.d. terzo pacchetto energia) prevedono che gli Stati membri garantiscano l'attuazione di sistemi di misurazione intelligenti grazie ai quali favorire la partecipazione attiva dei consumatori nel mercato della fornitura dell'energia elettrica e del gas, potendo, però, subordinare tale obbligo ad una valutazione economica positiva dei costi e dei benefici a lungo termine. Cfr. sul punto, L. COZZI-V. FRANZA, *Digitalizzazione: una nuova era nell'energia?*, in *Energia*, n. 3/2019, 52 ss., ma anche F. SCALIA, *Energia sostenibile e cambiamento climatico. Profili giuridici della transizione energetica,* Giappichelli, 2020, 183.

[21] L'energia è qualcosa di diverso dai beni energetici: infatti, questi ultimi sono i beni da cui si estrae energia (come, ad esempio i carburanti, il carbone, l'uranio) che, invece, ne è il prodotto; soprattutto quando è elettrica, essa è l'unica che può essere commercializzata e trasportata a distanza, a differenza dell'energia termica, idraulica e meccanica che, prima di essere trasferite, devono essere trasformate in energia elettrica. Cfr. al riguardo, R. FEDERICI, *Concetto giuridico di energia*, in *Il diritto dell'energia* (a cura di E. PICOZZA e S. M. SAMBRI), Cedam, Padova, 2015, 9; ID. *Diritto dell'ambiente e diritto dell'energia. Discipline trasversali e ordinamenti giuridici*, in *Ambientediritto.it,* 4/2019, 7.

[22] Segnatamente, "Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione dei cittadini e l'accesso alla giustizia in materia ambientale" firmata ad Aarhus (Danimarca), nel 1998, da un alto numero di Stati dell'Europa e dell'Asia Centrale e ratificata dal nostro Paese con legge n. 108 del 2001 (e dalla Comunità Europea il 17 febbraio 2005). Essa è stata definita la più compiuta codificazione dei diritti di partecipazione del pubblico a livello internazionale (cfr. A. ANGELETTI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Partecipazione, accesso e giustizia nel diritto ambientale*, Napoli, 2011, 2). Recentemente è stata modificata dal Reg. 1767/2021. Sul tema si rinvia a R. TITOMANLIO, *Il diritto all'ambiente come diritto fondamentale dell'individuo. Il nuovo regolamento europeo sulla Convenzione di Aarhus e alcuni contrastanti esiti giurisprudenziali in materia di accesso agli atti e di "atto amministrativo nell'ambito del diritto ambientale"*, in *Dirittifondamentali.it,* 3/2021, 590-607.

[23] In tema di accesso alle informazioni si rinvia, *ex multis,* a A. CONTIERI, G. DI FIORE, *L'accesso alle informazioni ambientali (D. Lg. 19 agosto 2005 n. 195,* in (a cura di) M. A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa,* Giuffrè, Roma, 2017, 1248-1271.

ISSN 2036-7821

conoscenza (o conoscibilità) e, di conseguenza, la consapevolezza dello stato dell'ambiente in cui si vive, ma anche attuare un maggiore controllo delle decisioni che lo riguardano, partecipando ad esse e migliorando, di tal guisa, la comunicazione tra istituzioni e cittadini, dalla quale può derivare un maggiore spazio per alternative praticabili rispetto alla produzione di energia.

La recente riforma costituzionale degli artt. 9 e 41[24] consente, oggi, una tutela dell'ambiente più puntuale perché divenuta parte integrante ed inevitabile della tutela dei diritti dell'individuo, insieme ai principi di tutela della persona e di solidarietà; in tale contesto appare, pertanto, di fondamentale importanza l'azione congiunta di tutti gli attori del mercato - e cioè, da un lato, le imprese e, dall'altro, i consumatori - che, sulla base dell'indirizzo che il potere pubblico avrà determinato, devono produrre e consumare secondo modelli di produzione e consumo orientati ad un nuovo e più ampio risultato da conseguire, ovvero la tutela dell'ambiente[25].

Dal canto suo, lo Stato, grazie alla nuova costituzione economica determinata dal rinnovato art. 41 Cost., gode di uno specifico potere di indirizzo e di coordinamento dell'economia, orientato al perseguimento di fini ambientali che non devono rappresentare più solo un possibile limite esterno dell'attività economica pubblica e

[24] Si fa riferimento alla riforma contenuta nella legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, recante "*Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*" ed entrata in vigore il 09 marzo 2022.

[25] A tal fine sarebbe necessario, ad esempio, che si implementi in maniera più diffusa la ecoprogettazione, metodologia tecnica che viene applicata nelle fasi di progettazione di un prodotto, di un servizio o di un intero processo produttivo e grazie alla quale le imprese possono riprogettare, in chiave sostenibile, sia i beni che i servizi, nella consapevolezza che l'innovazione *green* rappresenta uno degli strumenti più dinamici tramite cui rilanciare l'economia. Contenuta nel pacchetto *Circular economy* del 2018 e nota anche come *Life Cycle Design* (LCD) ovvero *Design for sustainability* (D4S), la ecoprogettazione richiede, infatti, una riprogettazione, a partire dal riuso degli scarti e limitando l'uso delle materie vergini, non solo di prodotti, ma anche di servizi o di interi processi produttivi, in maniera tale da ridurne l'impatto ambientale, in quanto prende in considerazione tutte le relazioni che un prodotto/servizio/ciclo produttivo ha con l'ambiente, in ogni sua fase vitale: dall'acquisto delle materie prime alla produzione, al *packaging*, alla distribuzione, all'uso e al fine vita. Può essere applicata anche a prodotti e cicli già esistenti, sì da poterli aggiornare e modificare per aumentarne il livello di sostenibilità ambientale, consentendo, in tal modo, che la transizione si realizzi in maniera più graduale e con impatti meno pesanti e che non rischino di paralizzare l'evoluzione in senso sostenibile. In tal modo la transizione verrebbe a realizzarsi in maniera più graduale e con impatti meno pesanti che eviterebbero il rischio di paralizzare l'evoluzione in senso sostenibile. Cfr. al riguardo, F. DE LEONARDIS, *Lo stato ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato,* cit., 106 ss. Lo Stato, allora, dovrebbe non solo incentivare tale forma di produzione, ma anche coinvolgere i cittadini a ricorrere maggiormente ad essa e, quindi, agli acquisti verdi che, attualmente, proprio perché non molto diffusi, rappresentano un mercato che comporta costi ancora troppo elevati. Dal canto loro, i cittadini devono essere anch'essi chiamati ad un maggior senso di responsabilità nel passaggio dalla *brown economy* alla *blue economy*, innanzitutto modificando i propri consumi ed orientandosi verso modelli sostenibili,- ad esempio sostituendo le caldaie a gas o utilizzando tessili costituiti da fibre naturali - ma anche assumendo ruoli più attivi e di maggiore partecipazione proprio in tema di fonti energetiche rinnovabili.

ISSN 2036-7821

privata, ma anche un «*(possibile) "obiettivo di funzionalizzazione" dell'intera attività economica*»[26], responsabilizzando, ad un tempo, sia le imprese che i consumatori.
Dovrebbe, insomma, essere reimpostato l'intero sistema produttivo, con l'acquisizione e l'assunzione di nuove responsabilità, per cui lo Stato fa la sua parte, orientando la produzione a fini sostenibili, e le imprese e i consumatori fanno la loro, dando attuazione agli indirizzi da esso fissati.
Il lavoro si soffermerà, pertanto, non solo su alcune alternative nella produzione di energia (ed in particolare sulla realizzazione di impianti *offshore* e *onshore*[27]), ma anche sul contributo che possono offrire le imprese, da un lato, e i cittadini, dall'altro, sia assumendo comportamenti virtuosi (realizzati grazie a consumi sostenibili), sia producendo energia autonomamente, anche attraverso la costituzione di forme di autorganizzazione orientate a tale produzione, quali le comunità energetiche rinnovabili (CER)[28]. Queste ultime, in particolare, espressione del principio di sussidiarietà orizzontale, possono, grazie all'azione congiunta, informata e responsabile dei cittadini, produttori e consumatori al tempo stesso, contribuire a ridurre la dipendenza dalle fonti tradizionali, maturando un approccio culturale completamente nuovo, in cui si abbia la consapevolezza che "ambiente" ed "energia"[29] sono due ambiti tra loro estremamente correlati e da tutelare, anche se possono essere in conflitto[30].

---

[26] Cfr. F. DE LEONARDIS, *Lo stato ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato,* cit., XVI. L'A. definisce il potere di indirizzo attribuito al Legislatore come «*di conformazione della produzione di beni e servizi in senso verde*».

[27] Come si illustrerà di seguito, tali impianti producono energia elettrica sfruttando quella prodotta dal vento e dalle correnti e dalle onde del mare.

[28] Cfr. R. MICCU', M. BERNARDI, *Premesse ad uno studio sulle* Energy communities: *tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale,* cit.

[29] R. FEDERICI, *Diritto dell'ambiente e diritto dell'energia. Discipline trasversali e ordinamenti giuridici*, cit. 7, in cui si evidenzia che «*il "diritto dell'energia" e il "diritto dell'ambiente" hanno più di qualcosa in comune*», sebbene la necessità di produrre energia possa entrare in conflitto con la tutela dell'ambiente. Entrambi appartengono alla categoria delle materie trasversali, ovvero di quelle discipline giuridiche che non hanno principi propri, ma «*istituti forgiati dagli insegnamenti classici e tradizionali (come ad esempio il diritto civile, penale, commerciale, amministrativo), quelli, cioè, che si distinguono tra loro per i principi e gli istituti giuridici propri di ciascuno di essi. Istituti e principi che le materie trasversali, per così dire, prendono in prestito*».

[30] Sul rapporto tra ambiente ed energia si vedano, *ex multis,* G. D. COMPORTI, *Energia, ambiente e sviluppo sostenibile,* in *Federalismi.it,* 13/2023, 129-185. A proposito del carattere rivale con quello ambientale di interessi quali quello economico, insediativo e turistico, l'A., richiamando la sent. n. 86/1980, sez. I Corte dei conti, evidenzia che se, da un lato, si dà per scontato che «*l'opera dell'uomo volta a modificare la natura dei luoghi mediante costruzione di manufatti - anche quando sia indispensabile provvedervi - reca in genere nocumento ala natura per l'alterazione sia del paesaggio sia degli elementi naturali (luce, aria, acqua, vegetazione arborea ecc..)*», dall'altro la configurazione della responsabilità ambientale rispetto al ripristino dello *status quo ante* e la tutela risarcitoria divengono uno strumento di controllo e di delimitazione delle attività antropiche, «*ponendosi sin dall'inizio in chiave di opposizione/inibizione delle iniziative individuali ed economiche e denotando una forte dialettica con le libertà personali*». Sottolinea, altresì, che punto di approdo di una simile sistematica è l'approvazione della L. cost. 1/2022 che, nel modificare gli artt. 9 e 41 Cost., ha configurato l'ambiente «*non più come mero bene o come materia*

ISSN 2036-7821

2. Energia sostenibile: necessità di un approccio glocal.

Se una produzione di energia sostenibile è il presupposto essenziale per uno sviluppo sostenibile, è importante che le politiche energetiche, sia nazionali che europee, siano quanto più rispettose possibile dell'ecosistema e, quindi, anche delle generazioni future, attraverso un impiego razionale delle risorse[31]. Sin da quando si è posta la questione ambientale, dunque, l'obiettivo è sempre stato quello di garantire agli Stati membri l'approvvigionamento tentando, però, di ridurre le fonti particolarmente inquinanti, al fine di rimuovere le cause dei cambiamenti climatici provocati dal riscaldamento globale che, inevitabilmente, si possono ripercuotere a livello sociale e sulle quali l'attenzione del mondo scientifico è alta, ormai, già dagli anni Ottanta.

Quello del cambiamento climatico (*global warming*), infatti, è uno dei temi sui quali si è chiamati a confrontarsi da tempo e di cui si è dovuta innanzitutto comprendere la reale portata, per riuscire, poi, a trovare possibili soluzioni[32]. Sebbene in passato[33] si sia frequentemente tentato di negarlo, oggi sembra unanimemente riconosciuto che i cambiamenti climatici - con conseguenti fenomeni quali inondazioni, siccità, piogge intense e scarsità di risorse idriche - siano la conseguenza, purtroppo, pure dello svolgimento di una serie di attività umane[34]. A tale consapevolezza si è giunti grazie anche al lavoro del gruppo consulente intergovernativo sul mutamento climatico[35] che ha già previsto che gli effetti del surriscaldamento possono solo aumentare, in prospettiva futura, provocando fenomeni quali la desertificazione di vaste aree abitate e lo scioglimento dei ghiacciai[36].

L'impegno a ridurre le emissioni di gas ad effetto serra deve, pertanto, essere assunto a livello globale, attraverso non solo un rafforzamento degli strumenti del diritto

---

competenziale, "bensì come valore primario e sistemico" dell'ordinamento, in grado di abbracciare in un continuum *prospettive differenti (ambiente, biodiversità ed ecosistemi) di uno "stesso orizzonte problematico"*», cfr. 143-147.

[31] Cfr. L. CHIEFFI, *Sviluppi e prospettive della politica comune europea per l'energia,* in L. CHIEFFI e F. PINTO (a cura di), *Il governo dell'energia dopo Fukushima,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, XV e ss.

[32] Si tratta del fenomeno dell'innalzamento della temperatura terrestre, dovuto principalmente alla eccessiva quantità di gas ad effetto serra presenti nell'atmosfera (conseguenza di attività di origine sia naturale che antropica) i quali creano «*una sorta di pellicola protettiva attorno al pianeta che riduce la velocità di dispersione del calore dalla superficie terrestre*»; da questa "barriera" deriva il blocco dell'irradiazione solare in uscita che determina l'innalzamento della temperatura del pianeta. Cfr. F. FRACCHIA - A. MARCOVECCHIO, *Il cambiamento climatico: problema e opportunità per il diritto,* in F. FRACCHIA – M. OCCHIENA (a cura di), Climate change*: la risposta del diritto,* Editoriale Scientifica, 2010.

[33] Infatti, non sono ancora definitivamente accertati sul piano scientifico le cause e gli effetti del riscaldamento globale.

[34] Quali la combustione di combustibili fossili, il disboscamento e l'agricoltura.

[35] *Intergovernamental Panel on Climate Chang* (IPCC), istituito nel 1988 e formato da organismi delle Nazioni Unite e di altre organizzazioni internazionali.

[36] Dagli studi effettuati negli anni è emerso che la concentrazione di gas a effetto serra è aumentata di oltre il cinquanta per cento rispetto al livello del periodo preindustriale.

ISSN 2036-7821

internazionale pattizio, ma anche attraverso un potenziamento delle organizzazioni internazionali a carattere universale[37].

Già con la sottoscrizione del Protocollo di Kyoto[38] si era tentato di percorrere tale strada; purtroppo, però, esso non ha prodotto i risultati attesi proprio perché non c'è stata una effettiva partecipazione globale. Tale atto - adottato nel 1997 (ma entrato in vigore solo nel 2005) proprio allo scopo di riportare sotto controllo il fenomeno del surriscaldamento globale - ha avuto l'obiettivo di responsabilizzare tutti i Paesi - a prescindere dal luogo specifico nel quale fossero state prodotte le emissioni di gas inquinanti - a dare il proprio contributo nel ricercare prospettive e misure di intervento congiunto con cui combattere le conseguenze dei cambiamenti climatici, evidenziando, per la prima volta, tematiche come quella dell'efficienza e dell'incremento delle fonti rinnovabili[39].

Gli obiettivi non conseguiti tramite il Protocollo di Kyoto[40] sono stati ripresi dal successivo Accordo di Parigi del 2015[41] che rappresenta «*il momento più rilevante per la*

---

[37] Come evidenziato in dottrina, una collaborazione globale «*presuppone a monte una rinnovata coscienza politica nelle classi dirigenti dei singoli Stati […] e, nei contesti democratici, un'opinione pubblica forte e matura, in grado di far valere la propria voce*». Cfr. A. LAMBERTI, *Tutela dell'ambiente e Costituzione. Parte seconda,* cit., 214.

[38] Si tratta del primo strumento di attuazione di una politica ambientale più responsabile, siglato l'11 dicembre 1987 e ratificato dalla Comunità europea con decisione del Consiglio 2002/358/CE del 25 aprile 2002. Esso ha fatto seguito alla "*Convenzione Quadro sui Cambiamenti Climatici*" firmata il 12 giugno 1992 a Rio de Janeiro, ed ha costituito, dal punto di vista dell'effettività giuridica, la naturale evoluzione della *UNFCCC (United Nations Framework Convention on Climate Change*), per cui è stato il primo accordo multilaterale sul clima a fissare degli specifici obiettivi giuridicamente vincolanti. La Comunità europea non ha, però, atteso l'entrata in vigore ufficiale del Protocollo (prevista per il 16 febbraio 2005) ed ha preventivamente istituito un sistema per lo scambio di quote di emissione dei gas a effetto serra simile all'*Emission Trading* internazionale (cfr., al riguardo, A. MURATORI, Emission trading: *mentre l'Europa guarda avanti, l'Italia affina gli strumenti ma si interroga sul domani,* in *Amb. e svil.*, 2008; B. POZZO (a cura di), *La nuova direttiva sullo scambio di quote di emissione. La prima attuazione europea dei meccanismi previsti dal protocollo di Kyoto,* Milano, 2003; ma anche M. CECCHETTI-F. GRAZZI, *Le quote di emissione,* in AA.VV., *Trattato di diritto ambientale,* Milano, 2014). Alcuni Paesi, come gli Stati Uniti, pur avendo sottoscritto il Trattato, hanno deciso di non aderire al Protocollo che, pertanto, è entrato in vigore nel 2005 senza la partecipazione di essi e dopo la ratifica della Federazione Russa. *Ex multis,* M. D'AURIA, *Il Protocollo di Kyoto e il cambiamento climatico,* in F. FRACCHIA – M. OCCHIENA (a cura di) Climate change: *La risposta del diritto,* Editoriale Scientifica, 2010, 21 ss.; D. PAPPANO, *La tutela della qualità dell'aria tra inquinamento atmosferico e lotta ai cambiamenti climatici,* in G. ROSSI, (a cura di), *Diritto dell'ambiente,* Giappichelli, 2017, 325 ss.; G. COLETTA, *Risparmio energetico e lotta ai cambiamenti climatici,* in L. CHIEFFI e F. PINTO (a cura di), *Il governo dell'energia dopo Fukushima,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, 88 ss.

[39] Cfr. L. COSTATO, S. MANSERVINI, *Profili di diritto ambientale nell'Unione Europea,* Padova, 2012, 159. Gli obiettivi che ci si era impegnati a conseguire, nel periodo tra il 2008 e il 2012, e che sono stati imposti ai Paesi industrializzati e non a quelli in via di sviluppo, sono stati quelli della progressiva riduzione delle emissioni di gas serra in misura del cinque per cento al di sotto dei livelli del 1990. Purtroppo, essi non sono stati conseguiti.

[40] Nel Protocollo di Kyoto si era stabilito che i Paesi in via di sviluppo non fossero obbligati a limitare in alcun modo le emissioni di gas a effetto serra, mentre gli stati industrializzati e quelli in transizione verso un'economia di mercato avrebbero dovuto, entro il 2021, ridurre le emissioni di gas inquinanti del cinque per cento rispetto ai livelli del 1990. Tale previsione è stata una delle ragioni per cui non sono stati conseguiti i risultati attesi, perché, essendo l'obiettivo di Kyoto quello di ridurre le emissioni a livello globale e nel rispetto del principio delle responsabilità comuni ma differenziate, la suddetta quota di riduzione è stata ripartita in maniera differente tra i Paesi sviluppati, senza tenere conto che, in prospettiva, i paesi in via di sviluppo avrebbero potuto, come infatti è

ISSN 2036-7821

fissazione di nuovi standard di condotta per il perseguimento del cammino verso la decarbonizzazione»[42]; esso, infatti, ribadisce l'obiettivo vincolante[43] di contenere l'aumento medio della temperatura globale entro i 2°C rispetto ai livelli preindustriali, assumendo, al contempo, l'impegno di limitare l'aumento della temperatura a 1,5°C (cd. "doppio traguardo")[44].

Il Legislatore europeo, dato il ruolo ormai centrale di coordinamento e propulsione di politiche energetiche svolto dall'Unione, ha proseguito nella direzione degli obiettivi segnati dall'Accordo di Parigi con l'emanazione del Regolamento (UE) 2021/1119[45] che si inserisce nel quadro di riforme legislative per l'attuazione del *Green*

---

accaduto, emettere anch'essi gas inquinanti nell'atmosfera, rendendo, di fatto, inutili i tre meccanismi di flessibilità per ridurre tali emissioni nel modo più conveniente dal punto di vista economico previsti dal Protocollo (e cioè il *Clean Development Mechanism*, il *Joint Implementation* e l'*International Emission Trading*, sul cui funzionamento si rinvia, tra gli altri, a C. LEONARDI, *Le emissioni di gas ad effetto serra nelle politiche delle Nazioni Unite e della Comunità europea*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2005, p. 9; M. MONTINI, *Le politiche climatiche dopo Kyoto: interventi a livello nazionale e ricorso ai meccanismi di flessibilità*, in *Riv. Giur. Amb.* 1999, 133. ss.; ma anche M. DENTE, *Il lungo cammino dell'Italia verso Kyoto. La programmazione italiana in materia di politiche dei cambiamenti climatici e le recenti norme di attuazione*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2005; M. MUGIARRA, *Politiche nazionali ed europee per la riduzione del livello di emissione di gas ad effetto serra e per il raggiungimento degli obiettivi previsti dal protocollo di Kyoto*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 2004).

[41] Meglio noto come COP 21, del dicembre 2015, l'Accordo di Parigi è stato adottato da 195 Paesi; l'Unione Europea lo ha ratificato con la decisione (Ue) 2016/1841 del Consiglio, del 5 ottobre 2016. Sua caratteristica è il richiamo del concetto di "resilienza climatica" accanto alla necessità di incrementare la capacità di adattamento ai cambiamenti climatici, differenziandosi, in tal modo, dalle prospettive del passato. Infatti, se, nel 1992 - anno di adozione della Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui Cambiamenti Climatici - l'obiettivo era stato quello di limitare le emissioni di anidride carbonica e gas ad effetto serra, sì da permettere agli ecosistemi di adattarsi naturalmente, con l'Accordo di Parigi gli Stati si sono vincolati a non superare un aumento medio di temperature "accettabile", impegnandosi, contemporaneamente, a lavorare sulla capacità di adattamento e sulla resilienza climatica dei propri ecosistemi. Le politiche energetiche su cui si basa l'Accordo di Parigi sono finalizzate a spingere gli Stati membri ad aumentare l'utilizzo delle fonti rinnovabili e ridurre, di conseguenza, le fonti fossili. Sul punto si rinvia a M. A. SANDULLI, *Cambiamenti climatici, tutela del suolo e uso responsabile delle risorse idriche*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, cit.; ma anche a M. CECCHETTI, F. GRASSI, *Le quote di emissione*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di Diritto dell'Ambiente*, 2014, 303.

[42] M. A. SANDULLI, *op. ult. cit.*, pag. 291.

[43] Assunto nel 2009 a Copenaghen.

[44] L'Accordo ha mantenuto un sistema rigido di verifica degli obiettivi, favorendo, però, rispetto al Protocollo di Kyoto, l'autonomia degli Stati responsabili dei loro contributi determinati a livello nazionale. Esso ha, altresì, previsto che tutti gli Stati presentino appositi Piani, entro il 2020, elaborati sulla base di criteri di chiarezza e trasparenza, da aggiornare ogni cinque anni, a partire dal 2023, tenendo conto delle specifiche situazioni nazionali e facendo in modo che ogni aggiornamento rappresenti un progresso rispetto al precedente. Le linee operative di attuazione degli impegni assunti a Parigi sono state definite dal c.d. "*Paris-Rulebook*", approvato a *Katowice* nel 2018. *Ex plurimis*, si vedano Cfr. A. LAMBERTI, *Tutela dell'ambiente e Costituzione. Il Magistero di Papa Francesco e l'impegno etico del giurista. (Parte Seconda – Contrasto al cambiamento climatico, "ecologia integrale" ed impegno etico)*, cit., 212; S. NESPOR, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal protocollo di Kyoto all'accordo di Parigi*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2016, 1, 81 ss.; ma anche L. ARISTEI, *L'Accordo di Parigi: obiettivi e disciplina*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2017, 3; M. MONTINI, *Riflessioni critiche sull'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici*, in *Riv. dir. int.*, 2017, 3, 719.

[45] Noto come «Normativa europea sul clima», entrata in vigore l'11 dicembre 2019.

ISSN 2036-7821

Deal europeo (GDE)[46], atto attraverso cui i Paesi dell'Unione si impegnano a mettere in moto interventi ambiziosi per far fronte al cambiamento climatico e alle sfide ambientali, da attuarsi entro precise scadenze temporali e tramite programmi e direttive di politica economica, finalizzati a dar vita, accrescere e consolidare un modello di sviluppo in grado di mantenere un tasso di crescita sufficiente a garantire una diffusa prosperità, ma senza superare una serie di limiti ecologici[47].
Sulla base di quanto previsto dal *Green Deal*, all'Unione Europea spetta il compito non di mera direzione[48], ma di monitoraggio, attraverso valutazioni periodiche, delle azioni poste in essere dagli Stati che, pur potendo liberamente ed autonomamente stabilire le proprie politiche di mitigazione climatica, hanno comunque l'obbligo di rimanere all'interno di un "confine" da essa segnato attraverso precise strategie comuni a tutti, motivando quando se ne siano eventualmente discostati.
La prevista possibilità di acquisire pareri di esperti tecnici e quella di coinvolgere il pubblico attraverso la sua partecipazione, a livello unionale quanto nazionale, rendono concreto un ampio coinvolgimento ed a più livelli di governo, per cui ciascuno viene chiamato ad assumere azioni delle quali essere direttamente responsabile in termini di risultato. Tuttavia, va rilevato che l'assenza di rigidità degli schemi che gli Stati devono seguire[49] e di meccanismi giuridici o di sanzioni che li vincolino ad adottare quanto previsto, può comportare il rischio che risulterà sempre evidente una differenza nello specifico operato di ciascuno di loro[50].
Tali valutazioni conducono, dunque, a considerare il *Green Deal* europeo quale un sistema regolatorio piuttosto che una strategia programmatoria, seppure non si possa negare che esso contiene un vero e proprio cambio di approccio, sia economico che culturale e sociale, rispetto a quello che ha caratterizzato gli atti adottati precedentemente (Protocollo di Kyoto e Accordo di Parigi), in ragione del quale può

[46] Il Gde è un documento costituito di 116 punti che è stato adottato con la Comunicazione 11.12.2019 COM(2019) 640 *final* della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni.

[47] D. BEVILACQUA, *La normativa europea sul clima e il* green new deal*. Una regolazione strategica di indirizzo,* sin *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc.2, 1° giugno 2022, pag. 297.

[48] In realtà, oltre a non essere di mera direzione, il ruolo dell'Unione europea non può definirsi neanche puramente giuridico-amministrativo, perché essa non definisce le misure da adottare e non dispone limiti alle scelte degli Stati membri.

[49] In dottrina è stato evidenziato che l'assenza di schemi predefiniti se, da un lato, può essere oggetto di positive valutazioni perché gli Stati restano liberi di adottare le azioni che valutano più opportune, può, però, dare vita ad un modello debole - per la mancanza di definizione delle misure attuative rispetto al contrasto al riscaldamento climatico (queste ultime, infatti, sono individuate solo in un momento successivo), e anche frammentario «*perché tiene conto delle distinzioni tra ordinamenti giuridici, ancorché questi siano collegati tra loro e si influenzino reciprocamente*», cfr. D. BEVILACQUA, *La normativa europea sul clima e il* green new deal*. Una regolazione strategica di indirizzo,* sin *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico,* cit.

[50] IDEM. L'A., infatti, rileva che le azioni dei diversi Stati porteranno a misure altrettanto diverse tra loro, con la conseguenza che non tutte risulteranno effettivamente indirizzate nella direzione della integrazione del modello su scala europea.

ISSN 2036-7821

essere più facilmente realizzato un modello di crescita economica e di rispetto dell'ambiente che, in nome dello sviluppo sostenibile, si occupi di potenziare ed estendere l'uso di energie pulite rispetto a tutti gli ambiti di produzione.
L'Italia ha provveduto a ratificare gli accordi internazionali[51] e, in linea con la Strategia UE di adattamento ai cambiamenti climatici, si è dotata di una propria Strategia Nazionale[52] nell'ambito della quale, riprendendo il concetto di resilienza, ha sostenuto la necessità di passare da un sistema centralizzato ad uno distribuito, in cui vi sia coincidenza tra produttore e consumatore, indicando i principi e le misure per ridurre al minimo i rischi derivanti dai cambiamenti climatici, proteggere la salute, il benessere e i beni della popolazione[53].
Quanto, invece, ai contenuti del *Green Deal*, il nostro Paese - che già era riuscito a conseguire un buon risultato in tema di neutralità climatica diminuendo le emissioni di gas serra del diciassette per cento tra il 1990 e il 2018 - si è impegnato particolarmente nell'impiego delle fonti rinnovabili[54] e per un'industria che, negli ultimi anni, ha imparato ad usare in modo più efficiente l'energia[55], tanto è vero che, proprio per dare un concreto seguito a tutti gli impegni di promozione delle energie rinnovabili quale iniziativa privilegiata per la decarbonizzazione e la tutela del clima assunti da tempo, era stato istituito, nel 2021, il Ministero per la Transizione energetica[56].
Ciononostante, si è ancora abbastanza lontani rispetto al conseguimento dell'azzeramento entro il 2050; tale risultato, però, va detto, potrà essere conseguito solo grazie all'azione congiunta di tutti i Paesi e ad una serie di strumenti finanziari e operativi che prevedono azioni di cooperazione e di solidarietà che pure sono

[51] Il Protocollo di Kyoto è stato ratificato con la L. n. 120 del 1° giugno 2002, entrata in vigore dal 16 febbraio 2005. In particolare, in attuazione degli obblighi assunti con il Protocollo, è stato adottato il "Piano d'azione nazionale dei livelli di emissione dei gas serra e l'aumento del loro assorbimento", aggiornato successivamente sia nel 2007 che nel 2013. L'Accordo di Parigi è stato ratificato con la L. del 4 novembre 2016 n. 204.

[52] Si tratta dell'Approvazione del documento "Strategia Nazionale di Adattamento ai Cambiamenti Climatici" avvenuta tramite decreto direttoriale del 16 giugno 2015, n. 86 del Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare.

[53] Ai sensi dell'art. 1, comma 2, del decreto direttoriale del 16 giugno 2015, n. 86 del Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare, che dà attuazione a tale Strategia, è necessario «*mantenere e migliorare la resilienza e la capacità di adattamento dei sistemi naturali, sociali, ed economici nonché trarre vantaggio dalle eventuali opportunità che si potranno presentare con le nuove condizioni climatiche*».

[54] Va evidenziato, infatti, che la produzione di energia da fonti rinnovabili beneficia da più di dieci anni del sostegno pubblico, grazie, prevalentemente, al finanziamento mediante una specifica quota (cd. oneri di sistema) delle bollette energetiche di imprese e famiglie. Si veda, *ex multis*, G. F. CARTEI – A. GIANNELLI, *Cambiamento climatico ed energie rinnovabili*, in F. FRACCHIA – M. OCCHIENA (a cura di) Climate change: *La risposta del diritto*, Editoriale Scientifica, 2010, 275 ss.

[55] Infatti, dal 1990 sono scese del 13% anche le emissioni di gas serra legate ad agricoltura e allevamento; in controtendenza, però, rispetto al 1990, sono addirittura aumentate del due per cento le emissioni di gas climalteranti dovute all'energia e ai trasporti che, insieme, rappresentano la metà delle emissioni climalteranti.

[56] Sull'istituzione del Ministero per la Transizione energetica si rinvia alla nota 96.

ISSN 2036-7821

contenuti nel *Green Deal*[57], nella consapevolezza, acquisita grazie al conflitto russo-ucraino, che ciascun Paese deve ridurre la propria dipendenza in tema di produzione di energia e deve accelerare il passaggio totale alle fonti rinnovabili[58].

3. Cenni sul procedimento autorizzatorio per la produzione di energia da fonti rinnovabili.

Con una pronuncia del 2020 la Corte costituzionale ha definito le fonti energetiche rinnovabili (FER) "alternative", precisando che si tratta di quelle «*forme di energia che per loro caratteristica intrinseca si rigenerano o non sono "esauribili" nella scala dei tempi "umani" e, per estensione, il cui utilizzo non pregiudica le risorse naturali per le generazioni future. Il sistema di sostegno alle fonti di energia rinnovabile è funzionale al raggiungimento di una pluralità di obiettivi, tra i quali la tutela dell'ambiente e la realizzazione di meccanismi di risparmio ed efficienza energetica diffusi a tutti i livelli, che consentono di conseguire lo sviluppo sostenibile della società con un minore impiego di energia, così soddisfacendo le esigenze delle generazioni attuali senza compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future*»[59]. In buona sostanza, la produzione di energia alternativa rappresenta la migliore espressione del principio di sviluppo sostenibile, perché consente di coniugare l'esigenza di produzione energetica, essenziale per la crescita e lo sviluppo economico e sociale, con il rispetto e la tutela degli interessi ambientali, strettamente correlati, a loro volta, ad un generale miglioramento della qualità della vita umana[60].

---

[57] Tra questi, il meccanismo per una transizione giusta, che si propone di "non lasciare indietro nessuno" e di accompagnare verso un futuro più verde anche i territori che tuttora sono dipendenti da un'economia fossile, al contempo salvaguardando i posti di lavoro, trasferendo competenze più al passo con i tempi e riconvertendo i vecchi siti produttivi.

[58] Potrebbe, dunque, non considerarsi un caso che la denominazione "Ministero della Transizione ecologica" sia stata cambiata dal governo Meloni (insediatosi il 22 ottobre 2022, sotto la presidenza di Giorgia Meloni) in "Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica" (MASE): si potrebbe, infatti, aver voluto indicare che, oltre alla tutela dell'ambiente, ci si debba occupare anche di politica energetica, integrata con la sicurezza energetica, da perseguirsi attraverso misure che possano garantire la sicurezza, la flessibilità e la continuità degli approvvigionamenti energetici, rispetto ai quali è quantomai evidente la necessità che il nostro Paese raggiunga l'autosufficienza.

[59] Corte cost., sent. n. 237/2020.

[60] M. BERNARDI E R. MICCÙ, *La diade «ambiente-energia» e lo sviluppo sostenibile: alla ricerca della «quadratura del cerchio»*, cit. Gli Autori evidenziano (91 ss.) che, mentre «*l'ambiente sottende l'interesse alla tutela della vita e della qualità della vita nel suo nucleo incomprimibile*» e che tale nucleo è ancorato al sostrato ecologico e, dunque, agli ecosistemi, l'energia, invece, «*sottende interessi che riguardano l'espansione del benessere umano oltre il nucleo incomprimibile, sia sul piano sociale che sul piano economico*». Dunque, tra i due ambiti esiste una inevitabile interrelazione ed il problema dell'ambiente «*ha origine da un eccessivo e sbagliato consumo del creato e quello dell'energia attiene alla crescita delle attività economiche per mezzo di un uso socialmente equo ed economicamente efficiente delle risorse naturali disponibili*»,

ISSN 2036-7821

La disciplina di riferimento nazionale scaturisce, ovviamente, da interventi comunitari, primo fra tutti la Direttiva 2001/77/CE[61] (dedicata, appunto, alla promozione delle fonti energetiche rinnovabili) la quale ha introdotto specifici obiettivi nazionali di consumo di energia elettrica prodotta da tali fonti, prevedendo la possibile applicazione di diversi meccanismi di sostegno, oltre ad una razionalizzazione delle procedure di autorizzazione o di gara per i relativi impianti e l'introduzione di un sistema di garanzia di origine dell'elettricità prodotta da fonti rinnovabili[62].

Tale direttiva è stata recepita dal Decreto Legislativo 29 dicembre 2003, n. 387[63] che, dal canto suo, ha introdotto sia una regolamentazione generale del procedimento di installazione degli impianti prodotti da fonti rinnovabili e delle modalità di accesso alle tariffe incentivanti (a volte affiancate da una speciale disciplina dettata in ragione della specifica fonte rinnovabile di volta in volta utilizzata); sia un meccanismo di autorizzazione unica (AU) al fine di alleggerire le procedure, all'insegna della semplificazione richiesta a livello europeo[64]. Il decreto *de quo* è stato integrato

[61] Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 settembre 2001, sulla "Promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità". Essa ha costituito il punto di riferimento in materia fino a quando non è stata abrogata dalla Direttiva 2009/28/CE (cd. terzo pacchetto), relativa alla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili. Va evidenziato che, prima di tali atti, ed in particolare a seguito dell'adozione del Protocollo di Kyoto, le istituzioni comunitarie hanno elaborato vari atti programmatici, avendo individuato proprio in ambito energetico il settore di intervento legislativo prioritario per il contenimento delle emissioni nocive. Da parte del Legislatore nazionale il primo atto che apre una fase di promozione delle fonti rinnovabili è la L. 308/1982, attraverso la quale è stata disposta una liberalizzazione dell'attività di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili entro determinati quantitativi di potenza, in tal modo parzialmente erodendo il monopolio riservato all'ENEL già dalla L. 1643/1962 su «*tutte le attività pertinenti l'energia elettrica da qualsiasi fonte prodotta*». Successivamente, il percorso di liberalizzazione è stato integralmente attuato con la L. 9/1991 che, eliminando i tetti quantitativi di produzione che la precedente disciplina imponeva, ha predisposto una disciplina fondamentale sulle modalità di accesso ad apposite tariffe incentivanti che imponeva all'ENEL di acquistare tutta l'energia così prodotta. Le direttive 96/92/CE, 2003/54/CE, 2009/72/CE (primo, secondo e terzo "pacchetto energia" dell'allora Comunità Europea) hanno conferito un nuovo impulso nel processo di liberalizzazione, disarticolando il monopolio di ENEL in una pluralità di organismi. Cfr. G. M. CARUSO, *Fonti energetiche rinnovabili,* in G. ROSSI (a cura di) *Diritto dell'ambiente,* Giappichelli, 2017, 408 ss.

[62] Idem.

[63] Esso è stato emanato in attuazione della delega al Governo contenuta nell'articolo 43 della legge 1° marzo 2002, n. 39 (Legge comunitaria 2001), ma è stato accompagnato dalle Linee guida attraverso cui definire i procedimenti autorizzatori all'esercizio di impianti alimentati da forti rinnovabili solo sette anni dopo, attraverso il D.M. 10 settembre 2010, emanato in base al comma 10 dell'art. 12 del D. Lgs. 387/2003.

[64] Il D.Lgs. 387/2003 è, attualmente, ancora in vigore; esso si è consolidato a seguito delle modifiche apportate dal D. Lgs. 28/2011 (che ha sensibilmente modificato le procedure di installazione degli impianti e la disciplina dei meccanismi di sostegno ed ha recepito la Direttiva 2009/28/CE (cd. Direttiva RED I) ed anche, più di recente, dal D.L. 17/2022 (convertito con modificazioni dalla l. 27 aprile 2022, n. 34). Sul tema, *ex plurimis,* A. MARZANATI, *Semplificazione delle procedure e incentivi pubblici per le energie rinnovabili,* in *Riv. giur. amb.*, 2012, 5, p. 499; ma anche A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Diritto Amministrativo,* 2017, 4, 699 ss.; più di recente, G. D. COMPORTI, *Energia, ambiente e sviluppo sostenibile,* cit.

ISSN 2036-7821

dapprima dalle Linee guida adottate con D.M. del 10 settembre 2010[65], successivamente dal Decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, dall'art. 31 del Decreto Legislativo 4 marzo 2014, n. 46 e, più di recente dal Decreto Legge 1° marzo 2022, n. 17 (convertito, con modificazioni, dalla L. 27 aprile 2022, n. 34).
In ossequio agli obblighi delineati nella Direttiva 2001/77/CE verso gli Stati membri, esso contiene disposizioni specifiche relative a singole fonti energetiche, includendo i rifiuti tra quelle ammesse a beneficiare del regime riservato alle fonti rinnovabili.
Segnatamente, la disciplina specifica prevista per ciascuna tipologia di impianto da realizzare sulla base della fonte impiegata si conclude con l'AU[66] che si applica a tutti gli impianti alimentati da fonti rinnovabili; agli interventi di modifica, di potenziamento, di rifacimento totale o di parziale riattivazione; alle opere connesse e alle infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio dell'impianto stesso, così come previsto dal comma 3 dell'art. 12 modificato, di recente, dal D.L. 17/2022.
L'autorizzazione unica[67] non può prevedere misure di compensazione a favore di regioni e province[68] ed è rilasciata a seguito di conferenza di servizi, convocata dalla regione entro 30 giorni dal ricevimento della domanda di autorizzazione e a cui partecipano tutte le amministrazioni interessate. Per consentire la rapida diffusione

[65] Si tratta delle "Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili", emanate con Decreto del Ministero dello sviluppo economico del 10.9.2010 ed aventi valore di norme interposte in quanto volte a integrare e valorizzare la normativa statale, come affermato dalla Corte costituzionale con la pronuncia n. 275 del 2011. Contengono le competenze spettanti allo Stato, alle regioni e alle province, delegabili, a loro volta, dalle regioni. In merito al riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia ambientale, si evidenzia che la Corte Costituzionale ha più volte ribadito la necessità che essa spetti in via esclusiva allo Stato, affinché possa essere dettata una disciplina unitaria e complessiva del bene ambiente, «*considerato come entità organica e connesso a un interesse pubblico di valore costituzionale primario e assoluto*»; si vedano, al riguardo, la sentenza n. 24/2022 e, prima ancora, la sentenza n. 189/2021. Si evidenzia, inoltre, che tali Linee guida saranno aggiornate alla luce delle disposizioni contenute negli artt. 12 e 18 del citato d.l. 17/2022 (rubricati rispettivamente "Semplificazione per impianti rinnovabili in aree idonee" e "Individuazione di ulteriori aree idonee per l'installazione di impianti alimentati da fonti rinnovabili"). L'aggiornamento avverrà tramite uno o più decreti del Ministero della Transizione ecologica, di concerto con il Ministero della cultura e il Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, e previa intesa in sede di Conferenza unificata (art. 20, comma 1, d. lgs. n. 199/2021 come modificato dall'art. 12, comma 1, d.l. n. 17/22).

[66] L'autorizzazione unica, ove necessario, costituisce variante allo strumento urbanistico ed è rilasciata dalla regione (o da ente subdelegato). Tale strumento di semplificazione ha dato adito a molte controversie sul piano applicativo, assurte spesso all'attenzione della giurisprudenza soprattutto in riferimento a quattro aspetti: quello delle competenze, quello dell'applicabilità dell'autorizzazione unica alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome; quello della conferenza dei servizi e quello dei limiti regionali alla produzione di energia elettrica. Cfr. sul punto, M. T. RIZZO, *Le fonti rinnovabili e l'autorizzazione unica*, in *Amministrativ@mente*, 9-10/2014, 7.

[67] Le opere per la realizzazione degli impianti alimentati da FER sono considerate di pubblica utilità, indifferibili ed urgenti.

[68] La competenza per l'AU spetta alla Regione o Provincia autonoma territorialmente competente solo per gli impianti di potenza termica installata inferiore ai 300 MW, mentre spetta allo Stato (Ministero della transizione ecologica) per gli impianti con potenza termica installata pari o superiore ai 300 MW.

ISSN 2036-7821

degli impianti alimentati da FER, il procedimento deve concludersi entro 90 giorni (in luogo dei 180 previsti inizialmente dalla disciplina)[69].

Alla normativa nazionale si affianca, poi, quella regionale, contenuta nelle linee guida di ciascuna regione, in quanto, a seguito della modifica del Titolo V, l'«*attività di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*»[70], oggi, è materia di legislazione concorrente, per cui sono le Regioni a dovere dettare la disciplina di dettaglio, sulla base, ovviamente, dei principi generali individuati dallo Stato, sebbene la delicatezza del tema richiederebbe una gestione uniforme e centralizzata a livello nazionale. Infatti, oltre ad avere determinato un quadro normativo molto variegato, le diverse discipline regionali, con differenti procedimenti autorizzatori e con diversi livelli di semplificazione, graduati in ragione della potenza di cui è munito l'impianto o della specifica tipologia di fonte utilizzata, hanno, spesso, causato conflitti nei quali si sono trovati contrapposti la protezione del paesaggio, da un lato, e l'installazione di alcuni impianti, dall'altro[71]. Tali conflitti, però, non sono la conseguenza solo di differenti discipline, ma anche del fatto che interessi e valori quali la tutela dell'ambiente, quella del paesaggio e la realizzazione degli impianti sono tutti egualmente protetti dall'ordinamento, senza alcuna prevalenza di nessuno di essi sugli altri[72] e, proprio per questo motivo, finiscono con il trovarsi, spesso, in contrapposizione[73]. L'intervento del giudice amministrativo in materia, dunque, è consistito, volta per volta, nell'emanazione di criteri per la legittima contestuale considerazione di tutti gli interessi in gioco e per la verifica delle scelte della pubblica amministrazione, fermo restando che la tutela del paesaggio ex art. 9 Cost. (soprattutto in relazione alla realizzazione di parchi eolici in area di pregio naturalistico) ha quasi sempre denotato una prevalenza rispetto agli altri interessi, frutto non di una sovra ordinazione gerarchica, ma di un attento bilanciamento di quelli presenti nel particolare contesto di riferimento[74]. Il risultato, in ogni caso, è

[69] Il rilascio dell'AU avviene nei casi in cui non debba essere svolta la VIA regionale, perché diversamente si applicherebbe la procedura per il rilascio del PAUR (Provvedimento autorizzatorio unico regionale) di cui all'art. 27-*bis* del D.Lgs.152/2006, alternativo, dunque, al primo.

[70] Art. 117, comma 3, Cost. Precedentemente alla riforma del 2001, la materia rientrava nella competenza esclusiva dello Stato, insieme con le principali funzioni amministrative connesse.

[71] Nell'ambito del contenzioso tra Stato e Regioni circa la localizzazione degli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili si è evidenziata una tendenza delle Regioni ad ostacolare lo sviluppo del sistema energetico; cfr., al riguardo, M. COCCONI, *E se l'energia tornasse allo Stato? Gli effetti nocivi del decentramento e le ragioni di un ritorno al centro*, in *Amm. camm.*, 2017.

[72] Basti pensare, ad esempio, che l'art. 12, comma 3, d. lgs. 387/2003 prevede che «*la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili ... sono soggetti ad una autorizzazione unica, rilasciata dalla regione o altro soggetto istituzionale delegato dalla regione, nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico*».

[73] Al riguardo si rinvia a S. AMOROSINO, *Impianti di energia rinnovabile e tutela dell'ambiente e del paesaggio*, in *Riv. giur. amb.*, 6, 2011, 753 ss.

[74] In particolare rispetto all'installazione delle pale eoliche, la giurisprudenza amministrativa ha espresso un indirizzo non sempre uniforme sul punto: da un lato, essa ha asserito che l'interesse alla conservazione del

ISSN 2036-7821

stato che la tutela del paesaggio ha sempre fortemente condizionato lo sviluppo delle fonti rinnovabili, limitando la produzione di energia alternativa.
Tuttavia, va evidenziato che, a seguito dell'emanazione del D.L. 77/2021, l'interesse paesaggistico appare, oggi, notevolmente ridimensionato nel bilanciamento con l'interesse ambientale; infatti, data la preminenza riconosciuta dal PNRR alla realizzazione di impianti alimentati da FER in favore della transizione ecologica[75], la legge 108/2021 (di conversione del decreto 77/2021) ha apportato modifiche alla disciplina dell'AU[76] in ragione delle quali, attualmente, gli impianti di produzione di energia elettrica possono essere ubicati anche in zone classificate come agricole dai vigenti piani urbanistici, nel rispetto delle tradizioni agricole, della tutela della biodiversità, delle tradizioni culturali e del paesaggio rurale.
In un contesto normativo così complesso, dunque, è necessario che l'interprete verifichi che le modifiche normative, specie quelle più recenti, siano effettivamente in grado di incidere sugli ostacoli che, finora, si sono frapposti allo sviluppo delle fonti rinnovabili[77], primo fra tutti proprio la difficoltà di riuscire a contemperare interessi e

---

paesaggio non può ricevere una tutela assoluta a scapito degli altri interessi costituzionali, tra i quali rientra a pieno titolo quello ambientale, ma richiede sempre, in considerazione dell'attuale modello pluralista presente nella Costituzione, una soluzione necessariamente comparativa; dall'altro lato, ha ribadito l'autonomia della valutazione discrezionale dell'amministrazione posta a tutela dell'interesse paesaggistico ed ha escluso che sussista una prevalenza dell'interesse energetico; cfr., *ex multis,* Tar Toscana, 1536/2009; ma si vedano anche TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 4 febbraio 2005, n. 150, in *Giur. merito*, 2005, II, p. 949; Cons. stato, sez. VI, 24 febbraio 2005, n. 680, in *Giorn. di dir. amm.*, 2005, p. 944. Sul punto, F. DE LEONARDIS, *Paesaggio ed attività produttive: criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica*, in *Urbanistica e paesaggio*, a cura di G. CUGURRA, E. FERRARI, G. PAGLIARI, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, 249. A seguito della revisione costituzionale dell'art. 9, il Consiglio di Stato, con la sent. n. 8667 del 2022 relativa alla realizzazione di un parco eolico, ha evidenziato un rafforzamento dei valori ambientali rispetto ad altri valori e, dunque, nel bilanciamento tra essi, «*l'interesse pubblico alla protezione del patrimonio culturale e del paesaggio non ha, nel caso di specie, un peso determinante rispetto all'interesse, indifferibile, alla tutela dell'ambiente, alla luce del novellato art. 9 Cost.*», cfr. A. LAMBERTI, *Tutela dell'ambiente e Costituzione. Il Magistero di Papa Francesco e l'impegno etico del giurista. (Parte Prima - La legge costituzionale n. 1 del 2022 tra "vecchi" e "nuovi" bilanciamenti)*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2023, 143.

[75] In tema di transizione energetica si rinvia, a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo, a L. AMMANNATI (a cura di) *La Transizione Energetica*, Giappichelli, 2018; ID., *La transizione dell'Unione Europea verso un nuovo modello energetico eco-sostenibile tra scelte politiche, regolazione e dinamiche di mercato*, in *Energia, ambiente ed innovazione*, 2018, 2, 86 e ss.; G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di), *Diritto amministrativo speciale*, III, Milano, 2003, 1653 ss.; M. DE FOCATIIS, *Il* Clean Energy for all Europeans, in G. DE MAIO (a cura di), *Introduzione allo studio del Diritto dell'energia. Questioni e prospettive*, Napoli, 2019, 39 ss.

[76] Segnatamente, si tratta delle modifiche apportate all'art. 12 del D.Lgs. 387/2003 e s.m.i. dall'art. 30, comma 1, L. 108/2021 di conv. del D.L. 77/2021. Interessante, al riguardo, Tar Lazio, Sez. III, 19 maggio 2022, n. 6508 che ha annullato il provvedimento del GSE di decadenza degli incentivi di un impianto fotovoltaico motivato, tra l'altro, in base alla natura agricola e parzialmente soggetta a vincolo paesaggistico dell'area su cui era stata autorizzata la relativa autorizzazione.

[77] Al riguardo, sarebbe da verificare, in pratica, se i nuovi obiettivi che perseguono non solo la politica nazionale ma anche quella sovranazionale, con le conseguenti discipline legislative, possano realmente modificare «*le tradizionali attuazioni amministrative nell'esercizio della discrezionalità nella fase del* permitting», cfr. sul tema S. SPUNTARELLI, *Le rinnovabili per la transizione energetica: discrezionalità e gerarchia degli interessi a fronte della semplificazione dei procedimenti autorizzatori nel PNRR*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.1/2023, 63. Ma anche P.

ISSN 2036-7821

valori diversi che, come emerge dall'analisi della giurisprudenza costituzionale ed amministrativa, contribuisce a rendere i procedimenti autorizzatori ancora più complessi, con ripercussioni inevitabili sui tempi di chiusura[78].

Sebbene non si riesca a ridurre tale complessità, nonostante i frequenti interventi di modifica della disciplina autorizzatoria[79], appare, però, evidente che debba essere rintracciato un limite alla semplificazione e alla liberalizzazione delle procedure energetiche, al fine di evitare che la eccessiva compressione di alcuni passaggi procedurali (§ 5), necessari perché attinenti all'applicazione di principi irrinunciabili in materia ambientale, finisca con il compromettere anche lo stesso principio costituzionale all'ambiente, così come ora disciplinato dai modificati artt. 9 e 41 Cost.[80], in uno con quello al paesaggio (art. 9) e quello alla salute (art. 32).

BIANDRINO, *Introduzione*, in (a cura di) E. BRUTI LIBERATI, M. DE FOCATIIS, A. TRAVI, *L'attuazione dell'European Green Deal. I mercati dell'energia e il ruolo delle istituzioni e delle imprese*, Milano, Wolters Kluwer, 2022, XXI.

[78] B. TONOLETTI, *Le procedure autorizzative per le fonti rinnovabili di energia e il rapporto tra obiettivi di decarbonizzazione e tutela di altri interessi pubblici*, in (a cura di) E. BRUTI LIBERATI, M. DE FOCATIIS, A. TRAVI, *L'attuazione dell'European Green Deal. I mercati dell'energia e il ruolo delle istituzioni e delle imprese*, cit.90 ss.

[79] Infatti, pur sintetizzandosi nell'AU le esigenze di semplificazione e di accelerazione finalizzate alla tutela dell'ambiente, il procedimento unico presuppone l'acquisizione della valutazione di impatto ambientale che, proprio perché presupposto fondamentale, lo rende complesso in quanto può riuscire ad arrestarlo qualora si concluda con esito negativo, con ripercussioni a danno, ovviamente, della realizzazione dell'impianto. L'esito negativo, però, non sempre dipende da valutazioni squisitamente tecniche, perché può essere anche la conseguenza di atteggiamenti difensivi da parte di amministrazioni che non intendono assumersi responsabilità, oltre che il frutto di confronti politici, il cui esito è scarsamente sindacabile dal giudice amministrativo. Cfr., sul punto, S. SPUNTARELLI, *Le rinnovabili per la transizione energetica: discrezionalità e gerarchia degli interessi a fronte della semplificazione dei procedimenti autorizzatori nel PNRR*, cit.

[80] La modifica degli artt. 9 e 41 Cost., con la quale viene riconosciuta la sussistenza di un "*diritto umano all'ambiente pulito, sano e sostenibile*", è avvenuta, come detto, attraverso la Legge Costituzionale 8 febbraio 2022, n. 1, emanata a distanza di cinquant'anni dalla prima Conferenza Internazionale sull'ambiente umano, da cui nacque la celebre Dichiarazione delle Nazioni Unite sull'ambiente umano (Stoccolma, 1972). In dottrina si è evidenziato che, pur emergendo, dal novellato testo costituzionale italiano, una tutela rafforzata dell'ambiente, tuttavia, è accolta *in toto* una visione ecocentrica dalla quale, in nome di una «*oggettivizzazione del superiore valore ambiente*», si correrebbe il rischio che derivi la configurazione di un principio "tiranno" «*idoneo a strumentalizzare la dignità della persona (quale singolarità umana intangibile, insuscettibile di essere degradata a mera "*res")». Cfr. A. LAMBERTI, *Tutela dell'ambiente e Costituzione. Il Magistero di Papa Francesco e l'impegno etico del giurista. (Parte Prima – La legge costituzionale n. 1 del 2022 tra "vecchi" e "nuovi" bilanciamenti),* in *Dirittifondamentali.it*, 2/2023, 137-165. L'A. evidenzia, inoltre, (p. 141) che, riconoscendo espressamente la tutela dell'ambiente - addirittura tra i principi fondamentali della Costituzione - il nostro ordinamento è stato instradato nella prospettiva del "costituzionalismo ambientale" e la nostra Costituzione è transitata dalle "costituzioni silenti" alle "costituzioni ambientali revisionate" a fronte di una maggioranza di "costituzioni ambientali" che, entrate in vigore più recentemente, esprimono tra i loro principi anche la tutela ambientale. Riguardo alla riforma costituzionale *de* qua si segnalano, inoltre, *ex multis,* M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum quad. cost.*, 3/2021; I. A. NICOTRA, *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, in *Federalismi.it*, paper, 30 giugno 2021; G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Quaderni costituzionali*, Rassegna, 2021; Y. GUERRA, R. MAZZA, *La proposta di modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una prima lettura*, in *Forum quaderni costituzionali*, 2021, 4; G. SEVERINI e P. CARPENTIERI, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in *Diritto e processo amministrativo,* 22 settembre 2021; F. DE LEONARDIS, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *Apertacontrada*

Molte delle modifiche introdotte, peraltro con la decretazione d'urgenza, sono, infatti, capaci di soddisfare solo alcuni dei diversi e necessari interessi da ponderare nello sviluppo armonico di un piano energetico da FER, mentre appaiono, negli ultimi anni, assorbire tutte le strategie politiche ed economiche.

4. Le misure emergenziali introdotte a seguito del conflitto bellico russo-ucraino.

La produzione di energia da fonti rinnovabili, dunque, è oggetto dell'attenzione del Legislatore sia europeo che nazionale già da più di venti anni, per le ragioni che sono state evidenziate. Ciononostante, essa rappresenta una sorta di *vulnus* del nostro sistema, in quanto non è ancora idonea e adeguata a sostituire i combustibili fossili.

Probabilmente, il contrasto tra l'interesse legislativo e la scarsa efficienza del sistema produttivo energetico da FER - e quindi la stagnazione della transizione - si può rintracciare proprio nella modalità di intervento legislativo. La scelta di insistere ripetutamente sulle sole misure di semplificazione, per lo più imposte in deroga ad altri interessi e scollegate da un contesto di interventi strategici di più ampi orizzonti, infatti, si sta rivelando poco efficiente.

Ma, lo si è detto, il conflitto bellico riproduce la necessità di intervenire d'urgenza, ed infatti, per contrastare un eventuale blocco totale dell'approvvigionamento di gas da parte della Russia, si è ritenuto di adottare una politica di riduzione della domanda complessiva di tale risorsa dell'UE, attraverso un'azione coordinata e congiunta da parte di tutti gli Stati membri[81]. In particolare, la Commissione ha proposto[82] un piano per garantire la sicurezza dell'approvvigionamento e prezzi dell'energia accessibili durante la stagione invernale - il Piano *REPowerEU*[83] - attraverso il quale si è indicata come unica via quella della sostituzione dei combustibili fossili con le fonti

---

28/2/2022; F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Dir. ec.*, 2022; G. MARCATAJO, *La riforma degli articoli 9 e 41 della costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, in *Riv. Giur. AmbienteDiritto.it* - Anno XXII - Fascicolo n. 2/2022; A. LAMBERTI, *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali: questioni aperte e prospettive alla luce della legge cost. 1/2022*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 3/2022, 1-24.; G. AMENDOLA, *L'inserimento dell'ambiente in Costituzione non è né inutile né pericoloso*, in *giustiziainsieme.it.*, 25 febbraio 2022; G. DI FIORE, *La costituzionalizzazione della tutela dell'ambiente*: *luci ed ombre in una riflessione ancora "a caldo"*, in G. CORSO, F. G. SCOCA, A. RUGGERI, G. VERDE (a cura di), *Scritti in onore di Maria Immordino*, Editoriale Scientifica, 2022.

[81] Come è emerso dalla riunione informale tenutasi a Versailles tra il 10 e l'11 marzo 2022, nell'ambito della quale i Capi di Stato hanno evidenziato la necessità di rivalutare il modo in cui si garantisce la sicurezza dell'approvvigionamento energetico e di affrancarsi gradualmente dalla dipendenza dalle importazioni di gas, petrolio e carbone (in particolare da quelli russi) diversificando le forniture e le rotte energetiche, anche per il gas naturale liquefatto (GNL) ed accelerando, al contempo, lo sviluppo delle energie rinnovabili e dell'idrogeno. Inoltre, essi hanno chiesto il miglioramento delle interconnessioni delle reti energetiche dell'UE e di efficienza energetica.

[82] Entro la fine di maggio 2022.

[83] Il titolo completo del Piano è «*REPowerEU*: azione europea comune per un'energia più sicura, più sostenibile e a prezzi più accessibili»; esso è stato comunicato l'8 marzo 2022 ed è stato, poi, presentato tramite la COM(2022) 230 final del 18.5.2022. L'obiettivo cui tende è quello di rendere l'Europa indipendente dai combustibili fossili russi ben prima del 2030, segnatamente, «*al più tardi entro il 2027*».

ISSN 2036-7821

rinnovabili attraverso investimenti e riforme strategiche e mirate da realizzarsi da parte degli Stati membri[84].

Successivamente al *REPowerEU*[85] è stato, poi, emanato un nuovo regolamento sullo stoccaggio del gas[86], volto a garantire il riempimento degli impianti di stoccaggio almeno all'ottanta per cento della loro capacità prima della stagione fredda[87] e al novanta per cento entro gli inverni successivi, sì che gli Stati membri potessero disporre del gas necessario ad affrontare l'inverno, attraverso una equa ripartizione degli oneri, affinché nessuno di essi dovesse mantenere livelli di stoccaggio superiori al trentacinque per cento del proprio consumo annuo[88].

L'azione europea è stata, dunque, sin da subito, orientata a garantire prioritariamente un'energia competitiva e a prezzi accessibili ai consumatori dell'Unione Europea[89], rafforzando la sicurezza, la resilienza e l'autonomia energetiche dei Paesi membri e

[84] Gli obiettivi indicati dal Piano si prevede che debbano essere realizzati attraverso *task force* cui è demandata l'individuazione delle esigenze e delle opzioni di diversificazione dell'approvvigionamento oltre che il coordinamento delle questioni contrattuali. Il meccanismo potrebbe assumere la forma di una *joint venture* o di un'entità commerciale, facendo leva sul potere del mercato europeo, e il suo impatto sulla concorrenza sarà oggetto di esame.

[85] Il *REPowerEU* si innesta sul pacchetto di proposte "Pronti per il 55 %" (*Fit for* 55) di cui integra gli interventi in materia di sicurezza dell'approvvigionamento energetico e stoccaggio di energia, attraverso una serie di azioni volte a risparmiare energia, diversificare l'approvvigionamento, sostituire rapidamente i combustibili fossili accelerando la transizione europea all'energia pulita, combinare investimenti e riforme in modo intelligente.

[86] Si tratta del Regolamento sullo stoccaggio del gas 2022/0090 del 24 giugno 2022 che modifica il Regolamento (UE) 2017/1938 concernente misure volte a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di gas e il Regolamento (CE) n. 715/2009 relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale. Esso era stato proposto d'urgenza il 23 marzo 2022 dalla Commissione europea per contrastare i rischi di interruzione delle forniture di gas dalla Russia; il Parlamento e il Consiglio hanno negoziato tale regolamento mediante una procedura accelerata, giungendo ad un accordo provvisorio il 19 maggio 2022. Il testo approvato dalla Commissione per l'industria, la ricerca e l'energia (ITRE) contiene tutti i principi fondamentali della proposta della Commissione ed include anche ulteriori disposizioni volte a tener conto delle variazioni nazionali e delle particolarità del mercato del gas. Con il successivo Regolamento n. 1369 del 5 agosto 2022, infine, si è puntato alla riduzione della domanda del combustibile fossile da parte di ciascuno Stato membro, prevedendola come "volontaria" fino alla fine di marzo 2023. Essa può diventare "obbligatoria" nel caso in cui lo stesso Consiglio dovesse dichiarare, su proposta della Commissione, «*lo stato di allarme dell'Unione come livello di crisi specifico dell'Unione*» (art. 1) e, in tale ipotesi, il consumo di gas di ciascuno Stato membro dovrebbe essere inferiore del quindici per cento rispetto al proprio consumo di riferimento.

[87] E cioè entro il 1º novembre 2022.

[88] Attraverso tale atto sono stati anche incoraggiati acquisti congiunti di gas oltre che previsti accordi di solidarietà tra gli Stati membri per andare in soccorso di quei Paesi che non dispongano di impianti *ad hoc* nel loro territorio. Tali Paesi, infatti, dovrebbero stoccare un volume pari al 15% del loro consumo nazionale annuo di gas in impianti situati in un altro Stato membro. È stata, inoltre, prevista una certificazione obbligatoria cui tutti i gestori dei siti di stoccaggio sotterraneo del gas sono tenuti per evitare il rischio di interferenze esterne.

[89] Si evidenzia che l'Unione Europea è sia produttore che importatore di energia: infatti, essa produce a livello nazionale il 42% dell'energia che proviene, specificamente, da energie rinnovabili, (per il 40,8%), dal nucleare (per il 30,5%), dal carbone (per il 17,6%), dal gas (per il 7,2%) e dal petrolio (per il 3,7%); mentre ne importa per il 58%. Nel 2020 la maggior parte dell'energia disponibile negli Stati membri proveniva da importazioni ed il principale fornitore di combustibili fossili (innanzitutto di carbone) era la Russia, da cui proveniva anche il 43% del gas naturale importato. In particolare, la percentuale di combustibili fossili importati dalla Russia era del 29% per il petrolio, del 54% per il carbone e del 43% per il gas.

ISSN 2036-7821

preparandoli ad affrontare eventuali emergenze, nella consapevolezza che le dipendenze in tale settore possono essere ridotte solo attraverso la collaborazione tra i vari Stati membri, diversificando le fonti e le forniture energetiche, garantendo l'approvvigionamento di gas, ma anche riducendone gradualmente la domanda ed accelerando la transizione verso l'energia pulita[90].

Il nostro Paese ha risposto sin da subito all'invito alla riduzione dei consumi nazionali di gas[91] adottando, come già anticipato, attraverso la decretazione d'urgenza, misure destinate ad aumentarne la produzione nazionale[92] e, al contempo, a fronteggiare la necessità di approvvigionamento[93]. Tutte le opere finalizzate all'incremento della capacità di rigassificazione nazionale mediante unità galleggianti di stoccaggio e rigassificazione da allacciare alla rete di trasporto esistente sono state definite «*interventi strategici di pubblica utilità, indifferibili e urgenti*» al fine di favorire la diversificazione delle fonti di approvvigionamento per la sicurezza energetica nazionale, fermi restando i programmi di decarbonizzazione[94].

---

[90] Alla base di tale collaborazione deve esserci la solidarietà che è uno dei principi fondamentali dell'UE e che, come rimarcato anche dalla CGUE nella sentenza del 15 luglio 2021, Germania/Polonia, C-848/19 P, ECLI:EU:C:2021:598, ha una notevole importanza anche nel settore dell'energia. L'Unione Europea si è fortemente impegnata nella lotta al cambiamento climatico, come testimoniato anche dall'approvazione del l'*European Climate Law* (adottato dal Consiglio Europeo il 28 giugno 2021 a seguito dell'accordo politico raggiunto con il Parlamento Europeo il 21 aprile dello stesso anno e che fissa nella legislazione l'obiettivo della neutralità climatica dell'UE entro il 2050) e dal *Fit for 55 Package* (adottato, invece, il 14 luglio 2021 e contenente le proposte legislative per raggiungere, entro il 2030, gli obiettivi del *Green Deal*, in particolare la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra del 55% rispetto ai livelli del 1990, con l'obiettivo di arrivare alla "*carbon neutrality*" per il 2050. Esso è stato emanato nella direzione della Red III, nelle more del recepimento della Direttiva Red II). Attraverso tali atti ci si è impegnati ad obiettivi importanti, da conseguirsi attraverso strumenti come l'estensione, a partire dal 2026, dell'*Emission Trading System* al settore dei trasporti e del riscaldamento domestico, fissando, così, un *carbon price* per la quasi totalità delle emissioni. In particolare, l'*Emission Trading System* è il Sistema per lo scambio delle quote di emissione dell'UE (ETS UE) e rappresenta il principale strumento dell'Unione Europea per contrastare i cambiamenti climatici e ridurre in maniera economicamente efficiente le emissioni di gas a effetto serra. Attualmente viene applicato a circa undicimila impianti, da cui proviene circa il 40% delle emissioni. Cfr. sul punto, A. MAJOCCHI, Carbon pricing *e la politica climatica dell'Unione Europea,* in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, 1/2022, 3. Gli impegni assunti dall'UE, però, come si avrà modo di evidenziare nelle pagine che seguono, pur essendo stati assunti in maniera inderogabile dal Legislatore europeo, non sono stati accompagnati dalla specificazione di quali debbano essere le misure necessarie a conseguirli, nemmeno nel medio periodo, lasciando, di fatto, alle istituzioni competenti - sia europee che nazionali - ampi poteri discrezionali e interpretativi nel riuscire a trovare un equilibrio tra le varie coordinate in gioco. Cfr. D. BEVILACQUA, *La normativa europea sul clima e il* Green New Deal*. Una regolazione strategica di indirizzo,* su *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. 2/2022, 297.

[91] Tale riduzione doveva riguardare in particolare il periodo compreso tra il 1° agosto 2022 e il 31 marzo 2023.

[92] Al cui fine è stato emanato il già citato D.L. 17/2022.

[93] Gli atti di urgenza cui si fa riferimento sono, in particolare, il D.L. n. 14 del 25 febbraio 2022 ("Disposizioni urgenti sulla crisi in Ucraina", conv. con modif. dalla L. 5 aprile 2022, n. 28) e il D.L. n. 21 del 21 marzo 2022 ("Misure urgenti per contrastare gli effetti economici e umanitari della crisi ucraina", conv. con modif. dalla L. 20 maggio 2022, n. 51); ma anche il D.L. n. 17 del 1° marzo 2022 ("Misure urgenti per il contenimento dei costi dell'energia elettrica e del gas naturale, per lo sviluppo delle energie rinnovabili e per il rilancio delle politiche industriali", conv. nella l. 27 aprile 2022 n. 34).

[94] Art. 5 D.L. 17/2022 ("Disposizioni per la realizzazione di nuova capacità di rigassificazione").

ISSN 2036-7821

Inoltre, è stato predisposto il "Piano nazionale di contenimento dei consumi di gas naturale"[95] attraverso il quale si prevede di attuare azioni orientate a mantenere l'impegno di ridurre i consumi nazionali di gas[96] e, al contempo, di diversificare la provenienza di quello importato e di massimizzare l'utilizzo delle infrastrutture disponibili, aumentando contestualmente la capacità nazionale di rigassificazione di GNL[97].

Per la realizzazione di tali opere è stata prevista non solo la nomina di uno o più Commissari straordinari di Governo, ma anche che questi possano rilasciare un'autorizzazione che «*tiene luogo dei pareri, nulla osta e autorizzazioni necessari ai fini della localizzazione dell'opera, della conformità urbanistica e paesaggistica dell'intervento* […]» a seguito di un procedimento unico, da concludersi entro centoventi giorni dalla data di ricezione dell'istanza presentata da parte dei soggetti interessati alla

[95] Pubblicato il 17 ottobre 2022 dall'allora Ministero della Transizione ecologica (MiTE), istituito con l'art. 2 del D.L. 1° marzo 2021, n. 22, convertito in legge 22 aprile 2021, n. 55. A tale Ministero sono state attribuite competenze integrative rispetto a quelle del precedente Ministero dell'ambiente, nel settore, appunto, della politica energetica (che, precedentemente, erano state proprie del Ministero dello sviluppo economico). Tra queste competenze, ad esempio, quelle relative al bilancio e alla strategia energetica nazionale, alle infrastrutture energetiche e alla promozione delle energie rinnovabili; ma anche quelle relative allo smantellamento di impianti nucleari dismessi, alla riduzione delle emissioni dei gas a effetto serra, al mercato del gas italiano, allo stoccaggio del gas naturale, all'estrazione degli idrocarburi, al mercato e agli impianti petroliferi. Cfr. in argomento: V. BONTEMPI, *Il riordino dell'amministrazione centrale ad opera del Governo Draghi (D.L. n. 22/2021)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 464. Con il successivo governo Meloni tale Ministero ha cambiato denominazione in Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica (MASE), grazie all'art. 4 del D.L. 173/2022. Al riguardo, si veda anche F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Diritto amministrativo,* n. 4/2021, 801 in cui l'A. evidenzia che la modifica della denominazione del vecchio Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare in Ministero per la Transizione Ecologica non è un mero mutamento formale, «*dal momento che le attribuzioni in materia di energia sottratte al Ministero dello Sviluppo Economico sono state effettivamente "cedute" al MITE*».

[96] Riduzione di almeno il 15% rispetto alla media dello stesso periodo dei precedenti cinque anni, nella consapevolezza della necessità di assicurare un elevato grado di riempimento degli stoccaggi per l'inverno 2022-2023, considerata la rilevante funzione dello stoccaggio nella copertura dei fabbisogni nazionali di gas nel corso dell'inverno e le ripercussioni che avrebbero potuto esserci in termini di mancato o insufficiente riempimento in caso di anticipata interruzione di flussi dalla Russia.

[97] Si tratta del gas naturale liquefatto per energia. All'interno del Piano nazionale di contenimento dei consumi di gas naturale è stato anche evidenziato che, tra le misure idonee a diversificare la provenienza del gas importato, c'è l'accordo siglato con l'Algeria dal nostro Paese che, in coordinamento con Eni e con Snam, punta a garantire approvvigionamenti di GNL da nuove rotte, e cioè dall'Egitto, dal Qatar, dal Congo e, in fase di negoziazione, da Paesi quali Angola, Nigeria, Mozambico, Indonesia e Libia. In particolare, si è prospettato di realizzare nuovi terminali di rigassificazione di GNL (ovvero di rigassificatori galleggianti o FSRU - *Floating Storage and Regasification Unit*), consistenti in strutture galleggianti, più flessibili e con minori tempi di realizzazione rispetto alle strutture fisse, in quanto «*più coerenti con la politica di decarbonizzazione del sistema energetico, che rimane la priorità generale della politica di diversificazione*». A tal fine è stato adottato dal MiTE un atto di indirizzo per l'acquisizione di rigassificatori galleggianti (o FSRU), segnalando, al contempo, ad ARERA la necessità di definire il quadro regolatorio di tali infrastrutture, fermo restando il possibile impiego di altri canali di finanziamento e fondi europei.

ISSN 2036-7821

realizzazione delle opere e delle connesse infrastrutture[98]. Alla nomina del Commissario si aggiunge anche l'esenzione dalla valutazione di impatto ambientale, previa comunicazione alla Commissione europea, rientrando tra i casi eccezionali la realizzazione delle suddette infrastrutture [99]; in tal modo, dovrebbero essere scongiurati i rischi di paralisi o di rallentamenti che, molto spesso, come già evidenziato (v. nota 80), comporta il rilascio della VIA.

Di nuovo, quindi, la pressione della realtà spinge verso misure urgenti e semplificate; ma se la decretazione d'urgenza è scelta preferenziale per introdurre misure quali i sussidi e l'alleggerimento dei carichi fiscali, in quanto hanno una durata temporale limitata[100], non può dirsi che lo sia anche per interventi che, invece, dovrebbero essere strutturali, quali le misure di semplificazione delle procedure per le installazioni di impianti destinati alla produzione di FER che, invece, nell'emergenza causata dalla guerra, sono state disciplinate all'interno degli stessi atti di urgenza. Infatti, sono stati, ad esempio, definiti interventi «*di manutenzione ordinaria*» quelli

[98] L'A.U.A. (Autorizzazione Unica Ambientale) è disciplinata dall'art. 23 del D.L. n. 5/2012, convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 35/2012, che l'ha introdotta, e dal conseguente d.p.r. n. 59/2013 che ne disciplina in modo specifico il relativo procedimento. Si tratta di uno strumento di semplificazione che interviene per le attività che non sono soggette all'A.I.A. (Autorizzazione Integrata Ambientale) e che punta alla verifica tendenzialmente unitaria della compatibilità ambientale delle attività produttive suscettibili di avere un impatto negativo sull'ambiente. Grazie ad essa si semplifica il regime autorizzatorio applicabile a determinate attività economiche, contemperando interessi conservativi e di sviluppo, al fine di una maggiore efficienza e trasparenza dell'azione amministrativa, di promozione della partecipazione dei cittadini e, soprattutto, di agevolazione "burocratica" dei soggetti privati che vogliano esercitare determinate attività. Si vedano, sul tema, *ex multis*, M. RENNA, *Le semplificazioni amministrative (nel d.lgs. n. 152 del 2006)*, in M.P. CHITI e R. URSI (curr.), *Studi sul Codice dell'Ambiente*, Torino, 2009; L. BENEDUSI, *Introduzione all'Autorizzazione Unica Ambientale*, in S. MAGLIA e A. POSTIGLIONE, *Tutela e gestione dell'Ambiente*, Bologna, 2013.

[99] Di cui all'art. 6, comma 11, D. Lgs. 152/2006.

[100] Tali misure sono state necessarie per compensare l'aumento dei prezzi di elettricità, gas e carburanti gravanti su cittadini e imprese a seguito del conflitto. Tra di esse si annovera, ad esempio, il credito d'imposta in favore delle imprese e degli autotrasportatori per l'acquisto di energia elettrica e di gas naturale, consistente in un contributo cumulabile con altre agevolazioni attribuite per le stesse voci e calcolato sulla base del rincaro dei costi del gas naturale liquefatto e dell'energia elettrica determinato dal conflitto (art. 6, comma 5, D.L. 17/2022). Quest'ultima è pari al 20% delle spese sostenute, al netto dell'Iva, fino a un massimo di 4 milioni di euro ed è stata erogata, per tutto il 2022, a favore delle imprese esercenti attività di logistica e trasporto merci per conto terzi con automezzi ad elevata sostenibilità ad alimentazione alternativa a metano liquefatto, al fine di supportare la metà dei costi ammissibili da queste sostenute per l'acquisto del gas naturale liquefatto necessario per la trazione dei mezzi di trasporto e per l'esercizio delle attività previsti dalla norma stessa. Ai crediti di imposta si aggiungono, tra le misure introdotte attraverso la decretazione d'urgenza, l'annullamento delle aliquote relative agli oneri generali di sistema elettrico applicate alle utenze domestiche e alle utenze non domestiche in bassa tensione (cui ha proceduto l'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (ARERA) per il terzo trimestre 2022 (art. 1, comma 1, D.L. 30 giugno 2022, n. 80 – cd. "Decreto energia 2022"); ma anche la riduzione dell'IVA e degli oneri generali nel settore del gas per lo stesso trimestre e, infine, il *bonus* sociale energia elettrica e gas ai soggetti svantaggiati e clienti domestici in gravi condizioni di salute «*con l'obiettivo di mantenere inalterata […] la spesa dei clienti agevolati corrispondenti ai profili-tipo dei titolari dei suddetti benefici*» (art. 3, comma 1, D.L. 80/2022). Tale *bonus* era stato, in realtà, già adottato con la finanziaria del 2021 e consisteva nella riduzione delle spese sulle bollette di elettricità e gas naturale usufruendo di uno sconto applicato in automatico in bolletta a tutti gli utenti domestici e non domestici in condizioni economicamente svantaggiate, sulla base della DSU (Dichiarazione sostitutiva unica).

ISSN 2036-7821

indirizzati a favorire le installazioni di impianti solari fotovoltaici e termici sugli edifici «*o su strutture e manufatti fuori terra diversi dagli edifici*» per i quali non è prevista la previa acquisizione di permessi, autorizzazioni o atti amministrativi di assenso[101].

Ulteriori semplificazioni sono state, poi, introdotte per l'installazione di impianti fotovoltaici flottanti (cioè disposti non sulla terraferma ma sull'acqua), fatte salve le disposizioni in materia di valutazione di impatto ambientale e di tutela delle risorse idriche[102]; e per le installazioni di impianti solari fotovoltaici e termici che coprono una superficie non superiore al sessanta per cento dell'area industriale di pertinenza «*in deroga agli strumenti urbanistici comunali e agli indici di copertura esistenti, nelle aree a destinazione industriale*»[103].

Come già evidenziato[104], le suddette norme emergenziali hanno apportato anche modifiche alla disciplina relativa all'autorizzazione unica[105], per cui per gli interventi di modifica non sostanziale che determinino un incremento della potenza installata si può ricorrere alla procedura semplificata[106].

A ben vedere, le ultime previsioni rapidamente descritte hanno, indubbiamente, il merito di consentire un percorso più rapido ed agevolato per la realizzazione di impianti per la produzione di energia alternativa, contribuendo, altresì, a sensibilizzare rispetto alla necessità di apportare un contributo all'ambiente; ma, ad avviso di chi scrive, non possono rivestire gli stessi caratteri di urgenza e necessità, richiesti dall'art. 77 Cost.[107], e sussistenti, invece, nelle altre misure citate, sebbene tale norma non definisca in modo tassativo le ipotesi cui essi possano applicarsi ed assuma, per tale motivo, contorni molto ampi «*in grado di accogliere la complessità e la molteplicità di fatti emergenziali, e di porsi, tuttavia, quale fondamento giuridico puntuale*

[101] Tale è il contenuto del comma 5 dell'articolo 7-*bis* del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, già recante "Semplificazione delle procedure autorizzative per la realizzazione di interventi di efficienza energetica e piccoli impianti a fonti rinnovabili", così come modificato dall'art. 9 del d.l. 17/2022.

[102] Art. 9 *ter* D.L. 17/20 22.

[103] Art. 10 *bis* D.L. 17/2022 conv. dalla L. 34/2022. Altra forma di semplificazione è quella introdotta dall' art. 7 D.L. 50/2022 conv. dalla L. 92/2022, rispetto al procedimento di autorizzazione di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili il cui progetto sia sottoposto a valutazione di impatto ambientale di competenza statale ed in cui le eventuali deliberazioni del Consiglio dei ministri sostituiscono ad ogni effetto il provvedimento di VIA, applicando ad esse le medesime previsioni contenute nel T.U.A.. come già detto, (cfr. § 3) tali deliberazioni confluiscono nel procedimento autorizzatorio unico, che è perentoriamente concluso dall'amministrazione competente entro i successivi sessanta giorni. Se la decisione del Consiglio dei ministri si esprime per il rilascio del provvedimento di VIA, decorso inutilmente il prescritto termine di sessanta giorni, l'autorizzazione si intende rilasciata.

[104] Cfr. § 3.

[105] Disciplinata dall'art. 5 del D. Lgs. 28/2011.

[106] Disciplinata dall'art. 6 *bis* del D. Lgs. 28/2011.

[107] Sulla rilevanza dei presupposti di necessità ed urgenza si vedano Corte Cost. n. 29/1995 e 171/2007. Per alcuni commenti si rinvia alla nota 10.

ISSN 2036-7821

(principio di legalità sostanziale) e relativa fonte sulla produzione rispetto ad atti di normazione secondaria»[108].

Infatti, seppur *necessarie* perché funzionali all'attuazione di politiche energetiche che puntano ad una maggiore produzione di energia da fonti rinnovabili, le misure di semplificazione non potevano considerarsi *straordinarie* ed *urgenti* nel contesto in cui sono state inserite, per due ordini di ragioni. *In primis*, perché esse dovrebbero opportunamente rappresentare sempre il frutto di un *iter* più ponderato, strutturato e, soprattutto, condiviso e, dunque, essere oggetto di una più attenta previsione ed attuazione che, certamente, l'urgenza non consente; *in secundis*, perché, prima che si possa produrre un quantitativo adeguato di energia, trascorre un tempo molto lungo tra l'implementazione e l'attuazione delle politiche energetiche, e la non immediatezza di tale risultato, evidentemente, non può giustificare il requisito dell'*urgenza*[109]. Il problema, quindi, a ben guardare, è che sia la forma scelta per introdurre tali misure (appunto, l'urgenza), sia la sostanza che si ferma, ancora una volta, alla sola semplificazione come unica soluzione di un problema molto più complesso, suggeriscono al legislatore positivo, in modo sempre più pressante, di abbandonare questa logica per abbracciare una vera rivoluzione di intervento programmato, capace di condurre a realizzare i *goals* dell'Agenda 2030 e gli obiettivi del 2050 in materia energetica[110].

Infatti, misure non ordinarie come i sostegni, ad esempio, trovano il proprio fondamento nella solidarietà[111] ed intervengono per un periodo limitato di tempo - fino a quando, cioè, dura la necessità - ma non è su di esse che può fondarsi il processo di transizione ecologica.

---

[108] Cfr. A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria,* cit., 560.

[109] Tali misure avrebbero dovuto essere oggetto del normale esercizio del potere di iniziativa legislativa, di cui all'art. 71 Cost. in quanto estranee alla *ratio* dei decreti legge, non valendo per esse «*il medesimo presupposto della necessità temporale*», si veda, al riguardo, Corte Cost. sent. n. 22/2012.

[110] Piuttosto che fare ricorso a strumenti semplificatori nel tentativo di porre rimedio *ex post* a situazioni già esistenti e che l'urgenza del momento ha solo amplificato, sarebbe stato necessario, insomma, coerentemente con i principi di prevenzione e precauzione che, negli anni, si fosse non solo maggiorente differenziata la fornitura e la produzione di gas, ma anche incentivata adeguatamente la produzione di FER. Cfr. S. VERNILE, *Effetto serra e poteri di emergenza,* in F. FRACCHIA, M. OCCHIENA (a cura di) Climate change. *La risposta del diritto*, Editoriale Scientifica, 2010, 87-116. Sui principi di prevenzione e precauzione, disciplinati dall'art. 191, par. 1 e 2, del TFUE, si vedano, *ex multis,* M.C. PONTECORVO, *Il principio di precauzione e la regolamentazione volta a combattere i cambiamenti climatici e l'inquinamento dell'atmosfera,* in A. BIANCHI, M. GESTRI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario,* Giuffré, Milano, 2006, 221-285; F. SPAGNOLI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale ed europeo: il ruolo della scienza e del diritto nell'emergenza climatica,* in *DPCE Online,* n. 3, 2020, 3497-3503.

[111] In tema di solidarietà legata alle finalità sociali e all'efficienza economica rispetto alla tutela dell'ambiente si richiamano, *ex multis*: F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. ec.*, 2002, 215 ss.; G. GRASSO, *Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra Costituzioni nazionali, Carta dei diritti e progetto di Costituzione europea*, in *Pol. dir.*, 2003, 581 ss.; P. DELL'ANNO, *La tutela dell'ambiente come "materia" e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, in *Amb. svil.*, 2009.

ISSN 2036-7821

Allo stesso modo, i *bonus* energia rappresentano interventi pubblici di carattere monetario volti ad abbassare il costo delle spese energetiche; ma se, da un lato, essi consentono la riduzione dell'impatto economico delle spese per l'energia, dall'altro, rischiano di rendere i beneficiari del sussidio sistematicamente dipendenti dall'intervento dello Stato[112].

Un contributo concreto dovrebbe, insomma, conseguire non a misure occasionali volte ad incidere esclusivamente sugli aspetti economici, quanto, piuttosto, a strumenti strutturali, che consentano di investire in attività sostenibili e che caratterizzino, nel lungo periodo, il nuovo sistema produttivo, facendo in modo che i costi e i benefici possano essere equamente distribuiti tra tutte le fasce della popolazione, sì da evitare disuguaglianze economiche[113].

Discorso analogo va, pertanto, fatto per le misure di semplificazione relative alle FER: per potersi trasformare in strumenti di incentivo effettivo all'installazione di impianti di produzione di energia alternativa, esse dovrebbero, più opportunamente, appartenere ad una logica di sistema e non di urgenza, in un contesto di interventi tra loro interattivi, armonici e di lunga durata, grazie ai quali affrontare, ad un tempo, l'emergenza avendo, però, a disposizione una *road map* per il futuro, in cui l'esigenza di "autonomia energetica" venga contemperata con quella maggiormente strutturata di transizione ecologica negli approvvigionamenti energetici. In tale contesto dovrebbe esserci maggiore condivisione e partecipazione da parte dei cittadini, i quali dovrebbero essere messi astrattamente nelle condizioni di produrre da sé l'energia di cui hanno bisogno, attraverso un sistema di produzione energetica decentralizzato[114].

È pur vero, però, che, attualmente, il regime energetico è, invece, ancora fortemente centralizzato, e ciò comporta che i mezzi di produzione dell'energia non sono

---

[112] Paradossalmente, tali misure, incidendo esclusivamente sul costo dell'energia, rischiano di tradursi in sussidi alle fonti fossili perché non tengono conto della relativa fonte di produzione. M. GRECO, *Prime note sulla dimensione costituzionale della povertà energetica. L'ipotesi di un diritto sociale all'energia,* in *Dirittifondamentali.it*, 2/2023, 437-460. L'A., rispetto alla dipendenza da interventi pubblici di tale tipologia, prende in prestito da M. FERRARA, *Le Trappole del welfare. Uno stato sostenibile per l'Europa del XXI secolo*, Il Mulino, Bologna, 1998, 152, l'espressione "trappola della dipendenza", che rappresenta quella situazione in cui, considerando tali prestazioni come "spettanze", i beneficiari di esse vengano disincentivati ad attivarsi per uscire dallo stato di bisogno.

[113] Con riferimento ai *bonus*, una soluzione che li renda strumenti non temporanei potrebbe essere quella di commisurarli ai consumi, erogandoli in misura tanto maggiore quanto minori sono i consumi stessi.

[114] Ad esempio, i cittadini potrebbero utilizzare impianti di produzione domestica dell'energia, le c.d. *domestic renewables*, che rappresentano forme di autoproduzione di energie rinnovabili dalla cui diffusione possono derivare notevoli vantaggi sociali che vengono ben evidenziati in P. FAGAN, *The Social Justice and Human Rights Benefits of Domestic Renewable Energy*, in *Advances in Environmental and Engineering Research*, 4/2023. Lo stesso obiettivo che si vuole conseguire con le *domestic renewables* è sotteso alle diverse tipologie di detrazioni fiscali per interventi di efficientamento energetico delle abitazioni (quali, ad esempio, le diverse tipologie di "ecobonus" previste dall'articolo 14 del d.l. n. 63/2013 o il c.d. "bonus 110" disciplinato dall'art. 119 del d.l. n. 34/2020 - Decreto Rilancio) o gli incentivi per la costituzione di comunità energetiche che coinvolgono soggetti in condizione di povertà energetica.

ISSN 2036-7821

tecnicamente accessibili dal singolo; dunque, quella di incidere sul costo dei servizi energetici appare ancora l'unica soluzione percorribile.

5. La "questione" della semplificazione in materia ambientale.

Le riflessioni appena svolte non vogliono lasciare intendere che le misure di semplificazione siano uno strumento non necessario nel contesto delle FER, ma vogliono richiamare l'attenzione sulla necessità che esse non conseguano ad un *iter* dettato dall'esigenza di porre rimedio a situazioni emergenziali, con il rischio di non riuscire a valutare con la dovuta attenzione gli ulteriori interessi coinvolti e, soprattutto, che esse non rappresentino l'unica logica di intervento legislativo finalizzato al completamento della transizione ecologica.

Per tale motivo si ritiene opportuno soffermarsi, sia pur brevemente, sulla delicatezza della questione relativa all'applicazione delle misure di semplificazione in materia ambientale che, da sempre, ha suscitato non poche perplessità, derivanti dal timore che l'amministrazione, in assenza di una motivazione espressa, non avrebbe potuto esercitare il controllo sull'*iter* logico valutativo seguito in merito ad interessi super sensibili, delicati e complessi quali, appunto, quelli ambientali, con l'effetto di impoverire il contenuto sostanziale della sua attività[115].

Tale orientamento è stato prevalente per anni, tanto è vero che la Corte di Giustizia[116], in varie occasioni, ha rimarcato, in passato, la necessità che le amministrazioni preposte alla tutela ambientale debbano concludere il procedimento con un provvedimento espresso, che dia conto dell'istruttoria svolta in merito ad un interesse di tale importanza[117]. Successivamente, in una pronuncia del 2004[118], la

---

[115] Cfr. V. PARISIO, *Giudice amministrativo, sindacato sulla composizione degli interessi e transizione energetica: prime riflessioni,* in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 4/2021.

[116] Si veda, in particolare, la sentenza 28 febbraio 1991, C-360/87 Commissione c/ Rep. Italiana in *Riv.it.dir.pubbl.com*., 1992, 241, relativa alla previsione, da parte dello Stato italiano, di un'autorizzazione provvisoria tacita nella l. 319/76 - la cd. legge Merli - con cui si dava attuazione alla direttiva del Consiglio 17 dicembre 1979 (80/68/CEE). In essa si è affermato che «*il rifiuto, la concessione o la revoca delle autorizzazioni devono risultare da un provvedimento esplicito e seguire regole procedimentali precise, nelle quali venga rispettato un determinato numero di condizioni necessarie, dalle quali sorgono diritti e obblighi in capo ai singoli. Ne consegue che un'autorizzazione tacita non può ritenersi compatibile con le prescrizioni della direttiva, tanto più che una siffatta autorizzazione non consente la realizzazione di indagini preliminari, né di indagini successive e di controlli*». Il principio per cui l'autorizzazione tacita pone problemi di compatibilità con i caratteri e gli scopi delle direttive comunitarie è stato successivamente ribadito più volte, soprattutto con riguardo alla normativa ambientale (autorizzazioni per il deposito di rifiuti, autorizzazioni per lo scarico di sostanze nei corpi idrici, autorizzazioni per emissioni in atmosfera valutazioni di impatto ambientale). Cfr. Corte Giust. 28 febbraio 1991, in C-131/88, Commissione c. Germania; Corte Giust. 19 settembre 200, in C-287/98, Linster; Corte Giust. 19 giugno 2001, in C-230/00 Commissione c. Regno del Belgio. Sul punto cfr. G. MORBIDELLI, *Il silenzio assenso,* in V. CERULLI IRELLI (a cura di) *La disciplina dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 267.

[117] F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla cd. riforma Madia,* in *www.federalismi.it*, 21 ottobre 2015.

[118] Corte Giust.,10 giugno 2004 in causa C-87/02, in cui, in relazione ad un'ipotesi di silenzio-assenso nelle procedure di verifica di assoggettabilità a VIA, la Corte di Giustizia ha disatteso le argomentazioni della

ISSN 2036-7821

stessa CGUE ha ribadito che (in materia ambientale) occorre verificare che l'istruttoria finalizzata alla valutazione dell'impatto di un intervento da autorizzare venga effettivamente svolta, altrimenti si verrebbe meno alla *ratio* della normativa ambientale che è quella della tutela preventiva dell'ambiente e della salute dei cittadini interessati[119].

Anche la nostra giurisprudenza, sia amministrativa che costituzionale[120], ha, per anni, escluso che in materia ambientale le esigenze di accelerazione e semplificazione dell'attività amministrativa prevalessero, se in conflitto, su quelle di protezione dell'ambiente (in senso lato): in particolare, la giurisprudenza costituzionale, a partire dagli anni '90[121], ha sancito l'incompatibilità tra silenzio assenso e interessi sensibili - ad esempio in materia di stoccaggio di rifiuti tossici e nocivi[122] - e lo stesso Legislatore ha aderito a tale orientamento con gli artt. 16, 17[123], 19 e 20 della l. 241 del 1990[124].

Le ragioni sulle quali esso si è fondato sono dipese innanzitutto dalla consapevolezza che l'amministrazione non è dotata di strumenti istruttori adeguati a consentire di procedere ad una compiuta valutazione trovandosi, spesso, nella necessità di dovere,

---

Repubblica italiana che sosteneva che «*sarebbe pertanto giustificato consentire alle autorità competenti di mantenere il silenzio laddove non sia necessaria una valutazione e imporre loro di provvedere formalmente solo laddove un progetto debba essere sottoposto a valutazione dell'impatto ambientale*».

[119] Tali orientamenti della CGUE sono stati ripresi e ribaditi dalla Corte costituzionale italiana in una serie di sentenze, la prima delle quali risale al 1992 e l'ultima al 2014.

[120] Corte cost. n. 459/1989, n. 194/1993, n. 302/1988, in *www.cortecostituionale.it*. Si legga anche Corte di Giustizia CE 28.2.1991, causa C360/87 in *Riv. it. dir. pub. comp.*, 1992, 901 ss. Per la giurisprudenza amministrativa, cfr. Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 6.4.2005 n. 548 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[121] Si fa riferimento, specificamente, alla sentenza n. 307/1992.

[122] Con la sentenza n. 194 del 1993, in ipotesi analoga (e cioè lo stoccaggio provvisorio di rifiuti tossici e nocivi), la Corte ha ribadito la incompatibilità del silenzio assenso con la tutela della salute e dell'ambiente, affermando che «*sono indispensabili per il rilascio dell'autorizzazione accurate indagini ed accertamenti tecnici nonché controlli specifici*»; in un'altra sentenza ancora, la stessa Corte ha dichiarato incostituzionale una legge della Regione Campania sulla disciplina degli scarichi in fognatura che prevedeva un termine di 60 giorni per l'autorizzazione, scaduto il quale quest'ultima si intendeva tacitamente concessa per 60 giorni salvo revoca (sentenza n. 209/2014). Cfr. A. CONTIERI, *Il silenzio assenso tra le amministrazioni secondo l'art. 17 bis della legge n. 241/90*, in (a cura di) A. CONTIERI, *Approfondimenti di diritto amministrativo,* Editoriale Scientifica, 2021, 119.

[123] Infatti, l'art. 17 della l. 241/90 prevede che le valutazioni tecniche spettanti alle autorità preposte alla tutela ambientale, paesaggistico territoriale e della salute dei cittadini non possono essere affidate ad altri organi dell'amministrazione pubblica dotati di qualificazione e capacità tecniche equipollenti. Anche nella disciplina della conferenza di servizi si prevede che, una volta adottata dall'autorità che aveva convocato la conferenza, la determinazione motivata di conclusione della stessa, entro 10 giorni le autorità preposte alla tutela ambientale, paesaggistico territoriale, dei beni culturali, della salute e della pubblica incolumità, possono proporre opposizione al Presidente del Consiglio dei Ministri. Tuttavia, questo regime privilegiato di tutela degli interessi sensibili era stato comunque fortemente limitato dalla previsione che tali autorità possono proporre l'opposizione solo a condizione che abbiano comunque espresso in modo inequivoco il proprio motivato dissenso prima della fine della conferenza. Cfr. A. CONTIERI, *Il silenzio assenso tra le amministrazioni secondo l'art. 17 bis della legge n. 241/90*, cit.

[124] V. PARISIO, *La funzione consultiva nella dinamica procedimentale*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, II ed., 2017, 802 ss.

ISSN 2036-7821

piuttosto, basare la propria decisione su perizie e valutazioni tecniche di organi specializzati da cui non potrebbe prescindere. In secondo luogo, si è valutato che la partecipazione in materia ambientale è molto più estesa che in altri ambiti e coinvolge un elevato numero di soggetti, sia pubblici che privati, che hanno interesse ad introdurre nel procedimento le proprie istanze di cui è richiesta la giusta ponderazione.

È, dunque, proprio l'ampiezza (oltre che la delicatezza) di tale materia la ragione principale per cui, per anni, si è escluso di procedere alla semplificazione dei relativi procedimenti[125]; in tale contesto essa, infatti, non assume solo il significato di accelerare o, comunque, di snellire i procedimenti, ma deve riuscire ad assicurare anche che di essi venga garantito in modo efficace il risultato, attraverso la razionalizzazione delle procedure e la definizione delle concrete tempistiche delle fasi procedimentali[126].

Tuttavia, tale impostazione è stata gradualmente ribaltata, a favore di una "apertura" nei confronti di una più veloce conclusione del procedimento, soprattutto se connesso alla realizzazione di opere a vantaggio della collettività. Infatti, un nuovo orientamento della giurisprudenza costituzionale - ormai divenuto abbastanza costante - ha cominciato a farsi presente già dal 1986[127], per cui la Corte costituzionale, facendo riferimento ai valori "primari" e alla necessaria tutela «*di valori essenziali come il paesaggio e l'equilibrato sviluppo del territorio*», ha progressivamente evidenziato che la primarietà, sebbene in passato sia stata intesa come insuscettibilità di subordinazione ad ogni altro valore costituzionalmente tutelato, ivi compresi quelli economici, non legittima, invece, «*un primato assoluto in una ipotetica scala gerarchica dei valori costituzionali*», pur implicando l'esigenza di una «*compiuta ed esplicita rappresentazione di tali interessi nei processi decisionali all'interno dei quali si esprime la discrezionalità delle scelte politiche e amministrative*»[128]. Dunque, anche

[125] Cfr. sul punto, M. RENNA, *Semplificazione e ambiente*, in *Rivista Giuridica dell'edilizia,* I, 2008; 37-70.

[126] G. LA ROSA, *Semplificazione amministrativa e* climate change, in F. FRACCHIA, M. OCCHIENA (a cura di) Climate change. *La risposta del diritto*, Editoriale Scientifica, 2010, cit., 117-132.

[127] Corte cost., sent. 152/1986.

[128] Corte cost., 28 giugno 2004, n. 196, in *Foro.it,* 2005, I, c. 327, poi ripresa da Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85, *ivi,* 2014, I, c. 441, che è la prima sentenza che si occupa del caso Ilva, in cui, nel precisare che tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano «*in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri*», è stato evidenziato che il punto di equilibrio non può essere predeterminato «*dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo*», ma che, invece, esso va valutato «*secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale*». Sempre sull'Ilva di Taranto si veda anche Corte cost. 23 marzo 2018, n. 58, *ivi,* 2018, I, c. 1073. Si evidenzia che tale giurisprudenza è stata di recente richiamata anche dal Consiglio di Stato che, in una sentenza della sezione VI, (la n. 8167 del 23 settembre 2022, pronunciata in un caso di pretesa interferenza del progetto di realizzazione di pale eoliche su un territorio in cui erano situati anche beni culturali), ha evidenziato che «*La primarietà di valori come la tutela del patrimonio culturale o dell'ambiente implica che gli stessi non possono essere interamente sacrificati al cospetto di altri interessi (ancorché costituzionalmente tutelati) e che di essi si tenga necessariamente conto nei complessi processi decisionali pubblici, ma non ne legittima una concezione 'totalizzante' come*

ISSN 2036-7821

se l'interesse primario non prevale, esso deve comunque essere considerato, valutato e bilanciato in un equilibrio di valori in cui nessuno prevale gerarchicamente sugli altri, sia nell'ambito delle scelte politiche sia in quelle che sono espressione della discrezionalità amministrativa perché, se così non fosse, in caso di illimitata espansione di uno di essi, lo stesso diverrebbe "tiranno" nei confronti di altri diritti costituzionalmente tutelati; del resto, in Costituzione non si rinvengono diritti e interessi che prevalgano in modo assoluto sugli altri, neanche quei valori definiti primari, perché non esiste una rigida gerarchia[129]. Ciononostante, pur se interessi sensibili come paesaggio, ambiente, patrimonio storico-artistico, salute e sicurezza non siano destinati a prevalere incondizionatamente, essi non possono, tuttavia, pregiudizialmente soccombere nella comparazione con altri valori, richiedendo necessariamente di essere considerati, valutati e bilanciati.

Sulla scorta di tale "nuovo" orientamento la semplificazione è, dunque, attualmente, possibile anche rispetto a procedimenti che riguardino interessi ambientali, i quali, grazie ad essa, ricevono una più tempestiva soddisfazione, adeguata alla loro rilevanza e conseguente alla più completa valutazione e ponderazione, quantunque essi non siano più considerati prevalenti in maniera assoluta rispetto ad altri interessi. Tanto è vero che, con una pronuncia del 2018, la Suprema Corte[130] ha riconosciuto che la nuova normativa ispirata al principio di semplificazione dei procedimenti attraverso la previsione di una autorizzazione integrata ambientale - «*strumento necessario per garantire una tutela unitaria e non frazionata del bene ambiente*» - può conseguire l'obiettivo di «*migliorare la qualità della procedura di valutazione dell'impatto ambientale, allineandola ai principi della regolazione intelligente e cioè della regolazione diretta a semplificare le procedure e a ridurre gli oneri amministrativi implicati nella realizzazione dell'opera*»[131].

Il "cambio di rotta" evidenziato è stato consacrato, a livello legislativo, con l'art. 17 *bis*, aggiunto alla L. 241 del 1990[132] dalla legge Madia, n. 124/2015. Tale norma ha non

---

fossero posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, necessariamente mobile e dinamico, deve essere ricercato - dal legislatore nella statuizione delle norme, dall'Amministrazione in sede procedimentale, e dal giudice in sede di controllo - secondo principi di proporzionalità e di ragionevolezza». Sul punto si veda anche G. D. COMPORTI, *Energia, ambiente e sviluppo sostenibile,* cit., 148 ss.

[129] Corte cost. sent. 85/2013, cit.

[130] Si fa riferimento alla sentenza 198 del 2018 con cui la Suprema Corte si è pronunciata sul D.Lgs. 104/2018 di attuazione della Direttiva 2014/52/UE in materia di VIA, tramite la quale si riesce ad assicurare una significativa semplificazione della procedura. Cfr. A. CONTIERI, *Il silenzio assenso tra le amministrazioni secondo l'art. 17* - bis *della legge n. 241/90*, cit.

[131] Idem.

[132] Sull'art. 17 *bis* la dottrina è ampia; si rinvia, a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo, a F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17-bis introdotto dalla cd. riforma Madia,* in *Fedealismi.it,* 21.10.2015; F. SCALIA, *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia,* in *Urb. e app.*1/2016, 11 e ss.; G. MARI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e tra amministrazioni e gestori di beni o servizi pubblici,* in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa,* Milano, Giuffrè, 2017, 853 e ss.; A. CONTIERI, *Il silenzio assenso tra le amministrazioni secondo l'art. 17 bis della legge n. 241/90*, cit.

ISSN 2036-7821

solo introdotto l'istituto del silenzio assenso tra le amministrazioni pubbliche, ma lo ha esteso anche alle autorità preposte alla cura dei cd. interessi sensibili, ovvero quelli della tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, sebbene ad essi sia riservata comunque una tutela differenziata, consistente nella previsione di un termine più lungo perché si maturi il silenzio, scaduto il quale l'esigenza di semplificazione prevale su quella connessa ad una adeguata valutazione degli interessi coinvolti e ad una ponderata decisione[133].

Ci si trova, dunque, di fronte alla rivalutata considerazione sia dell'interesse all'ambiente che delle fonti di energia rinnovabile; quest'ultima, in particolare, consegue alla nuova visione che finalmente si ha dell'energia che, rispetto a come era considerata in passato, non è più in contrapposizione con l'ambiente quale fattore dinamico di aggressione ad esso, perché rappresenta la «*via per lo sviluppo di tecniche di sfruttamento di risorse non fossili, dunque, naturali e pulite*»[134]. Da tale nuova visione si desume che la promozione delle FER possa attuarsi non solo attraverso politiche di incentivazione consistenti nella corresponsione di benefici economici in favore dei produttori di energia da fonti non convenzionali, ma anche attraverso la semplificazione delle procedure autorizzative preliminari alla costruzione e all'esercizio degli impianti alimentati dalle predette fonti.

A ben vedere, intesa come snellimento e velocizzazione delle procedure autorizzatorie, la semplificazione amministrativa costituisce essa stessa uno strumento incentivante, la cui efficacia, sul fronte degli interventi in tale materia, non può in alcun modo essere disconosciuta; del resto, anche il diritto dell'UE si è dimostrato a favore di essa, non solo con la Direttiva 2001/77/CE, sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili[135], ma anche con la

[133] Si evidenzia che la Corte costituzionale (sent. n. 246/2018) ha teso a limitare l'autonomia delle regioni sia nell'introdurre ipotesi di silenzio assenso che possano impattare sulla necessità di valutazione espressa degli interessi sensibili, sia nel modificare i termini per la formazione delle fattispecie di silenzio ritenute compatibili con l'esigenza di tutela di interessi sensibili, tutelando le disposizioni statali che prevedono un diverso e più lungo termine per la comunicazione dell'assenso, concerto o nulla osta da parte delle amministrazioni preposte alla cura degli interessi sensibili, dal momento che queste ultime garantiscono condizioni di migliore ponderazione. In sintonia con quanto affermato dalla CGUE, la Corte valorizza la necessità che la compatibilità tra silenzio assenso e interessi coinvolti dalla decisione obliterata attraverso le misure di semplificazione menzionate sia oggetto di una valutazione che si sostanzi in un attento e ponderato bilanciamento, ma ha più volte affermato come, «*in linea di principio, al legislatore non è affatto preclusa, sul piano costituzionale, la qualificazione in termini di silenzio assenso del decorso del tempo entro il quale l'amministrazione competente deve concludere il procedimento e adottare il provvedimento*», cfr., sul punto, S. TUCCILLO, *Procedimento amministrativo e livelli essenziali delle prestazioni nella giurisprudenza costituzionale*, in A. CONTIERI (a cura di), *Approfondimenti di diritto amministrativo*, cit., 125-139.

[134] Eolico, solare fotovoltaico, solare termico e a concentrazione, moto ondoso, idraulica, biomassa, cfr. G. D. COMPORTI, *Energia, ambiente e sviluppo sostenibile,* cit., 163.

[135] Tale direttiva invitava gli Stati ad assumere le opportune iniziative di razionalizzazione delle procedure amministrative coinvolte nella costruzione e nell'esercizio dei relativi impianti. Cfr. G. F. CARTEI, *Cambiamento climatico ed energie rinnovabili*, in F. FRACCHIA, M. OCCHIENA (a cura di) Climate change. *La risposta del diritto*, Editoriale Scientifica, 2010, 274-290.

ISSN 2036-7821

Direttiva 2014/52/UE che, in materia di VIA, riesce ad assicurare una significativa semplificazione della procedura.

6. Quali "rimedi" per la produzione di energia da fonti rinnovabili?

Le misure e gli strumenti sui quali il Legislatore è intervenuto, spesso, negli ultimi anni hanno lo scopo di conseguire l'autosufficienza nella produzione di energia quale principale obiettivo. È fondamentale, infatti, riuscire a produrre autonomamente l'energia che serve, ovviamente puntando a fonti di produzione non inquinanti e, quindi, alla luce di quanto si è fin qui detto, appare evidente che il nostro Paese debba aumentare tale produzione, sì da riuscire a sostituirla completamente a quella prodotta da combustibili fossili.

Da un lato, dunque, così come previsto dal citato Piano nazionale di contenimento dei consumi di gas naturale, è importante dare impulso, nel settore dei gas rinnovabili[136], allo sviluppo del biometano e ad investimenti a favore della produzione e dell'impiego di idrogeno[137] e di risorse come biomasse e biocarburanti, specie nel settore dei trasporti, che resta particolarmente delicato. Dall'altro lato, è, altresì, importante riuscire anche a potenziare gli impianti che producono energia da fonti rinnovabili, come quella eolica[138] - *offshore* e *onshore*[139] - quella oceanica[140] e anche quella prodotta grazie al fotovoltaico flottante[141].

---

[136] Tra le misure contemplate dal Piano c'è quella della "massimizzazione della produzione di energia elettrica con combustibili diversi dal gas", in particolare il carbone, l'olio combustibile e i bioliquidi; ad essa si affianca, poi, la "misura amministrativa di contenimento del riscaldamento", la quale prevede azioni amministrative che riducano il consumo di gas per il riscaldamento mediante l'introduzione di limiti di temperatura negli ambienti, di ore giornaliere di accensione e di durata del periodo di riscaldamento, in funzione delle fasce climatiche in cui è suddiviso il territorio italiano. Tali azioni si aggiungono a quanto già attuato con l'articolo 19-*quater* del D.L. n. 17/2022 che è intervenuto sul riscaldamento degli edifici pubblici.

[137] La Commissione, attraverso la COM(2020)0301, ha adottato una strategia in Europa al fine di esaminare il suo potenziale contributo alla decarbonizzazione dell'economia dell'Unione e di favorire la diffusione dell'idrogeno rinnovabile su larga scala a partire dal 2030.

[138] Segnatamente, quella eolica è energia cinetica prodotta dal movimento dell'aria sulla superficie terrestre e rappresenta una fonte di energia pulita, rinnovabile ed inesauribile. La COM(2020)741, del 19 novembre 2020, relativa alle energie rinnovabili *offshore* dal titolo "Strategia dell'UE per sfruttare il potenziale delle energie rinnovabili *offshore* per un futuro climaticamente neutro", valuta il potenziale contributo delle energie rinnovabili *offshore* intendendo aumentarne la produzione nell'ambito dell'UE; inoltre, mira a una revisione legislativa della rete transeuropea dell'energia al fine di renderla maggiormente applicabile alle infrastrutture *offshore* transfrontaliere.

[139] In realtà, esistono anche i cosiddetti impianti *near-shore*, posti sulla costa entro dieci chilometri di distanza dal mare; ma esiste anche il cd. eolico domestico che, seppur limitato ad una scala ridotta rispetto agli impianti industriali, ne sfrutta lo stesso principio.

[140] COM(2014)08, del gennaio 2014, dal titolo "Energia blu: Realizzare il potenziale dell'energia oceanica dei mari e degli oceani europei entro il 2020 e oltre". Già dal 2014 esisteva un piano d'azione relativo all'energia oceanica; esso comprendeva anche l'energia generata dal moto ondoso, dalle maree, dalla conversione dell'energia talassotermica e quella a gradiente salino.

[141] Essa si avvale delle correnti e delle onde del mare utilizzando pannelli solari installati su apposite piattaforme galleggianti che sfruttano la riflettanza dell'acqua. Nel nostro Paese le prospettive per questa

ISSN 2036-7821

Sebbene vantaggiose, però, per molte di queste forme di produzione alternativa sussistono delle criticità che, finora, si sono frequentemente frapposte all'obiettivo da conseguire tramite esse. Ad esempio, infatti, la produzione di energia eolica in centrali *onshore* - installate, cioè, sulla terraferma[142] - nonostante consenta il vantaggio di ottenere la maggior parte di energia ricavabile dall'eolico perché la velocità e la costanza del vento, lontano dalla costa, forniscono le condizioni ottimali per la conversione dell'energia, presenta, al contempo, lo svantaggio di produrre inquinamento acustico, di mettere in pericolo la fauna volatile attraverso le pale delle turbine e, da ultimo, di rovinare l'estetica paesaggistica[143]. Ad esse si dovrebbero, allora, preferire, in termini di efficienza, quelle per l'eolico *offshore*, le cd. *wind farm* - installate direttamente sul mare - perché, costruite lontano dalla costa, riescono a sfruttare correnti più forti di quelle che si registrano sulla terraferma e, quindi, a produrre, con un numero di turbine inferiore, un quantitativo maggiore di elettricità, determinando un minore impatto visivo e non compromettendo lo svolgimento di attività legate al territorio (come la pastorizia o l'agricoltura). Tuttavia, anche rispetto a tali centrali sussistono delle criticità, perché sono molto elevati i costi della gestione delle varie piattaforme e della tecnologia necessaria a collegarle alla costa per il trasferimento dell'elettricità prodotta, e perché sono molto lunghi i tempi relativi alle autorizzazioni per la progettazione degli impianti. Infatti, sono necessarie sia una autorizzazione unica che una concessione demaniale[144]; queste ultime possono essere rilasciate solo a seguito dell'autorizzazione ambientale che si ottiene mediante una

---

tecnologia sono abbastanza positive, anche grazie alla grande quantità di bacini idrici presenti sul territorio nazionale. A differenza dell'eolico *offshore*, per il fotovoltaico flottante sono più indicati specchi d'acqua ferma, così da evitare sollecitazioni meccaniche che potrebbero compromettere la funzionalità dei pannelli. Gli utilizzi di questa energia potrebbero essere molti (ad esempio anche in ambito agricolo per l'irrigazione dei campi), anche se va evidenziato che non si hanno ancora informazioni certe sull'effetto "ambientale" che tali impianti possano avere su flora e fauna sottostante, molto variabili a seconda del contesto.

[142] Segnatamente, nel caso della produzione *offshore* l'energia viene prodotta principalmente in mare aperto e, dunque, grazie a parchi eolici costruiti sulla superficie di specchi d'acqua, sfruttando l'energia del vento generalmente in mari o oceani all'interno della piattaforma continentale. Nel caso della produzione *onshore* (eolico terrestre), invece, si utilizza il vento che soffia nel Paese, riducendo anche le importazioni di combustibili fossili, attraverso installazioni da realizzarsi prevalentemente su zone terrene all'aperto, rilievi collinari, zone montuose. Rispetto a quella *offshore*, quest'ultima è molto meno costosa non solo perché l'installazione del relativo impianto eolico richiede un tempo inferiore per diventare operativo e funzionante rispetto, ad esempio, a quella delle centrali nucleari, ma anche perché esso consente alle comunità locali l'indubbio vantaggio di sfruttare direttamente l'energia prodotta nella loro zona, aumentandone l'autonomia energetica e, dunque, incidendo di meno sulle loro economie. Inoltre, la turbina di tali impianti si trova, solitamente, a minore distanza fisica con il consumatore, con la conseguenza che si disperde un quantitativo minore di elettricità attraverso la rete impiegata per la distribuzione dell'energia prodotta.

[143] Del resto, come già evidenziato, sono state molteplici le questioni da sempre portate all'attenzione dei giudici circa il bilanciamento tra valori ambientali e valori paesaggistici. Di recente, però, il Giudice amministrativo, a seguito della revisione costituzionale del 2022, ha ridimensionato l'interesse pubblico alla protezione del patrimonio culturale e del paesaggio nel bilanciamento con i valori ambientali (si veda la nota 75).

[144] Ai sensi del citato art. 12, comma 3, del D. Lgs. 387/2003.

ISSN 2036-7821

procedura di VIA[145] e, dunque, attraverso la richiesta di tanti pareri che, a volte, sono in conflitto tra loro a causa di insufficienti scambi di dati tra le pubbliche amministrazioni procedenti. Tutto questo rende particolarmente lento il rilascio delle suddette autorizzazioni[146], compromettendo, di conseguenza, l'efficacia stessa di tale tipo di produzione di energia sostenibile[147].

Questo complesso *iter* autorizzatorio[148] è stato interessato, nel 2021, da alcune previsioni normative finalizzate a snellirlo[149] senza, però, riuscire a modificarne del tutto la oggettiva complessità derivante dalle numerose procedure previste per il rilascio dell'autorizzazione[150]. Segnali nella direzione dello snellimento si devono, allora, attendere dall'attuazione della Direttiva 2023/2413[151], la cd. Red III[152] sulle energie rinnovabili, entrata in vigore il 20 novembre 2023. Essa prevede che gli Stati membri - che avranno diciotto mesi per recepirla - al fine di ridurre i ritardi burocratici e di promuovere fonti energetiche sostenibili, dovranno approvare i progetti relativi agli impianti fotovoltaici ed eolici entro 12 mesi per quelli nelle "zone di riferimento per le energie rinnovabili" ed entro 24 mesi per quelli al di fuori da tali zone[153]. Purtroppo, fino a quando non saranno correttamente applicate le

[145] Decreto di Compatibilità Ambientale rilasciato dal Ministero della Transizione Ecologica di concerto con il Ministero della Cultura. L'autorizzazione alla costruzione e all'esercizio è rilasciata dal Ministero dei Trasporti.

[146] L'Associazione nazionale energia del vento (ANEV) ha stimato che per approvare i progetti sull'eolico serve una media di quattro anni e nove mesi; in un caso sono addirittura trascorsi 14 anni tra la prima richiesta di autorizzazione e l'effettiva inaugurazione del parco eolico realizzato (si tratta del primo parco eolico *offshore* italiano a largo di Taranto).

[147] Sono considerate aree idonee all'installazione di impianti eolici *offshore* quelle che saranno individuate dal Piano di gestione dello spazio marittimo; dal momento che, però, attualmente, tale piano non è ancora stato adottato, sono qualificate idonee le piattaforme petrolifere in disuso e l'area distante due miglia nautiche da ciascuna piattaforma; i porti, per impianti eolici fino a 100 MW di potenza istallata, previa variante del Piano regolatore portuale, ove necessaria, da adottarsi entro sei mesi dalla presentazione della richiesta. Infine, gli impianti possono essere localizzati in aree non sottoposte a vincoli incompatibili con l'insediamento di impianti offshore (art. 23, comma 4, d. lgs. n. 199/21, come modificato dall'art. 13, d.l. n. 17/22).

[148] Tale procedimento è costituito da subprocedimenti autonomi che sono finalizzati ad esaminare, di volta in volta, aspetti ambientali, del demanio marittimo e direttamente connessi alla produzione dell'energia elettrica. Cfr., *ex multis*, T.A.R. Molise, sez. I, 3 dicembre 2011, n. 992; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 3 novembre 2017, n. 2512.

[149] Segnatamente si tratta del D. Lgs. 199/2021, di attuazione della Direttiva cd. Red II (2018/2001), art. 23, D. Lgs. n. 199/21, come modificato dall'art. 13, D.L. n. 17/22, a sua volta modificato dall'art. 1, comma 1, L. n. 34/22.

[150] Esse prevedono che gli impianti siano soggetti ad autorizzazione unica, che riunisce in sé tutti i titoli abilitativi necessari, previo rilascio della concessione per l'uso del demanio marittimo. A tale concessione si accompagna, per gli impianti situati al di là delle acque territoriali, la concessione per l'utilizzazione della piattaforma continentale e delle acque soprastanti oltre che la valutazione di impatto ambientale.

[151] Tale Direttiva, che modifica la Direttiva 2018/2001, è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europa del 31 ottobre 2023 e prevede delle procedure più snelle per l'installazione di impianti solari e parchi eolici, nonché per l'ammodernamento di quelli già esistenti.

[152] RED III è l'abbreviazione di "*Renewable Energy Directive* III," ovvero "Direttiva sull'Energia Rinnovabile III".

[153] Obiettivo della Direttiva, oltre che snellire le procedure per l'ottenimento dei permessi, è anche quello di raggiungere il nuovo e più ambizioso traguardo di produzione del 42,5% di quota di energie rinnovabili entro il 2030.

ISSN 2036-7821

previsioni della nuova disciplina europea, ci si dovrà continuare a confrontare con una normativa la cui complessità rappresenta una delle principali ragioni del ritardo e, quindi, della insufficienza di produzione di energia da fonti rinnovabili, che si aggiunge alla evidenziata difficoltà di contemperare i vari interessi pubblici coinvolti.

In ogni caso, non può bastare, da sola, la semplificazione delle procedure; è importante, parallelamente, che si proceda anche nella direzione di una migliore *governance* tra istituzioni e cittadini, sensibilizzando questi ultimi ad assumere misure comportamentali virtuose e a costo zero, grazie alle quali contribuire a limitare il consumo di energia, con riduzione dei costi di bolletta degli utenti e con impatti positivi anche sull'ambiente[154]. Attraverso tali misure, infatti, si può rendere più concreta la partecipazione responsabile agli obiettivi della decarbonizzazione come parte integrante di un rinnovato atteggiamento nei confronti dell'ambiente.

Gli interventi pubblici dovrebbero essere maggiormente finalizzati, ad esempio, alla promozione delle diverse forme di autoproduzione di tali forme di energie. Al riguardo, è recentissima la pubblicazione del decreto 8 settembre 2023 del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica[155], finalizzato all'istituzione del "Fondo nazionale reddito energetico", con il quale è possibile finanziare piccoli impianti fotovoltaici in assetto di autoconsumo per le famiglie a basso reddito. Grazie ad esso, si consente l'accesso agevolato, attraverso l'erogazione di un finanziamento, per l'acquisto e l'installazione di impianti di produzione di energia rinnovabile in favore di utenti in condizioni di fragilità socio-economica, i quali, però, si impegnano a cedere, alla Regione o al Comune che ha erogato il finanziamento, gli eventuali crediti maturati dalla vendita dell'energia prodotta e non autoconsumata. Tali somme concorreranno, poi, a rifinanziare la misura.

Si tratta di un fondo rotativo in cui sono previsti duecento milioni di euro complessivi a disposizione per il biennio 2024-2025, ma che può essere incrementato con un versamento volontario da parte di amministrazioni centrali, Regioni, Province ed anche organizzazioni pubbliche e realtà *no-profit*. Attraverso di esso si consente la partecipazione attiva e responsabile dei consumatori, i quali assumono, dunque, le

[154] Infatti, il Governo ha inteso promuovere e sensibilizzare circa la necessità di comportamenti consapevoli e intelligenti nel consumo di gas e di energia elettrica, che incidano non solo sul contenimento della domanda di gas e sugli stessi costi in bolletta degli utenti, ma anche sulle politiche di decarbonizzazione, partendo da azioni apparentemente di poco conto quali, ad esempio, la riduzione della temperatura e della durata delle docce, l'utilizzo anche per il riscaldamento invernale delle pompe di calore elettriche usate per il condizionamento estivo. Alle misure comportamentali a costo zero si aggiungono, poi, quelle che si possono realizzare grazie ad investimenti anche piccoli da parte degli utenti, ad esempio per la sostituzione di elettrodomestici o di climatizzatori a più elevato consumo con quelli più efficienti; misure, queste, che ricadono già in buona parte in regime assistito (detrazioni fiscali, conto termico…) ma i cui effetti e buoni esiti saranno riscontrabili solo nel lungo periodo.

[155] Pubblicato in G. U. n. 161 dell'8 novembre 2023.

ISSN 2036-7821

vesti del *prosumer*[156] - ovvero del consumatore (*consumer*) e produttore di energia (*producer*) allo stesso tempo - che, in tal modo, apporta il proprio contributo positivo al processo di transizione ecologica, realizzando quella collaborazione di cui c'è bisogno e che è alla base anche delle comunità energetiche rinnovabili (CER)[157], altro esempio virtuoso di azione congiunta partendo dal basso[158].

Queste ultime – definite anch'esse entità "*prosumer*" - attraverso una forma di azione collettiva e collaborativa per la transizione energetica, producono e consumano al tempo stesso energia e rappresentano la migliore espressione del principio di sussidiarietà orizzontale in materia, in ragione del quale si genera una collaborazione tra cittadini e amministrazione che si attivano per dedicarsi «*alla cura di quell'interesse altrui di cui quest'ultima ha avuto finora il monopolio*»[159]. Infatti, le CER sono veri e propri soggetti giuridici, dotati di capacità giuridica e di agire proprie[160], costituiti da autoconsumatori[161] quali cittadini, PMI, imprese commerciali, enti locali e altre pubbliche amministrazioni[162]; esse nascono allo scopo di alimentare le proprie utenze

---

[156] Crasi di *producer* -o *professional* – *consumer*.

[157] In tema di CER si segnalano, *ex multis*, F. TOMASICCHIO, *L'avvento delle comunità energetiche. Quale prospettiva per l'Italia e l'Europa?*, in *Munus*, 3/2022, pp. 721-772; C. FAVILLI, *Transizione ecologica e autoconsumo organizzato di energia rinnovabile. La questione della forma giuridica delle comunità energetiche*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2/2023, pp. 385-403.

[158] La disciplina delle CER è contenuta nella cd. RED II, Direttiva UE n. 2018/2001, all'art. 22. Nel Considerando n. 63 viene evidenziata la necessità di tenere conto dell'impatto positivo che può avere lo sviluppo del mercato dell'energia da fonti rinnovabili «*sullo sviluppo a livello regionale e locale, sulle prospettive di esportazione, sulla coesione sociale e sulla creazione di posti di lavoro, in particolare per quanto riguarda le PMI e i produttori indipendenti di energia, tra cui gli autoconsumatori di energia rinnovabile e le comunità di energia rinnovabile*». La loro disciplina nazionale è contenuta, invece, nel Titolo IV del decreto di recepimento della RED II, il D. Lgs. 199/2021, segnatamente agli artt. da 30 a 34. In realtà, va segnalato che il Legislatore, in parziale attuazione della suddetta Direttiva, aveva disciplinato l'istituto già con l'art. 42-*bis* del d.l. n. 162/2019 (cd. Decreto Milleproroghe), convertito con modifiche nella l. 28 febbraio 2020, n. 8, attraverso il quale era stato, per la prima volta, introdotto, nel nostro ordinamento, il concetto di autoconsumo da fonti rinnovabili, fissando le condizioni per la sua costituzione e i limiti alla sua operatività senza, però, individuare un modello giuridico preferenziale di comunità.

[159] G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Jovene, vol. I, Napoli, 2005, 189.

[160] Possono assumere la forma di associazioni non riconosciute, ma anche di società di persone, cooperative o di capitali che non perseguono fini di lucro e che restano autonome rispetto ai soggetti che li compongono.

[161] I Considerando nn. 66-68 e nn. 70-72 della Direttiva Red II definiscono gli «*autoconsumatori di energia rinnovabile*» e gli «*autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente*», con l'indicazione dei limiti di operatività degli Stati. Cfr. B. MINUCCI, *Comunità energetiche e autoconsumo collettivo*, in *Riv. giur. amb.*, 3/2022, 843 ss.

[162] La Direttiva RED II si colloca nel quadro degli strumenti delineati dal PNIEC (Piano Nazionale Integrato per l'energia e il Clima) trasmesso alla Commissione europea il 31 dicembre 2019 e dal PNRR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza), approvato il 13 luglio 2021; essa avrebbe dovuto essere recepita nel diritto nazionale dei Paesi membri entro il giugno 2021, diventando applicabile a decorrere dal 1° luglio 2021. Nel nostro ordinamento è stata recepita con il Decreto Legislativo 8 novembre 2021, n. 199 (c.d. Decreto Red II), predisposto in coerenza con gli obiettivi del *Green New Deal* e che, sostituendo in parte il precedente D. Lgs. 28/2011, pone particolarmente l'accento sull'utilizzo delle fonti rinnovabili negli edifici al fine di migliorarne la prestazione energetica, promuovendo l'utilizzo dell'energia termica da fonti rinnovabili attraverso meccanismi di accesso competitivo ai

con energia pulita, autoprodotta e condivisa, attraverso uno o più impianti locali da fonti rinnovabili all'interno di un'area circoscritta, al fine di migliorare l'impatto ambientale dei singoli e della collettività e di ridurre i costi dei consumi dell'energia elettrica oltre che la propria dipendenza dalla rete di quest'ultima.

Nelle comunità energetiche rinnovabili l'energia autoprodotta è utilizzata prioritariamente «*per l'autoconsumo istantaneo in sito ovvero per la condivisione con i membri della comunità*»[163] e l'autoconsumo non è diretto al profitto, ma al beneficio a livello economico, sociale e, soprattutto, ambientale della zona in cui esse operano[164].

Attualmente in Italia sono ancora poco diffuse[165] e questo, da un lato, perché la loro disciplina nazionale appare frenata, essendo eccessivamente vincolata alla formula utilizzata dalle direttive europee di riferimento, con il rischio che non si riesca a trasferirle dal piano teorico alla realtà economico-sociale cui il modello è destinato[166]; dall'altro, ad avviso di chi scrive, a causa anche della scarsa conoscenza che se ne ha, sebbene le loro caratteristiche, e cioè l'autoproduzione e l'autoconsumo di energia rinnovabile, da realizzare con "configurazioni" aperte e, a loro volta, diversificate, rappresentino un esempio virtuoso cui tendere e da incentivare maggiormente.

---

quali sono ammesse le comunità di energia rinnovabili nonché le configurazioni di autoconsumo collettivo per il tramite dei rispettivi soggetti rappresentanti.

[163] Art. 31 comma 2 del D. Lgs. 199/2021.

[164] L'energia eventualmente prodotta in eccedenza può essere accumulata e venduta anche tramite accordi di compravendita di energia elettrica rinnovabile, direttamente o mediante aggregazione, con ulteriore guadagno economico. I membri delle CER possono accedere ad incentivi che promuovano l'efficacia, l'efficienza e la semplificazione delle iniziative, «*perseguendo, nel contempo, l'armonizzazione con altri strumenti di analoga finalità, ivi inclusi quelli previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*» (art. 4, D. Lgs. 199/2021). In tal modo, l'investimento iniziale può essere ridotto, perché finalizzato all'installazione di impianti per la produzione di energia rinnovabile. Si è evidenziato in dottrina che le CER sembrano rientrare nel modello di collettivizzazione prefigurato nello stesso art. 43 Cost., per mezzo delle mai attuate «*comunità di lavoratori o di utenti*», cfr., sul punto, A. CHIAPPETTA, *Il tessuto valoriale delle Comunità energetiche rinnovabili: un virtuoso modello di partecipazione attuativo del dettato costituzionale,* in *Dirittifondamentali.it,* 2/2023, 394-416.

[165] In Italia esse sono, infatti, solo una ventina, mentre, ad esempio, ce ne sono, in Germania, ben 1750, in Spagna 33 ed in Polonia e in Belgio 34, a dimostrazione che, altrove, rappresentano già da tempo un'esperienza che funziona. Nella realtà italiana, il rapporto del Gestore dei Servizi Energetici (l'ente pubblico che si occupa di promuovere l'uso di fonti di energia rinnovabile) segnala che le comunità energetiche si trovano quasi tutte in località molto piccole, concentrate in aree rurali o montane. In particolare, sono numerose le iniziative regionali volte alla promozione delle comunità energetiche rinnovabili, anche in funzione di contrasto alla povertà energetica; tra queste si segnalano quelle della legge reg. Lombardia n. 22/2022, della legge reg. Puglia n. 45/2019 (per come da ultimo modificata dall'articolo 30 della legge reg. n. 32/2022) e quelle della legge reg. Emilia-Romagna n. 5/2022. Cfr. R. MICCÙ – M. BERNARDI, *Premesse ad uno studio sulle* Energy communities: *tra* governance *dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale,* in *federalismi.it*, cit.. Ma anche V. PEPE, *Le "comunità energetiche" come nuovi modelli giuridici di sviluppo sostenibile. Prime note sull'esperienza francese*, in *AmbienteDiritto.it*, 3/2022. Finora l'unica comunità energetica rinnovabile attiva in una città di grandi dimensioni è quella di San Giovanni a Teduccio, nella periferia est di Napoli, che è partita a dicembre 2021 e che fornisce energia a venti famiglie del quartiere con 166 pannelli solari montati sul tetto della sede di una delle associazioni parte della comunità energetica.

[166] A. CHIAPPETTA, *Il tessuto valoriale delle Comunità energetiche rinnovabili: un virtuoso modello di partecipazione attuativo del dettato costituzionale*, 398.

ISSN 2036-7821

Infatti, grazie ad esse si può concretamente realizzare il passaggio da un modello energetico centralizzato e basato sulle fonti fossili ad un modello decentralizzato e basato sulle fonti rinnovabili e, attraverso una partecipazione attiva e, quindi (attraverso) la collaborazione, si può avvicinare la produzione ai punti di consumo, garantendo un governo intelligente dell'infrastruttura di distribuzione, ridimensionando il fabbisogno nazionale e puntando all'obiettivo europeo della decarbonizzazione[167].

Tale tipologia di attività dovrebbe essere attivata dai Comuni[168], cui spettano le funzioni amministrative in materia di controllo sul risparmio energetico e l'uso razionale dell'energia: essi dovrebbero implementare attività di promozione, valorizzazione e avvio di comunità energetiche rinnovabili sul proprio territorio[169], a favore anche di soggetti economicamente svantaggiati, partecipando ad esse, favorendone la costituzione e coinvolgendo, ad un tempo, i cittadini e le imprese attraverso attività informative e promozionali adeguate, in attuazione, come detto, del principio di sussidiarietà orizzontale[170]. I suddetti enti possono sia limitarsi a mettere a disposizione i propri impianti di generazione energetica la cui produzione ecceda il fabbisogno di autoconsumo, sia creare, amministrare e manutenere le CER, promuovendone la creazione sul territorio. In alternativa, come qualsiasi altro ente locale, possono aderire ad una Comunità energetica già esistente in qualità di consumatore oltre che di *prosumer*[171].

---

[167] Cfr. V. PRUDENTE, *Territori e comunità di energie rinnovabili. Quale ruolo per regioni ed enti locali?*, in *Diritti regionali, Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 1/2023, p. 273-305. Non è un caso, dunque, che le istituzioni europee abbiano deciso di puntare molto sulle comunità energetiche come mezzo per raggiungere più rapidamente i due obiettivi fondamentali per la transizione ecologica, ovvero la riduzione delle emissioni annuali nette di anidride carbonica del 55% entro il 2030 e il passaggio dalle fonti fossili a quelle rinnovabili, che entro lo stesso anno dovrebbero arrivare a produrre il 32% dell'energia.

[168] In certi casi spetta anche al livello di governo immediatamente superiore, come la Città metropolitana o la Provincia. Si evidenzia che la Corte costituzionale, nella recente sentenza n. 48 del 23 marzo 2023 (relativa alla questione di legittimità costituzionale della l.r. Abruzzo n.8/2022 recante "Interventi regionali di promozione dei gruppi di autoconsumatori di energia rinnovabile e delle comunità energetiche rinnovabili e modifiche alla l.r. n.6/2022"), oltre che confermare il rilevante ruolo affidato agli enti regionali nello sviluppo degli aspetti di dettaglio circa la disciplina sul funzionamento delle comunità energetiche rinnovabili, rimarca, altresì, la necessità che gli Stati membri forniscano un quadro di sostegno attraverso cui promuovere e agevolare lo sviluppo delle comunità di energia rinnovabile e garantire che "*la partecipazione alle comunità di energia rinnovabile sia aperta a tutti consumatori, compresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili*".

[169] Ai sensi del comma 1 dell'art. 31 del D.Lgs. n. 112/98 che recita: «*Sono attribuite agli enti locali, in conformità a quanto disposto dalle norme sul principio di adeguatezza, le funzioni amministrative in materia di controllo sul risparmio energetico e l'uso razionale dell'energia e le altre funzioni che siano previste dalla legislazione regionale*».

[170] A. PERSICO, *Le comunità energetiche e il ruolo sussidiario delle pubbliche amministrazioni territoriali. Moduli e strumenti a disposizione delle pubbliche amministrazioni per favorire la costituzione e le attività delle comunità di energia*, in *Ambientediritto.it*, 2/2022, 15.

[171] I comuni possono anche, in alternativa, mettere a disposizione i propri *asset*, dagli spazi pubblici utili agli impianti produttivi veri e propri.

ISSN 2036-7821

Ma anche i cittadini possono avviare direttamente iniziative indirizzate verso la transizione ecologica, grazie ad investimenti privati, stimolando, in tal modo, nuove forme di partenariato pubblico-privato, funzionali alla realizzazione di tali importanti investimenti[172].
Le CER, insomma, rappresentano l'espressione evidente della ricerca di modelli di pluralismo attraverso cui individuare e realizzare soluzioni alternative o, per lo meno, di supporto nel perseguimento di obiettivi di particolare interesse collettivo che richiedono necessariamente sforzi ed impegno diffuso. Grazie ad azioni sinergiche di cittadini, associazioni, imprese ed istituzioni pubbliche che in esse si ritrovano, costituiscono un notevole esempio di collaborazione tra pubblico e privato, manifestazione di una dimensione effettivamente partecipata, in cui il singolo smette di essere solo consumatore ed interviene attivamente e direttamente alla tutela dell'ambiente in cui vive ed allo sviluppo della comunità cui appartiene[173].

7. Riflessioni conclusive.

Il quadro fin qui delineato appare piuttosto complesso e denota l'esistenza di tante norme, sia europee che nazionali, che, tuttavia, non riescono a conferire al tema della transizione ecologica una regolazione omogenea e coerente.
Nel nostro stesso ordinamento, il recepimento degli impegni assunti a livello internazionale e comunitario - a volte attuato anche in ritardo - è stato spesso caratterizzato da polemiche e ripetuti cambiamenti di direzione[174] che hanno avuto delle inevitabili ripercussioni sul raggiungimento degli obiettivi.
Dunque, alla luce di quanto detto, si potrebbe sommessamente affermare che i fattori emergenziali hanno messo in luce ed accelerato un processo già da tempo in atto e sul quale si è intervenuti, soventemente, in modo occasionale, non coordinato e di cui non si è colto che l'urgenza e l'indifferibilità sono determinate dalle condizioni del nostro stesso pianeta in sofferenza, anche a prescindere da altre ed ulteriori

[172] Tra i modelli di comunità energetiche in Italia si segnala il RECOCER, che si distingue per efficienza e che dovrebbe essere imitato per favorire la diffusione di altre comunità energetiche. Esso è nato nel 2020, in Friuli Venezia Giulia, da un progetto che ha dato vita a ben quattro comunità energetiche che producono sul loro territorio energia con molteplici benefici, sia economici - perché si generano flussi di cassa tramite gli incentivi per l'energia condivisa e la vendita dell'elettricità al mercato - sia di natura fiscale, in quanto sono previste delle agevolazioni fiscali conseguenti alla creazione di valore in termini di lavoro (dalla realizzazione di economie di scala alla creazione di asset a basso rischio per gli investimenti, passando per nuovi servizi a valore aggiunto e strumenti finanziari). L'aspetto più rilevante di tale progetto è la partecipazione delle aziende che contribuiscono significativamente al cambiamento culturale che le CER comportano.

[173] A. CHIAPPETTA, *Il tessuto valoriale delle Comunità energetiche rinnovabili: un virtuoso modello di partecipazione attuativo del dettato costituzionale*, cit., 412.

[174] L. PERGOLIZZI, *Il processo di transizione verso la promozione dell'efficientamento energetico nell'ottica della rigenerazione urbana: il "caso" degli impianti alimentati da fonte geotermica,* in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 3/2021, 107 ss.; ma anche M. DE FOCATIIS, *Il sistema italiano tra incentivi, obblighi e contraddizioni*, in P. BIANDRINO, M. DE FOCATIIS (a cura di), *Efficienza energetica ed efficienza del sistema dell'energia: un nuovo modello?*, Milano, 2017, 97-103.

ISSN 2036-7821

contingenze. Pertanto, nel tentare di elaborare alcune osservazioni conclusive, non si può non partire da questo dato ed evidenziare che la complessità della situazione non dipende solo dalle conseguenze di conflitti e contrasti politici che coinvolgano, o meno, il nostro Paese.

Richiamando una metafora di Peter Hoffman, si può sostenere che le energie fossili sono paragonabili ad «*un deposito di risparmio in cui l'energia capitale viene immagazzinata*», mentre le energie rinnovabili sono come un «*conto corrente in cui si deposita il reddito energetico*»[175].

L'evoluzione normativa maturatasi in questi anni, innanzitutto ad opera dei decisori europei, ha determinato la penetrazione sempre più pregnante delle fonti rinnovabili nel mercato, grazie ad una pianificazione e ad una programmazione più efficaci rispetto al passato perché orientate al raggiungimento di obiettivi molto ambiziosi che, evidentemente, sono riusciti a dare un impulso deciso nella direzione di investire su di esse, anche nel timore, ormai dilagante, di una irreversibile alterazione climatica[176].

Il cammino affinché esse diventino le sostitute definitive delle fonti fossili è, però, oltre che lungo, anche complesso perché, specie in passato, sono state troppe le resistenze opposte sia da parte della politica che da parte delle comunità locali, restie alla costruzione di nuove opere in particolare nel settore delle energie rinnovabili. Infatti, la realizzazione di impianti come le centrali a biomasse, quelle idroelettriche e dei parchi eolici[177], ma anche quelle nucleari[178] e quelle idroelettriche di grandi dimensioni, sono state quasi sempre osteggiate, probabilmente a causa del timore che si potessero verificare nuovamente episodi drammatici della portata, ad esempio, del disastro del Vajont[179], ma anche a causa di quella che viene definita la "sindrome

[175] P. HOFFMAN, *L'era dell'idrogeno,* Roma, 2002, richiamato da G. COCCO, *Le fonti rinnovabili tra mito e realtà,* in G. COCCO (a cura di), *Profili giuridici ed economici delle fonti energetiche rinnovabili,* Editoriale Scientifica, 2013, 28.

[176] Delle alterazioni climatiche si è avuta una chiara evidenza durante l'estate sia del 2022 che del 2023, in cui il pianeta è stato attraversato da estremi sbalzi delle temperature.

[177] Rispetto a questi ultimi, come già evidenziato, si è sviluppato un nutrito contenzioso amministrativo in merito, prevalentemente, alla individuazione dei criteri di comparazione fra l'interesse paesaggistico e gli ulteriori interessi pubblici coinvolti nel procedimento di realizzazione dell'impianto. Cfr. G. M. CARUSO, *Fonti energetiche rinnovabili,* in G. ROSSI, (a cura di), *Diritto dell'ambente,* Giappichelli, 2017, 408-424.

[178] Tra il 2008 ed il 2011, infatti, il governo italiano ha promosso un tentativo di ritorno al nucleare attraverso l'emanazione dell'articolo 25 della Legge 99/2009 contenente la delega al governo in materia nucleare. In attuazione di esso è stato emanato il D.Lgs. 31/2010, contenente "*Disciplina della localizzazione, della realizzazione e dell'esercizio nel territorio nazionale di impianti di produzione di energia elettrica nucleare, di impianti di fabbricazione del combustibile nucleare, dei sistemi di stoccaggio del combustibile irraggiato e dei rifiuti radioattivi, nonché misure compensative e campagne informative al pubblico*" che, però, anziché riuscire nel tentativo di rilancio del nucleare è stato, invece, arrestato sia dalla Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità della normativa introdotta, sia dall'esito referendario proposto agli italiani nel mese di giugno 2011. Cfr. G. PIZZANELLI, *Il tentativo di ritorno al nucleare in Italia,* in G. COCCO, *Le fonti rinnovabili tra mito e realtà,* in G. COCCO (a cura di), *Profili giuridici ed economici delle fonti energetiche rinnovabili,* Editoriale Scientifica, 2013, 163 ss.

[179] Si tratta del disastro che si è verificato il 9 ottobre 1963, quando una frana precipitò nelle acque del bacino alpino realizzato con l'omonima diga nel neo-bacino idroelettrico artificiale del torrente Vajont, nella valle

ISSN 2036-7821

N.I.M.B.Y."[180], per cui ci si oppone alla realizzazione di qualsiasi costruzione o opera per il solo fatto che essa possa avere un impatto rilevante sul proprio territorio - magari sul paesaggio - mentre, invece, non ci si opporrebbe affatto se la stessa costruzione venisse realizzata in un luogo diverso.
Tale atteggiamento è senz'altro frutto dello scarso coinvolgimento delle popolazioni locali, che interagiscono poco con le istituzioni; ma, purtroppo, è anche frutto di non correttezza delle informazioni, assunte in maniera impropria a causa, forse, della facilità con cui le si può apprendere oltre che della altrettanta facilità con cui esse possano essere false, laddove, invero, necessiterebbero di essere verificate alla fonte.
Se, già da tempo, si fosse maturato un più pregnante dialogo sociale su tali tematiche, fatto di consultazioni adeguate, informate e continuative, e fossero state attuate più azioni finalizzate anche alla differenziazione dei nostri fornitori di gas, la crisi che è scaturita dal conflitto non avrebbe, probabilmente, avuto i risvolti drammatici che, invece, ci sono stati. Purtroppo, però, ciò non è stato e, allora, diviene più che mai necessario andare in controtendenza rispetto al passato, puntando, innanzitutto, ad una maggiore sensibilizzazione e partecipazione alle tematiche ambientali, da attuarsi anche grazie allo strumento della *governance*[181], ovvero attraverso la collaborazione responsabile e basata sui principi dell'integrazione e della pianificazione strategica tra gli organi politici e legislativi degli Stati e dell'Unione, da un lato, e i cittadini e le imprese dall'altro, al fine di realizzare uno sforzo compatto da parte dell'intera società civile nel perseguimento degli obiettivi di cui si è finora detto[182].
La *governance,* infatti, contribuisce a rendere maggiormente democratiche le scelte in materia ambientale, grazie anche ai già citati tre pilastri della Convenzione di Aarhus[183], attualmente riconosciuti come diritti che devono essere rispettati, pena la possibilità per il cittadino di ricorrere in giudizio. Del resto, l'obiettivo che, fin dalla sua entrata in vigore, si è inteso conseguire con tale Convenzione è stato proprio

omonima al confine tra Friuli-Venezia Giulia e Veneto. La tracimazione dell'acqua provocò l'inondazione e la distruzione degli abitati del fondovalle veneto, con un numero impressionante di morti. Solo dopo la costruzione della diga, purtroppo, si scoprì che i versanti avevano caratteristiche morfologiche (incoerenza e fragilità) tali da non renderli adatti ad essere lambiti da un serbatoio idroelettrico.

[180] Acronimo che sta per *Not in my back yard*, ovvero, alla lettera, "non nel mio cortile".

[181] In materia di *governance* dell'Unione dell'energia la disciplina è contenuta nel Regolamento (UE) 2018/1999 che ribadisce che il principale obiettivo del meccanismo di *governance* è quello di «*consentire il conseguimento degli obiettivi dell'Unione dell'energia, in particolare gli obiettivi del quadro 2030 per il clima e l'energia, nei settori della riduzione delle emissioni dei gas a effetto serra, delle fonti di energia rinnovabili e dell'efficienza energetica*» (Considerando (18). *Ex multis,* in tema di *governance,* si rinvia ad A. MARTINELLI, *La democrazia globale. Mercati, movimenti e governi*, Milano, 2008, pp. 128 ss.; L. AMMANNATI, *La governance dell'economia. Variazioni sul modello della rete*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 1/2018.

[182] Si rinvia, sul punto, *ex multis,* a R. MICCU', M. BERNARDI, *Premesse ad uno studio sulle* Energy communities: *tra* governance *dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale,* cit.

[183] E cioè la partecipazione del pubblico ai processi decisionali, l'accesso alle informazioni e l'accesso alla giustizia.

ISSN 2036-7821

quello di rendere l'azione della pubblica amministrazione non solo più trasparente, ma anche sempre più aperta alle istanze del cittadino, nella consapevolezza che quanto maggiori sono le informazioni a disposizione di questi, tanto maggiore sarà la possibilità che decida consapevolmente e che acquisisca un peso nelle decisioni assunte a livello politico «*a tutela del proprio diritto a vivere in un ambiente che rispetti il proprio benessere e la propria salute*[184]».

Tuttavia, sebbene la partecipazione dei cittadini rappresenti un imprescindibile presupposto, è proprio di costoro che si registra, spesso, la maggiore distanza dalle questioni ambientali, la quale, a sua volta, diviene ostacolo non solo rispetto all'adeguata comprensione delle problematiche connesse all'ambiente ed ai cambiamenti climatici, ma anche alla stessa concreta attuazione delle politiche nazionali elaborate in merito.

È di fondamentale importanza, dunque, che tutti e tre i pilastri possano concretamente attuarsi ed è proprio a tale fine che, di recente, la Convenzione è stata modificata tramite il Regolamento n. 1767/2021, per accrescere la loro tutela, superando le criticità che si sono manifestate nel tempo[185], in particolare rispetto al terzo di tali pilastri, ovvero quello dell'accesso alla giustizia in materia che, se fosse maggiormente utilizzato, consentirebbe pure di recuperare fiducia nei confronti dell'amministrazione[186].

Alla luce di quanto fin qui detto, grazie ad una maggiore *governance* ed un maggiore coinvolgimento delle popolazioni locali, ad un aumento degli investimenti - tramite nuove forme di partenariato pubblico-privato - resi più agevoli dalle misure di

---

[184] R. TITOMANLIO, *Il diritto all'ambiente come diritto fondamentale dell'individuo. Il nuovo regolamento europeo sulla Convenzione di Aarhus e alcuni contrastanti esiti giurisprudenziali in materia di accesso agli atti e di "atto amministrativo nell'ambito del diritto ambientale"*, cit., 594.

[185] Specificamente il Comitato per l'osservanza della Convenzione di Aarhus - il *Compliance Comittee* - ha evidenziato che l'UE non ha rispettato gli obblighi previsti dal Trattato, in quanto la legislazione dell'UE e la giurisprudenza delle Corti europee sarebbero state di ostacolo all'accesso alla giustizia per le persone e le ong in materia ambientale. Sul tema, R. TITOMANLIO, *Il diritto all'ambiente come diritto fondamentale dell'individuo. Il nuovo regolamento europeo sulla Convenzione di Aarhus e alcuni contrastanti esiti giurisprudenziali in materia di accesso agli atti e di "atto amministrativo nell'ambito del diritto ambientale"*, cit., 600.

[186] La fiducia - divenuta oggetto di ampi dibattiti da parte della dottrina a seguito della recente consacrazione quale principio ispiratore nell'ambito del nuovo Codice dei Contratti (D.Lgs. 36/2023) - deve sussistere prima ed a prescindere dall'esito di un intervento positivo dell'amministrazione, o della sua richiesta, come sostenuto anche dal Consiglio di Stato in una recente pronuncia della II sezione (la n. 2009 del 27/2/2023), in tema di investimenti da fonti di energia alternative. Nel ricostruire il quadro normativo di riferimento, volto ad implementare il consumo di elettricità prodotta da fonti di energia rinnovabile, il Supremo Consesso rimarca, infatti, la necessità di creare un quadro di stabilità a lungo termine di cui le imprese hanno bisogno, per effettuare investimenti razionali e sostenibili, di certezza per gli investitori e, appunto, di fiducia degli stessi. Cfr. R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici,* in *Federalismi.it,* 17/2023, 270-280; in tema di fiducia, sia consentito, inoltre, anche un richiamo a B. N. ROMANO, L'inattesa evoluzione della buona fede: la "fiducia" nel nuovo Codice dei Contratti. Prime riflessioni, in *Nuove autonomie*, *Riv. quadr. dir. pubbl*., Saggi, 2/2023, 765-799.

ISSN 2036-7821

semplificazione delle procedure[187], ad un'attività di iniziativa economica orientata a favore dell'ambiente e, infine, al supporto di una cultura ed un impegno civici di settore, forse si potrebbe riuscire a raggiungere i due obiettivi che sono al centro del principio di sviluppo sostenibile, vale a dire, da un lato, affrontare e superare l'emergenza climatica e, dall'altro, non diminuire il livello di produzione energetica, conservando la qualità dell'ambiente anche per le generazioni future e responsabilizzando la collettività a farsi carico di esso che rappresenta non solo un diritto fondamentale, ma anche un dovere di solidarietà politica, economica e sociale ai sensi dell'art. 2 Cost.[188].

[187] Un ruolo importante in tema di investimenti e, quindi, di attività di iniziativa economica finalizzata ad una effettiva transizione ecologica, potrebbe essere svolto proprio dal riformato art. 41 Cost., che prevede una programmazione di carattere generale e industriale indirizzata e coordinata a fini ambientali. Si veda al riguardo F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, cit., 789 ss.; con riguardo, invece, agli incentivi rispetto alla produzione di energie rinnovabili si veda E. TRAINA, *Inventivi alla produzione di energie rinnovabili, poteri amministrativi e legittimo affidamento nella giurisprudenza,* in *federalismi.it,* 13/2023, 185-204.

[188] G. DI FIORE, *La costituzionalizzazione della tutela dell'ambiente: luci ed ombre in una riflessione ancora "a caldo"*, cit.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Art. 50 D.Lgs. 36/23, un difficile equilibrio tra istanze di semplificazione procedurale ed interpretazione comunitariamente orientata

di Emmanuel Pagano

(Ricercatore presso l'Università degli Studi Magna Grecia di Catanzaro)

Sommario

1. Premessa; 2. L'art. 50 nel contesto del nuovo Codice dei contratti pubblici; 3. La procedura semplificata prevista per i contratti sotto – soglia comunitaria. Esclusività o possibilità?; 4. La procedura semplificata ed il rischio di violare i principi sovranazionali e nazionali; 5. Circolare del MIT ed ulteriori criticità; 6. Considerazioni finali.

Abstract

This paper focuses on the role of the simplified procedure, ex art. 50 D. Lgs. 36/2023, for the award of contracts below the EU threshold in the context of public contracts. The rule is at the centre of extensive doctrinal and jurisprudential debate, as it seems to pose problems of compatibility with some of the cardinal principles of the system. Despite the intervention of MIT which, in Circular No. 298 of 2023, clarified that administrations are free to choose the awarding procedure they deem most appropriate, some doubts remain. After analysing the role of the art. 50 in the new Contracts Code and identifying the relevant european and national law principles of the system, the paper aims to identify a way to overcome the critical issues. In the absence of intervention by the Legislature, the new principle of the result, pursuant to Article 1 of Legislative Decree No. 36/2023, could be the way to get to a Community-oriented interpretation of the rule in question.

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (MIT), con la Circolare 298/2023, ha fornito chiarimenti in ordine alla portata applicativa dell'art. 50 del D. Lgs. 36/2023 recante il Codice dei contratti pubblici[1].

Tale disposizione, collocata nel Libro II - Parte I del Codice dei contratti pubblici (artt. 48-55), disciplina le modalità di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 14 del medesimo decreto (cd. contratti sotto - soglia comunitaria).

La soglia è un criterio discretivo che consente di individuare i contratti di rilevanza comunitaria e viene periodicamente rideterminata con provvedimento della Commissione europea, pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea[2].

Ebbene, l'art. 50 statuisce che i contratti sotto - soglia comunitaria debbano, apparentemente almeno, essere affidati dalle stazioni appaltanti tramite la procedura cd. semplificata[3].

Questo tipo di procedura ha degli indubbi vantaggi con riferimento alla tempistica di espletamento della gara ed alla modalità di selezione degli operatori economici anche se finisce per limitare la platea dei partecipanti alla gara pubblica con possibile

---

[1] M.A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.lamministrativista.it*, 2022. A. M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice per i contratti pubblici*, 2023, p. 141 ss.;

[2] Le ultime modifiche sono state pubblicate sulla GUUE serie L del 16/11/2023 e sono in vigore dal 1 gennaio 2024. I regolamenti 15 novembre 2023, n. 2023/2495/Ue e n. 2023/2496/Ue hanno alzato le soglie per gli appalti nei settori ordinari: per gli affidamenti dei lavori e concessioni la nuova soglia Ue passa da 5.382.000 euro a 5.538.000 euro; per i servizi e le forniture da 140mila euro si passa a 143.000 euro; da € 215.000 ad € 221.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da stazioni appaltanti sub-centrali. Nei settori speciali le soglie passano da € 5.382.000 ad € 5.538.000 per appalti di lavori pubblici e per le concessioni, da € 431.000 ad € 443.000 per appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione in forza del regolamento n. 2023/2497/Ue.

[3] Art. 50 c.1 d.lgs 36/2023: "*Salvo quanto previsto dagli articoli 62 e 63, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 14 con le seguenti modalità:*

a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante; b) affidamento diretto dei servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;c) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro;

d) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno dieci operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14, salva la possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV del presente Libro;

e) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14".

ISSN 2036-7821

compromissione di alcuni dei principi cardine in materia di appalti, tra cui quello di concorrenza e di trasparenza[4].
Proprio per tale motivo, intorno all'art. 50 si è acceso un ampio dibattito tra gli operatori del diritto.
Taluni, infatti, hanno evidenziato che questa norma prevede una sorta di esclusività della procedura semplificata per gli appalti sotto – soglia con il conseguente divieto di utilizzare la procedura ordinaria, salvo per le ipotesi espressamente previste. Altri, invece, hanno affermato che l'art. 50 consentirebbe, in linea di continuità rispetto a quanto previsto nel passato, alla stazione appaltante di scegliere tra procedura ordinaria e procedura semplificata.
Tale ultima ricostruzione è stata seguita dal Ministero che, seguendo le indicazioni provenienti dall'Ue, ha adottato lo scorso 20 novembre 2023 la Circolare n. 298. Essa chiariva che le amministrazioni sono libere di scegliere la procedura di affidamento che ritengono più opportuna, in linea con quanto indicato dalla direttiva 2014/24/UE[5].
Come si avrà modo di precisare nel prosieguo, la Circolare interpretativa dell'art. 50 è stata accolta con favore dagli addetti ai lavori pur residuando alcune criticità.
Pare opportuno evidenziare, sin da subito, che le strade per superare tali persistenti criticità paiono due: intervento chiarificatore del Legislatore; interpretazione della norma coerente con i principi comunitari e nazionali.

2. L'art. 50 nel contesto del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici D.Lgs. n. 36/2023[6] ha sostituito il vecchio Codice[7] D. Lgs. n. 50/2016 apportando significative novità in materia di appalti pubblici. Mentre, in passato, la disciplina dei contratti sotto - soglia era contenuta in disposizioni sparse ed anche esterne al Codice, oggi il Legislatore ha raccolto, in un'unica parte, l'insieme della normativa in materia.
All'interno di un quadro normativo mutato rispetto al passato si colloca l'art. 50 che disciplina la procedura di affidamento o aggiudicazione per questo tipo di appalti.
Sotto l'egida del previgente Codice del 2016 la stazione appaltante era libera di scegliere il tipo di procedura per l'affidamento dei contratti privi di rilevanza comunitaria; di contro, nell'attuale Codice non vi è più, all'apparenza, tale opzione. Il

[4] F. CARINGELLA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?*, 2023, che identifica nel nuovo testo il passaggio da un concetto di concorrenza intesa in modo assoluto ad uno regolato in vista del risultato, analogamente a quanto capiterebbe alla trasparenza;
[5] Procedure per l'affidamento ex art. 50 del d.lgs. n. 36/2023 - Chiarimenti interpretativi in merito alla possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, consultabile a: https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2023/11/23/23A06503/sg.
[6] G. TULUMELLO, I. RAIOLA, F. GAMBATO SPISANI, P. NASINI, N. DURANTE, V. NERI, *Nuovo codice dei contratti pubblici: relazione relativa alle ricadute sul processo amministrativo*, 2023;
[7] F. GAMBARDELLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2016;

ISSN 2036-7821

legislatore ha, in tal modo, dettato una chiara preferenza per la procedura semplificata, che si compone di affidamento diretto e di procedura negoziata senza bando.

L'Allegato I.1 al D. Lgs. 36/2023 qualifica il primo come "*l'affidamento del contratto senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente da stazione appaltante/ente concedente, nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di cui all'art. 50, comma 1 lett. a) e b) e dei requisiti generali o speciali previsti dal codice*". Anche se si è assistito alla procedimentalizzazione di tale strumento, con la possibilità di acquisire una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri e dei requisiti per la selezione degli operatori economici, non siamo davanti ad una procedura di gara[8]. Tale forma di affidamento è prevista per servizi e forniture di importo inferiore a 140.000 euro e per lavori di importo inferiori a 150.000 euro.

Di contro, la procedura negoziata senza bando prevede l'obbligatoria consultazione di più operatori economici, ove esistenti, e può essere attivata nel caso di servizi e forniture di importo pari o superiore a 140.000 euro (e fino alle soglie di cui all'art. 14) o per lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro (e fino alle soglie di cui all'art. 14).

La *ratio* dell'attuale normativa è quella di semplificare la materia dei contratti pubblici e delle concessioni al precipuo scopo di promuovere gli investimenti nell'ambito delle infrastrutture e dei servizi[9] in coerenza con la normativa emergenziale. L'intervento normativo si pone, infatti, nel solco di semplificazione già tracciato dal legislatore con i Decreti – Legge n. 76 del 2020 e n. 77 del 2021. Risponde ad esigenze di semplificazione già colte dall'art. 21 co. 2 del D.L. 76/2020 che ha l'obiettivo di contrastare la cd. "burocrazia difensiva" e la "paura della firma",

[8] Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 23 aprile 2021, n. 3287 "*La mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori (procedimentalizzazione che, peraltro, corrisponde alle previsioni contenute nelle Linee guida ANAC n. 4 per tutti gli affidamenti diretti; cfr. il par. 4.1.2 sull'avvio della procedura), non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'Amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze*"

[9] Art. 1 D.L. 76/2020: "*Al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19, in deroga agli articoli 36, comma 2, e 157, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante Codice dei contratti pubblici, si applicano le procedure di affidamento di cui ai commi 2, 3 e 4, qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 30 giugno 2023. In tali casi, salve le ipotesi in cui la procedura sia sospesa per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria, l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente avviene entro il termine di due mesi dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento, aumentati a quattro mesi nei casi di cui al comma 2, lettera b). Il mancato rispetto dei termini di cui al secondo periodo, la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso possono essere valutati ai fini della responsabilità del responsabile unico del procedimento per danno erariale e, qualora imputabili all'operatore economico, costituiscono causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento che viene senza indugio dichiarata dalla stazione appaltante e opera di diritto.*

ISSN 2036-7821

generalmente considerate degli elementi che paralizzano l'azione amministrativa per il timore, da parte dei dipendenti pubblici dotati di poteri decisionali, di essere esposti ad un risarcimento del danno per responsabilità erariale in caso di errore[10].
L'obiettivo dichiarato del nuovo Codice è, quindi, quello di semplificare, velocizzare e ottimizzare tempi e risorse per affidare lavori, servizi e forniture con procedure snelle e celeri in modo da far ripartire sia la macchina amministrativa che tutte le attività esternalizzate nel rispetto dei principi di trasparenza, libera concorrenza e imparzialità. È evidente la volontà di sburocratizzare l'attività della PA nel rispetto del sistema di spending review, come dimostrato anche dall'utilizzo del mercato elettronico per l'affidamento dei beni e i servizi sotto - soglia. Vanno, in questa direzione, anche le norme previste dal Codice sulla "digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti" entrate in vigore il 1° gennaio 2024[11]. L'innovazione digitale è, inoltre, uno degli strumenti fondamentali per contrastare la corruzione, in quanto consente di definire chiaramente i percorsi procedurali. Allo stesso tempo promuove la trasparenza delle relazioni nelle pubbliche amministrazioni e dei rapporti con i cittadini e agevola l'individuazione dei responsabili dell'azione amministrativa[12].
Attraverso il perseguimento di tali obiettivi, il legislatore intende dare piena attuazione al principio del risultato[13] che, come è noto, trova espresso riconoscimento nell'art. 1 del decreto[14]. Il Titolo I del decreto in oggetto, infatti, contiene ben undici

[10] Il Decreto-Legge 16 luglio 2020 n.76, convertito con modificazione nella Legge 11 settembre 2020 n. 120, all'art. 21, secondo comma, statuisce che: "*Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2021, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente.*"

[11] L. CARBONE, *La scommessa del "Codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023, il quale in modo leale ed intelligente ammette le sue preoccupazioni sulla difficile realizzabilità di un'immediata e piena digitalizzazione degli apparati amministrativi. Sull'importanza della digitalizzazione delle procedure di selezione del contraente, obiettivo già presente nell'ordinamento a causa delle direttive europee del 2014 e la cui importanza è stata accresciuta prima dalla pandemia poi dal PNRR, si veda G. CARLOTTI, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023, il quale segnala tra le finalità della realizzazione un sistema di *e procurement* proprio garantire al massimo trasparenza e pubblicità dei procedimenti. Un forte accento sulla digitalizzazione per recuperare le difficoltà collegate all'esatta individuazione del momento del decorso del dies a quo era stato suggerito come rimedio alla previgente situazione da A. MIRABILE, *Il termine dei motivi aggiunti in materia di contratti pubblici e l'incertezza della Corte Costituzionale, in www.giustiziainsieme.it, 2021;*

[12]Come si è recentemente espresso il vertice della Corte dei conti, con un intervento consultabile al link: https://www.corteconti.it/Home/Organizzazione/Presidente/PresidentiDellaCorteDeiConti/AngeloBuscema/DiscorsiPresidenteBuscema/30Mag2019ContrattiPubblici.

[13] Art. 1 D.Lgs. 36/2023: "*Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza*".

[14] S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, 2023; A. CIOFFI, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in *www.apertacontrada.it*, 2023; D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato*

ISSN 2036-7821

principi generali e si apre proprio con quello del risultato, a dimostrazione del ruolo primario che esso assume nel contesto del Codice.
Sulla carta, il nuovo testo normativo è strutturato in modo da far dialogare principi tra loro diversi: da un lato, la celerità e la tempestività nell'affidamento dei contratti pubblici e, dall'altro, il rispetto della concorrenza e della trasparenza. Dialogo che diventa più complicato allorché si entra nell'analisi della cd. procedura semplificata.

3. La procedura semplificata prevista per i contratti sotto – soglia comunitaria. Esclusività o possibilità?

Il Legislatore esprime una chiara preferenza per la procedura semplificata nel caso di affidamento di contratti che non hanno rilevanza comunitaria. In tal modo si è inteso ulteriormente favorire le ragioni di celerità e semplificazione[15] rispetto alle logiche della concorrenza.
Questo emerge in maniera plastica anche dalla Relazione illustrativa al nuovo Codice dei contratti pubblici che, a pag. 12, fa espresso riferimento alla "demitizzazione della concorrenza"[16].
Infatti, le ipotesi in cui il Legislatore prevede la possibilità per la stazione appaltante di utilizzare il cd. procedimento ordinario per selezionare l'operatore economico nei contratti che non hanno rilevanza comunitaria sono del tutto residuali. Ad esempio, il procedimento ordinario può trovare applicazione nell'ipotesi in cui emerga un "interesse transfrontaliero certo" come enunciato dall'art. 48 co. 2.
Il Codice attribuisce al Responsabile Unico del Procedimento (RUP) il compito di verificare se l'appalto oggetto dello specifico affidamento abbia un interesse transfrontaliero certo, la cui assenza è presunta. Nell'ipotesi in cui dovesse verificarsi tale circostanza allora si imporrebbe l'utilizzo della procedura ordinaria e non di quella semplificata (*sub specie* affidamento diretto o procedure negoziate).
In via del tutto incidentale, va evidenziato come il Legislatore non ha chiarito la portata della terminologia "interesse transfrontaliero certo", per cui non risulta agevole individuare i casi in cui la stazione appaltante debba utilizzare la procedura

---

e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, in *www.federalismi.it*, 2023; F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2023; D. CAPOTORTO, *Lo Stato "consumatore" e la ricerca dei suoi princìpi*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 161 ss.

[15] F. VETRÒ, G. LOMBARDO, M. PETRARCHI*dei suoi tre principi fondamentali*, in *www.apertacontrada.it*, 2023; D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in *www.federalismi.it*, 2023; F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2023; D. CAPOTORTO, *Lo Stato "consumatore" e la ricerca dei suoi princìpi*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 161 ss.

[15] F. VETRÒ, G. LOMBARDO, M. PETRARCHI, *L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione: l'equilibrio instabile dei contratti pubblici*, in *Il dir. dell'ec.*, 2023, p. 31 ss.;

[16] La Corte costituzionale nella sentenza n. 131/2020, sui rapporti tra tutela della concorrenza, da un lato, e solidarietà/sussidiarietà orizzontale dall'altro, dove si afferma che la concorrenza non è un fine, ma uno strumento, che può essere "sacrificato" se ci sono interessi superiori da realizzare.

ISSN 2036-7821

ordinaria.
Nel silenzio del Legislatore occorre richiamare i criteri sintomatici individuati[17] dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea nella sentenza del 6 ottobre 2016 emessa nella causa C-318/15.
L'interesse transfrontaliero certo può essere determinato da diversi fattori, tra cui la tipologia di prestazione e la sua localizzazione. Ad esempio, se la prestazione richiede competenze particolari, facilmente reperibili all'estero, l'interesse transfrontaliero potrebbe sussistere.
La normativa, a tal riguardo, prescrive che nella determina a contrarre o decisione a contrarre, si debba dare conto dell'esistenza dell'interesse transfrontaliero.
Occorre, altresì, sottolineare che l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo non può essere desunto da una valutazione astratta degli elementi richiesti dall'appalto, ma deve risultare in modo chiaro da una valutazione concreta di tali elementi. In pratica, vanno forniti i dati idonei a dimostrarne l'esistenza.
Fuori da questa ipotesi espressamente prevista dalla normativa, nelle gare sotto - soglia comunitaria l'affidamento deve avvenire tramite procedura semplificata.
Tuttavia, nonostante il dato normativo faccia riferimento a questo tipo di procedura come doverosa, non tutti gli studiosi del diritto ritengono si tratti di una esclusività.
In ogni caso, giova evidenziare come anche gli appalti sotto – soglia non sono del tutto esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario. I giudici di Lussemburgo hanno, più volte, evidenziato che per questo tipo di procedure, le amministrazioni aggiudicatrici sono, in ogni caso, tenute a rispettare le norme fondamentali e i principi generali del Trattato FUE. In particolare, operano il principio di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità[18] nonché il rispetto della trasparenza.
Ed è proprio su questo aspetto che occorre ulteriormente ragionare. Il rispetto dei principi unionali finisce per incidere sulla volontà dichiarata del legislatore e limitare la portata esclusiva della procedura semplificata.

4. La procedura semplificata ed il rischio di violare i principi sovranazionali e nazionali.

Il problema di fondo che questa disposizione pone è quello relativo al suo dialogo con i principi sovranazionale e nazionali.

[17] Tra questi criteri rientrano l'esistenza di denunce presentate da operatori ubicati in altri Stati membri (purché reali e non fittizie); la consistenza dell'importo dell'appalto; la presenza di frontiere che attraversano centri urbani situati sul territorio di Stati membri diversi; il luogo di esecuzione dei lavori; le caratteristiche specifiche dei prodotti; le caratteristiche tecniche dell'appalto; i precedenti appalti analoghi indetti dalla medesima o da altra stazione.
[18] Cfr. Corte di giustizia, ordinanza 3 dicembre 2001, causa C-59/00, punti 20 e 21; Corte di giustizia, sentenza 20 ottobre 2005, causa C-264/03, punto 32; Corte di giustizia, 14 giugno 2007, causa C-6/05, punto 33.

ISSN 2036-7821

Leggendo in maniera asettica gli artt. 48-55 del d.lgs. 36/2023 sembra che le ragioni della celerità e della semplificazione negli affidamenti degli appalti sotto - soglia debbano prevalere sempre, anche a discapito di trasparenza e di concorrenza.
Sicuramente la semplificazione delle regole in tema di affidamento e, più in generale, la riduzione delle norme era riforma auspicabile. La normazione eccessiva, infatti, è da sempre una delle cause che blocca l'azione di amministratori e dirigenti e crea disagio e incertezze tra gli operatori del diritto.
Tuttavia, alcuni hanno evidenziato che il reale pericolo dell'attuale disciplina è quello di sottrarre la grande maggioranza dei contratti alle più elementari forme di pubblicità, con danni evidenti sia per le imprese che per le casse pubbliche.
Inoltre, la scelta di applicare esclusivamente la procedura semplificata rischia di svilire tutti gli sforzi compiuti nel contrastare la corruzione nell'ultimo decennio.
Se è vero, infatti, che l'obiettivo primario del vecchio Codice dei contratti del 2006 era quello di contrastare fenomeni corruttivi, non si può dire che tale intento sia venuto meno nell'attuale disciplina.
Il periodo storico che viviamo richiede particolare attenzione al tema della trasparenza, che resta la precondizione per ricostruire e rafforzare il rapporto di fiducia tra cittadini e poteri pubblici.[19] Solo un'amministrazione trasparente sarà in grado di contrastare fenomeni di corruzione. La piaga della corruzione ha dei risvolti di natura sociale e di natura economica che si riverberano non solo sull'efficientamento delle attività amministrative, ma anche sui cittadini che subiscono un danno in termini di qualità e sicurezza delle opere e dei servizi resi.
Ecco perché semplificazione e trasparenza sono concetti che non possono essere scissi ma che devono andare a braccetto e guidare l'*agere* della PA. Semplificare, infatti, significa ridurre gli oneri inutili in modo da rendere chiara e trasparente la macchina pubblica. La semplificazione non può mai tradursi però nell'eliminazione delle garanzie che devono guidare l'attività della PA.
Inoltre, il rispetto della trasparenza non è solo necessario per prevenire fenomeni corruttivi ma è anche strumento ordinario e primario di riavvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione.
In quest'ottica pare opportuno richiamare le coordinate del parere del Consiglio di Stato n. 515 del 2016 secondo cui "il principio di trasparenza rappresenta il fondamento della democrazia amministrativa in uno Stato di diritto (…), costituisce anche un caposaldo del principio di buon funzionamento della pubblica amministrazione, quale "casa di vetro" improntata ad imparzialità, intesa non quale mera conoscibilità, garantita dalla pubblicità, ma anche come intelligibilità dei processi decisionali e assenza di corruzione".
Il rispetto della trasparenza è necessario per il miglior soddisfacimento degli altri

[19] Consiglio di Stato, sez. consultiva atti normativi, parere n. 515/2016 del 24 febbraio 2016.

ISSN 2036-7821

diritti fondamentali che l'ordinamento giuridico riconosce alla persona.
Ecco perché molto si è discusso, nelle more dell'approvazione dell'attuale Codice, circa il potenziamento dei poteri di controllo in capo alla Corte dei conti come contrappeso alle semplificazioni.
Il rafforzamento delle forme di controllo, preventivo ma anche successivo (cioè, nella fase di esecuzione dei contratti pubblici), potrebbe essere un modo per vagliare la conformità tra quanto richiesto nell'appalto ed il risultato finale conseguito nel contratto, sia sotto il profilo funzionale che contabile.
Potenziare, inoltre, la funzione di controllo preventivo intestata alla Corte dei conti su alcuni rilevanti atti propedeutici alla stipula dei contratti pubblici, potrebbe consentire, in tempi brevi, una verifica di conformità a legge dei provvedimenti esaminati e orientare, rendendo altresì più sicura, l'azione dei responsabili di settore.
Nella materia di contratti pubblici gli interessi della comunità si scontrano con il fenomeno della corruzione, per arginare la quale la Corte dei conti è sempre più impegnata nella azione di prevenzione, svolta a tutela della legalità, del buon andamento della pubblica amministrazione e a garanzia dell'erario pubblico[20].
Tutte queste esigenze sembrano essere sullo sfondo della Circolare n. 298 del MIT recentemente adottata.

5. Circolare del MIT ed ulteriori criticità.

Lo scorso 24 novembre sul sito della Commissione è stata pubblicata la proposta di modifica della decisione del 13 luglio 2021 relativa all'approvazione della valutazione del Piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia. Tale proposta è giunta all'esito di serrate trattative che hanno avuto ad oggetto le modifiche al PNRR.
Tra i vari punti all'attenzione vi era anche quello relativo alle norme del Codice dei contratti a disciplina degli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria. Per tale motivo si può affermare che la circolare del Mit 298/2023 è stata adottata sulla spinta dell'Unione Europea.
Il Mit ha spiegato che l'utilizzo dell'affidamento diretto e della procedura negoziata costituisce un'applicazione del principio del risultato, che impone alle Stazioni Appaltanti di affidare i lavori o i servizi con la massima tempestività.
Il principio del risultato, si legge nella circolare, attua nel settore dei contratti pubblici i princìpi di buon andamento, efficienza, efficacia e tempestività, nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi posti dall'Unione Europea.
Al contempo, aggiunge il Mit, "viene fatta salva la possibilità di ricorrere alle

[20]Altra considerazione espressa di recente dal Presidente della Corte dei conti, al link: https://www.corteconti.it/Home/Organizzazione/Presidente/PresidentiDellaCorteDeiConti/AngeloBuscema/DiscorsiPresidenteBuscema/30Mag2019ContrattiPubblici;

ISSN 2036-7821

procedure ordinarie".

Dalle parole della circolare emerge, quindi, che le Amministrazioni sono libere di scegliere la procedura di affidamento che ritengono più opportuna, ma che, per ragioni di efficienza, nelle gare sotto - soglia dovrebbero preferire le procedure semplificate.

Taluni hanno evidenziato come la Circolare del ministero che ammette il ricorso alle gare per gli affidamenti sottosoglia "nasce da buoni propositi ma rischia di ingenerare confusione e rallentamento delle procedure"[21].

L'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) attraverso il suo presidente ha, al contrario, sottolineato la bontà dell'interpretazione ministeriale, evidenziando come sia una forzatura ritenere obbligatorio l'affidamento diretto per tutti i contratti per l'acquisto di beni o servizi sino a 140.000 € e di assegnare lavori fino ad oltre cinque milioni di euro senza pubblicare neanche un avviso pubblico. Tuttavia, ha aggiunto il presidente dell'ANAC Busia, il chiarimento del Mit pur rappresentando un importante passo in avanti è arrivato con una circolare e non con legge, come sarebbe stato necessario[22].

Di contro, il Consiglio Nazionale degli Ingegneri ha espresso delle perplessità: "la Circolare fornisce un'interpretazione del Codice dei contratti che va oltre la lettura del testo che sul tema appare piuttosto lineare. L'articolo 50 del nuovo Codice che regola le procedure per i piccoli appalti prevede chiaramente l'utilizzo di affidamenti diretti e procedure negoziate senza bando"[23].

Questo dimostra come anche successivamente all'interpretazione del Ministero residuano dubbi e criticità. Al punto che taluni già invocano un Correttivo al Codice concertato con le rappresentanze di categoria che quotidianamente si imbattono in queste problematiche.

In questo giova segnalare anche una recente sentenza del Tar Campania, Napoli, Sezione VII, 19.12.2023, n. 7037 sulla possibilità di adottare le procedure ordinare nel caso di appalti sotto - soglia.

Secondo parte della dottrina tale decisione avrebbe sconfessato la circolare del Mit in oggetto.

In realtà, a ben guardare, la pronuncia da un punto di vista oggettivo attiene ad una procedura aperta attivata nel regime normativo precedente (D.Lgs. 50/2016 e normativa emergenziale di cui al D.L. 76/2023), con specifico riferimento all'esclusione automatica delle offerte anomale, nel caso di ribasso.

Inoltre, i giudici amministrativi contestano le affermazioni del ricorrente: "*Non*

[21] Reperibile al link: https://www.cni.it/media-ing/news/240-2023/4609-circolare-mit-affidamenti-sottosoglia-perplessita-del-cni;

[22] Reperibile al link: https://www.anticorruzione.it/-/nuovo-codice-appalti-circolare-interpretativa-del-mit.-bus%C3%ACa-marcia-indietro-del-governo-#p1;

[23] *Ibidem*, nota 21;

ISSN 2036-7821

persuade, infatti, la tesi della ricorrente secondo cui la nuova normativa (che, in sostanza, per i contratti sotto soglia impone in ogni caso il ricorso ad affidamenti diretti o procedure negoziate, con la sola eccezione rappresentata dall'opzione per la procedura aperta per contratti per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14) consentirebbe, in chiave interpretativa, di ravvisare già nella normativa emergenziale ex l. n. 120/20, in via generale, il divieto di optare per la procedura aperta".

6. Considerazioni finali.

Il dibattito che ruota attorno alla portata dell'art. 50 resta ufficialmente aperto, a scanso della circolare.

Come già evidenziato in apertura, da una parte si schierano quanti, in maniera rigorosa e letterale, ritengono che tale disposizione debba essere interpretata nel senso di prevedere l'esclusività della procedura semplificata; dall'altro, invece, quanti ritengono che nei settori sotto – soglia vada ripristinata l'opzione procedura ordinaria – procedura semplificata.

Questa seconda strada è seguita dalla Circolare del Mit del 2023 che si sofferma sulla portata operativa dell'art. 50 D.Lgs. 36/2023. Ma, come visto, sono stati avanzati dubbi sulla correttezza di tale strumento.

Sicuramente la *ratio legis* del D.Lgs. 36/2023 è quella di consentire alla stazione appaltante di utilizzare unicamente la procedura semplificata, che garantisce speditezza ed agilità operativa. I valori a base di gara sono potenzialmente non incidenti sul mercato concorrenziale comunitario per cui le stazioni appaltanti non potrebbero scegliere tra affidamento diretto e procedura negoziata. Si tratta di una scelta coerente con le istanze di semplificazione che governano questo ambito come confermato anche dall'eliminazione, rispetto al previgente codice, del c.d. affidamento diretto mediato. Sotto la vigenza del D.Lgs. 50/2016, infatti, l'affidamento diretto poteva essere puro (art. 36 c. 2 lettera a) oppure mediato[24] o comparativo (art. 36 c. 2 lettera b), a seconda della diversa attività istruttoria espletata dalla stazione appaltante in sede di scelta del contraente privato[25].

Il superamento dell'affidamento mediato (che resta solo come opzione) è del tutto coerente con le istanze di semplificazioni sottese all'attuale Codice.

Tuttavia, come già evidenziato, questa *vis expansiva* della semplificazione pone

[24] Sulla distinzione tra queste figure cfr Tar Veneto n.542/2021, Cds n.3287/2021, Tar Campania n. 2725/2021

[25] Nell'affidamento diretto puro non è prevista la consultazione di più operatori economici per cui la stazione appaltante contratta con l'unico operatore interpellato. In questa ipotesi, dunque, manca uno schema competitivo e/o comparativo atto a mettere in correlazione tra loro gli operatori sotto il profilo economico e qualitativo. Di contro, l'affidamento diretto mediato era figura ibrida (inaugurata con il decreto sblocca cantieri D.L. 32/2019, convertito in L. 55/2019) che veniva in rilievo allorché la stazione appaltante avesse fatto precedere l'affidamento e la stipulazione del contratto dall'acquisizione di preventivi da parte di operatori economici del settore. La scelta degli invitati era discrezionale, salvo che non si fosse utilizzato il metodo del sorteggio o altro sistema automatico di selezione dei destinatari degli inviti. (vedi Delibera ANAC n. 712 del 27 ottobre 2021, pg. 7-8).

ISSN 2036-7821

problemi di compatibilità non solo con i principi del diritto Ue, ma anche con gli stessi principi interni. Non si può, infatti, ritenere che per i contratti che non hanno rilevanza comunitaria gli Stati membri abbiano la possibilità di escludere del tutto l'operatività dei principi comunitari, come se stessero agendo in una sorta di zona franca.

Anche per le procedure sotto – soglia comunitaria è necessario che il diritto nazionale faccia applicazione dei principi euro - unitari che impongono la concorrenzialità ed il buon andamento, previsti d'altra parte anche dal diritto nazionale. I principi enunciati dal TFUE in merito alla tutela della concorrenza, alla libera circolazione di capitali, lavoro e merci, non cessano di operare in ambiti normativi il cui dettaglio la UE abbia lasciato agli ordinamenti degli Stati membri. Si tratta, infatti, di principi immanenti il nostro ordinamento, il cui rispetto è funzionale alla piena attuazione dell'art. 97 Cost.

Inoltre, i principi comunitari sono richiamati dall'art. 1 della l. 241/90 tra i principi generali dell'attività amministrativa e devono guidare la stessa attività del Legislatore come evincibile dall'art. 117 co. 1, Cost.: "*La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonchè dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*".

La soluzione auspicabile, in assenza di un intervento legislativo che chiarisca il dilemma sull'applicabilità della procedura ordinaria in questo ambito, pare quella di "leggere" le norme del Codice (artt. 48-50) in maniera coerente con i principi interni e comunitari.

In quest'ottica un ruolo decisivo potrebbe svolgere il nuovo principio del risultato di cui all'art. 1 del D.Lgs. 36/2023 e sopra già richiamato. Si può ritenere, infatti, che il risultato dell'affidamento e dell'esecuzione del contratto è realmente raggiunto, allorché esso si realizzi nel pieno rispetto non solo della tempestività, del migliore rapporto qualità - prezzo o della legalità, ma anche in modo da garantire trasparenza e concorrenza.

Il principio del risultato, inteso quale variante del principio di proporzionalità, è lo strumento che potrebbe consentire di adattare le norme del codice alla fattispecie concreta oggetto dell'appalto ed a dare così un'interpretazione non rigida dell'art. 50 e comunitariamente orientata.

In questo modo, si potranno garantire concorrenza e trasparenza nell'attività della PA il cui rispetto è necessario per contrastare fenomeni di corruzione negli appalti pubblici, vera e propria piega del sistema.

Il rinnovamento della Pubblica amministrazione italiana nei prossimi anni, in relazione alle richieste dell'Unione europea, alle aspettative della collettività e dell'opinione pubblica passa necessariamente per la piena attuazione di questi principi.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

FinTech e Regulatory Sandbox: il caso notevole di Singapore

di Paolo Tortorano

(Ricercatore di Diritto Privato Comparato presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Introduzione al mondo delle FinTech. - 2. L'evoluzione delle FinTech. - 2.1. FinTech 1.0 (1866 – 1967). - 2.2. FinTech 2.0 (1967 – 2008). - 2.3. FinTech 3.0 (2008 – Oggi). - 3. I Centri FinTech leader a livello mondiale. - 4. Il Regulatory Sandbox. - 5. Il Regulatory Sandbox di Singapore. - 6. Le criticità del Regulatory Sandbox di Singapore.

Abstract

Fintech is today an area on which the regulators' agenda is focused with particular attention. This paper, after diachronically reconstructing the stages that have characterized the evolution of FinTech up to the present day, focuses on one of the world's leading fintech centers, that of Singapore, and in particular on the regulations adopted for the regulatory sandbox. The critical issues and benefits of such a system are, then, examined from the perspective of three key stakeholders: regulators, FinTech firms, and the users.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione al mondo delle FinTech.

Preliminarmente, giova constatare che il lemma FinTech consiste nella fusione dei termini "Finanza" e "Tecnologia" e inerisce le modalità attraverso cui quest'ultima fornisce risposte, soluzioni e nuove prospettive in ambito finanziario per far fronte alle mutevoli esigenze in continua evoluzione del XXI secolo[1].

La crescita repentina delle FinTech e l'importanza che oggi rivestono per l'odierna industria finanziaria prende avvio il 15 settembre 2008, quando il mondo è stato scosso dal brusco fallimento della quarta più grande banca d'investimento mondiale, la Lehman Brothers. La crisi finanziaria globale ha messo in luce le gravi criticità presenti nelle diverse istituzioni finanziarie di tutto il mondo e ha importato drastici cambiamenti nell'attività di regolamentazione, nelle procedure bancarie e nell'opinione pubblica. Di fatto, gli organismi di vigilanza – considerati responsabili per il mancato adempimento dei propri doveri di controllo e di previsione delle circostanze che hanno indotto alla crisi – hanno adottato un approccio più rigoroso ricorrendo a più stringenti misure prudenziali, intensificando i poteri di vigilanza, migliorando le procedure di compliance, oltre a garantire che i problemi strutturali di diversi istituti bancari fossero risolti[2].

Tale scelta, però, si è rivelata un'arma a doppio taglio poiché le nuove normative emanate in tutto il mondo hanno portato, altresì, a un drammatico aumento degli oneri complessivi per le istituzioni finanziarie, in particolare per le banche[3].

Non sorprende, tuttavia, che tale circostanza abbia, di fatto, indirettamente consentito alle piccole realtà FinTech (imprese e start-up) di farsi strada e prosperare. Del resto, prima della crisi finanziaria, le istituzioni finanziarie – principalmente le banche – detenevano quasi il monopolio del mercato dei servizi finanziari nonostante l'enorme divario esistente tra le reali esigenze dei clienti e l'offerta delineata dall'istituto di credito. Sostanzialmente, le commissioni applicate erano elevate, talvolta, poi, venivano occultate e aggiunte ai tassi d'interesse offerti, e per

[1] Sul punto, si consideri la definizione fornita da D.W ARNER, J. BARBERIS, R.P. BUCKLEY, *The evolution of fintech: new post-crisis paradigm*, in *Georgetown Journal of International Law*, vol. 47, n. 4, 2016, p. 3, i quali evidenziano che il "FinTech refers to the application of technology to finance", mettendo in rilievo che soggetti non vigilati utilizzano la tecnologia per fornire soluzioni finanziarie, che in passato erano offerte solo da intermediari finanziari regolamentati. In senso analogo si esprimono anche D.A. ZETZSCHE, R.P. BUCKLEY, D.W. ARNER, J.N. BARBERIS, *From FinTech to TechFin: The Regulatory Challenges of Data-Driven Finance*, in *EBI Working Paper Series*, n. 6., 2017, p. 6, rilevando che "FinTech in its broadest sense refers to the use of technology to deliver financial solutions".

[2] Cfr. C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche. Le regole dell'attività*, Bologna, 2020, cap. VII, p. 111 ss.; Y. HYOEUN, *Fintech as a Strategy of Financial Inclusion in the Age of Digitalization*, in *Journal of APEC Studies*, vol. 11, n. 2, 2019, pp. 1-20.

[3] In effetti, gli oneri e le sanzioni estremamente gravosi per le istituzioni finanziarie hanno prodotto nel 2015 una massa di oltre 200 miliardi di dollari di multe per le banche statunitensi che avevano un comportamento ritenuto non conforme alla recente normativa. Tra queste figurano la Barclays, HSBC e JPMorgan Chase. J. Cox, *Misbehaving Banks Have Now Paid $204B In Fines*, CNBC, 2015, disponibile all'indirizzo https://www.cnbc.com/2015/10/30/misbehaving-banks-have-now-paid-204b-in-fines.html.

ISSN 2036-7821

quanto concerne i tassi di cambio era frequente la pratica di incrementarli. Tuttavia, però, dopo la crisi finanziaria, le banche hanno dovuto radicalmente porre un limite alla incessante prassi di accordare prestiti alle imprese e ai privati poiché il momento storico richiedeva una importante riforma strutturale interna per contenere e prevenire ulteriori perdite[4].

A ben vedere, dunque, se le banche si erano chiuse a riccio, le FinTech rivolgevano la propria attenzione verso l'esterno utilizzando un approccio technology-first, proponendo soluzioni innovative e pionieristiche ai problemi causati da e prima della grande crisi del 2008. In altre parole, i servizi finanziari furono resi più competitivi e ottimizzati attraverso la tecnologia e la digitalizzazione e venne introdotto il crowdfunding, ovvero una nuova e più efficace modalità di finanziamento per le piccole imprese e il pubblico[5].

Proprio nell'ambito del crowdfunding diverse società FinTech hanno gradualmente iniziato a crescere ed espandersi diventando una parte essenziale del mercato finanziario. Un esempio sono: (i) la Kickstarter[6] che ha finanziato oltre 80.000 imprese; (ii) GoFundMe che ha raccolto oltre 2 miliardi di dollari per sostenere le popolazioni disagiate; (iii) OurCrowd una piattaforma di investimento orientata agli investitori che ha raccolto più di 10 milioni di dollari dalla United Overseas Bank di Singapore (UOB)[7].

Peraltro, le società di venture capital hanno iniziato a investire in start-up FinTech e il valore totale degli investimenti offerti è esploso, passando da 1 miliardo di dollari in capitale di rischio a 35 miliardi di dollari dopo la crisi finanziaria[8].

---

[4] In tale contesto G. D'AGOSTINO, P. MUNAFO', *Lo sviluppo del FinTech Opportunità e rischi per l'industria finanziaria nell'era digitale*, in *Quaderni Fintench Consob*, n.1, 2018, p. X, osservano che "[i]n un'economia digitale di tipo data driven l'espansione delle imprese specializzate è favorita dalla riduzione dei costi di transazione (ricerca, contrattazione e coordinamento), per effetto della forte compressione di molte frizioni di mercato attraverso l'intervento di meccanismi digitali di orientamento e coordinamento delle transazioni (come lo sono le piattaforme online)".

[5] Al riguardo si veda anche il lavoro di Banca d'Italia sulle l'attività delle piattaforme Fintech di prestito e di raccolta di finanziamenti, operanti a livello globale e in Italia. S. CARDILLO, A. ILARI, S. MAGRI, G. MEUCCI, M. MOSCATELLI, D. RUZZI, *Le piattaforme Fintech di prestito e di raccolta di finanziamenti nel mondo e in Italia,* in *Occasional Papers*, n. 702, 2022, pp. 5-28, disponibile all'indirizzo https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/qef/2022-0702/index.html.

[6] Per un approfondimento sulla storia della FinTech Kickstarter si veda D. STEINBERG, *The Kickstarter Handbook: Real-Life Crowdfunding Success Stories,* Stati Uniti, 2012, pp. 1-224.

[7] Per una ricostruzione circa l'evoluzione delle FinTech nell'ambito del crowfunding si veda D. DIEMERS, A. LAMAA, J. SALAMAT, T. STEFFENS, *Developing a FinTech ecosystem in the GCC,* in *Strategy&Formerly Booz & Company,* 2015, pp. 1-16.

[8] A. CAVALLO, A. GHEZZI, C. DELL'ERA, E. PELLIZZONI, *Fostering digital entrepreneurship from startup to scaleup: The role of venture capital funds and angel groups*, in *Technological Forecasting & Social Change*, 2019, vol. 145, pp. 24-35. Per ulteriori dati si veda il report prodotto da Ernest Young, *Global FinTech Adoption Index 2019*, consultabile all'indirizzo https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/en_gl/topics/banking-and-capital-markets/ey-global-fintech-adoption-index.pdf

Le FinTech hanno, di fatto, comportato un cambio di passo modificando la struttura del settore finanziario e introducendo una soluzione a numerose difficoltà e inconvenienti riscontrati dai consumatori/clienti. Vale la pena notare, però, che se la crisi finanziaria del 2008 non si fosse verificata, l'opinione pubblica probabilmente non avrebbe accolto con favore le FinTech. Si è giunti a tali considerazioni, frutto delle circostanze che hanno seguito la crisi, poiché l'opinione pubblica mondiale, che stava attraversando un periodo di fermento socio-economico, maturava una crescente insoddisfazione e sfiducia nei confronti del sistema finanziario tradizionale i cui servizi risultavano sempre meno convenienti a causa dell'aumento del rischio operativo. Allo stesso tempo, la nuova generazione di potenziali consumatori finanziari (i.e., i giovani) aveva vissuto in prima persona la recessione economica globale[9].

Cosicché, il calo reputazionale delle istituzioni finanziarie tradizionali ha, di fatto, spianato la strada ai servizi finanziari "alternativi" che cercavano di soddisfare esigenze specifiche dell'utenza finanziaria maggioritaria attraverso la digitalizzazione dei servizi finanziari e l'utilizzo della FinTech per garantire la convenienza, la velocità delle transazioni e l'efficienza dei costi[10].

Secondo il Global Findex Database 2017 condotto dalla Banca Mondiale, la percentuale di individui che hanno aperto un conto bancario è aumentato dal 51% al 69% in soli 6 anni e in aggiunta 1,2 miliardi di nuovi utenti sono entrati a far parte dell'industria finanziaria[11].

Le società di servizi di pagamento FinTech, come AliPay, PayTM e Nubank, hanno esordito portando sul mercato consumatori prima esitanti. WealthTech, Peer-to-Peer (P2P) e Crowdfunding sono diventate realtà accessibili, inaugurando una serie di servizi finanziari che non erano precedentemente offerti dalle istituzioni finanziarie tradizionali. In tale contesto, però, anche quest'ultime stanno adottando delle soluzioni innovative attraverso le FinTech, per colmare quel gap tecnologico che

[9] I motivi di sviluppo delle FinTech nel periodo immediatamente successivo alla crisi finanziaria del 2008, sono ripercorsi da S. DAROLLES, *The rise of fintechs and their regulation*, in *Financial Stability Review*, n. 20, 2016, pp. 86: "The 2008 financial crisis triggered a series of major upheavals in the financial and banking sectors. The first was the realisation that the activities of the major financial institutions generate systemic risk. This led to the development of different measures designed to quantify that risk. […] As the global economy emerged from the crisis, it became clear that many customers, and notably the younger generations, had lost all faith in banks. How could they trust the very economic agents that caused the trouble in the first place? And to make matters worse, those agents had only managed to avoid bankruptcy thanks to massive injections of public money. If the banks themselves were incapable of managing the risks they took, why should anyone take their advice or trust them with their savings? New generations of clients are only too willing to turn their backs on the traditional players, and are keen to see new companies emerge who played no part in the recent crisis and can offer an innovative approach to finance."

[10] Per ulteriori approfondimenti si veda da R. FERRARI, *L'era del FinTech. La rivoluzione digitale nei servizi finanziari*, Milano, 2016, pag. 39 e ss.

[11] Al riguardo si veda D. K. ASLI, K. LEORA, S. DOROTHE, A. SANIYA, H. J. RICHARD, *The Global Findex Database 2017: Measuring Financial Inclusion and the Fintech Revolution*, in *World Bank Group*, n. 1, 2018, p. 55 ss.

ISSN 2036-7821

potrebbe ridurre i propri margini di redditività e al contempo rispondendo alle esigenze del grande pubblico. Tale "rivoluzione tecnologica" delle istituzioni finanziarie si è protratta al tal punto che oggi l'Open Banking è presente in HSBC, Barclays, Mizohu Financial Group e altre banche di spicco in tutto il mondo[12].
Alla luce di quanto considerato la crisi finanziaria del 2008 se, da un lato, ha consentito alle imprese e alle start-up FinTech, in buona misura, di essere considerate i beneficiari indiretti del collasso del sistema finanziario globale, dall'altro lato, ha permesso all' utenza di ottenere una più ampia autonomia, capacità di determinazione e controllo sui propri servizi finanziari[13].
Orbene, per comprendere appieno cosa riserverà il futuro delle FinTech e come miglioralo, è utile vagliarne le diverse fasi evolutive.

2. L'evoluzione delle FinTech.

È necessario, innanzitutto, per ricostruire un adeguato ecosistema delle FinTech analizzare quelle che hanno rappresentato le pietre miliari di un'epoca in cui non se ne comprendeva ancora la straordinaria utilità. Sebbene la genesi delle FinTech, *ante litteram*, sia collocabile nel tardo Medioevo e al periodo rinascimentale, sussiste una significativa correlazione tra lo sviluppo delle FinTech di allora e quelle odierne[14].
Giova, infatti, sottolineare che talune obiezioni di natura giuridica che emergono oggi in merito alle innovazioni FinTech sono molto simili alle perplessità sollevate nel 1985[15].
Di fatto, il legislatore era preoccupato che l'e-banking e le implicazioni dell'utilizzo dei pagamenti elettronici avrebbero potuto ostacolare l'autenticazione dell'utente. Questione, tra l'altro, che tuttora è al centro del dibattito politico soprattutto se si considera il tasso di digitalizzazione globale. Tuttavia, però, le FinTech hanno introdotto mezzi efficienti per soddisfare i requisiti di Know Your Customer (KYC) attraverso un metodo non cartaceo ma che utilizza la tecnologia per contribuire a rafforzare l'uso dei servizi finanziari. In particolare, l'Electronic-KYC (eKYC) un sistema che è stato adottato e regolamentato in tutto il mondo[16].

---

[12] F. CAMPANELLA, L. SERINO, A. CRISCI, *Governing Fintech for sustainable development: evidence from Italian banking system*, in *Qualitative Research in Financial Markets*, vol. 15, fasc. 4, 2023, pp. 557- 571.
[13] A. L. MENTION, *The Age of FinTech: Implications for Research, Policy and Practice,* in *The Journal of FinTech*, vol. 1, n. 1, 2020, pp. 1-25.
[14] D.W ARNER, J. BARBERIS, R.P. BUCKLEY, *op. cit.*, p. 7.
[15] *Ibid.*
[16] In effetti, l'uso sempre più frequente della tecnologia nella finanza richiede che l'autorità di regolamentazione si occupi di supervisionare i processi di automazione. In altre parole, la crescita delle FinTech ha generato la necessità di "RegTech". Ques'ultimo è una contrazione dei termini "regolamentazione" e "tecnologia" e descrive l'uso della tecnologia, in particolare information technology (IT), nel contesto della regolamentazione, del controllo, della rendicontazione e della conformità. Sul punto si veda INSTITUTE OF INTERNATIONAL FINANCE, *Regtech: exploring solutions for regulatory challenges*, 2016, pp. 1-24.

ISSN 2036-7821

Dunque, in termini convenzionali, l'evoluzione della FinTech ha subito tre fasi: (i) FinTech 1.0 databile tra il 1866 e il 1967; (ii) FinTech 2.0 tra il 1967 e il 2008; FinTech 3.0. iniziata nel 2008 e ancora in corso[17].

2.1. FinTech 1.0 (1866 – 1967).

La prima innovazione FinTech utilizzata nel 1838 per trasmettere i codici Morse che ha avuto un impatto considerevole sull'industria finanziaria è stato il telegrafo. Nel 1865, poi, fu ulteriormente perfezionato al fine di autenticare le firme per i servizi finanziari, come le transazioni bancarie[18].

Nonostante si richiedessero 108 secondi per trasmettere 25 parole questo evento è stato considerato la prima pietra miliare per la creazione e la successiva evoluzione della moderna FinTech[19].

In seguito, nel 1866, fu presentato il primo telegrafo transatlantico dalla Atlantic Telegraph Company rendendo, così, possibile la comunicazione tra l'Europa occidentale e il Nord America e in particolare tra i centri finanziari di Londra e New York[20].

In concreto, però, dopo la Prima Guerra Mondiale, negli Stati Uniti d'America i dispositivi elettronici per il trasferimento dei fondi non erano ancora disponibili, cosicché, nel 1918 la Federal Reserve Wire Network (FedWire) utilizzò il sistema basato sul codice Morse per collegare le dodici banche di riserva degli Usa[21].

Sebbene il telegrafo oggi sia una tecnologia obsoleta, è altrettanto vero che i suoi effetti sul mondo sono ancora evidenti se si considera che ha, di fatto, reso possibile una comunicazione wireless e successivamente l'invenzione del radiotelegrafo, o come è noto oggi, della radio.

Tuttavia, tale progresso tecnologico ha subito un importante rallentamento a causa della Grande Depressione del 1929 e della Seconda Guerra Mondiale nel 1939. Solo nel 1950 le FinTech si avviarono verso una fase di ripresa con l'introduzione delle prime carte di credito da parte del Diners Club, una compagnia di servizi finanziari fondata da Frank McNamara[22].

---

[17] Cfr. R. FERRARI, *op. cit.*, p.36 ss.

[18] Deve segnalarsi sul punto G. BARBIROLI, *The Dynamics Of Technology*: *A Methodological Framework for Techno-Economic Analyses*, Berlino, 1997.

[19] J. HILLS, *The Struggle For Control Of Global Communication*, Illinois, 2002.

[20] Per una ricostruzione storica sull'invenzione del telegrafo si veda T. STANDAGE, *The Victorian Internet: The Remarkable Story of the Telegraph and the Nineteenth Century's On-line Pioneers*, Regno Unito, 2014, p. 36 ss.

[21] O. E. G. JOHNSON, J. M. DESTRESSE, N. ROBERTS, M. SWINBURNE, T. LYBEK, R. K. ABRAMS, *Payment Systems, Monetary Policy and the Role of the Central Bank,* Washington DC, 1998, pp. 141-153.

[22] La storia del Diners Club ha inizio con un imprenditore americano, Frank Mcnamara, quando al termine di una cena con sua moglie in un noto ristorante di New York si accorse di aver dimenticato il portafoglio, ed ebbe un'idea che rivoluzionò per sempre il sistema dei pagamenti: creare una carta che potesse essere accettata come mezzo di pagamento all'interno di un circuito esteso di ristoranti ed alberghi dell'intera città. Per ulteriori informazioni di carattere storico si veda R. FERRARI, *op. cit.*, pp. 13-36.

ISSN 2036-7821

La carta di credito, o Diners Club Card come fu denominata, venne approvata e adottata da quelle istituzioni finanziarie che ravvisavano un notevole potenziale nel collegamento tra finanza e tecnologia come ad esempio la Bank of America e l'American Express[23].
In seguito, nel 1966, è stata ulteriormente perfezionata dall'Interbank Card Association, attualmente conosciuta come Master Card al fine di agevolare le transazioni finanziarie interbancarie[24].
Come per ogni nuova innovazione adottata dagli enti finanziari e largamente utilizzata dal pubblico, gli organismi di regolamentazione, a livello nazionale e internazionale, hanno provveduto a emanare norme per tutelare i diritti e gli obblighi di tutte le parti coinvolte, vale a dire banche, consumatori e terzi. Per citarne alcuni, nel 1970 il Fair Credit Reporting Act mirava a tutelare i dati delle relazioni sul credito dei consumatori, limitandone la raccolta e l'utilizzo da parte di terzi[25].
Nel 1974, poi, anche l'Equal Credit Opportunity Act sancì il divieto per le banche di discriminare i clienti in base alla razza, al sesso, alla religione o allo stato civile[26].
L'ultimo scorcio dell'era FinTech 1.0 è stato caratterizzato dall'introduzione di un'innovazione chiave nel settore finanziario: l'Automatic Teller Machine (ATM). Nel 1967, il fautore di installare il primo distributore di banconote fu lo scozzese Mr. Shepherd-Barron, il quale, non riuscendo a incassare un assegno perché la banca era momentaneamente chiusa, propose l'idea di aprire un bancomat alla Barclays Bank[27].
In buona sostanza, le diverse migliorie susseguitesi nella fase della FinTech 1.0 si sono mosse da esigenze sociali diverse ma che, di fatto, han trovato la propria ragion d'essere nelle difficoltà riscontrate da parte del grande pubblico di usufruire dei servizi finanziari.

2.2. FinTech 2.0 (1967 – 2008).

Gli effetti dell'introduzione degli ATM sul mercato finanziario globale si sono propagati e consolidati nel corso della fase FinTech 2.0. Infatti, mentre il numero degli ATM cresceva a un ritmo considerevole, le istituzioni finanziarie si allineavano

[23] In particolare, American Express introduceva la sua prima carta di credito nel 1958 per le spese relative ai viaggi e attività di svago, la Bank of America avviava negli stessi anni la BankAmericard, la quale successivamente avrebbe preso il nome di Visa. Al riguardo si veda J. W. MARKHAM, *A Financial History of the United States*, New York, vol. 2, 2002, p. 306 ss.

[24] *Ibid*.

[25] A. SICKLER, *The (Un)Fair Credit Reporting Act*, in *Loyola Consumer Law Review, Forthcoming*, 2016, p. 1-43; A. H. KRIST, *Large-Scale Enforcement of the Fair Credit Reporting Act and the Role of State Attorneys General*, in *Columbia Law Review*, vol. 115, n. 8.

[26] J. H. MATHESON, *The Equal Credit Opportunity Act: A Functional Failure*, in *Harvard Journal on Legislation*, vol. 21, 1984, pp. 371-403.

[27] Inizialmente i clienti potevano prelevare solo 14 dollari per transazione, ma questa innovazione FinTech ha completamente rivoluzionato il concetto e l'attività bancaria. Si veda T. LERNER, *Mobile Payment*, Berlino, 2013, p. 1 ss.

ISSN 2036-7821

a tale innovazione, sicché, dal 1967 al 1987, l'industria finanziaria ha gradualmente convertito i servizi finanziari analogici in digitali[28].
A ciò, nel 1983, si aggiunse l'invenzione del primo prototipo di telefono cellulare lanciato dalla Motorola[29].
Segue, nel 1971, con il passaggio dall'analogico al digitale, l'istituzione della National Association of Securities Dealers Automated Quotations (NASDAQ) nel ramo dei titoli[30].
Ciò pose fine alle commissioni fisse sui titoli e favorì lo sviluppo della negoziazione dei titoli da una piattaforma fisica a una piattaforma completamente elettronica. Per quanto qui ci riguarda, l'importanza del NASDAQ è stata quella di consentire alle istituzioni finanziarie di utilizzare prevalentemente l'Information Technology (IT) per le operazioni aziendali e ha sostituito gran parte dei procedimenti cartacei: piuttosto che fare trading con mezzi fisici, le transazioni elettroniche si rilevarono essere, e sono ancora, molto più efficienti. Tuttavia, con la progressiva crescita della digitalizzazione, sono altresì moltiplicati i rischi di questo campo quasi del tutto inesplorato, innescando problematiche senza precedenti. Man mano che il mondo avanzava, il pianeta diventava tecnologicamente sempre più interconnesso. Unitamente agli innumerevoli benefici, però, emergevano altrettanti fattori di rischio del tutto imprevisti. Infatti, il crollo dei mercati azionari, nel 1987, ha evidenziato la necessità per le autorità di regolamentazione di garantire meccanismi di cooperazione globale per prevenire seri danni ai sistemi economici statuali[31].
Ciò posto, la fase 2.0 ha grandemente contribuito allo sviluppo della FinTech. Con tutta evidenza, l'online consumer banking è, di fatto, possibile oggi grazie all'introduzione della rete Internet[32].
È noto ai più, altresì, che, nel 1983, la cd. "network of network" è stata creata dai ricercatori per favorire l'accesso alla ricerca e nel 1990 Tim Berners- Lee, un

[28] Il notevole impatto che quest'ultimo ha avuto sul settore finanziario è visibile ancora oggi. A tal riguardo, va menzionata la possibilità di eseguire transazioni finanziarie da remoto tramite cellulare; aspetto rilevatosi un grande vantaggio anche durante la pandemia di Covid-19.

[29] I telefoni cellulari Motorola, i primi del loro genere, avevano un costo di 3.000 dollari. La possibilità di rispondere a una chiamata a distanza, di discutere di riunioni durante il tragitto verso il luogo di lavoro e verso casa, rappresentava qualcosa di estremamente rivoluzionario. Tra l'altro, in quel periodo storico, non esistevano leggi che impedivano l'utilizzo del cellulare durante la guida, poiché le autorità statali non sempre si mostravano capaci di essere al passo con gli sviluppi tecnologici. Di fatto, le prime leggi in materia sono state adottate solo all'inizio degli anni 2000. R. HOSSAIN, R. HASAN, M. SHARMIN, *A Short Review on the History of Mobile Phones*, in *Journal of Android, IOS Development and Testing*, vol. 7 n. 2, 2022, pp. 33-39.

[30] B. S. FATEN, *The Structural Evolution of Stock Exchanges*, in *Recherches en Sciences de Gestion*, vol. 93, n. 6, 2012, pp. 47-71.

[31] R. BOOKSTABER, *A Demon Of Our Own Design Markets, Hedge Funds, and the Perils of Financial Innovation*, New Jersey, 2007.

[32] La data esatta in cui la rete Internet è stato inventato non è nota, poiché ci sono diverse congetture sul suo utilizzo prima della introduzione al grande pubblico. S. BHARTI, *Internet: A revolution that has changed the whole of humankind*, in *Jus Corpus Law Journal*, 2022, pp. 343-349

ISSN 2036-7821

informatico, ha coniato il World Wide Web (WWW). In tale contesto, la possibilità di estendere l'utilizzo della rete internet ai servizi finanziari è stata inaugurata per la prima volta da Wells Fargo, con l'intento di consentire il controllo dei conti correnti online[33].

Il modo in cui tale innovazione ha trasformato il mondo è inequivocabile in quanto ogni singolo settore, incluso quello finanziario, attualmente, dipende in larga misura dalla rete Internet.

Nel 1998, a tutti gli effetti, l'industria finanziaria è diventata un'industria digitale[34].

La ragione riposa sul fatto che la natura stessa di Internet è in continua evoluzione e costantemente apporta perfezionamenti tecnologici. Un esempio palese è dato ancora una volta dai telefoni cellulari, i quali allo stato attuale non soddisfano soltanto la necessità di effettuare e ricevere chiamate, ma fungono da "computer tascabili" poiché consentono di usufruire di qualsiasi servizio finanziario attraverso una rete Internet.

Quando il mondo è entrato nel XXI secolo, negli Stati Uniti si registravano un milione di clienti online e nel Regno Unito, HSBC e ING Direct sono state tra le prime banche che non disponevano di filiali fisiche[35].

In conseguenza di ciò non è stato più necessario depositare e/o prelevare denaro materialmente in banca, poiché non era più indispensabile che il cliente fosse fisicamente presente in filiale. Tuttavia, però, l'online banking ha indotto le autorità di regolamentazione a elaborare apposite regolamentazioni per arginare la sopravvenienza di nuovi rischi del credito[36].

2.3. FinTech 3.0 (2008 – Oggi).

La terza e ultima fase della FinTech non è stata inaugurata sotto i migliori auspici. Nel 2008, infatti, la crisi finanziaria globale ha investito drammaticamente l'economia mondiale e ha procurato problemi che, anche dopo più di un decennio, non sono stati completamente superati.

Come precedentemente anticipato, la credibilità del sistema bancario è stata decisamente minata dal crollo della Lehman Brothers, che ha causato un effetto domino senza precedenti. Il rovescio della medaglia dell'innovazione tecnologica si è

---

[33] Per una ricostruzione storica della società Wells Fargo si veda E. HUNGERFORD, *Wells Fargo: Advancing the American Frontier*, New York, 1949, pp. 1-274.

[34] Cfr. T. NIEMAND, J.P. COEN RIGTERIN, A. KALLMUNZER, S. KRAUS, A. MAALAOUI, *Digitalization in the financial industry: A contingency approach of entrepreneurial orientation and strategic vision on digitalization*, in *European Management Journal*, vol. 19, n. 3, 2021, pp. 317-326; E. X. LIU, *Stay Competitive in the Digital Age: The Future of Banks*, in *IMF Working Paper*, n.46, 2021, p. 8 ss.

[35] A. MIRCHANDANI, N. GUPTA, E. NDIWENI, *Understanding the Fintech Wave: A Search for a Theoretical Explanation*, in *International Journal of Economics and Financial Issues*, vol. 10, n. 5, 2020, pp. 331-343

[36] R. P. BUCKLEY, *Reconceptualizing the Regulation of Global Finance*, in *Oxford Journal of Legal Studies* 36, n. 2, 2016, pp. 242-271.

ISSN 2036-7821

mostrata in tutta la sua oscurità, poiché la crescente interconnessione tra le economie mondiali e l'assenza di controllo da parte delle autorità di vigilanza ha ingenerato ripercussioni che hanno raggiunto dimensioni inattese. La crisi, infatti, ha mutato la percezione dell'opinione pubblica, la quale, piuttosto che ricorrere alle garanzie delle banche, hanno visto nelle imprese FinTech una possibile valida alternativa [37].

Sebbene sia trascorso più di un quindicennio dalla crisi, la sfiducia è ancora oggi visibile attraverso il comportamento degli stessi consumatori. Negli Stati Uniti, un sondaggio del 2015 ha rilevato che i cittadini riponevano maggiore fiducia nelle imprese FinTech rispetto agli istituti di credito autorizzati a gestire le proprie finanze. Più in dettaglio, il 71% dei partecipanti con le proprie finanze si affidavano ad Amazon, il 64% a Google e solo il 37% a Citibank[38].

Analogamente, in Cina, il comportamento dei consumatori dimostrava una netta preferenza per i servizi finanziari che non operavano sotto l'ombrello dell'autorità di regolamentazione: 2000 piattaforme di prestito peer-to-peer (P2P) non operavano nel contesto normativo stabilito dal Paese, eppure sono state scelte da milioni di persone sia per la natura innovativa che per l'adozione di soluzioni efficaci[39].

Dunque, in questa fase FinTech 3.0 l'attività di regolamentazione si è attivata primariamente per limitare e prevenire ulteriori perdite. Di fatto, nel 2009, una delle azioni intraprese a livello globale da parte del G20 ha riguardato la messa a punto di un programma di riforma della normativa finanziaria. Quest'ultima fissava quattro obiettivi fondamentali: (i) costruire un solido sistema finanziario resiliente; (ii) porre fine alla sostanziale dipendenza dell'economia dalle istituzioni finanziarie che si presentano Too-Big-To-Fail (TBTF)[40]; (iii) rendere più sicuro il mercato dei derivati Over-The-Counter (OTC)[41]; (iv) rafforzare la resilienza delle intermediazioni finanziarie non bancarie[42].

Per l'implementazione delle stesse, il G20 ha istituito il Financial Stability Board (FSB) il quale ha immediatamente pubblicato quattro rapporti di attuazione.

---

[37] Per una ricostruzione puntuale si rimanda K. SETIAWAN, N. MAULISA, *The Evolution of Fintech: A Regulatory Approach Perspective,* in *Advances in Economics, Business and Management Research*, vol. 130, 2019, pp. 218-225.

[38] D.W ARNER, J. BARBERIS, R.P. BUCKLEY, *op. cit.*, p. 14.

[39] Si veda W. ZHOU, D. W. ARNER, R. P. BUCKLEY, *Regulation of Digital Financial Services in China: Last Mover Advantage?*, in *Tsinghua China Law Review*, vol. 8, n. 1, 2015, p. 51 ss.

[40] Il concetto di Too-Big-To-Fail concerne il caso un'azienda o un settore commerciale ritenuto così profondamente radicato in un sistema finanziario o in un'economia che il suo fallimento sarebbe disastroso per l'economia stessa. Cfr. P. SESTER, *Towards a transnational bank restructuring law? – The attempt of the G20 to initiate and monitor regulatory responses to the "too big to fail" problem*, in *European Company and Financial Law Review*, vol. 7, no. 4, 2010, pp. 512-549.

[41] H. MARJOSOLA, *Sharing global regulatory space: transatlantic coordination of the G20 OTC derivatives reforms*, in A. HERITIER, M. G. SCHOELLER (a cura di) *Governing Finance in Europe: A Centralisation of Rulemaking?*, Cheltenham, 2020, pp. 112-135.

[42] J. LUCKHURST, *G20 Since the Global Crisis*, New York, 2016, pp. 23 ss.

ISSN 2036-7821

Nell'ultimo report del 2018 è stato rilevato che sono stati compiuti progressi sostanziali nell'attuazione delle principali riforme finanziarie post-crisi[43].
Con il progredire della FinTech 3.0, poi, sono stati modificati ed emanati diversi regolamenti e quadri normativi sia a livello internazionale che nazionale con il precipuo scopo di allinearsi alla velocità con cui il mondo si stava dirigendo verso l'ottimizzazione dell'ecosistema FinTech. Infatti, per sua stessa natura la FinTech è estremamente mutevole, le evoluzioni si verificano quotidianamente in diverse parti del mondo, e la base di conoscenze è al contempo sia infinita che insufficiente. Allo stato attuale la natura dirompente del FinTech, la mancanza di esperienza e di precedenti nel settore finanziario crea la necessità di raccogliere quante più risorse possibili. Pertanto, affinché il sistema della FinTech prosperi in qualsiasi paese, la cooperazione internazionale risulta indispensabile.
Del resto, nel 2018, il Fondo Monetario Internazionale (FMI) e il Gruppo della Banca Mondiale (WBG) hanno pubblicato l'Agenda FinTech di Bali (Agenda di Bali), affinché tutti gli Stati potessero trarre i benefici derivati dal boom delle FinTech e riducendone al contempo i rischi. L'ex amministratore delegato del FMI, Christine Lagarde, ha dichiarato che la cooperazione internazionale è vitale per perseguire gli obiettivi dell'Agenda di Bali "especially considering that there are an estimated 1.7 billion adults in the world without access to financial services"[44].
Tuttavia, nonostante la consapevolezza globale del ruolo cruciale ricoperto dagli organismi di regolamentazione in tutti i campi dell'industria finanziaria, pare che le innovazioni pionieristiche delle FinTech, almeno fino a oggi, procedano a un passo più rapido. Dall'altro canto, però, è necessario osservare che tale divario esiste anche al di fuori del settore FinTech a causa della natura stessa delle innovazioni: poiché le autorità di regolamentazione, pur volendo, non sono in grado di prevedere le successive innovazioni e di conseguenza di avere assoluta contezza dei dettagli tecnici e dei modi in cui la stessa dovrebbe essere disciplinata. Per superare tale gap, la Financial Conduct Authority (FCA), nel 2015, ha presentato una soluzione FinTech in grado di rivoluzionare l'intero comparto finanziario dal punto di vista tecnico normativo, ovvero il sistema di regulatory sandbox.[45]

3. I Centri FinTech leader a livello mondiale.

[43] M. YUKSEL, *A Decade of Post-crisis G20 Financial Sector Reforms,* in *Reserve Bank of Australia*, 2019, pp. 45-65.
[44] INTERNATIONAL MONETARY FOUND, *The Bali FinTech Agenda: A Blueprint For Successfully Harnessing FinTech'S Opportunities,* Comunicato Stampa n. 18/388, 2020, disponibile all'indirizzo https://www.imf.org/en/News/Articles/2018/10/11/pr18388-the-bali-FinTech-agenda
[45] P. TRELEAVEN, *Financial Regulation of Fintech,* in *Journal of Financial Perspectives*, vol. 3, n. 3, 2015, pp. 1-17.

ISSN 2036-7821

Nel 2019, l'Institute of Financial Services Zug (IFZ) dell'Università di Scienze applicate ha condotto una ricerca per studiare i principali centri FinTech di tutto il mondo[46].

Quest'ultima ha individuato i siti più interessanti mediante l'utilizzo di quattro fattori chiave che guidano l'innovazione: (i) la componente politico/legale; (ii) la componente economica; (iii) la componente sociale; (iv) la componente tecnologica[47].

L'esito dell'indagine ha evidenziato che i primi quattro hub FinTech a livello mondiale risultano essere:

1. Singapore: sottoposto alla vigilanza del Monetary Authority of Singapore (MAS);
2. Zurigo, Svizzera: sottoposto alla vigilanza del Swiss Financial Market Supervisory Authority (FINMA);
3. Ginevra, Svizzera: sottoposto alla vigilanza del Swiss Financial Market Supervisory Authority (FINMA);
4. Regno Unito: sottoposto alla vigilanza della Financial Conduct Authority (FCA).

Negli ultimi anni, l'elenco dei suddetti centri FinTech non è cambiato e questo per diversi ordini di ragioni. In primo luogo, i progressi ottenuti da Singapore nel settore finanziario sono frutto dell'iniziativa "Smart Nation" intrapresa dal MAS. Singapore mira, infatti, a creare un centro finanziario intelligente costruito sulle FinTech[48].

In base alle PEST-dimensions, in rapporto agli altri hub, Singapore si colloca al primo posto per quanto concerne la componente politico/giuridico e sociale, al secondo posto per quella tecnologica e al quarto per quella economica[49].

Oltre a ciò, un altro fattore chiave che determina il livello di sviluppo di qualsiasi ecosistema FinTech è il grado di apertura del sistema giuridico in cui si colloca. Come affermato dal IMF "FinTech responsibilities are normally divided among various authorities, and often the Ministries of Finance take an active interest" a causa del ruolo che rivestono nel settore finanziario. Piu in dettaglio, esse concernono

---

[46] T. ANKENBRAND, D. BIER, *Where are the Best FinTech Centers?*, 2018, disponibile all'indirizzo https://innovation.thomsonreuters.com/content/dam/openweb/documents/pdf/innovation/case-study/ankenbrand-thomas-bieri-denis-ifz-fintech-ranking-180530.pdf.

[47] Il cosiddetto PEST-Approach"[…] is an acronym for the four-underlying political, economic, social, and technological dimensions. The political dimension consists of all political and legal factors relevant to the FinTech sector such as, for example, the regulatory framework. The economic dimension covers all determinants of an economy that directly impact the business of a company or the sector as a whole. Examples hereof are the size of the target market but also the availability of financing sources. The social dimension focuses on the social environment, with relevant factors such as the talent and media environment. Finally, the technological dimension includes the technological innovations that may affect the business of a company or an industry". T. ANKENBRAND, A. DIETRICH, D. BIERI, *IFZ FinTech Study: An Overview of Swisse FinTech*, 2019, p. 5 ss. Disponibile all'indirizzo https://blog.hslu.ch/retailbanking/files/2019/03/IFZ-FinTech-Study-2019_Switzerland.pdf

[48] Singapore ha coltivato un clima favorevole per la fintech con il MAS che funge sia da autorità regolamentare sia da catalizzatore dell'innovazione, attribuendogli, in tal modo, un ruolo di first mover in Asia e in tutto il mondo. Così L. LIN, *Regulating FinTech: The Case of Singapore*, in *Banking & Finance Law Review*, 2019, pp. 93-119.

[49] Al riguardo si veda S. CHISHTI, J. BARBERIS, *The Fintech Book: The Financial Technology Handbook for Investors, Entrepreneurs and Visionaries*, New Jersey, 2016, pp. 58-66.

ISSN 2036-7821

competenze normative che si esplicano nel favorire il coordinamento delle politiche con le innovazioni FinTech, elaborano policy FinTech e sono coinvolte indirettamente nell'emissione e nella revisione delle leggi[50].

Come conseguenza della specificità apportate dalle innovazioni FinTech, le politiche e i regolamenti sono usualmente introdotti attraverso mere modifiche di leggi vigenti e le competenze delle autorità sono ampliate per poter includere gli sviluppi delle FinTech. Considerando che il MAS è l'organo di vigilanza competente per il settore finanziario di Singapore, esso sovrintende e regolamenta anche tutti i servizi FinTech. Le iniziative del MAS comprendono programmi di formazione sulle FinTech, festival annuali sulle FinTech e un sandbox normativo[51].

Inoltre, l'8 aprile 2020, il MAS, per garantire che il processo innovativo non subisse arresti esogeni improvvisi a causa della pandemia di Covid-19, ha annunciato l'elaborazione di un piano di sostegno da 125 milioni di dollari per coadiuvare le istituzioni finanziarie e le imprese FinTech a proseguire il proprio impegno nel campo dell'innovazione[52].

È di palmare evidenza che le azioni intraprese dal MAS rappresentano una nitida dimostrazione che lo Stato intende non solo promuovere l'ecosistema delle FinTech ma anche valorizzarlo[53].

Di fatto, piuttosto che agire solo come un organismo di vigilanza, il MAS, in tal modo, ne favorisce l'ottimizzazione attraverso le numerose iniziative messe a punto per risolvere le difficoltà incontrate dalle imprese FinTech. In effetti, un ostacolo che le imprese FinTech di Singapore devono fronteggiare è la carenza di una effettiva conoscenza dei termini giuridici della materia; pertanto, il MAS ha lanciato il Payments Regulatory Evaluation Program (PREP) con la Singapore Academy of Law

---

[50] C. TAYLOR, C. WILSON, E. HOLTTINEN, A. MOROZOVA, *Institutional arrangements for Fintech Regulation and Supervision,* in *IMF Fintech notes*, 2019, p. 2 ss.

[51] Tra le iniziative promosse va menzionata: (i) l'API Exchange (APIX), una piattaforma che aiuta istituzioni finanziarie a scoprire le fintech consentendo loro anche di progettare ed eseguire esperimenti in modo collaborativo; (ii) il Singapore FinTech Festival (SFF), il più grande evento fintech del mondo, promuove l'incontro e la cooperazione, registrando nel 2019 60.000; (iii) il Sandbox Express, uno strumento di supporto per accelerare le attività di test (a differenza del regulatory sandbox tradizionale, il quale richiede tempi di approvazione più lunghi). Cfr. A. ALAASSAR, A. L. MENTION, T. H. AAS, *Ecosystem dynamics: exploring the interplay within fintech entrepreneurial ecosystems,* in *Small Bus Econ*, vol. 58, 2022, p. 2165.

[52] MONETARY AUTHORITY OF SINGAPORE, *Launches S$125 Million Package For Financial Institutions And FinTech Firms To Strengthen Long-Term Capabilities*, 2020, disponibile all'indirizzo https://www.mas.gov.sg/news/media-releases/2020/mas-launches-package-for-fis-and-FinTech-firms-to-strengthen-long-term-capabilities

[53] L'Autorità Monetaria di Singapore ha riportato la presenza di 1100 aziende fintech nel 2019, rispetto a meno di 100 nel 2016. Inoltre, il 2019 ha registrato un valore delle operazioni di investimento più che raddoppiato a 861 milioni di dollari, con il 40% del capitale raccolto da fintech di pagamento digitale. Accenture Analysis Finds, *Fintech Fundraising Grew Strongly in Most Major Markets in 2019*, 2020. Disponibile all'indirizzo https://newsroom.accenture.com/news/2020/fintech-fundraising-grew-strongly-in-most-major-markets-in-2019-accenture-analysis-finds

ISSN 2036-7821

(SAL). Il programma ha come obiettivo quello di facilitare l'incontro tra le aziende FinTech (in particolare i fornitori di servizi di pagamento) con gli studi legali[54].
Oltre agli aiuti erogati, il MAS riconosce anche l'importanza del coordinamento internazionale mediante la stipulazione di accordi bilaterali e multilaterali. Sul punto sono stati siglati numerosi memorandum d'intesa e convenzioni con il precipuo scopo di cooperare e condividere le informazioni dell'area delle FinTech. Il MAS è inoltre parte degli 11 membri del gruppo di coordinamento della Global Financial Innovation Network (GFIN), dove riveste un ruolo attivo nella creazione di framework internazionali. Considerando la natura degli ecosistemi FinTech, un aspetto cruciale per il suo sviluppo è la cooperazione internazionale. Quando si tratta di FinTech, infatti, più l'innovazione è globalizzata, più alti saranno i margini di successo[55].

4. Il Regulatory Sandbox.

Il regulatory sandbox è un'iniziativa tecnico giuridica relativamente recente, che unisce sia l'innovazione che la regolamentazione al fine di garantire la creazione di un ambiente normativo tutelato per le imprese FinTech[56].
La natura dirompente e dinamica delle FinTech importa agli organismi di regolamentazione di dover affrontare sfide sempre più complesse per mantenere un adeguato il livello di sicurezza normativa sia in termini di sviluppo che di rischio correlato. Analogamente, anche per le innovazioni FinTech il sandbox si presenta come una sorta di incubatore protetto e monitorato, affinché, le stesse, in maniera graduale possano sperimentare il proprio progetto e/o prodotto immesso sul mercato in assenza di eccessivi lacciuoli normativi e al contempo consente alle autorità di regolamentazione una conoscenza più dettagliata delle ripercussioni giuridiche di tali attività[57].
Tuttavia, la vera sfida risiede nella necessità di una risposta legislativa che sia tempestiva al fine di assicurare la salvaguardia del settore finanziario e dei potenziali consumatori. Inoltre, la credibilità e la compliance legislativa sono aspetti decisivi per incentivare gli investimenti, la cui assenza rischierebbe di ostacolare lo sviluppo del

[54] SINGAPORE ACCADEMY OF LAW, *Payment Regulatory Evaluation Program (PREP)*, 2019. Disponibile all'indirizzo https://www.sal.org.sg/Resources-Tools/Payment-Regulatory-Evaluation-Program-PREP/About-PREP

[55] A. MCQUINN, *Supportin Finncial Innovation Trough Flexible Regulation*, in *Information Technology& Innovation Foundation*, 2019, pp. 1-21.

[56] Secondo quanto disposto dal MAS il Regulatory Sandbox "[...] enables financial institutions and FinTech players to experiment with innovative financial products or services in a live environment but within a well-defined space and duration". MONETARY AUTHORITY OF SINGAPORE, *Overview of Regulatory Sandbox*, 2022, disponibile all'indirizzo https://www.mas.gov.sg/development/fintech/regulatory-sandbox

[57] Si veda C. HADDAD, L. HORNUF, *The emergence of the global fintech market: economic and technological determinants*, in *Small Business Economics*, vol. 53, 2018, pp. 81-105.

ISSN 2036-7821

settore finanziario e l'economia di un Paese. Pertanto, è essenziale per il mondo giuridico-economico che sussista un equilibrio tra l'innovazione e una tempestiva regolamentazione[58].

La definizione, la modalità di attuazione e il funzionamento del regulatory sandbox variano a seconda delle giurisdizioni dei singoli Stati.

In linea generale, la normativa nazionale consente alle imprese FinTech di condurre un test a breve termine con partecipanti dal vivo, sotto la supervisione dell'autorità di regolamentazione. Operativamente, ferme restando le differenze insite nei vari ordinamenti, il processo del sandbox prevede quattro fasi: la candidatura, la selezione, il test e l'uscita[59].

In primo luogo, la fase della candidatura consiste nella domanda che l'impresa FinTech presenta per potere entrare nel regulatory sandbox tenuto conto dei requisiti di idoneità che sono indicati dall'autorità di regolamentazione del Paese prescelto[60].

In secondo luogo, il processo di selezione implica l'attento scrutinio delle domande pervenute. In alcune giurisdizioni, vi è anche una fase di selezione preliminare al fine di comunicare ai richiedenti risultati non idonei del diniego di entrare nel sandbox. In seguito all'approvazione e alla selezione dei candidati, viene stipulato e sottoscritto un accordo al fine di garantire che non vi siano violazioni o comportamenti negligenti[61].

In terzo luogo, ha inizio di test vero e proprio, ovvero l'azienda FinTech mette alla prova la propria innovazione nel sandbox. Quest'ultima sarà tenuta a rispettare prima, durante e dopo l'inizio delle operazioni l'insieme dei protocolli che ha sottoscritto e dovrà adempiere ai doveri assunti, come ad esempio quello relativo alla redazione di report periodici. Sulla base dei risultati conseguiti dai test viene, poi, presentato un rapporto finale per determinarne l'esito[62].

Infine, una volta completata la procedura di verifica dei risultati, può presentarsi uno dei seguenti scenari; (i) l'azienda FinTech chiede una proroga per testare la propria innovazione per un periodo più prolungato nel sandbox; (ii) l'azienda FinTech non si classifica a causa del mancato raggiungimento dei parametri richiesti, quindi, viene ritirata dal regulatory sandbox; (iii) l'impresa FinTech che ha superato il test ha la possibilità di ottenere una licenza completa e aderire alle normative vigenti sulla base di un piano implementazione elaborato ad hoc[63].

---

[58] C. SCHENA, A. TANDA, C. ARLOTTA, G. POTENZA, *Lo sviluppo del fintech: Opportunità e rischi per l'industria finanziaria nell'era digitale*, in *Quaderni FinTech (Consob)*, 2018, pp. 70-80.

[59] Si veda H. J ALLEN, *Regulatory sandboxes*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, vol. 87, n. 3, 2019, p. 579 ss.

[60] *Ibid.*

[61] L. BYUNKWON, C. LOW, *FinTech: Law and Regulation*, UK, ed. II, 2021, pp. 340-364.

[62] E. CORAPI, *Regulatory Sandbox nel Fintech?*, in E. CORAPI, R. LENE (a cura di), *I diversi settori del fintech. Problemi e prospettive*, Milano, 2019 pp. 13-29.

[63] D. A. ZETZSCHE, R. P. BUCKLEY, J. N. BARBERIS, D. W ARNER, *Regulating a revolution: From regulatory sandboxes to smart regulation*, in *Fordham J. Corp. & Fin. L.*, 2017, p. 31 ss.

ISSN 2036-7821

In conclusione, i vantaggi del regulatory sandbox per le imprese FinTech includono una semplificazione della normativa, un ambiente protetto e una credibilità reputazionale. D'altra parte, invece, le autorità di regolamentazione hanno la possibilità di approcciarsi gradualmente a un campo totalmente nuovo, di riuscire a delineare un quadro normativo specifico, e di implementare in modo sicuro l'impresa FinTech sul mercato. Inoltre, l'intero processo apporta benefici anche al pubblico di potenziali consumatori, poiché la cooperazione tra le autorità di regolamentazione e le imprese FinTech contribuisce a rafforzare la tutela degli stessi e al contempo fornire loro soluzioni innovative che rendono i servizi finanziari più accessibili ed efficaci[64].

5. Il Regulatory Sandbox di Singapore.

Singapore mira a compiere un salto di qualità per diventare un ancor più innovativo hub finanziario e il regulatory sandbox rappresenterebbe una sorta di catalizzatore che incoraggerebbe la sperimentazione di imprese FinTech innovative con il patrocinio dell'Autorità di regolamentazione in quel sistema giuridico finanziario[65].

Il MAS ha introdotto il regulatory sandbox nel 2016 e nello stesso anno ha diramato le FinTech Regulatory Sandbox Guidelines. Le linee guida miravano a fornire maggiore trasparenza e ulteriori dettagli alle imprese FinTech circa le norme che sarebbe state applicate al sandbox. Piu nel dettaglio, ai sensi del paragrafo 4.1 del MAS Guidelines, le imprese target sono quelle che mirano ad "apply technology in an innovative way to provide financial services"[66].

Da ciò si deduce che le Linee Guida del MAS sono suscettibili di una più ampia applicazione poiché non limitano la partecipazione a quelle imprese la cui funzione principale concerna la fornitura di servizi finanziari.

Continuando, infatti, la lettura del paragrafo summenzionato, si evince chiaramente che sono indicate a titolo esemplificativo le "FIs [Financial Institutions], FinTech Firms, and professional services firms partnering with or providing support to such businesses"[67].

Sebbene il target non sia circoscritto alle sole imprese orientate al FinTech, le linee guida MAS affermano, al punto 5.5 lettera a), che il sandbox non è indicato per i servizi FinTech già disponibili sul mercato[68].

---

[64] S. CLAESSENS, J. FROST, G. TURNER, F. ZHU, *Fintech credit markets around the world: size, drivers and policy issues*, in *BIS Quarterly Review*, 2018, pp. 29-49.

[65] W. J. JIE, *Singapore's Transformation into a Global Financial Hub*, in *NUS Library*, 2017, pp. 1-20.

[66] MONETARY AUTHORITY OF SINGAPORE, *Fintech Regulatory Sandbox Guideline*, 2016, par. 4.1. Disponibile all'indirizzo https://www.mas.gov.sg/-/media/mas-media-library/development/regulatory-sandbox/sandbox/fintech-regulatory-sandbox-guidelines-jan-2022.pdf

[67] *Ibid.*

[68] In dettaglio, MONETARY AUTHORITY OF SINGAPORE, *Fintech Regulatory Sandbox Guideline*, 2016, par. 5.5 lettera a), dispone che: "[…] the sandbox may not be suitable under the following circumstances: a) The proposed

ISSN 2036-7821

In altre parole, i requisiti di accesso al sandbox sono riservati alle sole innovazioni.
Inoltre, i criteri di selezione indicati dalle linee guida del MAS stabiliscono che: (i) il candidato è tenuto a fornire una proposta che abbia una "new or emerging technology, or uses existing technology in an innovative way" (MAS Guidelines par. 6.2.a); (ii) l'innovazione presentata deve riguardare un dato esistente problema nel mercato e assicurare benefici alle parti coinvolte (MAS Guidelines par. 6.2.b); (iii) il partecipante deve, in ogni circostanza, supportare l'industria finanziaria di Singapore attraverso la diffusione e/o lo sviluppo dei servizi finanziari (MAS Guidelines par. 6.2.c); (iv) le tempistiche e i risultati dei test devono essere comunicati al MAS sulla base di un calendario concordato (MAS Guidelines par. 6.2.d); (v) gli interessi dei consumatori e la tutela del mercato devono essere garantiti (MAS Guidelines par. 6.2.e); (vi) la valutazione e il contenimento dei principali rischi e di quelli che possono essere rilevati durante il periodo di sperimentazione (MAS Guidelines par. 6.2.f); (vii) la previsione di una strategia di uscita chiara e condivisa che consenta di trasferire l'attività nel mercato di Singapore o che si dimostri quantomeno vantaggiosa su scala più ampia (MAS Guidelines par. 6.2.g). Se uno dei requisiti di cui sopra non viene soddisfatto, il MAS negherà l'ingresso nel sandbox[69].
L'entrata o l'uscita dal regulatory sandbox avviene dopo un periodo di sei mesi, che però può essere prorogato; tuttavia, il partecipante deve presentare domanda almeno un mese prima della data di scadenza[70].
Il partecipante ha superato il test dopo aver ottemperato ai requisiti legali richiesti e dopo aver conseguito i risultati concordati[71].
Tuttavia, l'uscita anticipata dal sandbox può verificarsi per una delle circostanze elencate nel par. 7.4.: (i) deludente partecipazione e scarsi risultati del proponente; (ii) inosservanza dei criteri legali e regolamentari; (iii) rilievo di rischi relativi al servizio finanziario tali da pregiudicare i consumatori e/o superarne i benefici; (iv) violazione e inadempimento degli obblighi previsti dagli accordi; (v) decisione volontaria del partecipante di abbandonare il regulatory sandbox[72].
Prima della sua implementazione, il MAS ha anche chiesto un feedback agli stakeholders. Tutte le osservazioni sono state allegate in via confidenziale al documento di risposta. Il MAS ha affrontato ogni richiesta, includendo possibili soluzioni alle questioni o motivando la mancata adozione di alcune

technology is similar to those that are already being applied in financial service offered in Singapore: (i) by a few financial institutions or sandbox entities; or (ii) where a 2-year time period has elapsed from the first known implementation, unless the applicant can show that a different technology is being applied or the same technology is being applied differently."

[69] Si veda nuovamente MONETARY AUTHORITY OF SINGAPORE, *Fintech Regulatory Sandbox Guideline*, 2016, par. 6.

[70] *Id*, par. 7.1 e. 7.2.

[71] *Id*, par. 7.3.a e 7.3.b.

[72] *Id*., par. 7.4.

ISSN 2036-7821

raccomandazioni. Ad esempio, il MAS ha recentemente proposto di introdurre il c.d. "Sandbox Express", il quale offrirebbe alle imprese FinTech la possibilità di partecipare a un processo di sperimentazione molto più celere[73].
La trasparenza nella comunicazione si riscontra nei rapporti che il MAS ha con il pubblico: sono, infatti, numerose le risposte dettagliate fornite da parte del MAS e pubblicate da giornali nazionali che affrontano questioni relative alle normative o alle iniziative FinTech in corso.
Per esempio, dopo la pandemia di Covid-19, un giornale locale (lo Straits Times) ha pubblicato un articolo in cui si affermava che, "the economic impact of the Covid-19 crisis eats away at people's incomes and assets, an area which might need a relook is consumer banking practices". L'articolo continua a condannare l'attuale stato dei prodotti bancari per i consumatori e chiede al MAS di aiutare il pubblico suggerendo anche la modalità. In un documento di risposta all'articolo del giornale, è stato dichiarato che la questione sarà esaminata e che il "MAS has and will take supervisory actions against financial institutions and their representatives who fail to comply"[74].
La trasparenza dell'autorità di regolamentazione e la comunicazione attiva con il pubblico creano oltremodo un ambiente di fiducia all'interno del mercato.

6. Le criticità del Regulatory Sandbox di Singapore.

Sebbene l'ecosistema FinTech di Singapore sia probabilmente quello dotato della reputazione più autorevole a livello planetario, persistono ancora alcune problematiche legate al regulatory sandbox, la maggior parte delle quali concernono i rischi relativi alla propria natura innovativa nonché alla mancanza di precedenti in altre giurisdizioni che crea una lacuna in termini di possibili appigli euristici nel momento in cui gli interpreti giuridici si debbano confrontare con le insorgenti criticità del sistema[75].
Tuttavia, è necessario comprenderne le debolezze e le imperfezioni per tentare di porvi rimedio e mantenere fluida la struttura.

---

[73] "Sandbox Express provides firms with a faster option to test certain innovative financial products and services in the market. Eligible applicants can begin market testing in the pre-defined environment of Sandbox Express within 21 days of applying to MAS". Si veda MONETARY AUTHORITY OF SINGAPORE, *Sandbox Express*. Disponibile all'indirizzo https://www.mas.gov.sg/development/FinTech/sandbox-express.

[74] J. LEE, *MAS Highlights Rules For Banks Selling Investment Products*, 2020. Disponibile all'indirizzo (https://www.mas.gov.sg/news/letters-to-editor/2020/mas-highlights-rules-for-banks-selling-investment-products.

[75] Ad esempio, "if the conduct requirements are unclear for a particular firm in a sandbox, there may be little protection for financial consumers". A tal riguardo, però, le autorità regolamantari sono intervenute stabilendo che "[...]the customers of sandbox firms cannot rely on the financial consumer protection dispute resolution regimes (although this is usually disclosed to customers)". C. CHEN, *Regulatory Sandboxes in the UK and Singapore: A Preliminary Survey*, in *Regulating FinTech in Asia Global Context, Local Perspectives*, 2019, p. 9.

ISSN 2036-7821

A causa della natura del regulatory sandbox e della necessità per il MAS di lavorare a stretto contatto con i partecipanti FinTech, è possibile che si determinino situazioni di concorrenza imperfetta (o quantomeno che questa sia la percezione delle parti coinvolte). Infatti, le linee guida fornite dal MAS rischiano di fondare il sospetto che vengano attribuite degli status giuridici definitivi, vincolanti e, come tali, limitanti l'accesso ad altre concorrenti ovvero creatori di categorie di impresa diverse e quindi dotate di differenti prerogative. D'atro canto, le linee guida del MAS non prevedono una serie di disposizioni che regolino una ricca casistica che principalmente riguarda la regolamentazione dalle licenze e quella dei vantaggi di inclusione nel novero delle società FinTech[76].

Inevitabilmente, il vantaggio competitivo riconosciuto ai partecipanti del sandbox rispetto a coloro che, invece, non abbiano soddisfatto i requisiti stabiliti crea due livelli all'interno dell'ecosistema FinTech di Singapore: i partecipanti al sandbox e i partecipanti non sandbox in cui i primi godono di uno status reputazionale ben più prestigioso rispetto ai secondi.

D'altro lato, il formante legislativo non deve eccedere nel richiedere – proprio per evitare curvature derivanti sa concorrenza sleale – di ottemperare a oltremodo gravosi requisiti regolamentari.

L'equilibrio tra gli interessi contrapposti di tutela dei consumatori e del mercato e la libertà di impresa e progresso tecnologico deve essere la stella polare che orienti il MAS per dipanare le criticità accennate ed evitare una regressione dell'ambiente FinTech nelle diverse giurisdizioni.

[76] C. CHEN, *Rethinking the Regulatory Sandbox for Financial Innovation: An Assessment of the UK and Singapore*, in M. FENWIC, S. VAN UYTSEL, B. YING (a cura di), *Regulating FinTech in Asia. Perspectives in Law, Business and Innovation*, Singapore, 2020, pp. 11-30.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Le riforme della giustizia militare in Sud America

di Fabio Zambardino

(Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanviteli" e Professore Associato di Diritto Comparato presso la New Vision University di Tbilisi)

Sommario

1. Introduzione. 2. La transizione democratica in Sud America. 3. Le riforme della giustizia militare nella Regione. 4. Considerazioni conclusive.

Abstract

The article aims at illustrating the characteristic and common features of the military justice system in force in the South American region, indicating the most recent developments and highlighting its peculiarities. After briefly introducing the general and essential aspects that characterize the military justice systems according to comparative methodologies, the article focuses on the characteristics of military justice in South America, analyzing the sources and highlighting the matters falling within its sphere of competence, especially following the processes of democratic transition and, consequently, the reforms that have affected the matter.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

La giustizia militare è considerata, solitamente, un sistema giuridico a sé stante, che si applica ai membri delle forze armate e, in alcuni casi, anche ai civili nei casi in cui sia ravvisato un collegamento con queste ultime[1]. Tale affermazione è valida anche nell'area sudamericana.

L'obiettivo principale del sistema di giustizia militare, indipendentemente dalle differenti esperienze giuridiche, è quello di preservare la disciplina e il buon ordine nelle forze armate e garantire, al contempo, la loro efficacia operativa. In tal senso, dunque, strutture, regole e procedure sottoposte a tale giurisdizione possono presentare, sia nella sostanza che nella forma, importanti differenze rispetto ai loro equivalenti di matrice civile.

In molti casi, infatti, la giustizia militare opera in un sistema giudiziario separato, al quale si applicano regole e procedure più severe al fine di far rispettare la disciplina interna e garantire, come detto, l'efficacia sotto il profilo operativo.

Tali considerazioni, in particolare, possono sollevare questioni in merito al principio della supremazia civile o, parallelamente, problematiche di conformità in relazione agli standard internazionali dei diritti umani come, per esempio, le garanzie di un giusto processo[2].

Poste tali premesse, le nuove democrazie hanno affrontato – e, in alcuni casi, continuano ad affrontare – innumerevoli sfide derivanti dai processi di transizione verso governi democratici, che vanno dallo sviluppo di nuovi sistemi elettorali e di partito alla riorganizzazione delle economie nazionali, con tutta una serie di scelte e giustificazioni valoriali che accompagnano questi processi.

---

[1] Sul rapporto tra ordinamenti interdipendenti all'interno dello stesso sistema giuridico, sulle loro interazioni e sovrapposizioni di competenza si veda, generalmente, S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 1918, 2ª ed., Firenze, 1946. La teoria secondo cui il sistema giuridico svolge una mera funzione "normativistica" – in base alla quale il diritto è norma e il concetto di "ordinamento giuridico" viene individuato esclusivamente nel sistema di norme poste dallo Stato – è stata superata in favore della teoria "istituzionalistica" di Santi Romano. Ai fini che qui rilevano, in base a questa tesi, il diritto scaturisce dalla struttura della società; pertanto, non necessariamente dallo Stato ma anche dalle diverse istituzioni sociali, da cui il nome di teoria istituzionalistica. Vi potranno essere, dunque, una pluralità di ordinamenti giuridici, diversi e contestuali. Ogni ordinamento giuridico è istituzione e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico. Il diritto nasce, allora, nel momento in cui il gruppo sociale diviene gruppo organizzato, ossia si istituzionalizza creando una organizzazione; quindi, non c'è società senza che si manifesti in essa il fenomeno giuridico (*ubi societas ibi ius*). S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit, p. 25. Si ha un ordinamento giuridico quando oltre alla società, «da intendersi come l'insieme dei soggetti, si rinvengono almeno altri due elementi essenziali: la normazione, ossia il complesso delle regole di organizzazione; e l'ordine sociale, cioè il sistema delle strutture entro cui i soggetti che sono membri della società si muovono». Le ragioni del successo di tale teoria scaturirono dalla considerazione secondo cui «la società si articola in organizzazioni riconosciute come portatrici di interessi collettivi, la cui presenza è legittimata anche nell'ambito del potere pubblico. Questa nuova realtà viene definita come "Istituzione". I due elementi che la caratterizzano sono l'appartenenza alla sfera sociale e l'organizzazione razionale». S. CASSESE, *Istituzione: un concetto ormai inutile*, POL. DIR., 1979, p. 59. Si veda anche, in senso più generale, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Naples, 2006, p. 196 ss.

[2] Si veda, a tal proposito, la nota Art. 6 della CEDU, il quale affronta il tema dell'equo processo.

ISSN 2036-7821

In siffatto scenario, anche la riforma del sistema di giustizia militare rappresenta una componente cruciale e, spesso, drasticamente sottovalutata dell'iter giuridico che porta al consolidamento democratico[3].
Generalmente, le riforme dei sistemi di giustizia militare derivano da una necessità di miglioramento della loro efficacia, della qualità della giustizia fornita dai tribunali militari e di adattamento ai cambiamenti della legislazione nazionale, agli standard internazionali sui diritti umani o ai bisogni specifici dell'istituzione militare in questione.
In tale contesto, le preoccupazioni relative alla compatibilità dei sistemi di giustizia che si applicano alle forze armate con gli standard dei diritti umani possono indurre gli Stati a rivedere i loro sistemi di giustizia militare e ad attuare alcuni cambiamenti[4].
Oltre a circostanze "esterne", inoltre, possono essere ravvisati anche cambiamenti a livello di diritto interno, i quali possono configurare la necessità di modificare il sistema[5].
In alcuni casi, le riforme della giustizia militare vengono attuate nel quadro di più ampie riforme giudiziarie – soprattutto nei contesti delle società in transizione verso un regime democratico – e vengono prese misure per razionalizzare il sistema. Questo può portare ad alcuni cambiamenti fondamentali, dalla revisione della base giuridica e del quadro istituzionale all'abolizione totale del sistema dei tribunali specializzati[6].

---

[3] B. J. KYLE & A. G. REITER, *Militarized Justice in New Democracies: Explaining the Process of Military Court Reform in Latin America*, LAW & SOC'Y REV., 2013, p. 378.

[4] M. W. MEIER & J. T. HILL, *Targeting, the law of war, and the uniform code of military justice*, VANDERBILT J. TRANSN'L L., 2018, pp. 788-789. È il caso, per esempio, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), la quale ha notevolmente influenzato lo sviluppo dei sistemi nazionali di diritto militare nella maggior parte del Continente europeo, soprattutto per quel che concerne il rafforzamento dell'indipendenza giudiziaria e una migliore applicazione delle garanzie di processo equo da parte dei tribunali militari. Qualora la legislazione interna preveda che il ricorrente possa accedere a un tribunale, si applica l'articolo 6 anche nei confronti di ufficiali dell'esercito in servizio attivo e alle loro pretese dinanzi ai tribunali militari; in giurisprudenza, *inter alia*, *Pridatchenko e altri c. Russia*, 21/09/2007. M. VASHAKMADZE, *Understanding Military Justice: A Practice Note*, Security Sector Reform Working Group: Military Justice 2, Ginevra, 2018, pp. 4-5. Inoltre, a ciò si aggiungono altri aspetti che possono guidare le riforme della giustizia militare, come, per esempio, il cambiamento degli ambienti operativi, l'ampliamento dei mandati delle forze armate moderne e la necessità di una maggiore efficacia.

[5] M. VASHAKMADZE, *Understanding Military Justice: A Practice Note*, cit., p. 5. È il caso del Canada, per esempio, dove la legislazione interna sui diritti umani ha innescato dato vita ai primi tentativi di riforma della giustizia militare.

[6] M. W. MEIER & J. T. HILL, *Targeting, the law of war, and the uniform code of military justice*, cit., pp. 789-780. Per esempio, nel dicembre del 2016, il Parlamento del Kirghizistan, attuando le raccomandazioni della Commissione per le Riforme Giudiziarie, ha deciso di abolire i tribunali militari. Le motivazioni di questa riforma erano basate sulla considerazione che la quantità di risorse finanziarie spese per il sistema di giustizia militare non poteva essere ragionevolmente giustificata dai risultati – i tribunali militari, secondo questo punto di vista, si sono dimostrati ampiamente inefficaci. Come conseguenza di questa riforma, i giudici militari specializzati sono stati trasferiti, in prima istanza, ai tribunali civili. M. VASHAKMADZE, *Understanding Military Justice: A Practice Note*, cit., pp. 4-5.

ISSN 2036-7821

Tuttavia, nei Paesi che non hanno sperimentato una vera e propria "interferenza attiva" delle forze armate nella politica e nella vita civile, le riforme possono rivelarsi più incisive, in gran parte grazie a una migliore cooperazione tra gli attori civili e militari (alcuni paesi dell'Europa orientale e centrale appartengono a questa categoria)[7].

Ciò premesso, in termini generali, le riforme della giustizia militare si muovono seguendo due tendenze riformatrici principali.

La prima tendenza è quella di trasferire le competenze giudiziarie ai tribunali civili. La seconda è quella di limitare la giurisdizione dei tribunali militari sui civili[8].

Differenze significative, in tale ottica, esistono tra i sistemi di giustizia militare basati sulla tradizione anglosassone – *common law* – rispetto a quelli basati sulla tradizione europea continentale – *civil law*. Da un lato, i sistemi di *common law* hanno "familiarità" con tribunali militari *ad hoc* che si riuniscono caso per caso[9], mentre nei sistemi di *civil law*, dall'altro lato, operano tribunali militari permanenti (o tribunali civili con giudici specializzati)[10].

---

[7] M. W. MEIER & J. T. HILL, *Targeting, the law of war, and the uniform code of military justice*, cit., pp. 789-780.

[8] F. ANDREU-GUZMAN, *Military Jurisdiction and International Law*, Part II, International Commission of Jurists, Ginevra, 2004, p. 161. Sia il Relatore Speciale delle Nazioni Unite sull'indipendenza della magistratura che il Gruppo di lavoro sulla detenzione arbitraria raccomandano di limitare la giurisdizione militare. Il loro punto di vista si basa sull'attuale sviluppo del diritto internazionale che è verso la proibizione dei tribunali militari che processano i civili. I *Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency of the International Law Association* (1984) indicano, inoltre, che «civil courts shall have and retain jurisdiction over all trials of civilians for security and related offences; initiation of any such proceedings before their transfer to a military court or tribunal shall be prohibited». Simili divieti sono inclusi nei Principi fondamentali sull'indipendenza della magistratura approvati dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite. *Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite*, no. 40/32, 29 November 1985 e no. 40/146, 3 December 1985, Articolo 5, il quale afferma che «[e]veryone shall have the right to be tried by ordinary courts or tribunals using established legal procedures. Tribunals that do not use the duly established procedures of the legal process shall not be created to displace the jurisdiction belonging to the ordinary courts or judicial tribunals».

[9] M. VASHAKMADZE, *Understanding Military Justice: A Practice Note*, cit., p. 4 ss. Tuttavia, i Paesi di *common law* si stanno muovendo sempre più verso un sistema di tribunali militari permanenti. Uno dei principali motori di questa tendenza è la convinzione che ciò possa migliorare la flessibilità del sistema di giustizia militare e la sua compatibilità con le norme internazionali sui diritti umani. Si veda, sul punto, J. D. OHLIN, *The Common Law of War*, WILLIAM & MARY LAW REVIEW, 2016, pp. 495-499. Per esempio, «the UK revokes the need to obtain a convening warrant for each trial, and more than one Court Martial are able to operate at any time». M. VASHAKMADZE, *Understanding Military Justice: A Practice Note*, cit., pp. 4-5. Si vedano, per un approfondimento di dottrina, D. A. SCHLUETER, *Reforming Military Justice: An Analysis of the Military Justice Act of 2016*, ST MARY'S LAW JOURNAL, 2017, pp. 1-164; A. DUXBURY & M. GROVES, (Eds.), *Military justice in the modern age*, Cambridge, 2016; M. MADDEN, *Keeping up with the Common Law O'Sullivans - The Limits of Comparative Law in the Context of Military Justice Law Reforms*, ALBERTA LAW REVIEW, 2013, pp. 125-152; J. B. ROAN & C. BUXTON, *The american military justice system in the new millennium*, AFL REVIEW, 2002.

[10] Una delle principali differenze tra queste due tradizioni giuridiche riguarda il ruolo dei comandanti all'interno del sistema di giustizia militare. Nei Paesi di *common law* i comandanti hanno un ruolo centrale in diverse fasi di un caso. Essi, infatti, possono essere coinvolti nella scoperta e nell'investigazione dei reati. Nei sistemi di *civil law*, per converso, il ruolo del comandante di solito termina con la scoperta del reato. Si vedano, per un'analisi del contesto europeo, E. WIEBELHAUS-BRAHM, *Military Courts, Civil-Military Relations, and the Legal Battle for Democracy: The Politics of Military Justice*, HUMAN RIGHTS QUARTERLY, 2022, pp. 225-228; F. ROSÉN,

ISSN 2036-7821

I sistemi di giustizia militare nei paesi di *common law*, inoltre, si basano sulla giurisdizione esclusiva dei tribunali militari sui reati commessi dal personale militare (a volte, la loro giurisdizione si estende anche a diverse categorie di civili)[11].
In un gran numero di paesi dell'Europa continentale, al contrario, i tribunali civili hanno giurisdizione sui reati militari[12].

2. La transizione democratica in Sud America.

In molti Paesi dell'America Latina, negli ultimi decenni, è stato avviato un processo di ulteriore democratizzazione che ha coinvolto, in maniera evidente, anche il sistema della giustizia militare che, già dagli inizi degli anni 2000, è stato attraversato da una profonda riforma[13].
Uno degli obiettivi principali della *leadership* democratica in un ambiente post-autoritario è subordinare l'esercito a una catena di comando civile e stabilire un fermo controllo civile sul comportamento militare[14].
Mentre gli studi esistenti tendono a concentrarsi su questioni come il controllo legislativo e l'organizzazione dei ministeri della difesa[15], parte della dottrina ha esaminato l'importanza delle interazioni legali tra attori militari e civili. La dottrina, in particolare, sottolinea come il controllo civile dell'esercito può essere ottenuto solo quando le forze armate agiscono all'interno dello stato di diritto[16] e quando al personale militare non vengono concessi speciali privilegi[17].
Le ricerche empiriche hanno esaminato la "contrattazione" civile-militare sulla giurisdizione degli ufficiali militari accusati di violazioni dei diritti umani in Cile, Argentina e Bolivia[18].

The end of military justice in Europe: An agenda for juridical civil–military relations, SMALL WARS & INSURGENCIES, 2013, pp. 335-348.

[11] J. D. OHLIN, *The Common Law of War*, cit., pp. 495-499.

[12] M. VASHAKMADZE, *Understanding Military Justice: A Practice Note*, cit., p. 4 ss. Per esempio, in Germania, non esistono tribunali militari permanenti in tempo di pace. I tribunali amministrativi (disciplinari) si occupano dei reati di "servizio", mentre i tribunali civili si concentrano sui crimini. Sul medesimo punto, anche D. COTELEA *et al.*, *The Role of Military Courts Across Europe. A Comparative Understanding of Military Justice Systems*, FINABEL, 2021.

[13] Sia consentito rinvio a F. ZAMBARDINO, *La giustizia militare in Argentina*, RASSEGNA DELLA GIUSTIZIA MILITARE, no. 2, 2021, p. 78 ss.

[14] Sul punto, per esempio, D. BLAND, *A Unified Theory of Civil-Military Relations*, ARMED FORCES & SOC'Y, 1999, pp. 7-26; M. DESCH, *Civilian Control of the Military: The Changing Security Environment*, The Johns Hopkins Univ. Press, 2001, pp. 1999.

[15] Si vedano, *ex multis*, T. C. BRUNEAU, *Civil-Military Relations in Latin America: The Hedgehog and the Fox Revisited*, MILITARY REV., 2005, pp. 111-31; D. S. PION-BERLIN & H. TRINKUNAS, *Civilian Praetorian ism and Military Shirking During Constitutional Crises in Latin America*, COMPARATIVE POLITICS, 2009, pp. 395-411.

[16] H. TRINKUNAS, *Crafting Civilian Control in Emerging Democracies: Argentina and Venezuela*, J. OF INTERAMERICAN STUDIES AND WORLD AFFAIRS, 2000, p. 79.

[17] S. J. FITCH, *The Armed Forces and Democracy in Latin America*, The Johns Hopkins Univ. Press, 1998, p. 38.

[18] D. PION-BERLIN, *Informal Civil-Military Relations in Latin America: Why Politicians and Soldiers Choose Unofficial Venues*, ARMED FORCES & SOC'Y, 2010, pp. 526-44.

ISSN 2036-7821

Di conseguenza, l'attenzione della dottrina si è focalizzata sulla politica giudiziaria nelle nuove democrazie, con particolare attenzione al rafforzamento dei tribunali, alla garanzia che tutti gli attori aderiscano allo Stato di diritto e alla creazione di una nuova fiducia della società nel sistema giudiziario[19].

In tale prospettiva, il ruolo dei tribunali militari ha importanti implicazioni sulla politica giudiziaria più in generale. La dottrina, infatti, ha spesso esaminato il ruolo dei tribunali come attori politici, ma concentrandosi in gran parte sull'interazione dei tribunali civili con altri attori civili, come il potere esecutivo e il potere legislativo[20], esaminando di rado le interazioni tra tribunali militari e attori civili, o tra tribunali civili e militari[21].

Allo stesso modo, quando si esamina l'indipendenza (o autonomia giudiziaria), in particolare in America Latina, gli studiosi si concentrano prevalentemente sulla capacità dei tribunali civili di prendere decisioni libere da pressioni da parte dei rami del governo eletti[22], o sull'indipendenza interna dei tribunali inferiori di pronunciarsi senza interferenze da parte dei tribunali superiori[23].

Infine, la sovraestensione dei tribunali militari ha importanti implicazioni per lo sviluppo dei diritti umani nelle nuove democrazie. In gran parte dei Paesi dell'America latina, l'eccessiva pressione dei tribunali militari e la debolezza della magistratura civile hanno reso le leggi inefficaci[24].

In sintesi, quando i tribunali militari oltrepassano i propri confini, le vittime non ricevono giustizia per le passate violazioni dei diritti umani, le future violazioni dei diritti umani non vengono scoraggiate, le relazioni civili-militari ne risentono, lo stato di diritto viene indebolito e, di conseguenza, il consolidamento democratico è ostacolato[25].

In tal senso, dunque, è comprensibile come le regole del diritto militare si applichino a un'istituzione che, nel tempo, si è sempre percepita come indipendente. Non a caso, la maggioranza della dottrina fa riferimento a un'istituzione "totale", chiusa,

---

[19] Si veda, *inter alia*, P. C. MAGALHÃES, *The Politics of Judicial Reform in Eastern Europe*, COMPARATIVE POLITICS, 1999, pp. 43-62.

[20] Sul punto, L. HILBINK, *Judges Beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile*, Cambridge Univ. Press, 2007; M. IARYCZOWER, P. T. SPILLER, M. TOMMASI, *Judicial Lobbying: The Politics of Labor Law Constitutional Interpretation*, AMERICAN POLITICAL SCIENCE REV., 2006, pp. 85-97.

[21] B. J. KYLE & A. G. REITER, *Militarized Justice in New Democracies: Explaining the Process of Military Court Reform in Latin America*, cit., p. 379.

[22] J. COUSO, *The Judicialization of Chilean Politics: The Rights Revolution That Never Was*, in R. SIEDER *et al.* (ed.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, New York, 2005.

[23] J. RÍOS-FIGUEROA, *Judicial Independence: Definition, Measurement, and Its Effects on Corruption: A Study of Latin America*, New York University, 2006; B. J. KYLE & A. G. REITER, *Militarized Justice in New Democracies: Explaining the Process of Military Court Reform in Latin America*, cit., p. 379.

[24] F. ZAMBARDINO, *La giustizia militare in Argentina*, cit., p. 79.

[25] B. J. KYLE & A. G. REITER, *Militarized Justice in New Democracies: Explaining the Process of Military Court Reform in Latin America*, cit., p. 379.

ISSN 2036-7821

all'interno della quale le dimensioni della vita si sviluppano sotto autorità univoca, oltreché in luoghi specificamente designati per la realizzazione delle stesse[26].

3. Le riforme della giustizia militare nella Regione.

La riforma del sistema di giustizia militare può essere parta di un più ampio "pacchetto" di riforme giudiziarie e può anche essere collegata a una rimodellazione fondamentale delle relazioni civili e militari in uno Stato. Questo è particolarmente rilevante nelle società in transizione, dove la missione delle forze armate deve essere ridefinita e il principio della supremazia civile su quella militare effettivamente attuato[27].

La riforma della giurisdizione dei tribunali militari è di importanza cruciale per la politica giudiziaria e lo stato di diritto, le relazioni civili-militari, il consolidamento democratico e la protezione dei diritti umani. Mentre le forze armate latinoamericane tradizionalmente hanno esteso la loro giurisdizione sul personale militare anche in caso di crimini non militari, gli Stati della regione hanno subito riforme negli ultimi anni, con conseguenti diversi standard legali e diversi livelli di attuazione[28].

Come prevedibile, in una regione in cui l'esercito ha un ruolo tradizionalmente forte nella politica, la riforma è stata lenta, incompleta e in molti casi ha incontrato una forte resistenza.

In primo luogo, gli sforzi unilaterali intrapresi dai riformatori civili senza coinvolgere direttamente i militari hanno prodotto risultati poco soddisfacenti[29].

Infatti, non sempre sono risultate sufficienti le sentenze dei tribunali nazionali e internazionali e il sostegno alla riforma da parte degli attori politici; solo nei casi in cui i riformatori civili hanno intrapreso la riforma della giustizia militare come parte di un più ampio evento di trasformazione, come la stesura di una nuova costituzione o la fine di una guerra civile, la riforma ha avuto più successo[30].

In secondo luogo, i cambiamenti si sono dimostrati molto più incisivi nei casi in cui i riformatori civili si sono impegnati e hanno negoziato direttamente con i militari. La riforma dei tribunali militari è stata il risultato di un aumento delle prerogative o del

---

[26] F. ZAMBARDINO, *La giustizia militare in Argentina*, cit., p. 78.

[27] M. VASHAKMADZE, *Understanding Military Justice: A Practice Note*, cit., pp. 12-13. Pertanto, è essenziale prendere in considerazione l'eredità storica e giuridica di ogni Paese, il carattere delle sue relazioni civili-militari e le missioni delle sue forze armate, oltreché i principali compiti dei militari in questione.

[28] B. J. KYLE & A. G. REITER, *Militarized Justice in New Democracies: Explaining the Process of Military Court Reform in Latin America*, cit., p. 379.

[29] D. BERMEO LARA, I. CASTANEDA GARCÍA, G. F. CASTRO, *Radiografía del sistema de justicia militar en América Latina*, in J. RIAL, *La justicia militar: entre la reforma y la permanencia*, Buenos Aires, 1 ed., 2010, p. 11.

[30] F. ZAMBARDINO, *La giustizia militare in Argentina*, cit., pp. 78-79. Eppure, anche in questi casi, vi è uno scarso livello di conformità. Solo nel caso di Panama, infatti, in cui l'esercito è stato completamente abolito, uno sforzo unilaterale da parte dei leader civili si è dimostrato vincente nel raggiungimento di una completa riforma e conformità.

ISSN 2036-7821

potere istituzionale dei militari in altri settori[31].
Inoltre, i casi di successo non rappresentano necessariamente uno sviluppo positivo per lo stato di diritto, la democrazia, le relazioni civili-militari e i diritti umani. La necessità di contrattazione con i militari e la concessione di poteri aggiuntivi in altre aree suggeriscono che la riforma non segna necessariamente un miglioramento significativo nelle relazioni civili-militari, ma piuttosto una continuazione dello storico equilibrio di potere[32].
In seguito al passaggio da governi autoritari dominati dai militari a regimi democratici civili in America Latina negli anni '80 e '90, quasi ogni nuova democrazia nella regione ha perseguito una qualche riforma dei tribunali militari[33].
Questi sforzi sono stati più efficaci in alcuni casi che in altri e hanno prodotto uno stato di riforma disomogenea in tutta l'America Latina[34].
In alcuni Paesi, la riforma è stata completa, con leggi che richiedono la giurisdizione civile sui membri delle forze armate per crimini contro i diritti umani e un trasferimento coerente di tali casi ai tribunali civili. In altri stati, gli sforzi di riforma sono falliti e l'esercito continua a processare i suoi membri per crimini contro i diritti umani nei propri tribunali. La maggior parte dei casi, comunque, si colloca da qualche parte nel mezzo, dove i tentativi di cambiamento dei civili sono respinti dai militari e la riforma rimane incompleta[35].
Tuttavia, nel caso dell'America Latina è possibile distinguere due percorsi di riforma. Da un lato, gli sforzi unilaterali da parte di riformatori degli organi civili e, dall'altro, gli accordi strategici tra riformatori civili e militari.

---

[31] *Ibid*. In Colombia e Argentina, per esempio, questi accordi erano espliciti, con riforme accompagnate da maggiori budget e ruoli operativi.

[32] D. BERMEO LARA, I. CASTANEDA GARCÍA, G. F. CASTRO, *Radiografía del sistema de justicia militar en América Latina*, cit., p. 11.

[33] F. ZAMBARDINO, *La giustizia militare in Argentina*, cit., pp. 78-79.

[34] D. BERMEO LARA, I. CASTANEDA GARCÍA, G. F. CASTRO, *Radiografía del sistema de justicia militar en América Latina*, cit., p. 11.

[35] B. J. KYLE & A. G. REITER, *Militarized Justice in New Democracies: Explaining the Process of Military Court Reform in Latin America*, cit., p. 379. All'estremo positivo dello spettro, la costituzione di Panama ha eliminato il suo sistema militare e, successivamente, il suo sistema giudiziario militare. Le forze speciali di polizia di Panama sono completamente sotto la giurisdizione e il controllo del sistema giudiziario civile. In Argentina, l'abrogazione del Codice di giustizia militare da parte del Congresso nel 2008 ha posto tutti i casi nelle mani dei tribunali civili federali, e queste autorità continuano a perseguire centinaia di casi, molti dei quali riguardanti crimini commessi durante il regime militare 1976-1983. Allo stesso modo, i recenti cambiamenti legislativi in Colombia hanno imposto che i casi di presunte violazioni dei diritti umani siano trasferiti dai tribunali militari a quelli civili. *Ibid*. In altri casi, i processi di riforma sono completi, ma permane incoerenza. Infatti, nonostante i cambiamenti formali in alcuni Stati, tra cui, Brasile, Bolivia, Ecuador e Messico, solo per citarne alcuni, le forze armate di questi Paesi mantengono un controllo significativo sulle indagini e lavorano attivamente per ostacolare il trasferimento dei casi ai tribunali civili o rifiutare di rilasciare prove quando richiesto dalle autorità civili. All'estremo opposto, i legislatori peruviani hanno recentemente approvato una nuova legislazione che garantisce specificamente la giurisdizione dei tribunali militari su qualsiasi crimine, comprese le violazioni dei diritti umani, commessi dai militari. *Ibid*.

ISSN 2036-7821

Nel primo caso, gli sforzi di riforma intrapresi unilateralmente dagli organi civili, cioè senza consultazione o approvazione da parte degli attori militari, possono essere messi in atto in tre modalità particolari. In primo luogo, i riformatori civili possono tentare di cogliere l'opportunità di una riforma giudiziaria militare durante un momento di trasformazione più ampio[36].
In secondo luogo, i tribunali civili possono scegliere di esercitare la loro autorità, emettendo sentenze che richiedono il trasferimento dei casi alla loro giurisdizione[37].
Infine, «civilian reformers in government have targeted the judicial power of the military to serve their political interests or the interests of elements of civil society»[38].
In contrasto con gli sforzi unilaterali per riformare i sistemi di giustizia militare, alcuni stati hanno impegnato i propri eserciti e hanno trovato un percorso più collaborativo per cambiare la giurisdizione dei tribunali militari[39].
Gli accordi hanno tipicamente comportato la garanzia di maggiori risorse materiali o la conservazione di altre prerogative istituzionali in cambio di concessioni da parte delle forze armate sulla giurisdizione dei loro tribunali sui crimini non militari commessi da personale militare[40].
Secondo gli organi politici delle Nazioni Unite, la subordinazione delle forze militari al potere civile rappresenta la *conditio sine qua non* per la validità dei diritti umani e dello stato di diritto.
Il Consiglio di sicurezza, l'Assemblea generale e il Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite hanno, in più di una occasione, esortato le forze armate di diversi Paesi a garantire la subordinazione delle forze armate alle autorità civili[41].
Sebbene non vi sia alcuna norma espressa in alcun trattato internazionale che vieti il processo ai civili da parte di tribunali militari, esiste un consenso internazionale sul fatto che tali tribunali debbano rispettare i trattati sui diritti umani.
I summenzionati organi ribadiscono, inoltre, che i tribunali militari debbano avere le stesse caratteristiche di indipendenza, imparzialità e competenza proprie di ogni tribunale di giustizia. In questa linea, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha esortato le autorità di diversi Paesi a riformare la giustizia militare in conformità con le disposizioni del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

---

[36] Per esempio, Panama, El Salvador, Guatemala e Honduras rientrano in questa categoria.
[37] In questi casi, la magistratura civile ha tentato di alterare le pratiche militari senza modifiche formali agli statuti legali. È il caso, nello specifico, di Stati come Bolivia, Perù e Messico, solo per citarne alcuni.
[38] B. J. KYLE & A. G. REITER, *Militarized Justice in New Democracies: Explaining the Process of Military Court Reform in Latin America*, cit., p. 381-382. Come, per esempio, nel caso di Ecuador, Brasile e Repubblica Dominicana.
[39] D. BERMEO LARA, I. CASTANEDA GARCÍA, G. F. CASTRO, *Radiografía del sistema de justicia militar en América Latina*, cit., pp. 13-14.
[40] B. J. KYLE & A. G. REITER, *Militarized Justice in New Democracies: Explaining the Process of Military Court Reform in Latin America*, cit., p. 381-382.
[41] M. C. D'ARAUJO, *Military in Courts in Transition: The Latin American Case*, US-CHINA L. REV., 2019, pp. 310-311.

ISSN 2036-7821

4. Considerazioni conclusive.

La presente analisi si è proposta di mostrare la misura in cui la questione della giustizia militare abbia acquisito rilevanza a livello globale, sottolineando come i cambiamenti siano stati più intensi nei Paesi a maggiore sviluppo democratico, in cui l'autonomia delle forze armate, tendenzialmente, non rappresenta la regola.

Il concetto di giustizia militare si riferisce a una questione cruciale, vale a dire la qualità dei tribunali e il loro ruolo.

Peraltro, occorre sottolineare la specificità delle diverse esperienze giuridiche nonché l'importanza di particolari traiettorie politiche e istituzionali, così come le opportunità e i vincoli che pongono ai processi di riforma della giustizia militare.

Gli studi "nazionali" approfonditi continuano ad essere una base di analisi fondamentale per comprendere, in prospettiva, le tendenze riformatrici, specie nella regione latino-americana.

In esse è necessario identificare i tipi di riforma, gli attori da cui provengono le iniziative – *e.g.* società civile, le stesse forze armate, o altri – così come riconoscere le variabili che giocano a favore o contro l'approvazione del processo di riforma, o eventuali situazioni di stallo delle iniziative – come la pressione internazionale, le tensioni politiche, la situazione politica ed economica, le relazioni civili-militari.

In particolare, nel corso della storia dei Paesi latino-americani, la giustizia militare si è configurata come un'entità funzionale agli obiettivi delle forze armate, assicurando il funzionamento efficace dell'organizzazione militare sempre più complessa.

Storicamente, il perseguimento dei civili da parte della giustizia militare si è rivelato una pratica frequentemente utilizzata dai regimi autoritari o militari, o dalle potenze coloniali, come strumento di repressione politica[42].

Con poche eccezioni, questi orientamenti non hanno trovato grande accettazione in America Latina. In quasi tutti i Paesi, la tradizione locale attribuisce grande legittimità alla corporazione militare, che a sua volta ha resistito al cambiamento. In alcuni casi, come in Brasile, le norme sulla giustizia militare rappresentano un impianto indipendente molto importante.

Nella regione, il sistema giudiziario è più antico degli Stati nazionali indipendenti. Istituzioni militari, tra cui giudiziarie, arrivarono insieme alle potenze coloniali, in particolare Spagna e Portogallo. A quel tempo, i militari rappresentavano

[42] In tal senso, per esempio, l'*Inter-American Democratic Charter*, *Carta de Lima*, 2001, un documento dell'Organizzazione degli Stati americani (OAS), prescrive che la subordinazione costituzionale di tutte le istituzioni statali all'autorità civile legalmente costituita e il rispetto dello stato di diritto di tutte le entità e settori di società siano ugualmente fondamentali per la democrazia.

ISSN 2036-7821

un'istituzione politica superiore al servizio del re[43]. Qui, il ruolo della giustizia militare, soprattutto nella seconda metà del XX secolo, è divenuto via via sempre più autoritario[44].

Allo stesso tempo, a causa di diversi momenti storici e politici, e di una cultura istituzionale che la differenziava permanentemente dal mondo civile, le forze armate hanno fatto della giustizia militare uno dei loro principali ambiti di autonomia[45].

Attualmente, la giustizia militare nell'area considerata rappresenta un sistema complesso in cui tre elementi interagiscono per farla funzionare: le regole che stabiliscono le infrazioni o disciplinari, una struttura amministrativa incaricata di applicare le regole e un insieme di soggetti a cui si applicano le stesse regole[46].

Alla luce dell'attuale organizzazione della giustizia militare e delle riforme che sono state attuate in America Latina, è chiaro che il modello predominante fino ad oggi è quello di un'organizzazione semi-indipendente della giustizia militare. In altre parole, la regione ha ancora un modello che concepisce il sistema di giustizia militare come un'area "particolare", quasi distinta dal sistema di giustizia ordinario, creando un sistema in cui i poteri dei tribunali militari sono diversi e, talvolta superiori, da quelli dei tribunali ordinari.

[43] D. BERMEO LARA, I. CASTANEDA GARCÍA, G. F. CASTRO, *Radiografía del sistema de justicia militar en América Latina*, cit., pp. 13-14. Si veda, per un approfondimento, J. A. LIFSCHITZ, *Los espectros de las dictaduras militares en América Latina*, in *Estudos Ibero-Américanos*, 2018.

[44] In Perù, ad esempio, negli anni '80 e '90, la giustizia militare è stata utilizzata per difendere il personale militare accusato di abusi umani e finanziari nella lotta al terrorismo. Durante il periodo della dittatura brasiliana, per esempio, la giustizia militare ha agito in tre dimensioni: come giustizia corporativa, svolgendo il suo ruolo tradizionale, come giustizia politica del governo, processando gli accusati di cospirazione contro il governo e la sicurezza nazionale e come giustizia politica all'interno della società, processando il personale militare sospettato di attività politica contraria al regime. Si veda I. C. GARCIA, *Military justice in Latin America: A comparative analysis*, in A. DUXBURY & M. GROVES (Eds.), *Military justice in the modern age*, Cambridge, 2016.

[45] J. RIAL, *La justicia military. Entre la reforma y la permanencia*, Red de Seguridad y Defensa de América Latina, Buenos Aires, 2010, pp. 159-163.

[46] *Ibid*.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Gli affidamenti sotto-soglia nel nuovo codice appalti e la prospettiva di un correttivo

di Marco Salzano

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

Sommario

1. Il quadro giuridico e gli interessi in campo - 2. La scelta del nuovo codice dei contratti pubblici – 3. I possibili effetti involutivi della nuova disciplina – 4. La circolare interpretativa del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti 20 novembre 2023, n. 298 – 5. La portata dell'atto – 6. L'auspicio di un intervento legislativo.

Abstract

As is known, the community constraints in the field of public evidence in the selection of the private contractor operate, in full, only for contracts whose value exceeds the European threshold.
Therefore, below this amount, the discretion of the national legislator is free to select the structure deemed most functional to the achievement of public interests and, consequently, grant the contracting authorities greater or lesser autonomy.
It is clear that this is a crucial choice for the functioning of the entire public procurement machine, since - given that the vast majority of contracts, which have been on the rise for several years, are positioned below the threshold - the latter , moving on the ridge constraint of the law / discretion of power, can encourage a very wide diffusion of direct assignments and negotiated procedures.

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

ISSN 2036-7821

1. Il quadro giuridico e gli interessi in campo.

Come noto, i vincoli comunitari in ambito di evidenza pubblica nella selezione del contraente privato operano, in via completa, soltanto per i contratti il cui valore superi la soglia europea.

Pertanto, al di sotto di tale importo, la discrezionalità del legislatore nazionale è libera di selezionare l'assetto ritenuto più funzionale al raggiungimento degli interessi pubblici e, conseguentemente, concedere alle stazioni appaltanti maggiore o minore autonomia.

Non sfugge che si tratta di una scelta nevralgica per il funzionamento dell'intera macchina degli appalti pubblici, in quanto – posto che la stragrande maggioranza dei contratti, peraltro con un *trend* in aumento da diversi anni[1], si posiziona sotto-soglia – quest'ultima, muovendosi sul crinale vincolo della legge / discrezionalità del potere, può incentivare una amplissima diffusione degli affidamenti diretti e delle procedure negoziate.

Nessuno può sottovalutare – specie in riferimento al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e alle relative scadenze – i vantaggi in termini di speditezza e semplificazione di questi modelli procedimentali. Ma tali evidenti positività hanno contropartita immediata e diretta in un potenziale *vulnus* a due principi cardine del sistema, quali trasparenza e concorrenza.

La mancata pubblicazione del bando sul sito della stazione appaltante per un congruo arco diacronico, la quale consenta a tutti gli operatori economici potenzialmente interessati di conoscere la procedura e formulare, su un piano di pari opportunità tra loro, la propria offerta, pone infatti dei problemi. Rischia, (*i*) sul fronte dell'azione amministrativa, di pregiudicare il pieno ossequio dei principi costituzionali e comunitari cui l'amministrazione procedente deve uniformarsi (legalità, imparzialità, buon andamento e sana amministrazione) e, (*ii*) sul fronte del mercato degli appalti, di ridurre lo spessore del diritto a competere sulla qualità delle offerte che l'ordinamento riconosce agli operatori economici[2].

In altri termini, rappresentando la materia dei contratti pubblici un importante ambito di espressione della imprenditorialità e della libera iniziativa economica privata, l'ordinamento non soltanto riconosce e tutela il principio di massima

[1] Già dal Rapporto sul mercato dei contratti pubblici dell'Anac relativo al terzo quadrimestre del 2021 (redatto sulla base dei dati contenuti nella Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici dell'Autorità) emergeva un significativo incremento per le procedure ristrette nei settori ordinari (+503,6%) e degli affidamenti diretti nei settori speciali (ovvero gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica): +359,2%.

[2] A mente di Consiglio di Stato Sez. III, 2 maggio 2017, n. 1738, sussiste "*diritto dell'operatore economico a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore, nonché a formulare un'offerta che possa validamente rappresentare la qualità delle soluzioni elaborate, e coerentemente aspirare ad essere giudicata in relazione anche a tali aspetti, oltre che sulla limitativa e limitante (se isolatamente considerata) prospettiva dello sconto*".

ISSN 2036-7821

partecipazione[3], quale valore in sé, ma ne fa uno strumento di concorrenzialità del mercato. Concorrenzialità che, per favorire il progresso dell'intera comunità, deve giocarsi sul piano della qualità del bene o servizio offerto e favorire l'ingresso di operatori sempre nuovi nel mercato delle commesse pubbliche.
Tanto questo è vero che l' art. 108 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (di seguito, 'Nuovo codice appalti'), coerentemente con il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 ('Vecchio codice'), stabilisce che il criterio di aggiudicazione generale è quello imperniato sull'offerta economicamente più vantaggiosa, basato sul miglior rapporto qualità-prezzo delle offerte ricevute e sul minor prezzo. Inoltre, ai sensi dell'art. 17, comma 2° del Nuovo codice, in caso di affidamento diretto, la determina a contrarre deve individuare oltre che l'oggetto, l'importo e il contraente, anche le ragioni della sua scelta, comprese quelle inerenti la capacità economico finanziaria e tecnico-professionale dell'operatore privato prescelto.

2. La scelta del nuovo codice dei contratti pubblici.

In tale contesto, l'art. 50, comma 1 del Nuovo codice appalti recepisce nella sostanza e rende ordinarie, seppur con alcune migliorie lessicali e talune innovazioni contenutistiche, le regole di affidamento dei contratti sotto-soglia introdotte (nel contesto dell'emergenza socio-sanitaria da diffusione del Covid-19) dall'art. 1, comma 2, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, per accelerare e semplificare le procedure.
In particolare, si stabilisce che, per i lavori (1.1) di importo inferiore a 150.000 euro si possa procedere con affidamento diretto degli stessi, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse[4] idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante; (1.2) di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro si possa procedere con una procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici; (1.3) di importo pari o superiore a 1

[3] Il Nuovo Codice dei contratti pubblici, D. Lgs. 36/2023 all'art. 10, comma 2 rubricato "*Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione*", prevede che "*le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte*".

[4] Il richiamo alle 'esperienze idonee' e non già alle 'esperienze analoghe' di cui al Vecchio codice riflette la volontà del Nuovo codice appalti di *estendere il potere valutativo della stazione appaltante, la quale, in tal modo, può valutare le "attività precedenti dell'operatore economico in ambiti anche non strettamente analoghi all'oggetto della gara ma tuttavia idonei a garantire la buona riuscita dell'affidamento"* (Consiglio di Stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici. III - Relazione agli articoli e agli allegati", p.74). In questo senso, v. CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto amministrativo*, Dike giuridica, V Edizione, settembre 2023, p. 969.

ISSN 2036-7821

milione di euro e fino alle soglie di rilevanza comunitaria, si possa svolgere una procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno dieci operatori economici. Viceversa, per i contratti relativi a servizi e forniture (2.1) di importo inferiore a 140.000 euro è possibile affidarli in via diretta, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse; (2.2) di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di rilevanza comunitaria, si può svolgere una procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori.

3. I possibili effetti involutivi della nuova disciplina.

Certo, restano i principi di cui al Libro I, Parti I e II[5] (richiamati dall'art. 48, comma 1 del Nuovo codice appalti[6]) per governare affidamento ed esecuzione dei contratti sotto-soglia e il principio di rotazione (richiamato, in continuità con le Linee Guida Autorità nazionale anticorruzione, dall'art. 49[7]). Ma il dato testuale dell'art. 50 pare

[5] La norma, in tal modo, ha inteso rimarcare il carattere generale di tali principi, il cui portato vincola a prescindere dall'importo dell'affidamento. Si tratta di una regola che soddisfa un'esigenza inveratasi da tempo se si considera che, già con la racc. 1991/561/CEE, la Commissione CE esigeva un processo di "*uniformazione al sopra soglia, con collegati obblighi di trasparenza delle procedure di gara ed adeguata pubblicità, nel rispetto dei principi del TCE*". Un'esigenza, questa, che veniva, del resto, corroborata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE, la quale, nell'elaborare le regole fondamentali per l'aggiudicazione degli appalti pubblici derivanti dal TCE, ribadisce che i principi di parità di trattamento e di non discriminazione postulano l'osservanza altresì del vincolo della trasparenza, in virtù del quale garantire, ad ogni possibile offerente, un compiuto livello di pubblicità volto ad assicurare la concorrenza e l'imparzialità amministrativa nell'esercizio del potere di aggiudicazione (CGUE 7 dicembre 2000, C-324/98; CGUE 13 ottobre 2005, C-458/03). In argomento, cfr. F. VENTURA, *Art. 36. Contratti sotto soglia*, in A. Carullo - G. Iudica (a cura di), *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Milano, 2022,, p. 518, per il quale: "*Il secondo considerando della Dir. 2004/18/CE specifica che l'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del Trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. Questi principi generali dell'ordinamento comunitario devono essere rispettati in ogni caso, a prescindere dal valore presunto del contratto e, pertanto, per i contratti sia sopra sia sottosoglia*". Sull'applicazione dei principi comunitari anche ai contratti sotto soglia, v. anche P.CdM, Dip.Pol.CE, circ. n 875/2002 e circ. 29.4.2004; per dare maggiore chiarezza al contenuto ed alla portata di tali principi la Comm. CE ha pubblicato una comunicazione interpretativa relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalla Dir., applicabile agli appalti di importo inferiore alle soglie, agli appalti di servizi di cui all'all. IIB, Dir. 2004/18/CE, e all'all. XVIIB, Dir. 2004/17/CE, il cui importo supera le soglie.

[6] Per un'analisi sul valore del richiamo, si veda, tra gli altri, CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto amministrativo*, Dike giuridica, V Edizione, Settembre 2023, p.967, dove si sottolinea che "*si tratta di una significativa innovazione rispetto al previgente D. Lgs. 50/2016, nel quale le previsioni proprie del sotto-soglia erano sparse nell'intera disciplina codicistica. In questo modo, il legislatore consente all'interprete un più agevole lavoro di individuazione della normativa applicabile ai contratti di importo inferiore alle soglie europee e un più diretto apprezzamento del complessivo regime giuridico differenziato che connota questo settore della contrattualistica pubblica. In quest'ottica, l'art. 48 rappresenta una disposizione di carattere generale, che pone dei principi comuni applicabili ai contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, in attuazione della lett. e), comma 2. Rt. 1 della legge delega 78/2022*".

[7] Peraltro, una delle novità introdotte dal nuovo codice consiste nell'applicazione del principio di rotazione solo all'operatore economico uscente che, salvo motivazione, non può essere invitato alla procedura successiva e/o

ISSN 2036-7821

attribuire una discrezionalità molto ampia alle stazioni appaltanti, in astratto idonea anche a segnare una significativa battuta di arresto all'implementazione nella pubblica amministrazione del principio di trasparenza, nonché agli investimenti in innovazione e qualità delle imprese.

Questi pericoli sono, del resto, stati evidenziati dalla stessa Anac, laddove, nelle Osservazioni in relazione all'Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 19 (il Nuovo codice appalti, appunto), segnalava che l'articolo 50, comma 1 (dell'allora schema di codice) stabilisce un notevole innalzamento, sia delle soglie per l'affidamento diretto, sia di quelle per la procedura negoziata senza bando, nell'ottica di attuare la massima semplificazione delle procedure.

In effetti, soprattutto con riferimento agli affidamenti diretti di servizi e forniture, la soglia di 140.000 euro è idonea ad assorbire la maggior parte degli acquisiti posti in essere soprattutto dai piccoli comuni, i quali potranno verosimilmente programmare più affidamenti sotto la predetta soglia, per la maggior parte dei propri acquisti, senza dunque dover ricorrere – se non in casi residuali – a procedure di evidenza pubblica.

Del resto, tali preoccupazioni emergevano già dall'attività di vigilanza dell'Autorità medesima, la quale lascia emergere l'inefficienza di affidamenti diretti eseguiti senza il minimo confronto concorrenziale; il che, nelle piccole realtà, spesso significa l'affidamento a ditte già conosciute[8], non sempre le più efficienti.

Questa prospettiva ci pare peraltro destinata ad aggravarsi se si considerano anche le modifiche alla disciplina sul conflitto di interesse, le quali esimono la stazione appaltante dalla predisposizione di serie misure di prevenzione del conflitto d'interessi, facendo ricadere sugli eventuali interessati l'onere di dimostrarne la sussistenza.

Tuttavia, il Governo non aveva ritenuto – all'esito del dibattito svoltosi intorno allo schema di codice – di ridimensionare (né abbassando le soglie, né introducendo obblighi di trasparenza aggiuntivi) il portato della nuova regolamentazione, probabilmente condizionato dalla circostanza per la quale l'approvazione della

essere designato come affidatario diretto, ma non anche coloro i quali, pur essendo stati invitati alla precedente procedura negoziata, non siano risultati aggiudicatari della stessa. Questi potranno liberamente essere invitati alla procedura successiva anche in caso di coincidenza di categoria e/o settore merceologico. Si veda in tal senso U. REALFONZO - R. BERLOCO, *Commentario al Nuovo Codice dei contratti pubblici*, I, Palermo, 2023, p. 313.

[8] In argomento, si segnala l'Atto del Presidente ANAC del 13 settembre 2023, laddove definisce illegittima la gestione, da parte di un comune, del servizio di recupero, trattamento e riciclo della frazione organica dei rifiuti ricorrendo sempre alla stessa azienda dal 2020 ad oggi, mediante ripetuti affidamenti diretti e proroghe. Per quanto riguarda gli affidamenti diretti, si precisa che il comune ha violato il principio di rotazione degli affidamenti. Anche tenendo conto della sospensione di tale principio introdotta dalla normativa emergenziale, in vigore tra il 16 luglio 2020 e il 31 luglio 2021, emerge che la maggior parte (dieci su dodici) degli affidamenti consecutivi alla stessa impresa effettuati negli ultimi quattro anni non ricadono nell'intervallo temporale della moratoria prevista dai decreti approvati nel periodo pandemico.

ISSN 2036-7821

riforma costituisce un importante obiettivo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

4. La circolare interpretativa del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti 20 novembre 2023, n. 298.

Ma, e veniamo alla novità, evidentemente le esposte preoccupazioni hanno generato qualche ripensamento, se, il 23 novembre 2023, è intervenuta la Circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 298 recante "*chiarimenti interpretativi in merito alla possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie*" (di seguito, la '**Circolare**').

Tale atto normativo generale anzitutto ribadisce le finalità della disciplina recata dall'art. 50 del Nuovo codice appalti e, quindi, sottolinea che l'obiettivo di semplificazione costituisce applicazione del principio di cui all'art. 1 del Nuovo codice appalti. Il quale, da un lato, impone alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di perseguire il risultato dell'affidamento del contratto con la massima tempestività e, da un altro lato, rappresenta attuazione del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. La Circolare ricorda anche che il principio del risultato è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea.

Sebbene tali premesse sembrerebbero confermare la linea adottata dalla nuova legislazione nei confronti degli affidamenti diretti e delle procedure senza bando in generale, la Circolare chiarisce che le procedure di cui all'art. 50 devono comunque svolgersi in ossequio ai principi fondamentali del Codice.

In altri termini, si sottolinea che l'art. 48, comma 1, del Nuovo codice appalti, sulla disciplina comune applicabile ai contratti sotto-soglia, richiama, accanto al principio del risultato, tutti i principi contenuti nel titolo I, Parte I, Primo Libro del Codice, tra i quali, i principi di accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità e trasparenza, proporzionalità e il principio della fiducia, che valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici.

La Circolare intende cioè chiarire che le procedure sotto-soglia devono essere strutturate tenendo conto, al contempo, del principio del risultato e degli ulteriori principi del Titolo I, Parte I, Primo Libro del Codice, nonché dei principi generali dell'ordinamento. Ed anche con riferimento al primo, forse vale la pena considerare che il risultato avuto a mente dal legislatore non è la veloce realizzazione dell'opera in sé, ma la veloce realizzazione dell'opera nel rispetto di tutte le norme conferenti e dei principi che sovraintendono al sistema della selezione del contraente privato. Il principio del risultato richiama la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, ma nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. Inoltre, il risultato costituisce attuazione del principio di rilevanza

ISSN 2036-7821

costituzionale del buon andamento e dei correlati criteri, ormai cristallizzati, di efficacia, efficienza ed economicità.
Il principio del risultato rappresenta poi il criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante. Pertanto, il richiamo della Circolare a quest'ultimo pare giusto e opportuno se inteso quale strumento idoneo a limitare l'eccessiva autonomia che l'articolo 50 del Nuovo codice appalti attribuisce alla amministrazione procedente.
Il risultato si inquadra nel contesto della legalità e della concorrenza: ma con il nuovo impianto codicistico si vuole ribadire che legalità e concorrenza da sole non bastano, perché l'obiettivo rimane la realizzazione delle opere pubbliche e la soddisfazione dell'interesse della collettività.

5. La portata dell'atto.
Sebbene si possa essere portati a minimizzare la portata dispositiva della Circolare e, quindi, a ritenere che (già prima della stessa) *non* fosse revocabile in dubbio che i principi generali del Nuovo codice appalti, nonché quelli dell'ordinamento (nazionale e comunitario), andassero tenuti a mente nell'interpretazione e applicazione dell'art. 50, a ben vedere, il richiamo a tali principi condiziona fortemente la portata innovativa di tale ultima disposizione.
Infatti, il riferimento congiunto alla valorizzazione dell'iniziativa e dell'autonomia decisionale dei funzionari e alla possibilità (che va fatta salva) di ricorrere alle procedure ordinarie lascia emergere che questi ultimi sono tenuti ad una valutazione preliminare sulle procedure da utilizzare. Tale valutazione (probabilmente da riportarsi nella motivazione della determina a contrarre) deve verificare che l'utilizzo della procedura semplificata non comporti la concreta possibilità di minare il rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità.
Siffatto contenuto di standardizzazione dell'attività dei funzionari sembra peraltro coerente con il tipo di provvedimento utilizzato, la circolare appunto, la quale è atto interno, diretto agli organi ed agli uffici periferici, al fine di disciplinarne l'attività e vincola, conseguentemente, i comportamenti degli organi operativi sottordinati[9].
Qualora da tale valutazione preliminare emerga il rischio di cui sopra, la ricordata possibilità di utilizzare le procedure ordinare (quelle dell'evidenza pubblica) assume le fattezze di un obbligo giuridico.

[9] In questo senso, si veda, *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. IV, 12 giugno 2012 n. 3457.

ISSN 2036-7821

Tale lettura pare avallata dalla circostanza che, per la stessa Autorità nazionale anticorruzione, la Circolare rappresenta un importante passo avanti[10]. Passo avanti che soltanto in quest'ottica pare poter avere qualche concretezza.

6. L'auspicio di un intervento legislativo.

Resta da verificare se il modulo provvedimentale utilizzato (una circolare di tipo misto: normativa e interpretativa[11]) sia utile ad uno scopo tanto ambizioso. Infatti, l'esperienza pratica lascia emergere una pluralità di casi nei quali talune circolari ministeriali, insieme a parti di carattere meramente ricognitivo della normativa in materia, ne recano altre di indubbia portata precettiva, riuscendo a modificare, nella concreta applicazione, il tenore di norme cogenti. Tuttavia, deve ricordarsi che la giurisprudenza in materia, sia civile che amministrativa che costituzionale[12], ha più volte chiarito che le circolari dell'Amministrazione non vincolano i cittadini, né il giudice. Non costituendo fonte di diritto e, quindi, dovrebbero limitarsi, come anticipato, a fornire indicazioni utili agli uffici preposti sul territorio all'attuazione delle norme stesse; in questo caso, alle stazioni appaltanti che hanno un rapporto gerarchico con il Ministro delle Infrastrutture e dei trasporti, dal quale è vergata la Circolare.

Infatti, la circolare ministeriale non fa parte delle fonti del diritto propriamente intese (primarie o secondarie che siano); esse, infatti, come anticipato, "*costituiscono atti interni, diretti agli organi ed agli uffici periferici, al fine di disciplinarne l'attività e vincolano, conseguentemente, i comportamenti degli organi operativi sottordinati, ma non i soggetti destinatari estranei all'Amministrazione, che non hanno neppure l'onere dell'impugnativa, potendo direttamente contestare la legittimità dei provvedimenti applicativi*" (Consiglio di Stato, sez. IV, 12 giugno 2012 n. 3457). E in particolare il giudice amministrativo ha anche avuto modo di chiarire che "*la circolare ministeriale, interpretativa di una disposizione di legge, è, in linea di principio, un atto interno finalizzato ad indirizzare uniformemente l'azione degli organi amministrativi, privo di effetti esterni*" (Consiglio di Stato, sez. III, 26 ottobre 2016 n. 4478).

---

[10] Cfr. dichiarazioni del Presidente ANAC liberamente disponibili su https://www.anticorruzione.it/-/nuovo-codice-appalti-circolare-interpretativa-del-mit.-bus%C3%ACa-marcia-indietro-del-governo-#p1.

[11] Tradizionalmente, si distinguano In particolare, si distinguono circolari: (**a**) regolamento o normative, contenenti disposizioni che disciplinano l'attività amministrativa dettando regole da osservarsi nell'esercizio concreto della funzione, da parte degli uffici interessati; (**b**) di organizzazione, volte a diramare disposizioni organizzative nell'apparato amministrativo; (**c**) interpretative, volte a comunicare l'interpretazione di norme giuridiche rilevanti per l'attività amministrativa agli organi interessati all'applicazione delle medesime, non solo nell'ambito di un rapporto gerarchico, ma anche per il coordinamento di uffici equiordinati o facenti parte di diverso apparato burocratico (c.d. dottrina dell'amministrazione); (**d**) informative, contenenti notizie rilevanti per gli Uffici o i dipendenti degli Uffici; (**e**) di cortesia, contenenti messaggi augurali o saluti.

[12] Si vedano Cass. n. 11931 del 1995; Cass. n. 14619 del 2000; Cass 21154 del 2008; Cass. 5137 del 2014; Cass n. 6185 del 2017, Consiglio di Stato, sez. IV, 12 giugno 2012 n. 3457, Consiglio di Stato sent. n. 567 del 2017, nonché Corte Costituzionale 33/2019.

ISSN 2036-7821

Questa natura di fonti interne, ovvero di atti contenenti disposizioni vincolanti per gli organi della pubblica amministrazione emanante, troverebbe fondamento nel principio di pluralità degli ordinamenti giuridici dello Stato e del potere di auto-organizzazione ed auto-regolamentazione dei medesimi[13].
Infatti, tradizionalmente, con la circolare, un organo gerarchicamente superiore, il quale si trova in una posizione di supremazia generale, esercita, nei confronti di un organo subordinato, un potere di direzione dell'attività[14].
In altre parole, nel nostro caso, laddove la stazione appaltante non si conformi all'interpretazione dell'art. 50, comma 1° del Nuovo codice appalti fornita dalla Circolare (optando, in caso di rischio di violazione dei principi di cui sopra, per una procedura aperta), ciò non si tradurrebbe nell'illegittimità dei relativi atti per violazione di legge.
Allo stesso modo, non costituendo fonte di diritto, e avendo la natura di atto amministrativo non provvedimentale, la Circolare non dovrebbe fondare posizioni di diritto soggettivo in capo a soggetti esterni al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. Pertanto, la Circolare non vincola il giudice amministrativo e può essere disapplicata da quest'ultimo[15].
Ma il tema della efficacia esterna delle circolari amministrative non è certo nuovo[16] e, come nell'interpretazione proposta, spesso le circolari amministrative pongono norme giuridiche idonee ad innovare l'ordinamento. Le circolari amministrative contenenti norme giuridiche sono diventate sempre più numerose con l'espandersi dell'apparato pubblico, e hanno assunto frequentemente una connotazione intersoggettiva, incidendo, anche sulla sfera giuridica dei terzi soggetti.
Le circolari normative danno attuazione alla regolamentazione legislativa dell'attività degli organi pubblici, in quanto questa disciplinano in via immediata e diretta, attraverso le proprie prescrizioni. Tuttavia, anche se hanno un'efficacia interna all'organizzazione amministrativa, condizionano i terzi soggetti che vengono con quella in rapporto. Infatti, per coloro che vengano in contatto con la pubblica amministrazione, la norma giuridica statale viene applicata secondo quelle modalità con cui è stata interpretata dalla stessa amministrazione, tramite le circolari[17].

---

[13] R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, V Ed., 2012, pag. 77 e ss.

[14] CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto amministrativo*, Dike giuridica, V Edizione, settembre 2023.

[15] In questo senso, si veda Consiglio di Stato, sez. IV, 08 gennaio 2016 n. 30, laddove esplicitamente afferma che "*le circolari, al pari dei regolamenti, possono essere disapplicate anche d'ufficio dal g.a. ove risultino contrastanti con fonti normative di rango primario*".

[16] Per un inquadramento, anche storico, della materia, si veda AMORTH A., Efficacia esterna delle circolari amministrative, in Riv. it. di dir. fin. 1941, II, 133; LICIFREDI R., *Osservazioni sull'efficacia delle circolari amministrative*, in Rass. di dir. pubbl. 1946, II, 505; CATELANI A., *Circolari amministrative e interpretazione della legge statale*, in Rass. parl. 2001, 539; CATELANI A., *Aspetti e attualità delle circolari normative della pubblica amministrazione*, in Riv. trim. di dir. pubbl. 1993, 1000; CATELANI A., *L'efficacia esterna delle circolari amministrative contenenti nome giuridiche*, in Giur. merito 1979, IV, 264.

[17] In questo senso, CATELANI A., Le circolari amministrative, Milano, 2021, p. 92.

ISSN 2036-7821

In questo senso, deve anche considerarsi che l'interpretazione recata dalla Circolare si cala in un conteso – caratterizzato da una pluralità di fonti eteronome, come ad esempio le Linee guida Anac e, soprattutto, presidiato dalla responsabilità contabile – il quale, con ogni probabilità, sarà autonomamente indotto a riconoscerle una forza superiore a quella sua propria.

Potrebbe, infatti, rappresentare una comoda *way out* per l'operatore indotto a preferire una più tutelante procedura di evidenza pubblica, piuttosto che una più snella e agile (ma anche più contestabile) procedura di affidamento diretto. Ma, al netto di questo pronostico, resta il dubbio sulla opportunità che la strada imboccata con la Circolare possa condurre ad una modifica dell'art. 50, magari in occasione di un correttivo più generale al Codice, la quale, sebbene lieve nell'ortopedia del testo, potrebbe portare consistenti conseguenze di sistema.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ed il diritto alla salute, nuova evoluzione?

di Antonio Saporito

(Dottore di ricerca con tesi in diritto amministrativo, Docente a contratto di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Bergamo)

Sommario

1. Il Servizio Sanitario Nazionale e la sua (ri)organizzazione; 2. L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.: il regionalismo differenziato; 3. L'impatto sulla materia della «*tutela della salute*»; 4. La missione 6 del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza; 5. Profili problematici; 6. Conclusioni.

Abstract

The essay aims to analyze the impact of the PNRR on the right to health.

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

ISSN 2036-7821

1. Il Servizio Sanitario Nazionale e la sua (ri)organizzazione.

Con l'emergenza da SARS CoV-2 è ritornata in auge la discussione intorno al Servizio Sanitario Nazionale (d'ora in poi anche "S.S.N."), della sua importanza e della necessità, considerato che da alcuni gli esiti di talune gestioni sono stati considerati negativi, di consolidare le competenze statali in campo sanitario[1].

Nonostante l'indubbia rilevanza del Servizio Sanitario Nazionale, la nostra Costituzione non lo menziona direttamente, né contiene una definizione di esso, ma ne pone solo le premesse, stabilendo, nell'art. 32 che è compito della Repubblica tutelare la salute, ritenuta diritto fondamentale dell'individui e interesse della collettività e garantire cure gratuite agli indigenti.

Un altro riferimento è l'art. 117 Cost.[2] che, inizialmente, affidava alle Regioni a statuto ordinario la competenza legislativa in materia di assistenza sanitaria ed ospedaliera; infatti le Regioni dovevano esercitare tale potestà osservando i principi fondamentali stabiliti dalle leggi statali.

Si è dovuto attendere il 1978 affinché il S.S.N. venisse istituito con la legge n. 833[3] che ha dato attuazione ai principi sanciti dall'art. 32 Cost., garantendo una tutela universalistica e più ampia di quella prevista dalla stessa norma costituzionale che, riferendosi agli "indigenti", sembrava restringere troppo la cerchia dei destinatari delle prestazioni di cura[4].

In senso ampio sono state interpretate anche le locuzioni "assistenza sanitaria e ospedaliera" contenute nella versione del 1948 dell'art. 117 Cost., riferendole alla prevenzione, all'igiene ed alla sanità pubblica.

---

[1] R. BALDUZZI, *Ci voleva l'emergenza Covid-19 per scoprire che cos'è il Servizio sanitario nazionale?*, in *Amministrazione in Cammino*, 10 aprile 2020; A. IANNUZZI – G. PISTORIO (a cura di), *La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica*, Napoli, 2022.

[2] In dottrina cfr., tra gli altri, R. BALDUZZI, *Titolo V e tutela della salute*, in R. BALDUZZI, G. DI GASPARE (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Milano, 2002; ID (a cura di), *La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution*, Milano, 2004; ID (a cura di), *I servizi sanitari regionali tra autonomia e coerenze di sistema*, Milano, 2005; D. MORANA, *Il riparto delle funzioni legislative: la fine della competenza concorrente? (art. 117 Cost.)*, in F.S. Marini, & G. Scaccia (a cura di), *Commentario alla riforma costituzionale del 2016* (pp. 241-255). Napoli, 2016; ID *Art. 117, comma 3-4-5 Cost.*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, & G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo* - Vol. II. Bologna, 2018;

[3] Prima dell'entrata in vigore di questa legge, la normativa nazionale in materia di sanità era contenuta nel R.D. 27 luglio 1934, n. 1265, all'interno del quale il legislatore aveva posto le norme afferenti la struttura e le attribuzioni dell'amministrazione sanitaria, l'esercizio delle professioni e delle attività sanitarie in genere, l'igiene del suolo e dell'abitato, la tutela igienica dell'alimentazione, dell'acqua potabile e degli oggetti di uso personale. Il R.D. contemplava anche i provvedimenti contro le malattie infettive e sociali e regolamentava la polizia mortuaria, l'igiene e la sanità locale e la polizia veterinaria. G. VERONELLI, *Compendio di diritto sanitario*, Napoli, 2013, pag. 6.

[4] Sull'evoluzione del servizio sanitario italiano cfr. G. FRANCE, F. TARONI, *The Evolution of Health-Policy Making in Italy*, in *J Health Polit Policy Law* (2005) 30 (1-2): 169–188; P.PELEO, *Assistenza sanitaria e sistema sanitario*, in *European Journal of Public Health Studies*, 2019.

ISSN 2036-7821

Sotto il profilo organizzativo la legge del 1978 assegnava ai Comuni ed alle Unità sanitarie locali[5] funzioni di responsabilità e di erogazione dei livelli di assistenza nell'ambito della programmazione nazionale e regionale; il S.S.N. aveva il compito di produrre ed erogare interventi socio-assistenziali omogenei, accessibili da parte di ogni individuo, a cui era riconosciuto un diritto soggettivo di accesso al servizio stesso, su tutto il territorio nazionale.

La legge istitutiva si ispirava ai principi di universalità della tutela sanitaria, a quella di unicità del soggetto istituzionale referente e garante delle prestazioni, al principio di eguaglianza degli assistiti, a quello di globalità delle prestazioni ed a quello di socialità[6].

Prima dell'intervento legislativo il sistema era caratterizzato da un'eccessiva frammentazione e dallo scarso coordinamento tra i clienti.

Vi era, infatti, una insufficiente propensione alla prevenzione rispetto alla cura e un'accentuata disparità tra i trattamenti erogati, non solo sotto il profilo organizzativo e funzionale, ma anche economico.

Per garantire una gestione uniforme della tutela della salute su tutto il territorio nazionale, la legge ne affidava la gestione alle Unità sanitarie locali, concepite come strutture operative dei Comuni e delle Comunità montane, inizialmente prive di personalità ed articolate in distretti di base e di pronto intervento, per l'erogazione dei servizi di primo livello.

Il mancato conseguimento degli obiettivi perseguiti con la legge del 1978 ne ha reso necessaria la revisione, attuata con i d.lgs. 502/1992 e con il d.lgs. 517/1993. Con il primo intervento, il legislatore ha reso le USL delle aziende locali, dotate di personalità giuridica pubblica, autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile, gestionale e tecnica, anche in un'ottica di efficientamento del Servizio sanitario, ottimizzazione delle risorse, controllo della spesa e di contenimento del disavanzo.

Con lo stesso intervento di riforma, le USL vennero trasformate in enti strumentali della Regione.

---

[5] In cui il S.S.N., pur essendo una struttura centrale, risultava articolato.

[6] Cfr. *ex multis*, B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984, n. 1, pp. 21-60. Sulla connessione tra costruzione dei sistemi sanitari e diritto alla salute v. M. D'ANGELOSANTE, *Sistemi universalistici e sistemi occupazionali a confronto*, in A. PIOGGIA -S. CIVITARESE MATTEUCCI -G. M. RACCA -M. DUGATO (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Rimini, 2011, pp. 21-55; C. CASONATO, *I Sistemi sanitari: note di comparazione*, in G.G. CARBONI (a cura di), *La salute negli Stati composti*, Torino, 2012, p. 10; P. BIANCHI, *Diritto alla salute e sistemi sanitari. Alcune osservazioni in prospettiva comparatistica*, in C. COLAPIETRO -M. ATRIPALDI -G. FARES -A. IANNUZZI (a cura di), *I modelli di welfare sanitario tra qualità e sostenibilità*, Roma, 2018, pp. 3-24; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute a quarant'anni dall'istituzione del servizio sanitario nazionale*, in *Rivista di BioDiritto*, 2019, n. 2, pp. 121-125.

ISSN 2036-7821

Solo con la riforma del 1999[7] il legislatore ha elaborato una definizione di S.S.N., indicato come" complesso delle funzioni e delle attività assistenziali dei Servizi Sanitari regionali e delle altre funzioni ed attività svolte dagli enti e dalle istituzioni di rilievo nazionale nell'ambito dei conferimenti previsti dal d.lgs. 112/98 e delle funzioni conservate dallo Stato in materia di:

- sorveglianza e controllo di epidemie ed epizozie di dimensioni nazionali o internazionali (art. 112, comma 3, lett.g);
- coordinamento delle attività finalizzate alla costituzione delle scorte di medicinali di uso non ricorrente, sieri, vaccini[8] e presìdi profilattici (art. 115, comma 4);
- adozione dei provvedimenti d'urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi di referenza o assistenza (art. 117);
- funzioni e compiti amministrativi concernenti le attività di informazione di cui all'art. 118;
- funzioni amministrative in materia di profilassi internazionale, con particolare riferimento ai controlli igienico-sanitari alle frontiere, ai controlli sanitari delle popolazioni migranti, nonché ai controlli veterinari infra-comunitari e di frontiera.

Con il d.lgs. n. 229/99, le USL sono state trasformate, anche dal punto di vista nominativo, essendo designate con l'acronimo ASL, in vere e proprie aziende a cui, nel perseguire gli obiettivi, era consentito comportarsi come imprenditori privati, benché si trattasse di soggetti pubblici, facenti capo alle Regioni.

Permanevano, tuttavia, nei loro confronti una serie di limiti, caratteristici dei soggetti a carattere pubblico, quali il ricorso alle procedure di evidenza pubblica per i contratti di fornitura "sopra soglia", i vincoli di bilancio, l'equilibrio tra costi e ricavi, l'applicabilità della contabilità analitica per i costi.

Il loro operato doveva ispirarsi a principi di efficienza, economicità e diretta responsabilità dirigenziale.

I Comuni continuavano a svolgere un ruolo nella fase di programmazione. Il d.lgs. 229/1999 non sembrava, infatti, mortificare o sottovalutare quello degli enti locali, soprattutto nell'attuazione di tutte quelle decisioni e progetti che avessero coinvolto anche i livelli regionali.

---

[7] Per approfondimenti si veda, F. POLITI, *La razionalizzazione del Ssn nel 1999*, in *Corti supreme e salute* 2018, 3, pag.575.

[8] In materia di vaccini si vedano le sentenze Corte costituzionale, 18 gennaio 2018, n.5, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.1, 2018, pag. pag. 100, con nota di C. PINELLI, *Gli obblighi di vaccinazione fra pretese violazioni di competenze regionali e processi di formazione dell'opinione pubblica*; *Corte Costituzionale, 18 luglio 2019, n.186*, in *Diritto & Giustizia*, fasc.134, 2019, pag. 1, con nota di G. MARINO, *Obblighi vaccinali ai fini dell'iscrizione ai servizi scolastici: la Regione è competente?*. Entrambe le sentenze hanno riconosciuto la competenza statale sia in relazione alla profilassi per la prevenzione della diffusione delle malattie infettive, sia la competenza legislativa esclusiva statale in tema di profilassi internazionale.

ISSN 2036-7821

Il processo di riforma del S.S.N. è proseguito con il d.lgs. 517/99 che ha ridefinito i rapporti tra S.S.N. ed Università, prevedendo la possibilità di stipulare dei protocolli di intesa tra Regioni ed Università per definire i termini di partecipazione di queste ultime alla programmazione sanitaria regionale, al fine di individuare i livelli ottimali di attività, il numero dei posti letto, le strutture assistenziali, i criteri per l'adozione dell'atto aziendale di diritto privato.
Il decreto prevedeva, inoltre, il riconoscimento delle aziende ospedaliero-universitarie, quali strutture attraverso le quali realizzare la collaborazione e la suddivisione delle aziende in dipartimenti e strutture semplici e complesse.
La sorveglianza dei Dipartimenti ad attività integrata[9] era affidata all'organo di indirizzo, cui competeva l'individuazione di misure per garantire la coerenza dell'attività integrata con la programmazione generale.
Con un decreto successivo (d.lgs. 254/2000) venne attribuito alle Regioni anche il compito di programmare la realizzazione di strutture sanitarie per consentire lo svolgimento dell'attività professionale intramuraria.
Con il successivo D.P.C.M. 29 novembre 2001 si è fatto, per la prima volta, riferimento ai LEA (Livelli essenziali di assistenza), definiti come complesso di prestazioni e servizi di prevenzione, assistenza distrettuale territoriale ed ospedaliera, che il S.S.N. deve fornire ai cittadini, elevati a rango costituzionale con la riforma del Titolo V Cost. ed il loro inserimento nell'art. 117, c.2, lettera m) e ritenuti dalla Corte costituzionale espressione di una «*competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale dei diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle*»[10].
La Corte costituzionale ha, quindi, ritenuto e riconosciuto come prevalente l'esigenza di eguaglianza nell'erogazione dei livelli di assistenza rispetto ad un'eventuale pretesa di differenziazione territoriale degli stessi.
Il riformato art. 117 Cost. ha ampliato le materie di competenza esclusiva dello Stato, sopprimendo la competenza concorrente tra Stato e Regioni rispetto a talune materie, assegnando anche alle Regioni una competenza esclusiva che ha dato origine ad un federalismo sanitario e ad un accesso diversificato e non sempre equo.

2. L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.: il regionalismo differenziato.

[9] L'espressione indicava l'attività assistenziale e quella didattica.
[10] In tal senso, Corte cost., 19 giugno 2002, n. 282, in *www.giurcost.org*; Corte cost., 7 luglio 2005, n. 285, *ivi*; Corte cost., 11 ottobre 2005, n. 383, *ivi*; Corte cost., 18 aprile 2007, n. 162, *ivi.*

ISSN 2036-7821

Con la riforma del Titolo V è stato introdotto il 3° comma dell'art. 116 Cost.[11], che, permettendo alle Regioni di ottenere ulteriori forme e condizioni di autonomia, pone le premesse per il c.d. regionalismo differenziato[12], da attuare, tuttavia, entro la cornice dello Stato unitario[13], che risulterebbe, pertanto, costituito da tre diverse tipologie di Regioni: quelle ordinarie, quelle a statuto speciale e quelle differenziate, caratterizzate da un adattamento del regime delle competenze, ma anche dalla conseguente adozione di politiche, rispondenti alle caratteristiche, agli interesse, alle istanze ed all'identità delle singole comunità regionali[14] e, quindi, presumibilmente più efficaci.

Per evitare che il regionalismo differenziato si trasformasse in un *vulnus* alle istanze unitarie del nostro ordinamento, sono stati individuati quattro limiti entro i quali il regionalismo deve realizzarsi, senza mai travalicarli:

- il rigoroso rispetto del ruolo e delle prerogative costituzionali di ogni soggetto istituzionale coinvolto nel processo stesso[15];
- il riconoscimento delle forme e condizioni di autonomia in ossequio ai principi di solidarietà, coesione sociale ed eguaglianza;
- rispetto dei principi espressi dall'art. 119 Cost., tra cui assume un particolare rilievo quello di solidarietà interterritoriale;

[11] Ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo alle lettere l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s), possono essere attribuite ad altre Regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei princìpi di cui all'articolo 119. La legge è approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata. Cfr. A. RUGGERI, *"Forme" e "tecniche" dell'unità, tra vecchio e nuovo regionalismo*, in G. Rolla (a cura di), *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati* (Atti del convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo, Pontignano, Università degli Studi di Siena, 10-11 maggio 2002), Torino, 2003, 95 ss.

[12] Cfr. A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3 della Costituzione*, in *Federalismo fiscale*, 1/2007; O. CHESSA, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, *Convegno Astrid-CRANEC, Autonomie regionali: specialità e differenziazioni*, Roma, 27 giugno 2017 in *www.sipotra.it*, pp. 5-8; L. VIOLINI, *L'autonomia delle regioni italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3, Cost*., in *Rivista AIC*, 4/2018; S. STAIANO, *Autonomia differenziata, la lezione del 2001: no a riforme fatte per paura*, in *Diritti Regionali*, 3/2019; ID, *Il regionalismo differenziato. Debolezza teorica e pratica del conflitto*, in *Gruppo di Pisa*, n. 2/2019; A. MORELLI, *Le relazioni istituzionali*, in *Rivista AIC* n. 3/2019; D.GIROTTO, *L'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario*, Torino, 2019; G.FARES, *Regionalismo differenziato, analisi delle funzioni ed equilibri di sistema: Le possibili ricadute sull'ordinamento farmaceutico*, in *Diritti Regionali*, n. 1/2020, A. POGGI, *Qualche riflessione sparsa sul regionalismo differenziato (a margine del convegno di Torino)*, in *Diritti Regionali* n. 2/2019; ID *Il regionalismo italiano ancora alla ricerca del "modello plurale" delineato in Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 1/2020.

[13] Limite che il regionalismo differenziato non deve mai travalicare. Si veda, F. PIZZETTI, *La ricerca del giusto equilibrio tra unità e differenza: il problematico rapporto tra il progetto originario della Costituzione del 1948 e il progetto ispiratore della riforma costituzionale del 2001,* in *Le Regioni*, 4, 2003, p. 606.

[14] Cfr. U. BANDINI, *Unità dello Stato e dinamiche delle autonomie territoriali*, in *Federalismi.it*, n. 13/2019, pag. 2

[15] Si veda, S. NERI, *Le ricadute organizzative al centro del regionalismo differenziato: quali raccordi interistituzionali?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2019, n. 1, pag. 3.

ISSN 2036-7821

- il processo di attuazione dovrebbe svolgersi con modalità tali da garantire il rispetto della natura derogatoria dell'istituto e della sua *ratio* che è quella di favorire la transizione da un regionalismo dell'uniformità ad un regionalismo della differenziazione.

Il regionalismo differenziato, se adeguatamente attuato, potrebbe diventare uno strumento di sviluppo per le Regioni più deboli e di solidarietà da parte di quelle più ricche verso quelle economicamente più fragili[16].

Solo un'interpretazione di questo tipo può rendere il regionalismo delineato dall'art. 116, c.3, conforme alle restanti disposizioni costituzionali[17].

Non a caso, l'idea fondamentale che ispira il principio di differenziazione è quella di garantire una migliore efficienza sia nelle dinamiche di gestione economico-finanziaria che nella realizzazione delle politiche pubbliche: circostanze, queste, che potrebbero determinare un vantaggio non soltanto a favore dei territori interessati ma anche per l'intero Paese[18].

Le differenti caratteristiche di ciascuna Regione, intese sia come di forza che di debolezza, necessitano, infatti, di interventi differenziati, per attuare i quali alle Regioni devono essere riconosciute specifiche competenze[19].

I vantaggi ed i benefici ottenuti da tale gestione devono riguardare tutto il Paese, e devono essere condivisi, ad esempio, esportando *best pratice* in altri luoghi in cui risultino poste in essere pratiche diverse e meno efficaci,[20] utilizzando i risparmi conseguiti per effettuare investimenti per superare le criticità di alcuni territori o per soddisfare determinati diritti, garantendo lo stesso livello di prestazioni.

Quale sia il procedimento per dare atto al regionalismo differenziato, ce lo indica la parte finale della disposizione contenuta nel 3° comma, in cui si fa riferimento ad una legge dello Stato, approvata dalle Camere a maggioranza assoluta, sulla base di un'intesa tra Stato e Regioni.

Questa sottofase viene avviata su iniziativa degli organi regionali; il Presidente della Giunta regionale sollecita il Governo ad avviare i negoziati.

---

[16] S. MANGIAMELI, *I problemi della differenziazione e della omogeneità nello Stato regionale*, in ISSIRFA - *Studi ed Interventi*, 2 febbraio 2019.

[17] Cfr. F. GALLO, *L'incerto futuro del regionalismo differenziato sul piano finanziario,* in *Federalismi.it*, 9 maggio 2018, pp. 8 e 9.

[18] Così G. FARES, *Regionalismo differenziato, analisi delle funzioni ed equilibri di sistema: Le possibili ricadute sull'ordinamento farmaceutico*, cit.

[19] Si vedano, A. RUGGERI, *Prospettive del regionalismo in Italia (nota minima su una questione controversa)* in *Le Regioni*, 1-2, gennaio-aprile 2017, pag. 26; R. BIN, *"Regionalismo differenziato" e utilizzazione dell'art. 116, comma 3. Alcuni tesi per aprire il dibattito*, in *Le istituzioni del federalismo*, 1, 2008.

[20] S. MANGIAMELI, *L'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, con particolare riferimento alle recenti iniziative delle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna, (novembre 2017), Indagine conoscitiva della Commissione regionale per le questioni regionali*, (audizione del 29 novembre 2017, h. 8.15) in *www.issirfa.cnr.it*,

ISSN 2036-7821

La formulazione del 3 comma dell'art. 116 Cost fa pensare che quella appena proposta sia l'interpretazione più corretta e che la legge approvata dalle Camere sia il solo strumento attraverso il quale alle Regioni possa essere riconosciuta una diversa e più ampia autonomia, rispetto alla quale l'intesa costituirebbe un antecedente non necessario, ma sufficiente[21].

Alcuni termini utilizzati nella norma (ad esempio "possono" ed "attribuire") sottolineano, inoltre, il carattere facoltativo ed eventuale dell'attribuzione alle Regioni dell'autonomia differenziata, frutto di una scelta politica del Parlamento[22] che, difficilmente e solo in modo incostituzionale potrebbe essere estromesso o relegato ad un ruolo secondario in un processo decisionale che comporta una ridefinizione delle competenze ed un mutamento ontologico dello status delle Regioni interessate dal processo di differenziazione.

Alle Camere, quindi, non si addice una mera funzione di controllo politico o di ratifica dell'operato del Governo o di acritico recepimento del contenuto dell'intesa stipulata con la Regione.

Al Parlamento si deve, invece, attribuire un ruolo attivo nella determinazione dei contenuti dell'autonomia differenziata e, quindi, di codecisione[23].

Tuttavia, anche nel caso in cui al Parlamento si riconoscano poteri modificativi nei confronti dell'intesa, non si deve dimenticare che l'approvazione definitiva deve essere concordata con le Regioni, in modo che l'atto finale sia il risultato di una trattativa tra le stesse parti[24].

Che il Parlamento debba avere un ruolo attivo, nei termini anzidetti, lo si può dedurre anche dai limiti che la legge di differenziazione deve rispettare; si tratta di quelli di bilancio, espressione di una finanza pubblica solidaristica ed organica che spetta al Parlamento garantire.

Il regionalismo differenziato, se attuato in questo modo, può, quindi, essere ritenuto uno strumento solidaristico, cooperativo e positivamente competitivo[25], anche se non si escludono del tutto dei rischi, dovuti all'incapacità delle Regioni più deboli di raccogliere la sfida, ma anche le opportunità insite nel regionalismo differenziato, e

---

[21] V. A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato, Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, cit..; D. MONE, *Autonomia differenziata, come mezzo di unità statale: la lettura dell'art. 116, comma 3 cost., conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 1/2019; A. PIRAINO, *Ancora su regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento ed unità e indivisibilità della Repubblica*, in *Federalismi.it*, n. 8/2019.

[22] Cfr. R. TONIATTI, *L'autonomia regionale ponderata: aspettative ed incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano*, in *Reg.*, 2017, pag. 645

[23] A. PIRAINO, *Ancora su regionalismo differenziato*, op. cit., pag. 17; D. MONE, *Autonomia differenziata, op cit.*, pag. 279

[24] G. BOGGERO, *Il referendum come "motore" della differenziazione*, in *www.dirittiregionali.it*, n. 2/2019.

[25] A. GIANNOLA, L. STORNAIUOLO, *Un'analisi delle proposte avanzate sul "federalismo differenziato"*, in *www.piolatorre.it*

ISSN 2036-7821

di competere con quelle più forti, in un processo di reciproco miglioramento ed innalzamento della qualità dei servizi erogati[26].
Il processo emulativo indotto dai risultati conseguiti potrebbe spingere anche altre Regioni a ottenere la stessa autonomia di quelle differenziate, innescando un positivo meccanismo di competizione che potrebbe ridurre il divario esistente tra Regioni più avanzate e Regioni più arretrate[27].
Affinchè il regionalismo differenziato possa essere un'opportunità per il Paese (per tutto il Paese) è necessario riconoscere un ruolo centrale al Parlamento, ossia all'istituzione politica più rappresentativa di esso; in caso contrario, il rischio non è solo quello che le più ampie forme di autonomia arrechino vantaggio solo alla Regione a cui siano riconosciute, ma che possano rivelarsi dannose per tutte le altre; solo un ruolo attivo, preponderante e correttivo del Parlamento può arginare tali effetti[28].
Per evitare, inoltre, una disapplicazione delle regole di riparo delle competenze contenute nel Titolo V Cost., il Parlamento dovrebbe preventivamente valutare se vi siano i presupposti per giustificare la richiesta e l'attribuzione di regimi differenziati di competenze.
L'interesse generale viene garantito anche dal tipo di maggioranza richiesta (assoluta dei componenti) per l'approvazione della legge, per la cui modifica si ritiene necessario un procedimento speculare che prenda le mosse da una nuova intesa e proceda nel modo anzidetto.
Deve, invece, escludersi che la legge di autonomia negoziata sia modificabile tramite leggi ordinarie o atti aventi forza di legge.
Il 23 gennaio 2024 il Senato della Repubblica ha approvato in prima lettura il disegno di legge di iniziativa governativa sul c.d. regionalismo differenziato. Il disegno di legge[29] approvato dal Senato contiene i principi generali per l'attuazione dell'autonomia differenziata, ai sensi dell'art. 116, terzo comma, Cost., nonché disposizioni sulla procedura di approvazione delle intese tra lo Stato e le Regioni. Il disegno di legge contiene i principi generali e disciplina la procedura per l'attuazione dell'autonomia differenziata, prevede il procedimento di approvazione delle "intese" (art. 2), una delega al Governo ad adottare, entro 24 mesi dalla data di entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi per disciplinare della procedura per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni nelle materie

[26] Si veda, M. ROMEO, *Regionalismo differenziato: in Calabria è stata approvata una risoluzione per promuovere un regionalismo "solidale"*, in *Dritti Regionali*, 2019, n. 1.
[27] Cfr. D. MONE, *Autonomia differenziata come mezzo di unità statale: la lettura dell'art. 116, comma 3, Cost., conforme a Costituzione*, in *www.rivistaAIC*, 2019, n. 1, pag. 268. Parla di "competizione virtuosa" E. BALBONI, *Per scongiurare la "secessione dei ricchi" basterebbe la buona amministrazione*, in *www.forumcostituzionale.it*, n. 2/2019, pag. 3.
[28] R. TONIATTI, *L'autonomia regionale ponderata: aspettative ed incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano*, in *Le Regioni* 2017, pag. 649 ss.
[29] A.S. n. 615-A; A.C. 1665.

ISSN 2036-7821

per cui l'articolo 116, terzo comma, della Costituzione (tale delega riguarda, inoltre, le modalità operative per monitorare che in ciascuna Regione siano garantiti i livelli essenziali delle prestazioni), prevede altresì i princìpi per il trasferimento delle funzioni e delle relative risorse (umane, strumentali e finanziarie), relative alle materie traferite (art. 4), che le funzioni trasferite alla Regione possano essere attribuite a Comuni, Province e Città metropolitane dalla medesima Regione (art. 6) e che la durata delle intese, stabilendo che queste non possano comunque superare un periodo non superiore a dieci anni (art. 7).

3. L'impatto sulla materia della «tutela della salute».

La legge di revisione costituzionale del Titolo V ha collocato la tutela della salute tra le materie di legislazione concorrente, dimenticandosi, almeno apparentemente, di dare una collocazione altrettanto chiara all'organizzazione sanitaria.

Il problema è stato risolto dalla Corte costituzionale, per la quale l'organizzazione sanitaria deve ritenersi inclusa " nella tutela della salute", essendo parte integrante di essa[30] e soggetta a legislazione concorrente[31], orientamento più volte ribadito dalla Corte costituzionale[32], riconoscendo alla materia (tutela della salute) un «*vis attrattiva*» ed inclusiva di tutti quei profili, o della maggior parte di essi, che si intersecano con il diritto alla salute e con la sua garanzia, pur afferendo alla mera dimensione organizzativa[33].

Sul rapporto in cui si pongono tra loro i LEA e l'organizzazione sanitaria, la dottrina ritiene che vi sia un collegamento bidimensionale: i LEA incidono sugli aspetti organizzativi sanitari e, a loro volta, le scelte organizzative incidono sulla effettività dei LEA[34], poiché nella determinazione dei livelli essenziali di assistenza sono coinvolti anche tutti quegli aspetti dell'organizzazione finalizzati all'erogazione delle prestazioni[35], trattandosi anche di prescrizioni volte a favorire la creazione di idonee strutture organizzative di garanzia[36].

Gravi inefficienze a livello organizzativo possono incidere sulla qualità dell'erogazione del servizio, rendendone difficile o insoddisfacente la fruizione.

---

[30] Si veda Corte costituzionale, 14 novembre 2008, n. 371.

[31] Corte costituzionale, 20 novembre 2002, n. 510, in *www.giurcost.org*; in dottrina, si veda, R. BALDUZZI, a cura di, *La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution*, Milano, 2004, pag. 334.

[32] Si vedano le sentenze 181/2006; 207/2010; 54/2015 della Corte costituzionale.

[33] Cfr. D. MORANA, *Una differenziazione davvero necessaria? Qualche osservazione (e molte perplessità) su Lea, organizzazione sanitaria e tutela della salute nell'ottica dell'art. 116, u.c., Cost*, in *Corti supreme e salute* 2020, 1, pag. 243.

[34] A. PAPA, *Regionalismo differenziato e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso paradigmatico della tutela del diritto alla salute*, in Aa.Vv., *Regionalismo differenziato: un percorso difficile, Atti del Convegno, Milano, 8 ottobre 2019, in Centro Studi sul Federalismo*.

[35] Cfr. R. BALDUZZI, *Titolo V e tutela della salute*, in *Quaderni reg.*, 2002, pag. 65 ss.

[36] M. LUCIANI, *L'autonomia legislativa*, in *Le Regioni*, 2004, pag. 360

ISSN 2036-7821

Ulteriori chiarimenti in merito al riparto di competenze tra Stato e Regioni sono stati forniti dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 231/2017. Nella pronuncia, infatti, il giudice delle leggi ha precisato che la competenza statale può comprendere oltre alla determinazione dei livelli quantitativi e qualitativi delle singole prestazioni anche le procedure strumentali indispensabili ad assicurare che gli enti del S.S.N. siano in condizioni di garantirne l'erogazione[37], in modo che la dimensione organizzativa e la sua qualità siano coerenti con gli obiettivi.

Il mantenimento dei LEA quali limiti generali da rispettare anche in fase di attuazione dell'art. 116 Cost. è stata ritenuta garanzia sufficiente di uniformità di livelli su tutto il territorio nazionale; questa impostazione, però, denota un atteggiamento volto a minimizzare la reale incidenza degli aspetti organizzativi e di maggiore autonomia sulla qualità dei livelli delle prestazioni sanitarie.

Il regionalismo differenziato, permettendo teoricamente il trasferimento dell'intera materia 'tutela della salute' alla potestà legislativa esclusiva delle Regioni richiedenti, lascia, di fatto, allo Stato solo la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie, mentre le nuove Regioni ad autonomia differenziata potranno sostanzialmente legiferare persino sui principi generali in materia di tutela della salute e quindi rivedere i fondamenti sui quali fu istituito, con la l. n. 833 del 1978, il S.S.N.

Con riferimento alla spesa sanitaria, si è previsto l'assoggettamento delle Regioni a un controllo centralizzato *ex post*, con applicazione del commissariamento in caso di violazione degli obiettivi minimi di contenimento della spesa pubblica. Questo sistema consente di affermare che almeno sotto tale profilo la differenziazione ha già trovato attuazione, ma con esiti non sempre positivi: solo alcune Regioni sono state in grado di contenere i livelli di spesa nei margini di sicurezza concordati, accrescendone gli standard qualitativi, mentre tutte le altre li hanno ampiamente superati, senza raggiungere standard qualitativi soddisfacenti.

Le criticità italiane sul tema oggetto di questo contributo non mancano. Vi è da sempre un enorme diseguaglianza fra le Regioni nell'accesso alle cure, che fanno dell'Italia il Paese europeo con la più grande differenza tra Regioni[38], e tali diseguaglianze purtroppo sono sempre in aumento. L'Osservatorio europeo afferma che «i cittadini delle Regioni meridionali, meno prospere, hanno più del doppio delle probabilità di riportare bisogni di cure mediche non soddisfatti rispetto a quelli delle Regioni settentrionali, più ricche, a causa di ragioni finanziarie, tempi d'attesa

[37] Anche quelle che si traducono nel coinvolgimento di organi che possono assicurare un'attività di verifica e monitoraggio sull'erogazione dei LEA.

[38] Cfr. i dati CREA, *Osservatorio sui tempi di attesa*, cit., citano quelli del Rapporto *EuroHealth Consumer Index* elaborato dall'Health Consumer Powerhouse Ltd (HCP) con il sostegno della Commissione europea. Sul problema L. CHIEFFI, *La tutela del diritto alla salute tra prospettive di regionalismo differenziato e persistenti divari territoriali*, in *Nomos*, 2020, n. 1.

ISSN 2036-7821

oppure distanze di viaggio»[39]. Si evidenziano quindi sia disparità geografiche, sia disparità economiche. Ne è indice la significativa e crescente mobilità interregionale in prevalenza dal Sud verso il Nord.

A prescindere dall'impatto dovuto alla pandemia, circa un terzo di tutti i decessi registrati in Italia nel 2019 può essere attribuito a fattori di rischio comportamentali, come il tabagismo, i rischi alimentari, il consumo di alcolici, la scarsa attività fisica e questioni ambientali, come l'inquinamento atmosferico[40].

Quanto alla spesa sanitaria, quella italiana è da sempre storicamente inferiore alla media UE[41]. Nel 2019, anno precedente alla pandemia, l'Italia ha destinato alla sanità l'8,7 % del PIL, rispetto alla media UE del 9,9 %. Ancor più profondo è il divario per la spesa relativa all'assistenza residenziale e semiresidenziale, sempre più importante a causa del rapido invecchiamento della popolazione, in Italia è inferiore alla metà della spesa totale rispetto alla media UE. Per ciò che concerne i posti letto ospedalieri, prima della pandemia, tra il 2014 e il 2019, l'Italia ne registrava 3,2 per 1000 abitanti, laddove la media UE era pari a 5,3[42].

Per rispondere alle problematiche dovute alla SARS CoV-2 l'Unione Europea ha deciso di agire congiuntamente, con un bilancio comune, realizzando la Missione Next Generation UE. Il 30 aprile 2021 il Piano Nazionale Ripresa e resilienza (d'ora in poi PNRR) dell'Italia è stato trasmesso dal Governo alla Commissione europea (e, subito dopo, al Parlamento italiano). Il 22 giugno 2021 la Commissione europea ha pubblicato la proposta di decisione di esecuzione del Consiglio, fornendo una valutazione globalmente positiva del PNRR italiano. La proposta è accompagnata da una dettagliata analisi del Piano (documento di lavoro della Commissione).

Il 13 luglio 2021 il PNRR dell'Italia è stato definitivamente approvato con Decisione di esecuzione del Consiglio, che ha recepito la proposta della Commissione europea. La Decisione contiene un allegato con cui vengono definiti, in relazione a ciascun investimento e riforma, precisi obiettivi e traguardi, cadenzati temporalmente, al cui conseguimento si lega l'assegnazione delle risorse su base semestrale. Il 13 agosto 2021 la Commissione europea, a seguito della valutazione positiva del PNRR, ha erogato all'Italia 24,9 miliardi a titolo di prefinanziamento (di cui 8,957 miliardi a

---

[39] G.RAZZANO, *La missione salute del PNRR: le cure primarie, fra opportunità di una "transizione formativa" e unità di indirizzo politico e amministrativo*, in *Corti Supreme e Salute*, n. 2/2022.

[40] OCSE/Osservatorio Europeo delle Politiche e dei Sistemi Sanitari (2021), *Italia. Profilo della sanità 2021*, cit., pp. 5 e 16.

[41] La percentuale di spesa pubblica rispetto alla spesa sanitaria totale è stata del 74 % nel 2019, mentre la media UE è dell'80 %. Gli incrementi di spesa degli ultimi cinque anni sono dovuti soprattutto all'incremento della spesa privata (OCSE/Osservatorio Europeo delle Politiche e dei Sistemi Sanitari (2021), *Italia: Profilo della sanità 2021*, cit., p. 9).

[42] G.RAZZANO, *op. cit.*

ISSN 2036-7821

fondo perduto e per 15,937 miliardi di prestiti), pari al 13% dell'importo totale stanziato a favore del Paese.
Sembra quindi opportuno ora valutare in che misura una parte del PNRR, ossia la missione 6, denominata " salute", nonché la missione n. 5, "inclusione e coesione", abbiano tenuto conto delle luci e delle ombre storiche del nostro S.S.N., delle fragilità che l'esperienza pandemica ha portato allo scoperto, e, altresì, dei rilievi e dei rimedi additati dalle stesse istituzioni UE, in procinto di assumere un nuovo ruolo nell'ambito della sanità pubblica, ai sensi del Regolamento n. 2021/522 del 24 marzo 2021, che istituisce un programma d'azione dell'Unione per il periodo 2021-2027 ("programma UE per la salute"), c.d. EU4Health.

4. La missione 6 del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

La Missione salute del PNRR si propone di riorganizzare le politiche della salute attraverso riforme e investimenti basati sui fabbisogni assistenziali, puntando così a superare i divari tra i diversi sistemi sanitari regionali e a realizzare un percorso integrato che parta dalla casa come primo luogo di cura, per arrivare alle case della comunità e agli ospedali di comunità, superando la carenza di coordinamento negli interventi sanitari e socioassistenziali.
La Missione si articola in due componenti: la prima denominata Reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale (M6C1); la seconda, Innovazione, ricerca e digitalizzazione del servizio sanitario nazionale (M6C2).
Nello specifico:

- Casa della Comunità - Aperte fino a 24h su 24 e 7 giorni su 7, almeno 1.038 Case della Comunità. Rappresentano il modello organizzativo dell'assistenza di prossimità per la popolazione;
- Centrale operativa 116117 - La Centrale operativa 116117 (Numero Europeo Armonizzato – NEA per le cure mediche non urgenti) è il servizio telefonico gratuito a disposizione di tutta la popolazione, 24 ore al giorno tutti i giorni, da contattare per ogni esigenza sanitaria e sociosanitaria a bassa intensità assistenziale;
- Centrale Operativa Territoriale- COT - Svolge una funzione di coordinamento della presa in carico della persona e raccordo tra servizi e professionisti coinvolti nei diversi setting assistenziali: attività territoriali, sanitarie e sociosanitarie, ospedaliere e dialoga con la rete dell'emergenza-urgenza;
- Infermiere di Famiglia e Comunità - È la figura professionale di riferimento che assicura l'assistenza infermieristica, ai diversi livelli di complessità, in collaborazione con tutti i professionisti presenti nella comunità in cui opera. Non solo si occupa delle cure assistenziali verso i pazienti, ma interagisce con

ISSN 2036-7821

tutti gli attori e le risorse presenti nella comunità per rispondere a nuovi bisogni attuali o potenziali;

- Unità di continuità assistenziale - È un'équipe mobile distrettuale per la gestione e il supporto della presa in carico di individui, o di comunità, che versano in condizioni clinico-assistenziali di particolare complessità e che comportano una comprovata difficoltà operativa;
- Assistenza domiciliare - La casa come primo luogo di cura. Le Cure domiciliari sono un servizio del Distretto per l'erogazione al domicilio di interventi caratterizzati da un livello di intensità e complessità assistenziale variabile nell'ambito di specifici percorsi di cura e di un piano personalizzato di assistenza. Trattamenti medici, infermieristici, riabilitativi, diagnostici, ecc. Sono prestati da personale sanitario e sociosanitario qualificato per la cura e l'assistenza alle persone non autosufficienti e in condizioni di fragilità, per stabilizzare il quadro clinico, limitare il declino funzionale e migliorare la qualità della vita quotidiana;
- Ospedale di comunità - È una struttura sanitaria di ricovero dell'Assistenza Territoriale con 20 posti letto che svolge una funzione intermedia tra il domicilio e il ricovero ospedaliero, per evitare ricoveri ospedalieri impropri o di favorire dimissioni protette in luoghi più idonei al prevalere di fabbisogni sociosanitari, di stabilizzazione clinica, di recupero funzionale e dell'autonomia e più prossimi al domicilio;
- Rete delle cure Palliative - È costituita da servizi e strutture in grado di garantire la presa in carico globale dell'assistito e del suo nucleo familiare, in ambito ospedaliero, con l'attività di consulenza nelle U.O., ambulatoriale, domiciliare e in hospice. Le cure palliative sono rivolte a malati di qualunque età e non sono prerogativa della fase terminale della malattia. Possono infatti affiancarsi alle cure attive fin dalle fasi precoci della malattia cronico-degenerativa, controllare i sintomi durante le diverse traiettorie della malattia, prevenendo o attenuando gli effetti del declino funzionale;
- Servizi per la salute dei minori, delle donne, delle coppie e delle famiglie - Il Consultorio Familiare e l'attività rivolta ai minori, alle coppie e alle famiglie garantiscono prestazioni, anche di tipo domiciliare, mediche specialistiche, diagnostiche, terapeutiche, ostetriche, psicologiche, psicoterapeutiche, infermieristiche, riabilitative e preventive, nell'ambito dell'assistenza territoriale, alle donne, ai minori, alle coppie e alle famiglie. L'attività consultoriale può svolgersi all'interno delle Case della Comunità, privilegiando soluzioni che ne tutelino la riservatezza;
- Telemedicina - Viene utilizzata dal professionista sanitario per fornire prestazioni sanitarie agli assistiti o servizi di consulenza e supporto ad altri

ISSN 2036-7821

professionisti sanitari. Inclusa in una rete di cure coordinate, la Telemedicina consente l'erogazione di servizi e prestazioni sanitarie a distanza attraverso l'uso di dispositivi digitali, internet, software e delle reti di telecomunicazione.

Trattasi di un tentativo di riforma del servizio sanitario, che ha il dichiarato obiettivo – che, ovviamente, deve essere valutato sui risultati - di rispondere al meglio ai bisogni ed alla dignità dei cittadini facendoli diventare veri e propri protagonisti dell'assistenza sanitaria, creando un rapporto di fiducia tra medico e paziente.

Con i c.d. decreti Covid[43], va ricordato che l'Italia ha stanziato risorse per oltre 8 miliardi, di cui più di 3,5 miliardi affidati alla diretta gestione delle Regioni[44]. Emerge, tuttavia, che dei 1268 milioni attribuiti alle Regioni per il potenziamento dell'assistenza territoriale, oltre il 66% sia stato accantonato[45], cosicché sembra che l'utilizzo di buona parte delle risorse sia ancora in sospeso e che le misure che erano state previste per rafforzare l'assistenza territoriale potranno con ogni probabilità meglio definirsi anche alla luce degli interventi nel Recovery Plan. Ancora, per ciò che concerne il recupero dei ritardi accumulati nell'attività ospedaliera e ambulatoriale nei mesi più critici della crisi sanitaria, le misure finanziarie a ciò indirizzate sono state utilizzate dalle Regioni con variabilità interregionali molto forti, che sembrano trovare nei limiti già esistenti prima della crisi le ragioni più vere e su cui la fase che si apre dovrà certamente incidere.

Anche per quanto riguarda lo stanziamento disposto dal decreto-legge n. 34/2020 (vincolato alla validazione dei piani di riorganizzazione della rete ospedaliera presentati dalle Regioni, utilizzabile per interventi su costruzione nuova o già esistente e per l'acquisizione di attrezzature elettromedicali e gestito dal primo Commissario straordinario per l'emergenza Covid), la relativa attuazione, a fine aprile 2021, secondo il monitoraggio condotto dal Ministero della salute, risulta ancora parziale e molto disuguale da parte delle varie Regioni.

Questi rapidi cenni intendono mostrare come i ritardi e le omissioni non dipendano dall'assenza di finanziamenti e neppure dal mancato accordo fra lo Stato e le Regioni in ordine alle azioni e alla destinazione dei fondi. In dottrina è stato sostenuto che «*si è, piuttosto, dinanzi ad inerzie che trovano la loro causa in svariati motivi. Fra questi, fondamentalmente, la cattiva amministrazione, l'assenza di controllo da parte del livello centrale di governo, la carenza di personale amministrativo competente e la scarsità – anche dovuta a cattiva distribuzione sul territorio –dello stesso personale medico e infermieristico, senza il quale l'assistenza sanitaria non può essere assicurata come dovrebbe*» [46].

---

[43] Decreto-legge n. 14/2020, n. 18/2020, n. 34/2020, n. 104/2020.

[44] Corte dei conti, *Rapporto*, cit., p. 245

[45] Corte dei conti, *Rapporto* cit., p. 293. In particolare, «fatta eccezione per le regioni centrali che sembrano aver accantonato solo il 40 per cento delle somme (…), in media delle regioni del Nord e del Sud Italia la quota rinviata supera il 70 per cento.

[46] G.RAZZANO, *op. cit*.

ISSN 2036-7821

Quest'ultimo è un aspetto tanto elementare quanto essenziale, che non è sfuggito allo studio realizzato dalla Banca d'Italia intitolato «*La sanità in Italia: il difficile equilibrio tra vincoli di bilancio e qualità dei servizi nelle Regioni in Piano di Rientro*»[47]. Vi si osserva che nelle Regioni in piano di rientro la riduzione del personale tecnico e infermieristico ha avuto ripercussioni «sia sulla possibilità di erogare servizi qualitativamente e quantitativamente adeguati sia soprattutto sul processo di riorganizzazione della rete sanitaria verso un modello territoriale, caratterizzato da un più intenso utilizzo di queste figure professionali». Le "colpe", pertanto, sono addebitabili sia alle Regioni, sia allo Stato[48].

In questo contesto in dottrina ci si interroga se il rimedio non fosse la centralizzazione del servizio sanitario[49] e fare riforme costituzionali volte ad introdurre meccanismi di preminenza statale[50]. Altra parte della dottrina, al contrario, ritiene più appropriato utilizzare in modo consapevole gli strumenti che la Costituzione già fornisce allo Stato centrale per il coordinamento tra i livelli di governo. Si è ricordato che l'art. 120 Cost. consente al Governo il potere sostitutivo nei confronti delle Regioni, proprio a tutela dei livelli essenziali[51].

La centralizzazione delle competenze, inoltre, non è detto che implichi automaticamente una maggiore efficienza del sistema, posto che è proprio a livello statale che può osservarsi una carenza di impulso, di iniziativa, di monitoraggio, di controllo; in una parola di esercizio di responsabilità politica[52].

Le riforme proposte rischierebbero oltretutto di essere percepite come rivendicative, non favorendo, così, lo spirito di leale collaborazione, richiamato anche in questo

---

[47] L. AIMONE GIGIO (a cura di), *Questioni di Economia e Finanza,* n. 427" del marzo 2018, p. 40.

[48] Si considerino, ad es., le disposizioni sul contenimento della spesa del personale sanitario (blocco del turnover) nelle leggi finanziarie del 2007 (legge 27 dicembre 2006, n. 296) e del 2010 (legge 23 dicembre 2009, n. 191).

[49] Di questo avviso G. ZAGREBELSKY, *La democrazia dell'emergenza*, in "*La Repubblica*" del 18 novembre 2020.

[50] Il riferimento è, in particolare, alla proposta di legge costituzionale Ceccanti ed altri: "*Introduzione dell'articolo 116-bis e modifica all'articolo 117 della Costituzione, in materia di conferenze per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le autonomie locali e di clausola di supremazia statale*" (A.C. 2422). La proposta ha incontrato critiche e perplessità, in quanto ritenuta un rimedio non appropriato al problema, come posto in luce dai relatori del webinar organizzato il 10 giugno 2021 da ISSIRFA-CNR, *Emergenza sanitaria e ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni: analisi e prospettive* (interventi di L. CALIFANO, E. CATELANI, A. D'ATENA, T.E. FROSINI, S. MANGIAMELI, C. PINELLI, A. POGGI, G.M. SALERNO, L. VIOLINI).

[51] Così A. POGGI, *Tornare alla normalità dei rapporti Stato-Regioni. Errori da evitare e lezioni da meditare*, in *Federalismi.it*, Editoriale del 9 settembre 2020.

[52] Sul punto cfr. in particolare l'intervento di C. PINELLI al webinar ISSIRFA-CNR, *Emergenza sanitaria e ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni: analisi e prospettive*, cit. e, soprattutto, ID. *La revisione costituzionale del 2001 e le sue ricadute in campo sanitario*, in *Corti supreme e salute*, 2018, n. 3, p. 4, dove l'A. stigmatizza «la rinuncia a deliberare del legislatore nazionale».

ISSN 2036-7821

ambito dalla Corte costituzionale[53] ma messo a dura prova dall'emergenza pandemica[54].

Altra cosa è, invece, auspicare che lo Stato eserciti le sue competenze legislative e amministrative; che il Governo assuma il suo ruolo di guida nazionale, in conseguenza della responsabilità politica di cui è investito, e che utilizzi, ove necessario, il potere sostitutivo. Allo stesso modo è fondamentale ottenere l'effettiva velocizzazione dei procedimenti, nonché la loro conclusione in tempi certi, tenuto conto della storica lentezza e di quella che è stata definita la «disperata situazione» che caratterizza i procedimenti amministrativi italici[55].

Il d.l. n. 77/2021 (Governance *del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*), convertito nella l. 29 luglio 2021, n. 108, ha disegnato una nuova metodologia di governo, sia con riguardo ai rapporti fra i diversi livelli di governo, sia con riguardo all'attività amministrativa, intervenendo a sua volta sulla legge 241/1990 in tema di potere sostitutivo, silenzio assenso e annullamento d'ufficio e puntando, ancora una volta, alla semplificazione.

Nella prospettiva costituzionale merita attenzione, in particolare, il titolo I della parte prima del d.l. n. 77/2021 convertito nella l. n. 108/2021, sulla "governance *per il PNRR*", denominato Sistema di coordinamento, gestione, attuazione, monitoraggio e controllo del PNRR. L'art. 1, nel definire «il quadro normativo nazionale finalizzato a semplificare e agevolare la realizzazione dei traguardi e degli obiettivi stabiliti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, di cui al regolamento (UE) 2021/241 del

---

[53] Cfr. ad es. Corte cost., sentt. n. 197/2019 e n. 62/2020, su cui A. MORRONE, *La "visione trascendente" dei Lea e la realtà del Ssn. Critica su processo e merito nelle sentt. nn. 197/2019 e 62/2020 della Corte costituzionale*, in *Corti supreme e salute*, 2020, n. 1, pp. 9 ss.; C. BUZZACCHI, *Il ruolo del "servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale" alla luce dei parametri costituzionali dell'equilibrio di bilancio e dei LEA*, in *Forum Quad. cost.*, 2020, n. 2, 9 giugno 2020.

[54] Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 37/2021. Fra i tanti commenti cfr. B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi.it*, 21 aprile 2021; G. BOGGERO, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al "regionalismo della separazione"*, in *Forum di Quad. cost.*, 2021, n. 3, p. 102; A. POGGI, G. SOBRINO, *La Corte, di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?) (nota a Corte Cost., sentenza n. 37/2021)*, in *Osservatorio AIC*, 2021, n. 4.

[55] Cfr. ad es., già M.S. GIANNINI, *La priorità dei problemi di organizzazione*, in AA. VV., *Il motore immobile. Crisi e riforma della pubblica amministrazione*, Roma, 1980, p. 49, per il quale «una legge generale sul procedimento amministrativo sarebbe utilissima, ma la situazione di fronte alla quale ci troviamo non è disperata per il fatto che essa manchi; è disperata bensì perché l'amministrazione non vien riformata nelle strutture. Ciò significa veramente inoperatività, spesa irragionevole di denaro pubblico, duplicazione di competenze, omissione di provvidenze in materie che pure interessano tutta la collettività».

ISSN 2036-7821

Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021»[56], afferma che «*ai fini del presente decreto e della sua attuazione assume preminente valore l'interesse nazionale alla sollecita e puntuale realizzazione degli interventi inclusi nei Piani indicati al comma 1*». Sempre ai sensi dell'art. 1, comma 3, è in base ad un doppio titolo che trova fondamento la disciplina sulla *governance*: «*Le disposizioni contenute nel presente decreto, in quanto direttamente attuative degli obblighi assunti in esecuzione del Regolamento (UE) 2021/241, sono adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva in materia di rapporti dello Stato con l'Unione europea di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera a), della Costituzione e definiscono, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera m) della Costituzione, livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*»[57].

Si può notare il riferimento all'«interesse nazionale», una nozione non più presente nel testo costituzionale con la riforma del titolo V, definita «priva di valore deontico» dalla Corte costituzionale[58], non più invocabile[59], e compensata dal meccanismo dell'attrazione in sussidiarietà[60] per salvaguardare le «esigenze di carattere unitario»[61].

---

[56] Nonché dal Piano nazionale per gli investimenti complementari di cui al decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, dal Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima 2030 di cui al Regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018.

[57] Sulla governance del PNRR nella prospettiva regionale M. TRAPANI, *Il sistema delle conferenze e il regionalismo dimezzato: il difficile rapporto tra PNRR e regioni alla luce delle recenti evoluzioni normative*, in *Rivista AIC*, 2021, n. 4, 26 ottobre 2021, p. 180.

[58] Cfr. Corte cost., sent. n. 380/2002, n. 303 e 370/2003 e n. 285/2005, per cui la sola allegazione dell'interesse nazionale non è più sufficiente a giustificare l'esercizio da parte dello Stato di una funzione di cui non sia titolare in base all'art. 117 Cost.: «Nel nuovo Titolo V l'equazione elementare interesse nazionale = competenza statale, che nella prassi legislativa previgente sorreggeva l'erosione delle funzioni amministrative e delle parallele funzioni legislative delle Regioni, è divenuta priva di ogni valore deontico, giacché l'interesse nazionale non costituisce più un limite, né di legittimità, né di merito, alla competenza legislativa regionale» (punto 2.2. sent. n. 303/2003).

[59] Non più invocabile, più precisamente, per adottare norme legislative o atti di indirizzo e coordinamento che incidono sulle competenze legislative ed amministrative delle Regioni, come sostenuto da G. FALCON, *Modello e "transizione" nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Reg.*, 2001, n. 6, pp. 1247 ss.; P. CAVALIERI, *Diritto regionale*, Padova, 2003, p. 141; A. ANZON, *Un passo indietro verso il regionalismo duale*, in *Forum Quad. cost.*, 2001; M. LUCIANI, *Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, in sito AIC, 2002; C. PINELLI, *I limiti alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento nazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro It.*, 2001, V, p. 199.

[60] Cfr. G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, 90; A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in *Forumcostituzionale*, 8 ottobre 2003; A. RUGGERI, *Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia. Nota a Corte cost. n. 303 del 2003*, ivi, 29 ottobre 2003; P. CARETTI, *La Corte e la tutela delle esigenze unitarie: dall'interesse nazionale al principio di sussidiarietà*, in *Le Regioni*, 2004, nn. 2-3, pp. 381 ss.; C. PADULA, *Principio di sussidiarietà verticale ed interesse nazionale: distinzione teorica,*

ISSN 2036-7821

Il legislatore sostiene di intervenire per disciplinare la governance del PNRR non già in ragione di una competenza concorrente, che può eventualmente richiedere un'attrazione in sussidiarietà, ma in ragione di una competenza legislativa esclusiva dello Stato esercitata in base ad un doppio titolo: i rapporti dello Stato con l'Unione europea e la lett. m) dell'art. 117, comma 2 (i livelli essenziali).
Il PNRR rappresenta un atto generale di programmazione che incide non solo sui rapporti fra lo Stato e l'Unione europea, ma anche sull'unità, sulla tenuta e sullo sviluppo socioeconomico della Nazione. Non a caso molti hanno accostato il PNRR al piano Marshall, a motivo non solo dell'entità del finanziamento, ma anche della vastità del programma e degli obiettivi disviluppo sottesi[62].

5. Profili problematici.

La Missione 6 del PNRR rappresenta veramente un volàno per la tutela dei cittadini, sperando che non si commettano errori passati. Nella gestione sanitaria precedente alla pandemia da SARS CoV-2, ad esempio, si è avuta la tendenza ad occuparsi della cura delle patologie maggiormente remunerative, trascurando del tutto la sorveglianza epidemiologica. Questa scelta può aver determinato la scarsa attenzione verso i primi casi di SARS CoV-2, casi rilevati da strutture pubbliche di ricovero che, a differenza di quelle private, sono sempre state in prima linea nella lotta contro il virus[63], benché quelle private, convenzionate con il sistema socio-sanitario locale e, quindi, anch'esse beneficiarie di soldi pubblici[64], rappresentino, ormai, il 50% delle

sovrapposizione pratica, in *Federalismi.it*, 2006, p. 14; M. DUGATO, *Sussidiarietà e salute*, in *Sanità pubblica e privata*, 2006, 7. A. ANZON, *Istanze di unità e istanze autonomistiche nel "secondo regionalismo": le sentenze nn. 303 del 2003 e 14 del 2004 della Corte costituzionale e il loro seguito*, in *Reg.*, 2008, nn. 4-5, pp. 786 ss.; G. FALCON, *Riflessioni sulle sentenze della Corte costituzionale 303 del 2003 e 14 del 2004, ricordando Carlo Mezzanotte*, *ivi*, p. 771;

[61] Le medesime istanze unitarie, peraltro, sono sottese anche alla prassi di ricorrere massicciamente agli strumenti propri della legge sulla protezione civile, che consentono al governo di riportare al livello di governo statale, tramite la gestione commissariale e l'annesso potere di ordinanza anche in deroga alla legge, ogni ambito amministrativo, allorché si deliberi uno «stato di emergenza di rilievo nazionale». Sulla funzione di "supplenza" svolta dalla legge sulla protezione civile e dagli strumenti e dai poteri che consente di attivare, G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, Cacucci, 2010, pp. 53 ss. e 253 ss.

[62] J.B. GOSSÉ, A. SCHNEIDER, R. VICQUÉRY, *Lessons from the Marshall Plan for the European Recovery Plan*, in *Banque de France*, 29 ottobre 2021; E. BERNARDI, *Ripresa economica: tutte le analogie tra Piano Marshall e Next Generation EU*, in *Progresso Europa riforme*, 9 luglio 2021; L. D'AMBROSIO, *Recovery e Piano Marshall: differenze e somiglianze*, in *Diritto & Conti*, 15 gennaio 2021; M. BUTI, M. MESSORI, *NextGenerationEU: Una guida ragionata*, Luiss, School of EuropeanPolitical Economy, 2020.

[63] Cosi è stato deciso con la delibera regionale XI/2906 dell'8 marzo che ha individuato come Hub ospedalieri per i malati di SARS CoV-2 delle strutture pubbliche.

[64] Il 40% della spesa sanitaria corrente è stata, infatti, destinata al finanziamento delle strutture private a discapito di quelle pubbliche che si sono ritrovate prive di un numero sufficiente di posti letto nei reparti di terapia intensiva e senza dispositivi di protezione.

ISSN 2036-7821

strutture ospedaliere, ma essendo concepite e gestite come aziende, con metodo manageriale ed ispirate alla logica del profitto, non si sono rese immediatamente disponibili e sono rimaste estranee alla gestione dell'emergenza, non ritenendo le prestazioni rientranti nel settore dell'infettivologia e della terapia intensiva economicamente convenienti.

Occorrerebbe prevedere investimenti maggiori su un sistema di telemedicina e di biosorveglianza (ENG-DE BIOS), grazie al quale, ad esempio, con il *contact tracing*[65], l'indice di contagio, in meno di due mesi nel 2020 è calato da 3,4 ad un tasso di contagio R0 pari a 0,7.

Il sistema è stato in grado di risolvere e di prevenire alcune problematiche poste dalla pandemia e di mettere insieme i dati provenienti da lavoratori ed ospedali, acquisiti a seguito dell'analisi dei tamponi effettuati[66].

In questo modo, sono stati acquisiti dati anagrafici, ma anche informazioni sui luoghi frequentati dai soggetti contagiati e sui loro contatti, indicazioni che poste insieme hanno permesso di delineare una sorta di mappa dell'epidemia e di attivare tutti i controlli necessari per circoscrivere il contagio.

Il sistema di biosorveglianza ha consentito di monitorare, in tempo reale, la diffusione del virus, di prevederne in anticipo gli effetti e di predisporre le azioni preventive di contrasto, grazie alle quali si sono evitati nuovi contagi e si sono salvate vite umane[67].

Nella gestione della pandemia non vi è stata un'azione coordinata di cogestione dell'emergenza e nemmeno un effettivo coinvolgimento né delle Regioni, nell'adozione dei provvedimenti statali, né del Governo, per l'adozione di quelli regionali[68]. Ciò ha alimentato la tensione tra il principio unitario e quello autonomistico del sistema regionale[69]. Pertanto, i contrasti tra lo Stato e le Regioni, che si sono avuti in quei mesi, offrono lo spunto per compiere alcune riflessioni conclusive, di carattere generale, sul sistema regionale italiano.

Le Regioni non hanno agito tutte nello stesso modo e non hanno ottenuto gli stessi risultati durante la lotta pandemica.

---

[65] C. COLAPIETRO e A. IANNUZZI, *App di contact tracing e trattamento dei dati con algoritmi: la falsa alternativa fra tutela del diritto alla salute e protezione dei dati personali*, in *Diritti Fondamentali* n. 2/2020.

[66] Dati di monitoraggio sui test effettuati e sulla tipologia; sul numero di soggetti positivi; soggetti guariti e negativi sottoposti ai test; fasce di età; popolazione sotto screening e infetta; curve di evoluzione dell'epidemia; data di prelievo e di referto; georeferenziazione dei casi positivi aggregati ed incidenza territoriale.

[67] Si veda, *Biosorveglianza, il "modello Veneto" anti Covid-19 ha un cuore tecnologico, in* www.eng.it.

[68] Sottolinea questo aspetto, A. POGGI, *Tornare alla normalità dei rapporti Stato-Regioni. Errori da evitare e lezioni da meditare*, in *Federalismi.it*, n. 25/2020

[69] Si cfr., al riguardo, V. BALDINI, *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problema di riconoscibilità dell'atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele costituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, 885 ss.

ISSN 2036-7821

Il problema che resta sullo sfondo, del resto, è stato ben sintetizzato dalla Corte dei conti: «*La riorganizzazione della rete di assistenza e l'uso complessivamente più appropriato delle strutture ospedaliere non sono stati accompagnati, in questi anni, da un rafforzamento dell'offerta dell'assistenza territoriale rivolta alla parte "più debole" della popolazione, cioè anziani, disabili, malati terminali. In molti casi non sono raggiunte le soglie richieste, pur se fissate a livelli molto contenuti*»[70].

Dobbiamo riflettere sul concetto di Servizio Sanitario se deve essere inteso ancora come Nazionale. Perché è nato come servizio pubblico al fine di garantire l'uguaglianza di tutti i cittadini che infatti pagano il ticket per usufruire delle prestazioni sanitarie, ha rappresentato da sempre un modello che ha conosciuto diffusione, è nato con riferimento a tre principi fondamentali: l'universalità, ossia che tutti i cittadini hanno uguale diritto ad accedere alle prestazioni; la solidarietà, ossia che tutti contribuiscono a finanziarlo; l'uniformità, ossia che le prestazioni fornite devono essere della stessa uniforme qualità, per tutti i cittadini, in tutte le Regioni. C'è il rischio che il S.S.N nel tempo sia diventato un sistema che ha contribuito ad aumentare le diseguaglianze[71] e non ha messo sempre al centro il paziente, sostituito dal profitto[72]. Attualmente nelle strutture pubbliche lo scopo principale e il vincolo più importante del Direttore generale è quello di avere in pari i conti. Gli irrinunciabili pilastri della funzione pubblica dello Stato moderno, inventato da Napoleone, cioè Istruzione, Giustizia, Polizia, Esercito, Carceri, Sanità, la cui azione positiva ribalta, a breve e lungo termine, i ricavi sull'intera società ed in altri comparti di spesa, non possono permettersi di puntare al pareggio di bilancio, ma solo all'economia di gestione, controllata con rigore. Si pensi all'assurdo: forse per ottenere il pareggio tra entrate e uscite le forze dell'ordine dovrebbero rivendere le sostanze illecite che sequestrano? O forse i vigili del fuoco, stabilito che siano pagati a prestazione, avrebbero interesse che aumentino gli incendi? Siffatta ricostruzione, del tutto assurda *ictu oculi*, mette in luce i limiti di una visione puramente aziendalistica del vincolo tra entrate e uscite. Ed anche per la mancanza di fondi o per aver superato il budget previsto, oggi mancano medici di base e medici nelle guardie mediche, dovendo ricorrere ad assumere personale sanitario dall'estero. Questo

[70] Corte dei conti, *Rapporto 2021 sul coordinamento della finanza pubblica*, cit., p. 275.

[71] Il nostro Presidente della Repubblica, nel discorso di fine anno 2022, accessibile e consultabile sul sito *www.quirinale.it*, ha lanciato il seguente monito: "*Le differenze legate a fattori sociali, economici, organizzativi, sanitari tra i diversi territori del nostro Paese – tra Nord e Meridione, per le isole minori, per le zone interne – creano ingiustizie, feriscono il diritto all'uguaglianza. Ci guida ancora la Costituzione, laddove prescrive che la Repubblica deve rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che ledono i diritti delle persone, la loro piena realizzazione. Senza distinzioni. La Repubblica siamo tutti noi. Insieme*».

[72] R. BALDUZZI – G. DI GASPARE (a cura di), *L'aziendalizzazione nel D.LGS. 229/99, Quaderno n. 22 del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"*, Milano, 2001. Per un profilo storico circa il processo di aziendalizzazione in ambito sanitario, cfr., *ex multis*, E. MENICHETTI, *L'organizzazione aziendale: le aziende unità sanitarie locali, le aziende ospedaliere e le azioni ospedaliero – universitarie*, in (a cura di) R. BALDUZZI, G. CARPANI, *Manuale d diritto sanitario*, Bologna, 2013, pp. 232, ss.

ISSN 2036-7821

anche a causa della previsione del numero chiuso previsto per l'iscrizione al corso di laurea in medicina. Con la salute e la cura della persona che da pilastro costituzionale invidiato all'estero è passato da diritto a fortuna, perché se si va in guardia medica per un malore notturno e questa è chiusa per carenza di medici, non è detto che i primi soccorsi che si sarebbero potuti avere in tale sede possano essere compensati dal fattore tempo, talvolta essenziale. Oppure la chiusura di numerose guardie mediche che continuano ad allontanare lo Stato dai propri territori, abbandonando l'idea del *Welfare State* che invece sembra(va) predominante a seguito della pandemia. Tale riflessione è importante anche per le case della comunità e gli ospedali di comunità previsti dal PNRR, in quanto se non si risolve a monte la problematica della carenza dei medici, queste strutture fallirebbero la loro missione in partenza. Ci sono alcuni territori (del meridione soprattutto) dove il reparto di emodinamica più vicino dista molti chilometri[73], è assurdo pensare che si rischia la vita perché non si riesce ad intervenire in tempo.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 157 del 2020 ha sostenuto che il sistema sanitario non è un'azienda privata, la salute non è subordinata all'equilibrio finanziario. Infatti «*nell'ambito delle finalità del servizio, siano esse tanto di natura ordinaria, che di carattere eccezionale o emergenziale, sono impiegati sia beni di consumo corrente, sia i beni durevoli, e l'equilibrato impiego di tali componenti deve essere caratterizzato dalla leale cooperazione tra Stato e Regioni. In sede di programmazione finanziaria i costi unitari fissati devono essere sviluppati sulla base del fabbisogno storico delle singole realtà regionali e sulle altre circostanze, normative e fattuali, che incidono sulla dinamica della spesa per le prestazioni sanitarie*»[74].

In sostanza, quella che il giudice rimettente definisce come "ibridazione" delle regole di contabilità economica e di contabilità finanziaria è il portato del peculiare carattere del servizio delle cui risultanze rende espressione. In tale prospettiva non è dirimente la distinzione tra contabilità aziendale e contabilità finanziaria, delle quali effettivamente la norma in esame condivide alcuni caratteri, bensì l'attinenza di tale previsione all'organizzazione e al finanziamento del servizio sanitario, in relazione ai quali deve essere strutturata un'appropriata contabilità analitica. Quest'ultima – con riguardo ai beni durevoli e di investimento – deve essere rivolta a misurare i costi fissi dello specifico servizio sanitario in cui vengono impiegati. L'ammortamento avviene quindi all'interno del singolo ente in cui viene utilizzato il bene ma in una visione di finanza pubblica allargata, nella quale l'entità degli ammortamenti dei beni impiegati costituisce parte degli aggregati complessivi alla base della programmazione nazionale e regionale.

[73] Si veda l'ospedale di Crotone che non possiede il reparto di emodinamica, che invece è presente a Catanzaro, ma la distanza tra Crotone e Catanzaro è di 90 km. Il costo per l'apertura di detto reparto è stato stimato in 500.000,00 € ma sono anni che per esigenze di bilancio non viene aperto.

[74] Corte costituzionale sentenza n. 157 del 2020.

ISSN 2036-7821

Sarebbe opportuno iniziare a ragionare su una valorizzazione del principio di leale collaborazione e sull'esigenza di prevedere adeguati strumenti a ciò finalizzati. Se tutti litigano per intestarsi i risultati e si impegnano per scaricare gli insuccessi su qualcun altro è inevitabile una contrapposizione a danno delle persone che si attendono servizi più qualificati e accessibili; la leale collaborazione è qualcosa di diverso.

Sarebbe forse opportuno valorizzare un modello di regionalismo cooperativo, attraverso il principio di leale collaborazione, facendo in modo che le autonomie locali, le Regioni, possano avere un effettivo dialogo con lo Stato centrale.

Il regionalismo differenziato, se non è adeguatamente compensato dal regionalismo cooperativo e integrativo, non solo rischia d'indebolire le realtà regionali nel loro complesso rispetto al ruolo statale, ma alla lunga può perfino compromettere la stessa coesione repubblicana, d'indebolire l'intensità dell'unione statale. Non bisogna dimenticare che storicamente il principio autonomistico ha operato come un potente fattore di integrazione statale. Anche etimologicamente il federalismo richiama il *foedus*, il patto d'unione che sigla l'accordo e la coesione tra ciò che prima era separato e potenzialmente conflittuale. Se poi guardiamo al federalismo germanico e all'esperienza del *Bundesrat*, che non è organo di rappresentanza territoriale bensì organo di partecipazione diretta delle entità federate all'esercizio delle funzioni federali, la valenza integrativa del principio autonomistico, colto nella sua accezione "positiva", emerge con ancor più nettezza[75]. Lo stesso art. 116 della Costituzione era immaginato in questa chiave: poiché vi è consapevolezza del fatto che le "peculiarità di ciascun territorio e di ciascuna popolazione" possono riguardare – oltre a quegli specifici territori e popolazioni che nel 1946 avevano giustificato l'introduzione della specialità – anche altri territori e popolazioni, è bene prevedere la possibilità di ulteriori strumenti organizzativi, che consentano la differenziazione ai medesimi fini anche per altre Regioni. E poiché è opportuno coinvolgere le stesse Regioni nel processo di discussione e decisione relativo alla migliore allocazione delle funzioni, si introduceva un processo "partecipato", in cui fossero eventualmente le stesse Regioni interessate a chiedere – e contrattare – tali modalità differenziate di esercizio delle funzioni stesse[76]. Si tratta di un processo perfettamente compatibile con il principio di uguaglianza. Può ritenersi anzi addirittura funzionale alla sua più completa realizzazione, nella prospettiva secondo cui: a) gli ostacoli esistono (in natura); b) gli ostacoli vanno progressivamente ridotti e infine rimossi; c) una più efficiente gestione delle risorse ed un migliore esercizio delle funzioni cui tali risorse sono destinate contribuirebbe – nel tempo – a rimuovere gli ostacoli che impediscono

[75] O.CHESSA, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, in *Diritto@Storia*, n. 15/2017.

[76] A.POGGI, *Editoriale. Qualche riflessione sparsa sul regionalismo differenziato (A margine del convegno di Torino), in Diritti Regionali*, 2/2019.

ISSN 2036-7821

di fatto la piena realizzazione dell'uguaglianza. Invece una diversa chiave interpretativa delle ragioni ispiratrici della differenziazione potrebbe investire prepotentemente la tenuta di tale principio. Si tratta di quelle impostazioni in cui la critica investe proprio la "sostenibilità" (ideologica) dell'uniformità come uguale trattamento. Qui la differenziazione è intesa come risposta a una domanda di distinzione anche "sociale" (e non solo istituzionale o organizzativa), a partire dalla contestazione del principio di universalità dello Stato sociale (e forse dello stesso principio solidaristico radicato nell'art. 2). Il parametro costituzionale di riferimento non può che essere l'articolo 120, secondo comma, della Costituzione, che richiede che sia mantenuta «*la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*». Inoltre, le forme e le condizioni particolari di autonomia non esonerano la Regione che le ha ottenute dall'obbligo di dare il suo contributo solidale alle altre Regioni e alla Repubblica[77].

6. Conclusioni.

Il PNRR è certamente un punto centrale di sviluppo sanitario, ma dal monitoraggio trimestrale dello stato di avanzamento della Missione 6 Salute del Piano è impossibile non notare che la variazione della proposta di rimodulazione approvata il 24 novembre 2023 dalla Commissione Europea prevede, rispetto al piano originale, la riduzione del numero di case della comunità (-312), centrali operative territoriali (-120) e ospedali di comunità (-74) e interventi di antisismica (-25) secondo criteri di distribuzione regionale al momento non noti. Se a venire meno saranno le strutture da realizzare, certamente ad essere penalizzate saranno le regioni del Sud, che sono le Regioni maggiormente penalizzate dalle politiche sanitarie degli ultimi anni e solo grazie ai finanziamenti del PNRR si sarebbe potuto colmare questa differenziazione territoriale. Questa nuova rimodulazione va ancora di più ad incrementare il divario sanitario tra Nord e Sud dell'Italia, penalizza la cura della persona e l'assistenza medica dei centri geograficamente distanti dai primi centri di soccorso. Basti pensare che oggi in alcune ambulanze non vi sono medici e quindi un problema sanitario grave diventa difficile da essere curato/risolto. Il S.S.N. dovrebbe prendersi cura della persona, a livello generale e nazionale, e non solo di alcune malattie, magari più remunerative. Nell'attuale momento certamente di trasformazione del settore sanitario, nonostante la regionalizzazione del sistema, frutto delle riforme costituzionali intervenute, l'effettiva programmazione e l'efficiente erogazione di talune prestazioni essenziali non può prescindere dall'unità ordinamentale, perché non esiste autonomia senza concetto o visione di unità, nell'assoluto rispetto di proporzionalità e ragionevolezza. Anche la Corte costituzionale, quando ha dovuto

[77] E. GROSSO, A. POGGI, *Il regionalismo differenziato: potenzialità e aspetti problematici*, in *Piemonte Autonomie*, 2018

ISSN 2036-7821

modellare il proprio sindacato sul bilanciamento tra interessi e valori costituzionalmente protetti, come il diritto a un ambiente salubre e l'interesse al mantenimento dei livelli occupazionali, ha riconosciuto che il "punto di equilibrio", in quanto dinamico e non prefissato in anticipo, deve valutarsi secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza[78]. Occorre il rispetto di canone generale di ragionevolezza, ossia la legittimazione del potere amministrativo in base al suo esercizio razionale, che, del resto, è da tempo affermata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, che attraverso il sindacato sull'eccesso di potere ha rivelato un obiettivo di adeguamento sostanziale dell'agire pubblico rispetto alla funzione esercitata. Tale sindacato sulla "accettabilità" della scelta schiude significativi spazi al giudice amministrativo, e ciò costituisce la ragione della "forza intrinseca" del giudizio sull'eccesso di potere che ha imposto una rilettura della teoria della validità provvedimentale con il passaggio dalla legittimità formale a quella sostanziale[79]. Il sindacato di legittimità diviene un giudizio di congruenza o di proporzionalità, ovvero di adeguatezza dell'azione amministrativa rispetto all'interesse pubblico concreto, sindacato sul corretto uso del potere e sulla ragionevolezza in riferimento alla consistenza e al peso delle situazioni di fatto e di diritto che il giudice amministrativo reputi meritevoli di tutela[80]. E quando il potere amministrativo incide su diritti fondamentali, il sindacato del giudice è più penetrante[81]. Il rispetto dei livelli essenziali di assistenza, pur se in un sistema istituzionale plurale come quello italiano, impone sia al legislatore che alle varie amministrazioni regionali la ricerca di soluzioni razionali che considerino il diritto alla salute in maniera universale, come diritto – e quindi in maniera uniforme - dell'individuo, come previsto dalla Costituzione, in maniera omogenea con le stesse erogazioni di prestazioni senza discriminazioni territoriali, nel rispetto sì del raggiungimento degli obiettivi, anche finanziari, ma che non devono però minare e/o intaccare i principi di solidarietà, uguaglianza, inclusione e coesione, che devono prevalere sempre in quanto espressione della dignità della persona nonchè pilastri fondamentali della nostra Carta costituzionale ma che negli ultimi anni non sempre sono stati rispettati.

[78] Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85

[79] G.A. PRIMERANO, *Il commissariamento della sanità regionale nella prospettiva del riequilibrio territoriale*, in *Nuove Autonomie*, 2/2023.

[80] A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati* (Atti del Convegno, Palermo, 27-28 febbraio 2003), Torino, 2004, 342 ss.

[81] Sulla proporzionalità come componente della ragionevolezza, a livello monografico, P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, 82 ss.; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008. Da ultimo Cfr. G.A. PRIMERANO, *Il commissariamento della sanità regionale nella prospettiva del riequilibrio territoriale*, *cit*. La proporzionalità presuppone che ogni amministrazione, nell'assunzione delle proprie decisioni, deve adottare la soluzione idonea e adeguata che garantisca il "minor sacrificio" per gli interessati. In tal senso Cfr. G.D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Milano, 1837.

ISSN 2036-7821

Occorre promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 119 della Costituzione, princìpi che devono ispirare ogni azione pubblica e devono essere pertanto alla base delle politiche sanitarie nazionali, che devono essere basate sull'assistenza, sul benessere e sulla cura della persona in maniera omogenea.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Brevi osservazioni in tema di sindacato del Giudice Amministrativo sulle informazioni antimafia interdittive

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 documentazione antimafia. – 3. Il sindacato del G.A. sulle informazioni antimafia interdittive. – 4. Spunti ricostruttivi.

Abstract

This brief study aims to shed light on the perimeter of the control exercised by the administrative judge over 'negative anti-Mafia information'. Unlike 'anti-Mafia communication', 'anti-Mafia information' is the expression of an administrative activity that is not fully bound. From this it follows that the judicial review over 'negative anti-Mafia information' presents the well-known problematic profiles typical of the review over administrative acts which are an expression of the power of choice of the Public Administration. The need to wonder about the perimeter of the control of the adiministrative judge appears particularly important in the case of 'negative anti-Mafia information', since this act can have a very significant impact on the legal sphere of the recipient, even remarkably damaging constitutionally guaranteed rights. This survey starts from the examination of positive law, which, due to the close link between 'anti-Mafia information' and 'anti-Mafia communication', concerns the legislation on 'anti-Mafia documentation' as a whole; we then attempt to clarify how judicial control over 'negative anti-Mafia information' is configured in the case-law; finally, we try to offer some reconstructive ideas, drawing deductively from the general theory of law, from the general principles of the legal system and from legal logic.

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

ISSN 2036-7821

1. Il Servizio Sanitario Nazionale e la sua (ri)organizzazione.

L'informazione antimafia costituisce una delle due *species* della «documentazione antimafia» prevista dal Decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. Giusta l'art. 84, co. 1, di questo, «La documentazione antimafia è costituita dalla comunicazione antimafia e dall'informazione antimafia».

Entrambi i provvedimenti possono avere carattere liberatorio o interdittivo. I provvedimenti interdittivi precludono la costituzione o ingiungono la rimozione di determinati rapporti giuridici di cui sono parte le Pubbliche Amministrazioni (d'ora innanzi PP.AA.)[1].

Si avrà modo di constatare che, a differenza della comunicazione, l'informazione antimafia costituisce espressione di un'attività amministrativa non integralmente vincolata. Da ciò consegue che il sindacato giurisdizionale sull'informazione interdittiva presenta i risaputi profili problematici propri del sindacato sugli atti amministrativi espressione di un potere di scelta della Pubblica Amministrazione (d'ora innanzi P.A.)[2].

È noto che, all'infuori delle ipotesi eccezionali tassativamente previste dalla legge – e sempre che si sostenga che, in tali ipotesi, l'autorità giurisdizionale possa esercitare

[1] Si v. F. FIGORILLI, W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, in *federalismi.it*, 2021, fasc. 14, pp. 56 ss., 57-59.

[2] I contributi dottrinali in cui il tema del sindacato giurisdizionale sulla informazione interdittiva è stato trattato *ex professo* non sono numerosissimi. Possono richiamarsi, più in generale, i seguenti riferimenti bibliografici: G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2019; L. BORDIN, *Contraddittorio endoprocedimentale e interdittive antimafia: la questione rimessa alla Corte di Giustizia. E se il problema fosse altrove?*, in *federalismi.it*, 2020, fasc. 22, pp. 34 ss.; S. CIMINI, *La nuova documentazione antimafia: le "informazioni" del prefetto*, in *Foro it.*, 2002, fasc. 6, pt. III, pp. 291 ss.; G. D'ANGELO, *Il tentativo d'infiltrazione mafiosa ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva, tra garanzie procedimentali, tassatività sostanziale e sindacato giurisdizionale*, in *Foro it.*, 2021, fasc. 10, pt. III, pp. 517 ss.; J.P. DE JORIO, *Le interdittive antimafia ed il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali*, Jovene, Napoli, 2019; F. FIGORILLI, W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale* cit.; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*, in *Dir. econ.*, 2018, fasc. 3, pp. 1125 ss.; E. GIARDINO, *Le interdittive antimafia tra finalità perseguite e garanzie affievolite*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 2020, fasc. 4, pp. 1099 ss.; G. LEONE, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato alle prese con l'interdittiva prefettizia antimafia e la teoria dell'interpretazione*, in *Foro amm.*, 2018, fasc. 6, pp. 1103 ss.; A. LONGO, *La «massima anticipazione di tutela». Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in *federalismi.it*, 2019, fasc. 19; F. LUCIANI, *Informazione antimafia e poteri di autotutela dell'amministrazione appaltante*, in *giustamm.it*, 2014, fasc. 2; M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *giustamm.it*, 2016, fasc. 3; A. MEZZOTERO, *Le informative prefettizie antimafia: natura, tipologie ed effetti interdittivi*, in *Giur. merito*, 2009, fasc. 4, pp. 1073 ss.; O. MORCAVALLO, *L'informazione interdittiva antimafia*, Giuffrè, Milano, 2019; M. NOCCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2018; R. PAPANIA, *Notazioni in tema di efficacia interdittiva delle informative antimafia*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, fasc. 1, pp. 321 ss.; R. RUBERTO, *Sul contraddittorio procedimentale in materia di informazioni antimafia*, in *Giur. it.*, 2020, fasc. 3, pp. 684 ss.; F.G. SCOCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *giustamm.it*, 2018, fasc. 6; G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, fasc. 2, pp. 705 ss.

ISSN 2036-7821

in luogo della P.A. il potere amministrativo[3] –, il giudice amministrativo (d'ora innanzi G.A.) non può rivisitare il cd. 'merito amministrativo', ossia la «convenienza ed opportunità della scelta» che «la P.A. è dalla legge chiamata ad effettuare»[4]. E però, dovendo comunque la P.A., nell'effettuare la scelta, agire conformemente al paradigma normativo di riferimento, il G.A. può indagare *sul* merito di essa, al fine di verificare se la discrezionalità sia stata esercitata illegittimamente, inficiando il relativo atto per eccesso di potere[5].

Il G.A. non può *sostituire* la sua valutazione a quella della P.A. neppure allorquando quest'ultima concerna il criterio da adottare per verificare la sussistenza di un presupposto tecnico-scientifico dell'attività amministrativa che è di opinabile rilevabilità. Anche in tal caso, l'esercizio del potere di opzione della P.A. è sindacabile in sede giurisdizionale esclusivamente «per i profili di 'eccesso di potere' che i contenuti della scelta provvedimentale potrebbero presentare»[6].

---

[3] Ciò non è pacifico in dottrina, una parte di essa ritenendo che, nelle ipotesi di giurisdizione estesa al merito, al giudice amministrativo sia riconosciuta semplicemente la capacità di delibare il fatto. Cfr. A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 105 ss., 112: «Oltre ad essere eccezionale […], la "giurisdizione" di merito è aggiuntiva rispetto alla giurisdizione di legittimità. Con ciò la dottrina tradizionale intende che la cognizione di merito si aggiunge e non si sostituisce a quella generale di legittimità, dovendo il giudizio di legittimità precedere quello di merito. Questo carattere sembrerebbe confermato anche dall'art. 7, comma 6, c.p.a., che […] parla di "giurisdizione con cognizione estesa al merito". Ciò che da sempre è meno pacifico, in dottrina, è quali siano i caratteri aggiuntivi della "giurisdizione" di merito rispetto a quella di legittimità. L'interrogativo di fondo, che non è mai stato univocamente risolto, atteneva a cosa dovesse intendersi per giurisdizione "anche in merito", oscillandosi fra la tesi di una giurisdizione aperta alla piena cognizione dei fatti oggetto della controversia ed una cognizione che si estendeva invece a valutazioni di opportunità amministrativa. In realtà, storicamente, le materie attribuite alla giurisdizione propria del Consiglio di Stato si prestavano ad un giudizio che si estendeva naturalmente ad una piena cognizione dei fatti oggetto della controversia, in rapporto alle norme giuridiche da applicare; il giudizio di merito inteso invece come giudizio di opportunità amministrativa costituiva, invece, un aspetto residuale. In talune delle materie della giurisdizione di merito, era addirittura impossibile anche astrattamente ipotizzare una valutazione di opportunità del provvedimento impugnato (e ciò è così anche alla luce del c.p.a.: si pensi, ad esempio, alle controversie concernenti le operazioni elettorali)».

[4] G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo per il corso di base*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 415. I termini 'convenienza' e 'opportunità' non appaiono sinonimici. Secondo il Vocabolario *on line* Treccani, è 'conveniente' ciò che è «Utile, vantaggioso»; è opportuno, invece, ciò «Che viene a proposito, che è adatto alle condizioni del momento, alle necessità o al desiderio». Sul piano giuridico la differenza sembra palesarsi con evidenza: ad esempio, un provvedimento amministrativo può, nel contempo, risultare conveniente per le finanze pubbliche, ma non opportuno ai fini della attuazione dell'indirizzo politico, e viceversa.

[5] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo per il corso di base* cit., pp. 549 ss.

[6] G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo per il corso di base* cit., p. 416. Occorre avvertire che, ferma restando l'esclusione di un sindacato sostitutivo, è controverso se l'area del merito amministrativo ricomprenda anche la valutazione in parola: per una esaustiva ricognizione delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali sul punto, si v. F. CINTIOLI, voce *Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II-2, 2008, pp. 471 ss. Chi scrive condivide l'opinione di G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo per il corso di base* cit., p. 417, secondo cui «l'area del merito amministrativo è rappresentata dall'insieme costituito» non solo «da tutte le innumerevoli, possibili, soluzioni di composizione» fra interesse pubblico specifico e interessi secondari «che la P.A. può in astratto scegliere di assumere con il provvedimento», ma anche «dalla scelta del criterio tecnico-scientifico per rilevare la sussistenza dei presupposti dell'azione».

ISSN 2036-7821

Così stando le cose, non sembra revocabile in dubbio che individuare in concreto i confini del controllo giurisdizionale sul potere amministrativo tramite l'eccesso di potere non costituisca una operazione agevole e dall'esito pacifico. Il fatto che il giudice, al fine di rilevare il vizio in parola, debba in qualche modo riflettere sul merito della scelta della P.A., senza però rivisitarlo, rende, com'è perspicuo, la qualità della sua indagine assai incerta[7].

L'esigenza di interrogarsi sul perimetro del controllo del G.A. appare particolarmente rilevante nel caso della informazione interdittiva, giacché questa può

[7] Il tema del sindacato giurisdizionale sul merito amministrativo è stato trattato in numerosi studi. Fra questi, si v.: T. ALIBRANDI, *L'eccesso di potere come indizio processuale*, in *Dir. soc.*, 1982, fasc. 1, pp. 55 ss.; T. ANCORA, *Il vizio di eccesso di potere negli atti amministrativi e sua rilevanza nella fase del loro controllo*, in *Cons. Stato*, 1983, fasc. 8-9, pt. 2, pp. 1015 ss.; F. ASTONE, *Principio di ragionevolezza nelle decisioni giurisdizionali e giudice amministrativo*, in *federalismi.it*, 2018, fasc. 17; G. BARONE, voce *Discrezionalità, I) diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XI, 1989; F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, vol. I, pp. 1 ss.; ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 118 ss.; L. BENVENUTI, *Brevi note sulla effettività della tutela giurisdizionale*, in *giustamm.it*, 2018, fasc. 7; A. BERTOLDINI, *La tripartizione dell'invalidità nella giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, fasc. 3, pp. 759 ss.; E. CARDI, S. COGNETTI, voce *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, 1990, pp. 341 ss.; A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, fasc. 2, pp. 635 ss.; G. CORAGGIO, *Il merito amministrativo nei procedimenti giustiziali*, in *Nuova rass.*, 1981, fasc. 14, pp. 1389 ss.; ID., voce *Merito amministrativo*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVI, 1976, pp. 130 ss.; M. D'AMELIO, A. AZARA, voce *Eccesso di potere*, in *Nss. dig. it.*, vol. VI, 1975, pp. 344 ss.; A. DE SIANO, *Il giudice amministrativo come "giudice naturale" della conformazione al giudicato dell'attività amministrativa: esigenze di concentrazione della tutela e limiti al potere di sostituirsi alla p.a. alla luce della recente elaborazione giurisprudenziale sul giudizio di ottemperanza*, in *giustamm.it*, 2013, fasc. 10; F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo, Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Cedam, Padova, 2017; B.D. FRAUDATARIO, *Note in tema di sviamento ed eccesso di potere nell'ordinamento dell'Unione Europea ed in quello italiano*, in *Foro amm.*, 2015, fasc. 6, pp. 1624 ss.; P. GASPARRI, voce *Eccesso, II) eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, 1965, pp. 124 ss.; A. GUANTARIO, *L'eccesso di potere nel sindacato di legittimità ed esigenza di effettività della tutela giurisdizionale*, in *giustamm.it*, 2018, fasc. 7; A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *federalismi.it*, 2018, fasc. 1; F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, in *Dir. pubbl.*, 2000, fasc. 2, pp. 433 ss.; G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, fasc. 4, pp. 939 ss.; V. MAGRINI, *Quando il giudice amministrativo entra nel merito? I limiti del sindacato sulle delibere del C.S.M. di conferimento degli incarichi direttivi secondo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Riv. AIC*, 2012, fasc. 3; M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, fasc. 4, pp. 1677 ss.; F. MERUSI, *La tecnica di attuazione della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2019, fasc. 2, pp. 281 ss.; F. MODUGNO, voce *Eccesso di potere, I) profili generali*, in *Enc. giur.*, vol. XII, 1989; ID., voce *Eccesso di potere, III) eccesso di potere giurisdizionale*, ivi; F. MODUGNO, M. MANETTI, voce *Eccesso di potere, II) eccesso di potere amministrativo*, ivi; C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Nss. dig. it.*, vol. V, 1968, pp. 1098 ss.; V. NOCCO, *Note sull'eccesso di potere*, in *Nuova rass.*, 1989, fasc. 3-4, pp. 394 ss.; V. OTTAVIANO, voce *Merito, diritto amministrativo*, in *Nss. dig. it.*, vol. X, 1964, pp. 575 ss.; G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1963, pp. 60 ss.; A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, 1964, pp. 65 ss.; A. POLICE, *Il sindacato sull'eccesso di potere nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità Europee*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, fasc. 3, pp. 608 ss.; P.G. PONTICELLI, voce *Merito amministrativo (e giurisdizione di merito)*, in *Enc. giur.*, vol. XX, 1990; A. PUBUSA, voce *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.* vol. IX, 1994, pp. 401 ss.; F.G. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1981, fasc. 14, pp. 1376 ss.

ISSN 2036-7821

incidere in maniera assai significativa nella sfera giuridica del destinatario, anche ledendo rimarchevolmente diritti costituzionalmente garantiti[8].
Tutto ciò considerato, obiettivo della presente breve ricerca è provare a far luce sul sindacato che il G.A. esercita sul provvedimento in questione. L'indagine sarà condotta attraverso il metodo induttivo/deduttivo: si prenderanno le mosse dall'esame del diritto positivo, il quale, a motivo dello stretto legame sussistente fra l'informazione e la comunicazione, avrà ad oggetto la normativa sulla documentazione antimafia nel suo complesso; si tenterà, poi, di acclarare come si configuri il controllo giurisdizionale sull'informazione interdittiva nella giurisprudenza; si cercherà, infine, di offrire qualche spunto ricostruttivo, attingendo in via deduttiva dalla teoria generale del diritto, dai principi generali dell'ordinamento e dalla logica giuridica[9].

2. La documentazione antimafia.

Come si è anticipato, la documentazione antimafia, prevista dal D.Lgs. 159/2011, comprende le comunicazioni antimafia (di cui all'art. 84, co. 2), e le informazioni antimafia (di cui all'art. 84, co. 3). Essa è volta a contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nel tessuto economico[10].
Si è altresì anticipato che sia le comunicazioni, sia le informazioni possono avere carattere liberatorio o interdittivo; e che i provvedimenti interdittivi precludono la costituzione, ovvero ingiungono la estinzione, di determinati rapporti giuridici di cui sono parte le PP.AA.[11].
Ai sensi dell'art. 83, co. 1, del Decreto, «Le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di lavori o di servizi pubblici, devono acquisire la documentazione antimafia di cui all'articolo 84 prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e

[8] Come rileva A. LONGO, *La «massima anticipazione di tutela». Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali* cit., p. 8, «la disciplina complessiva dell'interdittiva antimafia determin[a] una pervasiva compressione di libertà costituzionalmente garantite (*in primis*, quella dell'iniziativa economica), di fatto causando non solo l'interruzione dei rapporti negoziali con la P.A., ma anche precludendo una molteplicità di attività private a contenuto economico, per le quali la legge preveda un intervento autorizzatorio o concessorio da parte del soggetto pubblico».

[9] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Jovene, Napoli, 2003, pp. 7 ss.

[10] Si v., fra gli altri, J.P. DE JORIO, *Le interdittive antimafia ed il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali*, Jovene, Napoli, 2019, p. 1, e F. FIGORILLI, W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, in *federalismi.it*, 2021, fasc. 14, pp. 56 ss., 57.

[11] Si v. F. FIGORILLI, W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale* cit., pp. 57-59.

ISSN 2036-7821

forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67»[12].

Giusta l'art. 84, co. 2, la comunicazione antimafia «consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67», e cioè dell'avvenuta applicazione, o meno, con provvedimento definitivo dell'autorità giudiziaria, di una delle misure di prevenzione personali previste dal libro I, titolo I, capo II, del Decreto; nonché della sussistenza, o meno, di una condanna con sentenza definitiva, ovvero – sebbene non definitiva – confermata in appello, per uno dei delitti di cui all'art. 51, co. 3-*bis*, del Codice di procedura penale[13].

Ai sensi dell'art. 87, co. 1, la comunicazione «è acquisita mediante consultazione della banca dati nazionale unica da parte dei soggetti di cui all'articolo 97, comma 1, debitamente autorizzati» (tra i quali rientrano, ad esempio, le PP.AA., gli enti

[12] I provvedimenti menzionati nell'art. 67 sono i seguenti: «a) licenze o autorizzazioni di polizia e di commercio; b) concessioni di acque pubbliche e diritti ad esse inerenti nonché concessioni di beni demaniali allorché siano richieste per l'esercizio di attività imprenditoriali; c) concessioni di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazione e concessioni di servizi pubblici; d) iscrizioni negli elenchi di appaltatori o di fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione, nei registri della camera di commercio per l'esercizio del commercio all'ingrosso e nei registri di commissionari astatori presso i mercati annonari all'ingrosso; e) attestazioni di qualificazione per eseguire lavori pubblici; f) altre iscrizioni o provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio, o abilitativo per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati; g) contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali; h) licenze per detenzione e porto d'armi, fabbricazione, deposito, vendita e trasporto di materie esplodenti». Il co. 2 del medesimo art. 83 stabilisce che «La disposizione di cui al comma 1 si applica ai contraenti generali di cui all'articolo 176 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163». Secondo il co. 3, «La documentazione di cui al comma 1 non è comunque richiesta: a) per i rapporti fra i soggetti pubblici di cui al comma 1; b) per i rapporti fra i soggetti pubblici di cui alla lettera a) ed altri soggetti, anche privati, i cui organi rappresentativi e quelli aventi funzioni di amministrazione e di controllo sono sottoposti, per disposizione di legge o di regolamento, alla verifica di particolari requisiti di onorabilità tali da escludere la sussistenza di una delle cause di sospensione, di decadenza o di divieto di cui all'articolo 67; c) per il rilascio o rinnovo delle autorizzazioni o licenze di polizia di competenza delle autorità nazionali e provinciali di pubblica sicurezza; d) per la stipulazione o approvazione di contratti e per la concessione di erogazioni a favore di chi esercita attività agricole o professionali, non organizzate in forma di impresa, nonché a favore di chi esercita attività artigiana in forma di impresa individuale e attività di lavoro autonomo anche intellettuale in forma individuale; e) per i provvedimenti, ivi inclusi quelli di erogazione, gli atti ed i contratti il cui valore complessivo non supera i 150.000 euro». Il co. 3-*bis*, tuttavia, dispone che «La documentazione di cui al comma 1 è sempre prevista nelle ipotesi di concessione di terreni agricoli e zootecnici demaniali che ricadono nell'ambito dei regimi di sostegno previsti dalla politica agricola comune, a prescindere dal loro valore complessivo, nonché su tutti i terreni agricoli, a qualunque titolo acquisiti, che usufruiscono di fondi europei per un importo superiore a 25.000 euro o di fondi statali per un importo superiore a 5.000 euro».

[13] Va segnalato che la Consulta, con sentenza 30/7/2021, n. 178 (pubblicata in *cortecostituzionale.it*), ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 24, co. 1, lett. d), Decreto-Legge 4 ottobre 2018, n. 113, che modifica l'art. 67, co. 8, D.Lgs. 159/2011, introducendo una nuova causa «di decadenza, di sospensione o di divieto»: la condanna con sentenza definitiva, o – ancorché non definitiva – confermata in appello, «per i reati di cui all'articolo 640, secondo comma, n. 1), del codice penale, commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico, e all'articolo 640-bis del codice penale».

ISSN 2036-7821

pubblici, i concessionari di lavori o di servizi pubblici, le Camere di commercio, gli ordini professionali[14]), «salvo i casi di cui all'articolo 88, commi 2, 3 e 3-bis». In tali casi, che sono quelli in cui «dalla consultazione della banca dati nazionale unica emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67» (art. 88, co. 2), e quelli in cui «la consultazione della banca dati nazionale unica è eseguita per un soggetto che risulti non censito» (art. 88, co. 3-*bis*), la comunicazione è rilasciata «dal prefetto della provincia in cui le persone fisiche, le imprese, le associazioni o i consorzi risiedono o hanno la sede legale», o «dal prefetto della provincia in cui è stabilita una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato per le società di cui all'articolo 2508 del codice civile» (art. 87, co. 2, lett. a), o «dal prefetto della provincia in cui i soggetti richiedenti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, hanno sede per le società costituite all'estero, prive di una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato» (art. 87, co. 2, lett. b). Il Prefetto «effettua le necessarie verifiche» e, qualora emergano «motivi ostativi», ne «accerta la corrispondenza […] alla situazione aggiornata del soggetto sottoposto agli accertamenti» (art. 88, co. 2). Giusta l'art. 88, co. 4, il rilascio della comunicazione avviene entro trenta giorni dalla data della consultazione della banca dati nazionale unica di cui all'art. 87, co. 1.

Il provvedimento «ha una validità di sei mesi dalla data dell'acquisizione» (art. 86, co. 1). In dottrina si osserva che la comunicazione interdittiva inibisce «tutte le iscrizioni» e i «provvedimenti autorizzatori, concessori o abilitativi per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati, nonché […] tutte le attività soggette a segnalazione certificata di inizio attività (c.d. s.c.i.a.) e a silenzio assenso (come si evince dal combinato disposto degli artt. 67, 84 e 89 del Codice antimafia)»[15].

L'informazione antimafia ha un contenuto più ampio di quello della comunicazione. Essa «consiste» non solo «nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67», ma anche, «fatto salvo quanto previsto dall'articolo 91, comma 6, nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate indicati nel comma 4» (art. 84, co. 3).

---

[14] L'art. 97, co. 1, menziona: «a) i soggetti indicati dall'articolo 83, commi 1 e 2, del presente decreto» [ossia «Le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di lavori o di servizi pubblici» (art. 83, co. 1) e i «contraenti generali di cui all'articolo 176 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163» (art. 83, co. 2)]; «b) le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura; c) gli ordini professionali. c-bis) l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, per le finalità di cui all'articolo 6-bis del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163».

[15] Così J.P. DE JORIO, *Le interdittive antimafia ed il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali* cit., p. 3.

ISSN 2036-7821

Secondo l'art. 84, co. 4, la sussistenza dei «tentativi di infiltrazione mafiosa» in questione deve essere desunta da alcuni elementi sintomatici elencati nella stessa disposizione, come l'emanazione di «provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio», ovvero la «proposta» o il «provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione»[16]. L'art. 91, co. 6, stabilisce che «Il prefetto può, altresì, desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa da provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata, nonché dall'accertamento delle violazioni degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136, commesse con la condizione della reiterazione prevista dall'articolo 8-bis della legge 24 novembre 1981, n. 689».

L'autorità amministrativa deve compiere, quindi, una operazione indiziaria. Da ciò consegue che l'informazione, a differenza della comunicazione, costituisce espressione di un'attività non integralmente vincolata, ma in parte discrezionale, giacché l'attestazione della sussistenza in concreto di un tentativo di infiltrazione mafiosa e della sua tendenza a condizionare un operatore economico, in assenza di una indicazione normativa inequivocabile, non può che scaturire da un esercizio di discrezionalità[17].

---

[16] Giusta la disposizione in parola, «Le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva di cui al comma 3 sono desunte: a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-bis, 603-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-quinquies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356; b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione; c) salvo che ricorra l'esimente di cui all'articolo 4 della legge 24 novembre 1981, n. 689, dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e 629 del codice penale, aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, da parte dei soggetti indicati nella lettera b) dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste; d) dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'articolo 93 del presente decreto; e) dagli accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto procedente ai sensi della lettera d); f) dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia».

[17] Si v. O. MORCAVALLO, *L'informazione interdittiva antimafia*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 10, secondo cui «l'informazione antimafia […] si compone di una attestazione, a carattere vincolato (sulla sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 d.lgs. 159/2011) e di un'attestazione, a contenuto discrezionale, sulla sussistenza o meno di **eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa** tendenti a

ISSN 2036-7821

L'informazione, ai sensi dell'art. 91, co. 1, va acquisita «prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67» che abbiano un certo valore, fissato dalla medesima disposizione[18].

Secondo l'art. 90, co. 1, «L'informazione antimafia è conseguita mediante consultazione della banca dati nazionale unica da parte dei soggetti di cui all'articolo 97, comma 1, debitamente autorizzati, salvo i casi di cui all'articolo 92, commi 2 e 3». In tali casi, che sono quelli in cui «dalla consultazione della banca dati nazionale unica emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4», e quelli in cui «la consultazione della banca dati nazionale unica è eseguita per un soggetto che risulti non censito» (art. 92, co. 2), l'informazione è rilasciata «dal prefetto della provincia in cui le persone fisiche, le imprese, le associazioni o i consorzi risiedono o hanno la sede legale», o «dal prefetto della provincia in cui è stabilita una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato per le società di cui all'articolo 2508 del codice civile» (art. 90, co. 2, lett. a), o «dal prefetto della provincia in cui i soggetti richiedenti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, hanno sede per le società costituite all'estero, prive di una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato» (art. 90, co. 2, lett. b). Giusta l'art. 92, co. 2, il Prefetto «dispone le necessarie verifiche» e rilascia l'informazione interdittiva entro trenta giorni dalla data della consultazione della banca dati nazionale unica[19].

---

condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate». Si v. altresì: F. FIGORILLI, W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale* cit., p. 58, ad avviso dei quali «Se la comunicazione antimafia ha un contenuto meramente vincolato e dichiarativo dell'avvenuta emissione delle predette misure di prevenzione personali assunte in sede giudiziaria, l'informazione antimafia si caratterizza, invece, per l'autonomia valutativa del Prefetto nel riconoscere la sussistenza in concreto delle condizioni di infiltrazione e condizionamento di un operatore economico da parte della criminalità mafiosa»; e J.P. DE JORIO, *Le interdittive antimafia ed il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali* cit., p. 4, nella cui opinione «Le informazioni possiedono […] un carattere misto, e sono contrassegnate da una spiccata natura discrezionale che discende dall'autonomia valutativa attribuita dal Codice al Prefetto».

[18] Segnatamente, «il cui valore sia: a) pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati; b) superiore a 150.000 euro per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali; c) superiore a 150.000 euro per l'autorizzazione di subcontratti, cessioni, cottimi, concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche». Il co. 1-*bis* dello stesso articolo aggiunge che «L'informazione antimafia è sempre richiesta nelle ipotesi di concessione di terreni agricoli demaniali che ricadono nell'ambito dei regimi di sostegno previsti dalla politica agricola comune, a prescindere dal loro valore complessivo, nonché su tutti i terreni agricoli, a qualunque titolo acquisiti, che usufruiscono di fondi europei per un importo superiore a 25.000 euro».

[19] Tuttavia, «Quando le verifiche disposte siano di particolare complessità, il prefetto ne dà comunicazione senza ritardo all'amministrazione interessata, e fornisce le informazioni acquisite nei successivi quarantacinque giorni». Ai sensi dell'art. 91, co. 7-*bis*, «Ai fini dell'adozione degli ulteriori provvedimenti di competenza di altre amministrazioni, l'informazione antimafia interdittiva, anche emessa in esito all'esercizio dei poteri di accesso, è

ISSN 2036-7821

L'autorità amministrativa, nella ipotesi in cui, «sulla base degli esiti delle verifiche» appena menzionate, «ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione antimafia interdittiva ovvero per procedere all'applicazione delle misure di cui all'articolo 94-bis», ossia delle nuove «Misure amministrative di prevenzione collaborativa»[20], «e non ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento, ne dà tempestiva comunicazione al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa. Con tale comunicazione è assegnato un termine non superiore a venti giorni per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché per richiedere l'audizione, da effettuare secondo le modalità previste dall'articolo 93, commi 7, 8 e 9» (art. 92, co. 2-*bis*).

Ai sensi dell'art. 86, co. 2, l'informazione «ha una validità di dodici mesi dalla data dell'acquisizione», a meno che non intervengano modificazioni dell'assetto societario o gestionale dell'impresa. Quella interdittiva impedisce alle PP.AA. e agli altri «soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2» di «stipulare, approvare o autorizzare i

---

tempestivamente comunicata anche in via telematica: a) alla Direzione nazionale antimafia e ai soggetti di cui agli articoli 5, comma 1, e 17, comma 1; b) al soggetto di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, che ha richiesto il rilascio dell'informazione antimafia; c) alla camera di commercio del luogo dove ha sede legale l'impresa oggetto di accertamento; d) al prefetto che ha disposto l'accesso, ove sia diverso da quello che ha adottato l'informativa antimafia interdittiva; e) all'osservatorio centrale appalti pubblici, presso la direzione investigativa antimafia; f) all'osservatorio dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture istituito presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, ai fini dell'inserimento nel casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 62-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82; g) all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per le finalità previste dall'articolo 5-ter del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27; h) al Ministero delle infrastrutture e trasporti; i) al Ministero dello sviluppo economico; l) agli uffici delle Agenzie delle entrate, competenti per il luogo dove ha sede legale l'impresa nei cui confronti è stato richiesto il rilascio dell'informazione antimafia».

[20] Ai sensi dell'art. 94-*bis*, co. 1, «Il prefetto, quando accerta che i tentativi di infiltrazione mafiosa sono riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale, prescrive all'impresa, società o associazione interessata, con provvedimento motivato, l'osservanza, per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a dodici mesi, di una o più delle seguenti misure: a) adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, atte a rimuovere e prevenire le cause di agevolazione occasionale; b) comunicare al gruppo interforze istituito presso la prefettura competente per il luogo di sede legale o di residenza, entro quindici giorni dal loro compimento, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali conferiti, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti, di valore non inferiore a 5.000 euro o di valore superiore stabilito dal prefetto, sentito il predetto gruppo interforze, in relazione al reddito della persona o al patrimonio e al volume di affari dell'impresa; c) per le società di capitali o di persone, comunicare al gruppo interforze i finanziamenti, in qualsiasi forma, eventualmente erogati da parte dei soci o di terzi; d) comunicare al gruppo interforze i contratti di associazione in partecipazione stipulati; e) utilizzare un conto corrente dedicato, anche in via non esclusiva, per gli atti di pagamento e riscossione di cui alla lettera b), nonché per i finanziamenti di cui alla lettera c), osservando, per i pagamenti previsti dall'articolo 3, comma 2, della legge 13 agosto 2010, n. 136, le modalità indicate nella stessa norma». Inoltre, giusta il co. 2 dello stesso art. 94-*bis*, «Il prefetto, in aggiunta alle misure di cui al comma 1, può nominare, anche d'ufficio, uno o più esperti, in numero comunque non superiore a tre, individuati nell'albo di cui all'articolo 35, comma 2-bis, con il compito di svolgere funzioni di supporto finalizzate all'attuazione delle misure di prevenzione collaborativa».

ISSN 2036-7821

contratti o subcontratti», nonché di «autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni» (art. 94, co. 1).
L'informazione interdittiva, dunque, dovrebbe distinguersi dalla comunicazione in quanto, a differenza di questa, non inibisce il rilascio dei provvedimenti di natura autorizzatoria. E però, come si è osservato in dottrina, la «rigida tradizionale ripartizione degli effetti interdittivi, propria del binomio comunicazioni/informazioni antimafia, è stata […] in parte superata» dall'art. 2, co. 1, lett. d), Decreto Legislativo 13 ottobre 2014, n. 153, che ha introdotto, nel D.Lgs. 159/2011, l'art. 89-*bis*, giusta il quale «Quando in esito alle verifiche di cui all'articolo 88, comma 2, venga accertata la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, il prefetto adotta comunque un'informazione antimafia interdittiva e ne dà comunicazione ai soggetti richiedenti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, senza emettere la comunicazione antimafia» (co. 1); «L'informazione antimafia adottata ai sensi del comma 1 tiene luogo della comunicazione antimafia richiesta» (co. 2)[21]. Secondo un'interpretazione giurisprudenziale consolidata[22], ritenuta dalla Corte costituzionale in linea con il dettato della Carta[23], l'articolo in questione attribuisce all'informazione interdittiva, nella ipotesi in parola, anche l'effetto tipico della comunicazione, che è appunto quello di inibire le attività «in senso lato autorizzatorie»[24].

3. Il sindacato del G.A. sulle informazioni antimafia interdittive.

Terminato l'esame del diritto positivo, si può provare a verificare come si configuri il controllo giurisdizionale sull'informazione interdittiva nella giurisprudenza.
I giudici amministrativi affermano costantemente che il Prefetto, in ordine all'attestazione della sussistenza, o meno, di un tentativo di infiltrazione mafiosa e della sua tendenza a condizionare un operatore economico, è titolare di un 'ampio' potere discrezionale[25]. Il Consiglio di Stato ha avuto modo di precisare che l'autorità amministrativa «dispone di ampia discrezionalità nella individuazione degli

[21] Si v. M. NOCCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2018, p. 8.
[22] Si v., fra le altre: Cons. Stato, sez. III, 2/9/2019, n. 6057, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. III, 8/3/2017, n. 1109, ivi; Cons. Stato, sez. III, 9/2/2017, n. 565, ivi; T.A.R. Emilia-Romagna-Bologna, sez. I, 2/8/2021, n. 752, ivi. Va segnalato che il Supremo Giudice amministrativo ha fornito l'interpretazione in parola anche in sede consultiva: si v. Cons. Stato, sez. I, par. 17/11/2015, n. 3088, ivi.
[23] Si v. Corte cost., 18/1/2018, n. 4, in *cortecostituzionale.it*.
[24] Sono parole di Corte cost., 18/1/2018, n. 4 cit.
[25] *Ex multis*, si v.: Cons. Stato, sez. III, 22/5/2023, n. 5024, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. III, 16/5/2022, n. 3831, ivi; Cons. Stato, sez. III, 7/4/2022, n. 2585, ivi; Cons. Stato, sez. III, 4/4/2022, n. 2465, ivi; Cons. Stato, sez. V, 12/11/2019, n. 7751, ivi; Cons. Stato, sez. III, 12/3/2018, n. 1563, ivi; Cons. Stato, sez. III, 5/3/2018, n. 1401, ivi; Cons. Stato, sez. III, 12/9/2017, n. 4295, ivi; Cons. Stato, sez. III, 11/9/2017, n. 4286, ivi; Cons. Stato, sez. III, 8/3/2017, n. 1109 cit.; Cons. Stato, sez. VI, 2/3/2017, n. 983, in *giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Sicilia-Catania, sez. III, 3/7/2023, n. 2073, ivi; T.A.R. Puglia-Bari, sez. II, 16/6/2023, n. 916, ivi; T.A.R. Calabria-Catanzaro, sez. I, 17/11/2022, n. 2080, ivi.

ISSN 2036-7821

elementi da cui desumere il pericolo infiltrativo, così come nella riconduzione degli stessi, pur nella loro eterogeneità e nonostante l'inidoneità degli stessi, isolatamente considerati, a giustificare il provvedimento interdittivo, in una cornice unitaria e coerente, suscettibile di giustificare, secondo parametri di logicità, razionalità e proporzionalità, il rischio concreto che le scelte imprenditoriali del soggetto interdicendo possano essere condizionate dall'influenza mafiosa o comunque risultare orientate a favorire, anche in modo indiretto, gli interessi delle consorterie criminali»[26].

Si asserisce espressamente che il novero degli 'indici sintomatici' non è costituito solo da quelli menzionati nel D.lgs. 159/2011. Oltre a questi, «Esistono […], come insegna l'esperienza applicativa della legislazione in materia e la vasta giurisprudenza formatasi sul punto nel corso di oltre venti anni, numerose altre situazioni, non tipizzate dal legislatore, che sono altrettante 'spie' dell'infiltrazione (nella duplice forma del condizionamento o del favoreggiamento dell'impresa). Gli elementi di inquinamento mafioso, ben lungi dal costituire un *numerus clausus*, assumono forme e caratteristiche diverse secondo i tempi, i luoghi e le persone e sfuggono, per l'insidiosa pervasività e mutevolezza, anzitutto sul piano sociale, del fenomeno mafioso, ad un preciso inquadramento. Quello voluto dal legislatore, ben consapevole di questo, è dunque un catalogo aperto di situazioni sintomatiche del condizionamento mafioso»[27].

Ad avviso dei giudici amministrativi, essendo la P.A. titolare di ampia discrezionalità, quello sull'informazione interdittiva non può configurarsi come un controllo giurisdizionale 'pieno'. Le valutazioni del Prefetto «sono suscettibili di sindacato in sede giurisdizionale nei soli limiti di evidenti vizi di eccesso di potere

[26] Così Cons. Stato, sez. III, 4/4/2022, n. 2465 cit.

[27] Cons. Stato, sez. III, 3/5/2016, n. 1743, in *giustizia-amministrativa.it*. Il Supremo Giudice amministrativo aggiunge che «L'autorità prefettizia deve valutare perciò il rischio che l'attività di impresa possa essere oggetto di infiltrazione mafiosa, in modo concreto ed attuale, sulla base dei seguenti elementi: *a)* i provvedimenti 'sfavorevoli' del giudice penale; *b)* le sentenze di proscioglimento o di assoluzione; *c)* la proposta o il provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione previste dallo stesso d. lgs. n. 159 del 2011; *d)* i rapporti di parentela; *e)* i contatti o i rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia; *f)* le vicende anomale nella formale struttura dell'impresa; *g)* le vicende anomale nella concreta gestione dell'impresa; *h)* la condivisione di un sistema di illegalità, volto ad ottenere i relativi 'benefici'; *i)* l'inserimento in un contesto di illegalità o di abusivismo, in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità». Sul punto, fra le altre, si v. anche: Cons. Stato, sez. III, 23/5/2023, n. 5097, ivi; Cons. Stato, sez. III, 14/3/2023, n. 2628, ivi; Cons. Stato, sez. III, 25/7/2019, n. 5261, ivi; Cons. Stato, sez. III, 8/3/2017, n. 1109 cit.; T.A.R. Sicilia-Catania, sez. I, 9/5/2022, n. 1277, in *giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Valle D'Aosta-Aosta, sez. unica, 11/1/2022, n. 1, ivi. Secondo Corte cost., 26/3/2020, n. 57, in *cortecostituzionale.it*, la giurisprudenza amministrativa ha individuato «un nucleo consolidato […] di situazioni indiziarie, che sviluppano e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale».

ISSN 2036-7821

nei profili della manifesta illogicità e dell'erronea e travisata valutazione dei presupposti»[28].

Il G.A., pertanto, non può sostituire *sic et simpliciter* la sua valutazione a quella operata dalla P.A.; può, invece, indagare su tale valutazione al fine di verificare se l'atto sia illegittimo per eccesso di potere[29].

I giudici affermano che l'accertamento in parola deve essere effettuato adoperando il criterio del 'più probabile che non', allo scopo di verificare se sia possibile «pervenire in via presuntiva alla conclusione ragionevole» che il rischio di infiltrazione mafiosa sussista, «tenuto conto di tutte le circostanze di tempo, di luogo e di persona specificamente dedotte a sostegno dell'adottato provvedimento amministrativo»[30].

Applicando il criterio in questione, non è necessario acclarare che la tesi sostenuta da una delle parti «sia capace di neutralizzare l'ipotesi alternativa, degradandola allo stadio di ipotesi puramente astratta, in assoluto non escludibile, ma appartenente all'universo delle congetture teoriche, sfornite di appigli nella realtà» – il che va fatto allorquando si adopera il criterio dell''oltre ogni ragionevole dubbio' –, bensì è «sufficiente accertare che l'ipotesi intorno a quel fatto sia più probabile di tutte le altre messe insieme, ossia rappresenti il 50% + 1 di possibilità, ovvero, con formulazione più appropriata, la c.d. probabilità cruciale»[31].

Ora, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, al sindacato del G.A. «rimane estraneo l'accertamento dei fatti, anche di rilievo penale, posti a base del provvedimento». La valutazione prefettizia «può essere assoggettata al sindacato del

[28] Così Cons. Stato, sez. III, 1/12/2015, n. 5437, in *giustizia-amministrativa.it*. Fra le altre, si v. pure: Cons. Stato, sez. III, 22/5/2023, n. 5024 cit.; Cons. Stato, sez. III, 16/5/2022, n. 3831 cit.; Cons. Stato, sez. III, 7/4/2022, n. 2585 cit.; Cons. giust. amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 8/3/2022, n. 294, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. III, 9/9/2020, n. 5416, ivi; Cons. Stato, sez. III, 3/7/2019, n. 4570, ivi; Cons. Stato, sez. III, 12/3/2018, n. 1563 cit.; Cons. Stato, sez. III, 30/11/2017, n. 5623, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. III, 7/11/2017, n. 5143, ivi; Cons. Stato, sez. III, 12/9/2017, n. 4295 cit.; Cons. Stato, sez. III, 7/4/2017, n. 1638, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. III, 15/9/2016, n. 3889, ivi; Cons. Stato, sez. III, 5/4/2016, n. 1328, ivi; T.A.R. Lombardia-Milano, sez. I, 4/7/2023, n. 1715, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I stralcio, 24/1/2022, n. 759, ivi; T.A.R. Lombardia-Milano, sez. I, 27/5/2021, n. 1300, ivi.

[29] Come spiega G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo per il corso di base*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 551, «Quando la legge sceglie di regolare la fattispecie secondo lo 'schema' che prevede l'assegnazione alla P.A. di un margine, più o meno ampio, di discrezionalità, attribuisce alla scelta di questa uno spazio, più o meno significativo, dentro il quale, secondo l'ordinamento, nessuno può entrare, nemmeno il giudice. Questo, però, non significa che la P.A. possa fare liberamente quel che crede: deve comunque agire in conformità con i parametri stabiliti anche per quel che concerne le modalità di esercizio del suo potere di scelta».

[30] Cons. Stato, sez. III, 30/7/2018, n. 4683, in *giustizia-amministrativa.it*. Fra le altre, si v. anche: Cons. Stato, sez. III, 19/4/2021, n. 3132, ivi; Cons. Stato, sez. III, 24/9/2019, n. 6360, ivi; Cons. Stato, sez. III, 22/6/2018, n. 3849, ivi; Cons. Stato, sez. III, 12/3/2018, n. 1563 cit.; Cons. Stato, sez. III, 3/5/2016, n. 1743 cit.; T.A.R. Campania-Napoli, sez. I, 14/6/2023, n. 3616, in *giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Toscana-Firenze, sez. II, 31/3/2023, n. 329, ivi; T.A.R. Calabria-Reggio Calabria, sez. unica, 26/9/2022, n. 637, ivi.

[31] Così Cons. Stato, sez. III, 26/9/2017, n. 4483, in *giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

giudice amministrativo solo sotto il profilo della sua logicità in relazione alla rilevanza dei fatti accertati»[32].

A ben vedere, tuttavia, sovente i giudici non sembrano affatto astenersi dall'accertamento e dalla valutazione dei fatti sui quali si fonda l'interdittiva.

Ad esempio, una recente pronuncia del T.A.R. Toscana-Firenze ha ritenuto illegittima un'informazione basata su una ipotesi investigativa che non aveva trovato conferma in sede processuale. Dopo aver sostenuto che il provvedimento prefettizio deve «fondarsi su dati di fatto concreti che denotino un pericolo attuale di infiltrazione mafiosa», e che «il reato non è condizione né necessaria, ma neanche sufficiente, per motivare l'emanazione dell'informativa interdittiva dovendo quest'ultima basarsi anche su circostanze concrete e di fatto, risultanti dalle indagini delle Forze di Polizia, le quali valutate nel loro insieme e nella loro concatenazione reciproca lascino presumere con alto grado di probabilità l'esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa per condizionare gli indirizzi dell'azienda», il Collegio afferma che, riguardando l'ipotesi investigativa sulla quale si fonda il provvedimento «fatti e […] frequentazioni risalenti a più di vent'anni» prima, «che dunque hanno perso il loro originario valore indiziante, e ciò anche per effetto delle assoluzioni successivamente intervenute, sarebbe stato necessario attualizzare o comunque concretizzare il giudizio sul pericolo di infiltrazione mafiosa nella gestione dell'attività di impresa»[33].

Anche il T.A.R. Campania-Napoli, in diverse occasioni, ha reputato viziata l'interdittiva emessa in presenza di un provvedimento giurisdizionale di proscioglimento. Ad avviso del G.A., «se è vero […] che anche in caso di proscioglimento i fatti oggetto di un processo penale non perdono la loro idoneità a fungere da validi elementi di sostegno per l'emissione di un'informativa interdittiva – essendo diversi i piani su cui operano la responsabilità penale ed il sistema di prevenzione antimafia – nondimeno occorre che l'autorità prefettizia analizzi approfonditamente il contenuto dei provvedimenti giurisdizionali favorevoli, valutandone la rilevanza ai fini della persistenza del giudizio negativo formatosi in precedenza; giudizio che, ove si intenda confermare, dovrà risultare supportato da elementi indiziari non in contraddizione con gli accertamenti compiuti dal giudice

[32] Cons. Stato, sez. III, 16/5/2022, n. 3831 cit. Fra le molte altre decisioni che si esprimono in questo senso, si v. anche: Cons. Stato, sez. III, 7/4/2022, n. 2585 cit.; Cons. Stato, sez. III, 5/8/2021, n. 5770, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. III, 14/7/2020, n. 4548, ivi; Cons. Stato, sez. III, 2/5/2019, n. 2855, ivi; Cons. Stato, sez. III, 30/11/2017, n. 5623 cit.; Cons. Stato, sez. III, 15/9/2016, n. 3889 cit.; Cons. Stato, sez. III, 7/12/2015, n. 5556, in *giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Basilicata-Potenza, sez. I, 10/3/2023, n. 156, ivi; T.A.R. Sicilia-Catania, sez. IV, 9/2/2023, n. 371, ivi; T.A.R. Valle D'Aosta-Aosta, sez. unica, 11/1/2022, n. 1 cit.

[33] T.A.R. Toscana-Firenze, sez. II, 31/3/2023, n. 329 cit.

ISSN 2036-7821

penale, i quali facciano (comunque) ritenere attendibile la sussistenza del pericolo di infiltrazioni da parte delle organizzazioni criminali»[34].

In altri casi, l'informazione è stata annullata giacché «il mero rapporto di parentela» con un soggetto legato alla criminalità organizzata, «in assenza di ulteriori elementi, non è di per sé idoneo a dare conto del tentativo di infiltrazione. Non può, infatti, configurarsi un rapporto di automatismo tra un legame familiare, sia pure tra stretti congiunti, ed il condizionamento dell'impresa, che deponga nel senso di un'attività sintomaticamente connessa a logiche e ad interessi malavitosi […]. Se è infatti vero, in base alle regole di comune esperienza, che il vincolo di parentela o di affinità può esporre il soggetto all'influsso dell'organizzazione, se non addirittura imporre (in determinati contesti) un coinvolgimento nella stessa, tuttavia l'attendibilità dell'interferenza dipende anche da una serie di circostanze ed ulteriori elementi indiziari che qualifichino, su un piano di attualità ed effettività, una immanente situazione di condizionamento e di contiguità con interessi malavitosi»[35].

È stata considerata illegittima, poi, una interdittiva emessa in presenza di un accertato rifiuto – frutto di una libera scelta – opposto dall'imprenditore alla richiesta di un capomafia di assumere il figlio. Secondo il G.A., tale rifiuto «dimostra (senza che l'Amministrazione abbia fatto riferimento ad altri elementi indiziari conducenti) che la gestione dell'impresa è immune da qualsiasi condizionamento malavitoso e che l'organizzazione delle attività imprenditoriali è frutto delle libere scelte compiute dall'imprenditore». Il Collegio sostiene che la P.A., «nel momento in cui adotta provvedimenti interdittivi che per loro natura producono effetti particolarmente gravosi sui destinatari, non possa legittimamente determinarsi facendo riferimento all'interpretazione di un dialogo dal quale si vuol fare emergere conseguenze circa la permeabilità della società appellata alle infiltrazioni mafiose»[36].

---

[34] Così T.A.R. Campania-Napoli, sez. I, 10/7/2014, n. 3858, in *giustizia-amministrativa.it*. Il collegio afferma che «sebbene un giudizio di contiguità mafiosa, nell'ambito dei rapporti intrattenuti con la pubblica amministrazione, possa essere validamente fondato su elementi meramente indiziari, non può tuttavia l'organo prefettizio non tenere conto degli ulteriori sviluppi delle attività di accertamento e di valutazione compiute, in ordine a quegli stessi elementi, dalla competente autorità giurisdizionale. In altri termini, è ben possibile che un giudizio di contiguità mafiosa poggi su indizi ricavati da una fase processuale provvisoria (quale può essere, come nel caso di specie, la fase delle indagini preliminari), ma non risponde a canoni di adeguatezza e razionalità dell'azione amministrativa prescindere dall'acquisizione e dalla ponderazione di sentenze o provvedimenti giurisdizionali che, in epoca successiva, abbiano confutato o quantomeno sminuito la portata indiziaria di circostanze in un primo momento ritenute indicative della sussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa». Fra le altre, si v. anche T.A.R. Campania-Napoli, sez. I, 10/7/2014, n. 3855, ivi, nonché T.A.R. Campania-Napoli, sez. I, 19/11/2013, n. 5196, ivi.

[35] Cons. Stato, sez. III, 3/7/2015, n. 3310, in *giustizia-amministrativa.it*. Fra le altre, si v. anche: Cons. Stato, sez. III, 19/1/2015, n. 118, ivi; T.A.R. Sicilia-Palermo, sez. I, 10/3/2023, n. 749, ivi; T.A.R. Calabria-Reggio Calabria, sez. unica, 13/6/2022, n. 425, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *ter*, 9/2/2021, n. 1604, ivi; T.A.R. Campania-Salerno, sez. I, 17/6/2013, n. 1348, ivi.

[36] Così Cons. giust. amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 11/12/2017, n. 548, in *giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

In una recente pronuncia del T.A.R. Calabria-Reggio Calabria, infine, si è asserito che «in mancanza di ulteriori elementi indiziari […], nessuna rilevanza può […] essere attribuita al "contesto territoriale" in cui» l'impresa «esercita la propria attività, non potendo ritenersi sussistente alcuna forma di automatico assoggettamento alla criminalità organizzata di tutte le imprese che operano in una determinata località […] solo per il fatto di avere ivi stabilito la propria sede»[37].
La casistica riportata ha carattere esemplificativo: i giudici hanno avuto occasione di reputare inidonei a giustificare l'emanazione della interdittiva anche altri 'indici sintomatici'[38].
Di recente, la Corte costituzionale ha affermato che le «numerose sentenze amministrative che si sono occupate dell'istituto […] non si limitano ad un controllo "estrinseco" […] e, pur dando il giusto rilievo alla motivazione, procedono ad un esame sostanziale degli elementi raccolti dal prefetto, verificandone la consistenza e la coerenza»[39]. Ebbene, forse non sempre, ma senza dubbio non di rado, i giudici amministrativi sembrano operare proprio in tal modo.

4. Spunti ricostruttivi.

Dopo aver provato a chiarire come si configura il controllo giurisdizionale sull'informazione interdittiva nella giurisprudenza, pare possibile tentare di offrire qualche spunto ricostruttivo.
Parte della dottrina non ritiene condivisibile l'asserto giurisprudenziale secondo cui la valutazione del Prefetto costituisce «espressione di ampia discrezionalità»[40]. V'è chi sostiene persino che, «in relazione ai poteri prefettizi e al loro esercizio, non viene affatto in gioco la nozione di discrezionalità»[41].
Ebbene, appare difficilmente revocabile in dubbio che la P.A. non sia titolare di discrezionalità 'amministrativa pura', non essendo chiamata ad effettuare una ponderazione fra interessi. Sembra assai arduo, peraltro, negare che disponga di

[37] T.A.R. Calabria-Reggio Calabria, sez. unica, 13/6/2022, n. 425 cit.
[38] *Ex aliis*, si v.: Cons. Stato, sez. III, 25/5/2018, n. 3138, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. giust. amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 4/12/2017, n. 530, ivi; T.A.R. Campania-Napoli, sez. I, 20/1/2021, n. 434, ivi.
[39] Corte cost., 26/3/2020, n. 57 cit.
[40] Si v.: G. D'ANGELO, *Il tentativo d'infiltrazione mafiosa ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva, tra garanzie procedimentali, tassatività sostanziale e sindacato giurisdizionale*, in *Foro it.*, 2021, fasc. 10, pt. 3, pp. 517 ss.; F.G. SCOCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *giustamm.it*, 2018, fasc. 6.
[41] Così F.G. SCOCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata* cit., p. 4. Ad avviso dell'A., «La stessa regola del "più probabile che non", formulata e sostenuta dalla giurisprudenza consolidata, richiama concetti di prova, di dimostrazione, più o meno piena, se vogliamo di (ricerca della) verità ed esclude valutazioni genuinamente discrezionali, ossia di opportunità. La valutazione rimessa al Prefetto è certamente opinabile, soggettiva, ma non è discrezionale: attiene alla conoscenza dei fatti, alla determinazione del loro valore indiziario, alla prova (anche non piena) della possibilità che una impresa sia esposta a infiltrazioni da parte della criminalità organizzata».

ISSN 2036-7821

discrezionalità 'tecnica', essendole riconosciuto un rimarchevole potere di scelta in ordine al criterio da adottare per verificare la sussistenza del presupposto della sua azione[42].

In questa prospettiva, la posizione dei giudici secondo cui il Prefetto dispone, nell'effettuare l'apprezzamento, di «ampia discrezionalità» non appare implausibile. Se ci si riferisce non al potere di scegliere la soluzione «di contemperamento fra l'interesse pubblico primario e gli interessi secondari»[43], bensì a quello di selezionare il criterio per verificare la «sussistenza di un presupposto tecnico-scientifico» dell'azione «che è di opinabile rilevabilità»[44], non sembra irragionevole sostenere che l'autorità amministrativa sia titolare di un significativo potere discrezionale[45].

Ciò posto, pare risultare condivisibile l'orientamento giurisprudenziale secondo cui «le valutazioni effettuate dall'Autorità prefettizia sono suscettibili di sindacato in

[42] I concetti di discrezionalità 'amministrativa pura' e discrezionalità 'tecnica' sono qui intesi nelle accezioni ad essi attribuite da G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo per il corso di base*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 410-423. Si v. anche ID., *Approfondimenti di diritto amministrativo per il corso specialistico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 286-291. Pare essere del medesimo avviso di chi scrive L. BORDIN, *Contraddittorio endoprocedimentale e interdittive antimafia: la questione rimessa alla Corte di Giustizia. E se il problema fosse altrove?*, in *federalismi.it*, 2020, n. 22, pp. 34 ss., 39, il quale osserva che «Il momento valutativo in cui si sostanzia l'esercizio del potere prefettizio […] è – secondo la ricostruzione prevalente – espressione di discrezionalità tecnica»; «in questo settore, l'Amministrazione non è chiamata a svolgere una scelta fondata sulla comparazione degli interessi (pubblici, collettivi, privati) attinti dal potere interdittivo, scelta che invece è l'essenza stessa del potere discrezionale. Al Prefetto è rimessa l'attenta ponderazione degli elementi emersi in sede istruttoria. Se a seguito dell'esame del materiale probatorio raccolto l'Autorità si determina nel senso di ritenere sussistente un tentativo di infiltrazione mafiosa, essa non ha alcun margine di scelta, dovendo provvedere all'emanazione del provvedimento interdittivo». Sembra esprimersi in maniera non dissimile A. LEVATO, *Potestà discrezionale del Prefetto e regime di impugnazione delle interdittive antimafia. Criticità e prospettive di risoluzione*, in *culturaprofessionale.interno.gov.it*, 2017, pp. 13-16. Non può sottacersi, peraltro, che la nozione di 'discrezionalità tecnica' è assai controversa in dottrina. Fra gli studi più rilevanti che se ne occupano, si segnalano: F. CINTIOLI, voce *Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II-2, 2008, pp. 471 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Cedam, Padova, 1995; A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffrè, Milano, 1985; V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici della pubblica amministrazione*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Giuffrè, Milano, 1987, vol. II, pp. 403 ss.; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, pp. 685 ss.; P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, pp. 95 ss.

[43] Così G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Approfondimenti di diritto amministrativo per il corso specialistico* cit., p. 286.

[44] G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo per il corso di base* cit., p. 418.

[45] Si esprime in senso contrario, ma parendo intendere il concetto di 'discrezionalità' nell'accezione qui attribuita a quello di 'discrezionalità amministrativa pura' G. D'ANGELO, *Il tentativo d'infiltrazione mafiosa ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva, tra garanzie procedimentali, tassatività sostanziale e sindacato giurisdizionale* cit., pp. 523-524, ad avviso del quale «ciò che non convince è soprattutto l'affermazione, assai ricorrente nella giurisprudenza amministrativa, che in tema di accertamento del tentativo di infiltrazione mafiosa la valutazione del prefetto sia "espressione di ampia discrezionalità" […], anche se in altre occasioni le informazioni antimafia sembrano essere ricondotte (non senza incertezze) a valutazioni di ordine tecnico» (p. 523). Non molto oltre, l'A. asserisce che «La fattispecie non prevede in capo all'amministrazione un margine di apprezzamento o di comparazione di interessi pubblici e privati (in altri termini, la valutazione del prefetto non è espressione di discrezionalità amministrativa nella sua accezione propria)» (p. 524).

ISSN 2036-7821

sede giurisdizionale nei soli limiti di evidenti vizi di eccesso di potere nei profili della manifesta illogicità e dell'erronea e travisata valutazione dei presupposti»[46]. Non può convenirsi con il G.A., invece, allorquando afferma che al suo controllo «rimane estraneo l'accertamento dei fatti, anche di rilievo penale, posti a base del provvedimento»[47].

Come si è osservato in dottrina, l'eccesso di potere «si può manifestare in due forme: il vero e proprio sviamento di potere, ovvero l'eccesso di potere che si rileva mediante le ccdd. 'figure sintomatiche'»[48]. Quest'ultimo si presenta assai problematico: non è chiaro se le 'figure' in parola abbiano realmente carattere sintomatico, né, se sì, come vada effettuata in concreto la valutazione circa la legittimità dell'atto; inoltre, il significato di molte di esse risulta incerto[49].

Pare plausibile asserire che una 'figura sintomatica', per essere considerata causa di illegittimità del provvedimento, deve necessariamente indicare una violazione o della norma attributiva del potere, o di un principio informatore dell'esercizio della discrezionalità[50].

Ora, è innegabile che, nei casi in cui il sindacato giurisdizionale concerne l'esercizio di discrezionalità 'tecnica', le 'figure' in questione possono segnalare la inosservanza di una norma 'tecnica'. Ma sembra difficilmente revocabile in dubbio che, indicando la violazione di una norma siffatta, esse segnalino altresì una inosservanza della norma attributiva del potere, giacché è questa che, richiamandola, conferisce alla regola 'tecnica' rilievo giuridico[51].

Fermo restando ciò, è da ritenersi condivisibile, ad avviso di chi scrive, il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui, quando la decisione vagliata è espressione di discrezionalità 'tecnica', «il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici dell'Amministrazione può svolgersi non in base al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì in ragione della verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro coerenza e correttezza, quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo. Va evidenziato, in tale ottica, che il controllo giurisdizionale, teso a garantire una tutela giurisdizionale effettiva, non può essere limitato ad un sindacato meramente estrinseco, estendendosi al controllo intrinseco –

[46] Così Cons. Stato, sez. III, 1/12/2015, n. 5437, in *giustizia-amministrativa.it*.

[47] Cons. Stato, sez. III, 16/5/2022, n. 3831, in *giustizia-amministrativa.it*.

[48] Così G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo per il corso di base* cit., p. 557.

[49] Sul punto sia consentito rinviare a M. PALADINO, *Tendenze evolutive del sindacato giurisdizionale sul merito amministrativo*, in *Amministrativ@mente*, 2023, fasc. 2, pp. 1060 ss.

[50] Pure a questo riguardo si rinvia a M. PALADINO, *Tendenze evolutive del sindacato giurisdizionale sul merito amministrativo* cit., pp. 1096 ss.

[51] Cfr., fra gli altri, A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, 1964, pp. 65 ss., 88, secondo cui le regole 'tecniche' «hanno – in forza del dettato legislativo – un certo rilievo giuridico, sebbene seguitino – per certi lati – ad essere assoggettate alla disciplina delle quali fan parte».

ISSN 2036-7821

anche mediante il ricorso a conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'Amministrazione – sulla attendibilità, coerenza e correttezza degli esiti, in specie rispetto ai fatti accertati ed alle norme di riferimento attributive del potere»[52].

Così stando le cose, appare inevitabile sostenere che il sindacato del G.A. sulla informazione antimafia interdittiva debba necessariamente ricomprendere l'accertamento e la valutazione dei fatti sui quali si fonda la decisione prefettizia[53]. Del resto, questa tesi è conforme alla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali hanno avuto modo di affermare in maniera espressa che il sindacato del G.A. sul potere amministrativo può concernere anche il fatto: «se al giudice amministrativo non è consentito sostituirsi all'Autorità nelle attività di

[52] Così Cons. Stato, sez. VI, 17/5/2023, n. 4918, in *giustizia-amministrativa.it*. L'orientamento in parola fu inaugurato dalla celebre Cons. Stato, sez. IV, 9/4/1999, n. 601, ivi. Si esprimono nello stesso senso: Cons. Stato, sez. III, 3/4/2023, n. 3407, ivi; Cons. Stato, sez. III, 29/3/2023, n. 3221, ivi; Cons. Stato, sez. V, 1/8/2016, n. 3445, ivi; Cons. giust. amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 15/9/2014, n. 541, ivi; T.A.R. Campania-Napoli, sez. V, 26/5/2023, n. 3231, ivi; T.A.R. Calabria-Catanzaro, sez. II, 9/8/2010, n. 2234, ivi. La dottrina maggioritaria non sembra opinare diversamente: a titolo esemplificativo, si v. L. GALLI, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: pienezza e bilanciamento del controllo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, fasc. 4, pp. 1372 ss., e A. MOLITERNI, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecnico-scientifiche e l'instabile confine tra amministrare e giudicare*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, fasc. 2, pp. 399 ss.

[53] Si esprime nello stesso senso M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *giustamm.it*, 2016, fasc. 3, pp. 48-49, il quale afferma che «Il sindacato del giudice amministrativo sulla legittimità dei provvedimenti prefettizi è particolarmente profondo, poiché investe, nel caso degli atti prefettizi ricognitivi, la reale esistenza delle cause interdittive, nel caso dei tentativi di infiltrazione mafiosa, sia l'ancoraggio degli indizi a fatti e non a mere congetture, sia l'effettiva esistenza dei fatti evocati dal provvedimento, sia infine la valutazione complessiva del rilievo di tali fatti e indizi. Il vaglio del giudice, come si è già detto, trova peraltro ulteriore alimento nell'acquisizione degli atti investigativi richiamati negli atti prefettizi». Pare essere del medesimo avviso F.G. SCOCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata* cit., p. 4, nella cui opinione, dal momento che «le conseguenze delle informazioni interdittive sono molto pesanti, comportano l'esclusione dal mercato dei lavori, dei servizi e delle forniture pubbliche, che spesso è l'unico mercato in cui le imprese interdette operano», incidendo «su diritti costituzionalmente protetti», risulta «indispensabile […] una tutela giudiziaria piena e rigorosa, basata sull'attento riscontro dei fatti indiziari». Non può non convenirsi con G. D'ANGELO, *Il tentativo d'infiltrazione mafiosa ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva, tra garanzie procedimentali, tassatività sostanziale e sindacato giurisdizionale* cit., p. 525, secondo il quale «il sindacato sulle informazioni antimafia spesso esercitato dal giudice amministrativo sembra incompatibile con un controllo giudiziale che comprenda anche la sussistenza e la valutazione dei fatti affermati dalle parti, secondo un modello "necessario" per due ordini di ragioni. Dal punto di vista sostanziale, il fatto è componente della legittimità amministrativa. La non conformità dell'atto al fatto costituisce certamente un vizio di legittimità dell'atto: l'affermazione trova il suo fondamento nel principio di legalità. La difformità tra un provvedimento e i fatti materiali costitutivi l'esercizio del potere (più in generale i fatti rilevanti per il potere amministrativo) integra di per sé un vizio di legittimità del provvedimento stesso, indipendentemente dall'adeguatezza o meno dell'istruttoria procedimentale […]. Dal punto di vista processuale, inoltre, il giudizio sul fatto è una componente necessaria anche del giudizio di legittimità. Il principio della parità delle armi, sancito dall'art. 111 Cost., impone che nel processo (anche in quello amministrativo) si accertino direttamente e in modo compiuto i fatti rilevanti per la decisione finale. Nel caso delle informazioni antimafia, il destinatario del provvedimento interdittivo, di frequente disseminato da *omissis* e fondato su indizi e notizie tratte da informative di polizia giudiziaria (a volte relative a soggetti terzi), deve essere nelle condizioni di contestare nel processo la giustezza e l'attualità di tali elementi».

ISSN 2036-7821

accertamento ed applicazione della legge con un proprio provvedimento, nondimeno il sindacato giurisdizionale non può dirsi limitato ai profili giuridico-formali dell'atto amministrativo. È, infatti, la necessità di una tutela giurisdizionale piena a richiedere che anche le eventuali contestazioni in punto di fatto debbano esser risolte dal giudice, quando da tali contestazioni dipenda la legittimità del provvedimento amministrativo che ha inciso sulla posizione giuridica del soggetto»[54].

Il G.A., nell'effettuare la valutazione, deve avvalersi, come il Prefetto, del criterio del 'più probabile che non', al fine di verificare se «possa pervenire in via presuntiva alla conclusione ragionevole» che il rischio di infiltrazione mafiosa sussista, «tenuto conto di tutte le circostanze di tempo, di luogo e di persona specificamente dedotte a sostegno dell'adottato provvedimento amministrativo»[55].

Come si è avuto modo di constatare, la giurisprudenza ha chiarito che, applicando il criterio in parola, è «sufficiente accertare che l'ipotesi intorno a quel fatto sia più probabile di tutte le altre messe insieme, ossia rappresenti il 50% + 1 di possibilità, ovvero, con formulazione più appropriata, la c.d. probabilità cruciale»[56]. L'interdittiva sembrerebbe da considerarsi illegittima, pertanto, allorquando la probabilità che il tentativo di infiltrazione si verifichi sia inferiore al livello indicato[57].

---

[54] Cass. civ., SS.UU., 3/3/2020, n. 5905, in *dejure.it*.

[55] Cons. Stato, sez. III, 30/7/2018, n. 4683, in *giustizia-amministrativa.it*. Come spiegano F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*, in *Dir. econ.*, 2018, fasc. 3, pp. 1125 ss., 1146, «Occorre […] individuare situazioni e condizioni che, secondo un giudizio prognostico, determinino le condizioni per la commissione di reati o il pericolo che un'attività delittuosa possa iniziare».

[56] Così Cons. Stato, sez. III, 26/9/2017, n. 4483, in *giustizia-amministrativa.it*.

[57] Secondo F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico* cit., p. 1147, «L'inferenza causale (tra fatti e conclusione, costituita […] dalla sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa che tendono a condizionare le scelte e gli indirizzi dei soggetti – persone fisiche e giuridiche – interessati) che il prefetto deve provare corre, appunto, tra una premessa fattuale e una valutazione finale. Tramite inferenze causali, l'Amministrazione dell'Interno giunge cioè a prospettare per abduzione un'ipotesi di rischio di infiltrazione mafiosa e per corroborazione cerca riscontri e infine la confronta con le alternative ipotesi esplicative. Una sequenza argomentativa che non è governata dal criterio (tipico del diritto penale) del "oltre ogni ragionevole dubbio", bensì da quello del "più probabile che non". In altri termini, non è necessario che si dimostri l'insussistenza di qualsivoglia ipotesi alternativa plausibile e, dunque, che si scartino – falsificandole progressivamente e neutralizzandole – tutte le ricostruzioni alternative, o che, addirittura, il prefetto provi che esse si configurerebbero come ipotesi solo teoriche, sfornite di appigli nella realtà (esterne al "mondo possibile"). Lo standard probatorio richiesto dal giudice è comunque rigoroso e ciò nonostante il fatto che il rischio di infiltrazione mafiosa si collochi nell'area del ragionevole dubbio, quindi senza che sussista la necessità di dimostrare che alla tesi della responsabilità si potrebbero opporre unicamente ipotesi appartenenti a congetture teoriche o ricostruzioni che, pur configurabili nel "mondo possibile", non sono sorrette da alcun riscontro». Ad avviso di F.G. SCOCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata* cit., p. 3, «Il rigore nell'accertamento della permeabilità delle imprese ad infiltrazioni mafiose è […] imposto proprio dalla regola del "più probabile che non": se l'ipotesi della infiltrazione non raggiunge il livello di una ben verificata probabilità, il presupposto della interdittiva diventa il semplice sospetto o lo diventano le illazioni o presunzioni dell'autorità di polizia. Con evidente compromissione, in questo

ISSN 2036-7821

Non v'è chi non veda, tuttavia, che la 'misurazione' della probabilità, operazione già ardua in sé, risulta particolarmente complessa nel sindacato in esame, avendo questo ad oggetto un provvedimento amministrativo espressione di un'attività discrezionale della P.A.: anche qualora la discrezionalità sia 'tecnica', «Il giudice *non può* […] *sostituirsi* ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma, sia nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato; anche l'apporto conoscitivo tecnico, conseguito tramite apporti scientifici, non è ex se dirimente allorché soccorrono dati ulteriori, di natura più strettamente giuridica, che limitano il sindacato in sede di legittimità ai soli casi di risultati abnormi, ovvero manifestamente illogici»[58]. Come hanno osservato le Sezioni Unite della Cassazione, il controllo del G.A. può sì «estendersi anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicarne della legittimità», purché, però, tali profili «non includano valutazioni ed apprezzamenti che presentino un oggettivo margine di *opinabilità*»[59].

Il G.A., dunque, è chiamato a vagliare l'*attendibilità* delle operazioni tecniche compiute dalla P.A., ma non può sostituire ad una valutazione *opinabile* di quest'ultima la sua valutazione. Con ogni evidenza, non è affatto agevole individuare il confine fra *opinabilità* e *attendibilità*, ciò rendendo assai problematica la definizione del perimetro del sindacato giurisdizionale sulla informazione interdittiva[60].

Tale perimetro, tuttavia, non appare del tutto indeterminato. Sembra plausibile ritenere che, pur se l'attività amministrativa è connotata, nel complesso, da discrezionalità 'tecnica', rispetto ad alcuni profili specifici di essa le regole o le conoscenze tecniche possono risultare per nulla, o comunque assai scarsamente, opinabili. Consequenzialmente, pare ragionevole sostenere che il G.A. dovrebbe considerare *inattendibile* l'operazione compiuta dalla P.A. in contrasto con siffatte regole o conoscenze.

La mancata osservanza delle norme 'tecniche' in parola origina le 'figure sintomatiche' cui fa riferimento la giurisprudenza. A ben vedere, queste, nel caso di cui si sta ragionando, sembrano non avere realmente carattere 'sintomatico': in esse si ravvisa una inequivocabile violazione della norma attributiva del potere, e pertanto il

caso, di valori costituzionali, che non sono solo quelli indicati nell'art. 41 Cost., ma sono valori fondamentali di civiltà giuridica».

[58] Cons. Stato, sez. VI, 17/5/2023, n. 4918 cit. Il corsivo è di chi scrive.

[59] Cass. civ., SS.UU., 3/3/2020, n. 5905 cit. Il corsivo è di chi scrive.

[60] Anche F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico* cit., p. 1146, ritengono che «La traduzione concreta» dei «canoni ermeneutici» in questione «non è per nulla semplice».

ISSN 2036-7821

loro rinvenimento appare sufficiente per sentenziare la sussistenza del vizio di eccesso di potere.

Peraltro, sembra non doversi escludere che una 'figura' possa segnalare la violazione di una norma 'tecnica' opinabile. In tal caso, però, non pare ammissibile che la illegittimità dell'atto venga inferita direttamente dalla rilevazione del 'sintomo', il G.A. non potendo astenersi, dopo averlo rinvenuto, dall'effettuare una valutazione circa la sua idoneità a dimostrare la sussistenza del vizio[61].

In definitiva, sembra plausibile affermare che il giudice possa (e debba) reputare la valutazione del Prefetto illegittima allorquando sia *manifesto* che non sussista un tentativo di infiltrazione mafiosa tendente a condizionare l'operatore economico[62].

Così configurato, l'attuale sindacato giurisdizionale sulla informazione interdittiva non pare confliggere con il dettato costituzionale[63]. L'eccessivo *self-restraint* talora operato dai giudici amministrativi costituisce un'applicazione distorta del controllo: sembra pienamente condivisibile la posizione assunta dalla Consulta, che ha ritenuto conformi alla Carta alcune disposizioni in materia di documentazione antimafia anche alla luce del fatto che le valutazioni del Prefetto, le quali «sono, sì, discrezionali, ma dalla forte componente tecnica, sono soggette ad un vaglio giurisdizionale *pieno* ed *effettivo*»[64].

---

[61] Decretabile solo allorquando si constati una divergenza tra il fine perseguito e quello prescritto (rilevandosi comunque, pertanto, una violazione della norma attributiva del potere), ovvero una lesione di principi informatori dell'esercizio della discrezionalità.

[62] Come osserva L. BORDIN, *Contraddittorio endoprocedimentale e interdittive antimafia: la questione rimessa alla Corte di Giustizia. E se il problema fosse altrove?* cit., p. 61, «Se il giudice amministrativo accerta che a fronte di un ragionevole e proporzionato coordinamento dei fatti noti l'Amministrazione è giunta ad un altrettanto ragionevole e proporzionato giudizio di pericolo di infiltrazione mafiosa, difficilmente potrebbe cassare il provvedimento senza sostituirsi all'Amministrazione ed esorbitare dalla funzione giurisdizionale: ciò alla luce del fatto che un simile giudizio di permeabilità mafiosa raggiunge lo standard causalistico del "*più probabile che non*", sufficiente ai fini dell'adozione del provvedimento interdittivo […]. In realtà, al fine di assicurare un contraddittorio effettivo, pare sufficiente un esame attento delle allegazioni del ricorrente, volte a porre in crisi le fondamenta indiziarie su cui il Prefetto ha costruito il provvedimento interdittivo: non un sindacato forte in luogo di uno debole, ma un sindacato effettivo e pieno, che non sfoci in un'inammissibile sostituzione». Del resto, non può non convenirsi con G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo per il corso di base* cit., p. 561, ad avviso del quale, rispetto al vizio di eccesso di potere, «la manifesta irragionevolezza della motivazione costituisce il livello di massima espansione del sindacato cui il giudice può legittimamente pervenire, oltre finendo per entrare nel merito della scelta, ciò che gli è precluso».

[63] Non può accogliersi la tesi di A. LONGO, *La «massima anticipazione di tutela». Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in *federalismi.it*, 2019, fasc. 19, p. 37, secondo cui l'istituto dell'informazione interdittiva «sconta un enorme problema cognitivo da parte dei soggetti coinvolti (quello decidente e quello controllante), i quali sembrano posti in una strutturale difficoltà (per non dire impossibilità) di conoscere con esattezza i fatti sui quali sono chiamati a decidere e a giudicare». Ad avviso dell'A., tale «difetto cognitivo […] inevitabilmente si traduc[e] in una lesione del diritto di difesa *ex* art. 24 Cost.».

[64] Corte cost., 26/3/2020, n. 57, in *cortecostituzionale.it*. I corsivi sono di chi scrive.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Impianti di produzione di energia rinnovabile - I poteri di verifica, accertamento e controllo del GSE ai sensi dell'art. 42 d.lgs. 28/2011

di Maria Zimatore

(Dottoressa)

Sommario

1. Introduzione; 2. Il caso; 3. Le contrapposte tesi delle parti nel giudizio di primo e secondo grado; 4. La soluzione del caso nella sentenza n.7404/2023 del Consiglio di Stato; 5. La procedura di: erogazione degli incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili; 6._Profili inerenti al potere di verifica e controllo del GSE ex art. 42 c.3 d.lgs. 28/2011; 7. Considerazioni conclusive.

Abstract

The judges of the Second Section of the Council of State examine the interesting issue of the "subjective misalignment" between the owner of a renewable energy production plant and the so-called "responsible party." The judgment enhances the substantive aspect of the coincidence between the operator of the plant and the holder of the single permit and concludes in the sense that in case of violation of the relevant regulations, the sanctioning measure ordered by the GSE must be commensurate with the seriousness and relevance of the violation found. Therefore, in light of the principles of proportionality and adequacy of administrative action, only those violations characterized by greater seriousness, listed in the implementing ministerial decree, determine the prohibition of access to incentives or the forfeiture of the same with the possible restitution of the sums unduly received.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

La sentenza della II Sezione del Consiglio di Stato n.7404 del 31 luglio 2023, contiene un'utile ed opportuna analisi del procedimento di erogazione degli incentivi alla produzione di energia da fonti rinnovabili, con un focus sul potere di controllo, verifica e accertamento riconosciuto al GSE ex art. 42 d.lgs. 28/2011.

La sentenza offre molteplici spunti ed una preziosa occasione per riflettere sul fatto, che nella materia della produzione e gestione delle risorse energetiche si giustappongono diverse esigenze ed interessi meritevoli di tutela, non sempre coincidenti ed armonici, quando non addirittura divergenti o perfino contrastanti, tra cui, la necessità di raggiungere l'indipendenza, efficienza e la sicurezza energetica, l'interesse a una corretta gestione delle risorse finanziarie nazionali e comunitarie e al contempo, la indispensabile tutela del legittimo affidamento degli operatori economici, che agiscono nel settore delle energie rinnovabili con un interesse di tipo imprenditoriale.

Con l'intento di conciliare ed equilibrare tali interessi, attraverso plurimi interventi e novelle normative, il legislatore si è evidentemente proposto di recepire e dar seguito alle indicazioni provenienti dalla comunità europea e internazionale; ma alla prova dei fatti, anche a causa dell'incertezza interpretativa e applicativa delle norme primarie e regolamentari, non si può dire se i dichiarati obiettivi siano stati centrati.

2. Il caso.

Osserviamo che nella fattispecie trovano collocazione tre attori principali: in primo luogo il GSE, nella sua veste di autorità emanante il provvedimento impugnato, la s.r.l. Alfa, originaria titolare della convenzione di accesso agli incentivi, la s.r.l. Beta, società di scopo costituita da Alfa per acquisire la proprietà del terreno, ove la medesima Alfa già in precedenza aveva realizzato l'impianto fotovoltaico in località Masolino del Comune di Argenta (FE); con un ruolo secondario si collocano, la originaria proprietaria del terreno e infine il Dirigente della Provincia di Ferrara.

Alfa con istanza rivolta al GSE nel novembre 2011 aveva richiesto ed ottenuto la concessione degli incentivi, allegando l'autorizzazione unica ex art 12 d.lgs. 387/2003 quale titolo abilitativo per la costruzione e la messa in esercizio dell'impianto fotovoltaico.

La detta autorizzazione unica[1] allegata da Alfa, era stata rilasciata *ab initio* nel 2010 alla proprietaria del terreno, che nel giugno 2011 aveva venduto il terreno su cui

[1] Così come disposto all'art.12 d.lgs. 387/2003 ai sensi del quale: "La costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale e riattivazione, come definiti dalla normativa vigente, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi, ivi inclusi gli interventi, anche consistenti in demolizione di manufatti o in interventi di ripristino ambientale, occorrenti per la riqualificazione

ISSN 2036-7821

realizzare l'impianto ad Alfa senza tuttavia una contestuale voltura della autorizzazione unica in favore della società acquirente.
Successivamente, la proprietà dell'impianto veniva trasferita da Alfa alla società di scopo Beta che, pertanto, subentrava (attraverso un procedimento di voltura) nella convenzione di accesso agli incentivi con il GSE[2] .
La voltura dell'autorizzazione unica con cui veniva formalizzata la sostituzione dell'originaria proprietaria era stata disposta nell'agosto 2015 con atto monocratico del dirigente della Provincia di Ferrara a favore di Beta; in particolare, tale modifica soggettiva faceva seguito all'avvio di un procedimento sanzionatorio a carico della originaria proprietaria del terreno cui la Provincia di Ferrara contestava, in solido con le altre due società, la violazione delle prescrizioni contenute nell'AU.
In base al descritto quadro fattuale, nel dicembre 2015, a seguito di un procedimento di verifica avviato nei confronti di Beta, il GSE accertava l'assenza del titolo autorizzativo sia nei confronti di Alfa al momento della presentazione della domanda di accesso agli incentivi, sia nei confronti di Beta alla data di presentazione della domanda di voltura della convezione.
Su tali basi, il GSE con provvedimento n. P20170054884 del 17 luglio 2017, contestava l'incapacità sia di Alfa che di Beta, di accedere alle tariffe incentivanti per insussistenza dei requisiti soggettivi, poiché la situazione descritta comportava un *"disallineamento soggettivo"*[3] tra il titolare dell'autorizzazione unica e il responsabile della gestione ed esercizio dell'impianto; il GSE pronunciava pertanto la decadenza dagli incentivi e disponeva la condanna alla restituzione di quanto indebitamente percepito, ritenendo che quanto accertato e contestato integrasse una "*violazione rilevante*" ai sensi del d.m. 31 gennaio 2014[4] .
Beta impugnava dinanzi al TAR Lazio il provvedimento del GSE, denunziando vizi di violazione di legge e carenza di potere (qualificata dalla ricorrente in termini di nullità) e deducendo che il contestato disallineamento soggettivo era stato già sanato al momento dell'adozione del provvedimento, essendo stata richiesta ed ottenuta la voltura della autorizzazione unica.
Il TAR Lazio con sentenza n. 2165 del 18 febbraio 2019 rigettava il ricorso e Beta proponeva appello al Consiglio di Stato.

---

delle aree di insediamento degli impianti, sono soggetti ad una autorizzazione unica, rilasciata dalla regione o dalle province delegate dalla regione"

[2] Già stipulata tra il GSE e la precedente proprietaria

[3] Secondo parte della giurisprudenza amministrativa, a partire dal d.lgs. 387/2003, il legislatore ha procedimentalizzato il requisito dell'allineamento soggettivo tra il soggetto titolare del provvedimento autorizzatorio e/o concessorio e il soggetto che detiene l'esercizio e la manutenzione dell'impianto, c.d. soggetto responsabile. Ex multis: TAR Lazio, Roma, sent. n.12353/2019 e precedenti ivi richiamati: n.212/2015 e nn. 1812,1819,6205 e 7405 del 2017

[4] Le ipotesi di " violazioni rilevanti" sono elencate nell'Allegato 1 del d.m. 31 gennaio 2014

ISSN 2036-7821

L'appello era parzialmente accolto dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 7404 del 31 luglio 2023 qui in commento

3. Le contrapposte tesi delle parti nel giudizio di primo e secondo grado.

Secondo la tesi di Beta nell'originario ricorso al TAR Lazio, la natura non più attuale della mancanza dell'autorizzazione unica sia al momento di avvio del procedimento di verifica (dicembre 2015) sia al momento di adozione del provvedimento di decadenza (luglio 2017), non avrebbe consentito al GSE di disporre la decadenza dagli incentivi; in aggiunta Beta sosteneva che in virtù del novellato art.42 d.lgs. 28/2011[5], il GSE non avrebbe più il potere di disporre la decadenza dalle tariffe incentivanti, potendo comminare *"anche in caso di accertamento di violazioni rilevanti"* solo la decurtazione percentuale del sussidio precedentemente riconosciuto.

Il Tar Lazio con sentenza n. 2165 del 18 febbraio 2019 rigettava il ricorso, accogliendo le argomentazioni del GSE e condannando Beta alla restituzione di quanto indebitamente percepito.

Più specificamente i giudici di primo grado avallavano la ritenuta rilevanza del *"disallineamento soggettivo"*, sull'assunto che la normativa vigente in materia di regimi di sostegno per la produzione di energia da fonti rinnovabili[6], ai fini dell'accesso agli incentivi non consentirebbe il disallineamento tra la titolarità del permesso a costruire e gestire l'impianto energetico e l'assunzione della relativa responsabilità.[7]

A sostegno di tale decisione, il TAR Lazio richiamava la consolidata giurisprudenza amministrativa[8] secondo cui, al netto della possibilità di far circolare i titoli amministrativi abilitanti allo svolgimento di determinate attività economiche (e, quindi, ferma restando l'ammissibilità di procedere alla voltura dell'autorizzazione unica), è in ogni caso indispensabile la coincidenza tra il soggetto che assume la

[5] Modifica introdotta dall'art.1, comma 960, legge n.205 del 2017, (entrato in vigore nelle more del giudizio) a norma del quale: ".al fine di salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili degli impianti che al momento dell'accertamento della violazione percepiscono incentivi, il GSE dispone la decurtazione dell'incentivo in misura ricompresa fra il 20 e l'80 per cento in ragione dell'entità della violazione. Nel caso in cui le violazioni siano spontaneamente denunciate dal soggetto responsabile al di fuori di un procedimento di verifica e controllo le decurtazioni sono ulteriormente ridotte di un terzo".

[6] Si fa riferimento all'art.4 del c.d. Terzo conto energica (d.m. 6/8/2010) ai sensi del quale: ". Entro novanta giorni dalla data di entrata in esercizio dell'impianto il soggetto responsabile è tenuto a far pervenire al soggetto attuatore la richiesta di concessione della pertinente tariffa incentivante, completa di tutta la documentazione prevista dall'allegato 3. Il mancato rispetto dei termini di cui al presente comma comporta la non ammissibilità alle tariffe incentivanti per il periodo intercorrente fra la data di entrata in esercizio e la data della comunicazione al soggetto attuatore.

[7] A sostegno di tale tesi si fa riferimento all'interpretazione della nozione di "soggetto responsabile" di cui all'art.2, c.1, lett.g, d.m. 28 luglio 2005 (in attuazione dell'art.7 d.lgs. 387/2003 e all'art.2, c.1, lett.t, d.m. 6 agosto 2010

[8] Cfr. ex multis: Consiglio di Stato, sez. II, sent. n. 2501 del 04/04/2022

ISSN 2036-7821

responsabilità della realizzazione e dell'esercizio dell'impianto e il soggetto beneficiario del sussidio economico.[9]

In tale ottica, il TAR riteneva priva di pregio la tesi della ricorrente, affermando che il possesso dei requisiti soggettivi debba sussistere fin dal momento della presentazione dell'istanza al GSE da parte dell'aspirante agli incentivi, che deve essere già qualificabile come *"soggetto responsabile"*. Da qui il TAR escludeva anche la dedotta mancanza di proporzionalità del provvedimento di decadenza, nonostante Beta adducesse la sanatoria della violazione per effetto dell'intervenuto *"riallineamento soggettivo"*.

Di conseguenza i giudici di primo grado respingevano anche la richiesta della ricorrente di sostituire la decadenza con una decurtazione percentuale dell'incentivo ai sensi dell'art. 42 c.3 d.lgs. 28/2011 (novellato della l.205/2017), in quanto il principio *tempus regit actum* impone di vagliare la legittimità del provvedimento amministrativo sulla base della normativa vigente al momento della sua adozione.

Beta, articolando cinque motivi di gravame, impugnava la sentenza del TAR Lazio; in esito al giudizio di appello il Consiglio di Stato accoglieva il ricorso e pronunciava la sentenza qui in commento.

Con riferimento ai motivi di gravame, per quanto d'interesse, è sufficiente fare riferimento (i) alla dedotta insussistenza della norma attributiva del potere esercitato dal GSE; nonché, (ii) all'errata interpretazione della nozione di "soggetto responsabile" (sotto il profilo della possibilità di un tempestivo riallineamento).

Con il primo dei due richiamati motivi, la società appellante sosteneva un errore da parte del giudice di primo grado nel ritenere il potere di verifica e controllo di cui all'art. 42 d.lgs. 28/2011 sussumibile sotto il paradigma di un normale controllo postumo, con l'effetto di sganciarlo dai presupposti dell'art. 21-*nonies* l. 241/1990 relativo all'esercizio del potere di autotutela. In tale ottica la ricorrente affermava la violazione dei principi che governano in generale l'autotutela amministrativa, in quanto il GSE sarebbe tornato sulle proprie valutazioni iniziali pervenendo a soluzioni diametralmente opposte da quelle originariamente assunte, per giunta sulla base di elementi di cui aveva piena contezza nella fase procedimentale precedente l'adozione del provvedimento di riconoscimento delle tariffe incentivanti.

La ricorrente sosteneva che, al contrario, il potere *ex* art. 42 d.lgs. 28/2011 debba essere esercitato nel rispetto della disciplina dell'autotutela, in ossequio ai principi di certezza giuridica e di tutela dell'affidamento incolpevole del privato, ingenerato dalle scelte compiute dal GSE nel medesimo *iter* procedimentale.

Con il secondo motivo, Beta deduceva che il disallineamento soggettivo tra il titolare dell'autorizzazione unica e il soggetto richiedente l'incentivo, non fosse sufficiente a far venire meno la qualifica di "soggetto responsabile" in capo all'istante, in

[9] Ex multis: TAR Lazio sent. n.212/2015, Consiglio di Stato sent. nn. 5412 e 6060 del 2018

ISSN 2036-7821

considerazione dell'intrinseca differenza tra le procedure amministrative finalizzate ad autorizzare lo svolgimento di talune attività e la disciplina dei regimi di sostegno per favorire la produzione di energia pulita: sosteneva la appellante la inesistenza di alcuna disposizione di legge impositiva di un preciso obbligo di coincidenza tra il titolare dell'autorizzazione unica e il soggetto che si rivolge al GSE per ottenere gli incentivi.

Mette conto riferire che nelle more del giudizio, le parti formulavano istanza congiunta di rinvio, essendo imminente l'adozione della disciplina attuativa[10] del novellato III comma dell'art.42 d.lgs. 28/2011 relativo alla possibilità di procedere – in luogo della decadenza – alla decurtazione percentuale degli incentivi; nel concedere il rinvio della trattazione, il Collegio invitava le parti a chiarire con memorie scritte le questioni relative: (i) al disallineamento soggettivo e (ii) alla materia di violazioni rilevanti e poteri di controllo del GSE in relazione alla novella dell'art.42 III comma d.lgs. 28/2011[11].

4. La soluzione del caso nella sentenza n.7404/2023 del Consiglio di Stato.

Il Consiglio di Stato ha deciso l'appello nel merito concentrandosi sulla natura del potere di intervento del GSE e sulla procedura tesa all'erogazione di incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili.

La sentenza richiama il consolidato principio giurisprudenziale secondo cui il controllo esercitato dal GSE ex art.42 d.lgs. 28/2011 non sia sussumibile, né nel paradigma dell'autotutela, né nelle regole dei poteri sanzionatori[12]. Di conseguenza, l'art. 42 c.III descrive un potere di verifica, accertamento e controllo; esso ha natura doverosa ed esito vincolato poiché funzionale al controllo circa la veridicità delle dichiarazioni rese dal privato nell'ambito di una procedura volta ad allocare risorse scarse (le sovvenzioni pubbliche). La sentenza non considera meritevole di integrale accoglimento la tesi di Beta di disconoscere *in toto* la possibilità di una riedizione del potere da parte del GSE; tuttavia, afferma che il potere esercitato vada ricollegato, per le forme ed i tempi nei quali il procedimento si è articolato, ad una forma di ripensamento postumo, come tale soggetta alle regole della riedizione del potere. Nel caso di specie, infatti, Beta in riscontro alla nota istruttoria del GSE[13] aveva prodotto l'autorizzazione unica[14] (intestata alla originaria proprietaria del terreno) e, di

[10] Si fa riferimento alla disciplina attuativa dell'art. 13-bis del d.l. n. 101 del 2019, introdotto dalla legge di conversione n. 128 del 2011, che ha modificato il comma 3 dell'art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011, cambiando la percentuale tariffaria concedibile quale decurtazione degli incentivi in luogo della decadenza.

[11] Appare significativo che il Collegio abbia rivolto alle parti una specifica sollecitazione ad affrontare l'argomento, perché indica chiaramente la ritenuta rilevanza nel caso concreto della decurtazione percentuale (peraltro resa più incisiva dalla novella normativa) in luogo della decadenza

[12] Cfr Consiglio di Stato, Adunanza Plenari, 11 settembre 2020, n.18

[13] Si fa riferimento alla nota del 15 novembre 2011

[14] Il cui possesso è obbligatoriamente richiesto dall'art.4 c. 1 del d.m. 6 agosto 2010

ISSN 2036-7821

conseguenza, aveva messo il GSE nella condizione di rilevare (fin dall'inizio del rapporto convenzionale) la sussistenza del "disallineamento formale".
La sentenza non esclude in assoluto la possibilità che il GSE rivalutasse la situazione inizialmente rappresentata da Beta (e ritenuta regolare ai fini del riconoscimento degli incentivi) per riqualificarla - a presupposti immutati e sulla base della medesima documentazione - come affetta da una "*violazione rilevante*"; eppure la stessa sentenza costringe l'esercizio del potere di controllo e verifica al rispetto delle ordinarie regole dello *ius poenitendi*: la sussistenza di un interesse pubblico prevalente, il limite del tempo ragionevole.
Nella valutazione della legittimità del provvedimento impugnato, la sentenza procede ad una verifica della riconduzione ad una fattispecie tipizzata di "*violazione rilevante*" dell'insussistenza dei requisiti soggettivi per l'accesso agli incentivi, più in particolare della mancanza dell'autorizzazione unica in capo al soggetto istante, quale situazione idonea a creare il contestato "*disallineamento soggettivo*".
Pur senza disconoscere il principio in forza del quale per poter ottenere gli incentivi, occorre essere responsabile dell'esercizio dell'impianto e quindi titolare dell'autorizzazione unica (con la conseguente responsabilità sul piano formale)[15], la sentenza perviene alla conclusione, che non sempre al disallineamento formale, corrisponda anche un disallineamento sostanziale. Infatti, la chiarezza rappresentativa della situazione esposta *ab origine* e la continua coincidenza in capo a Beta della qualifica di gestore dell'impianto e responsabile dello stesso in quanto subentrato nella proprietà del terreno (pur in assenza della formale titolarità dell'autorizzazione unica) portano a derubricare il disallineamento sostanziale a un piano meramente formale che, come tale, è rimediabile, purché tempestivamente emendato, e in ogni caso non è idoneo a legittimare il provvedimento di decadenza dagli incentivi o l'annullamento d'ufficio del provvedimento di ammissione ai benefici precedentemente adottato.
In definitiva, il Consiglio di Stato ha accolto parzialmente[16] l'appello di Beta ed ha comunque annullato il provvedimento di decadenza dagli incentivi pronunciato dal GSE.

* * *

Nei paragrafi che seguono si proseguirà l'analisi del ragionamento svolto nella sentenza, contestualmente svolgendo alcune considerazioni sulla natura del procedimento volto all'erogazione delle tariffe incentivanti per la produzione di

[15] I giudici sottolineano la differenza tra la responsabilità dell'esercizio e della manutenzione dell'impianto e la titolarità formale dell'autorizzazione Infatti, se Beta non fosse stata la vera responsabile, il disallineamento si sarebbe tradotto nell'esercizio sine titulo dell'impianto; il che avrebbe comportato un divieto di prosecuzione dell'attività.
[16] L'accoglimento del ricorso è parziale in quanto il Consiglio di Stato non accoglie la domanda di Beta al risarcimento dei danni subiti

ISSN 2036-7821

energia da fonti rinnovabili in cui si innesta il potere di controllo e verifica *ex* art. 42 d.lgs. 28/2011 del GSE.

5. La procedura di erogazione degli incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili.

La sentenza, al fine di ricostruire i presupposti in capo all'operatore economico oggetto di verifica da parte del GSE nel procedimento volto alla concessione degli incentivi, opera una interessante ricostruzione della natura stessa del procedimento.

La sentenza mette in luce i tratti prettamente pubblicistici del procedimento di erogazione degli incentivi che, pertanto, si caratterizza: per essere gestito da un soggetto a totale partecipazione pubblica deputato al perseguimento di interessi pubblici; per la fissazione normativa dei requisiti di accesso e dei criteri di priorità; per essere finalizzato all'individuazione dei soggetti cui allocare una risorsa scarsa; nonché, per essere improntato al principio di autoresponsabilità degli operatori economici, tenuti a integrare le istanze con proprie dichiarazioni sostitutive di certificazioni.[17]

La naturale conseguenza di tali peculiari caratteristiche del procedimento, è l'applicabilità al procedimento in esame dei principi che governano la materia degli appalti pubblici[18]; pertanto, sia l'operatore economico, sia (nel caso in esame) il GSE, sono tenuti a rispettare una serie di obblighi di correttezza che condensati nella clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell'autoresponsabilità, trovano fondamento sostanziale negli artt. 2 e 97 della Costituzione.

L'operatore economico è gravato da un obbligo di cooperare con l'amministrazione, che si declina nel dovere: di compilare determinati moduli, di fornire informazioni veritiere e complete, di produrre la documentazione attestante il possesso dei requisiti prescritti dalla legge.[19]

In corrispondenza agli obblighi cui è tenuto il soggetto privato che ambisce a ottenere le risorse pubbliche, incombe anche sull'amministrazione procedente un obbligo di correttezza[20], che si traduce nella necessità che questa rivaluti le proprie decisioni entro un termine ragionevole dalla data di adozione del provvedimento (18

[17] Cfr: Il controllo del Gestore dei Servizi Energetici sugli incentivi alle fonti rinnovabili, Giornale di diritto amministrativo, n. 2, 1 marzo 2021, p. 221 Nota a sentenza di Lucia Aniballi

[18] Cfr. il nuovo Codice dei Contratti pubblici: principi generali, Giornale di diritto amministrativo, n. 3, 1 maggio 2023, p. 287, Commento alla normativa di Giulio Napolitano

[19] Cfr. Responsabilità civile della pubblica amministrazione: tra pregiudiziale amministrativa e lesione dell'affidamento, Contratto e Impresa, n. 3, 1 maggio 2012, p. 819, Dottrina Giangabriele Agrifoglio

[20] Cfr. Incentivi e controlli del Gestore dei servizi energetici (GSE): diciotto mesi per le decadenze, Ambiente & sviluppo, n.3, 1 marzo 2021, p.197, Commento alla normativa di F. Arecco e L. Bitto, si afferma che "Quando il GSE agisce per riconoscere, verificare, negare un incentivo, svolge in tutto e per tutto la funzione pubblica ed opera come Pubblica Amministrazione. Pertanto, dovrebbe essere assoggettato a tutta la disciplina in materia di procedimento amministrativo che regola l'operato delle altre Pubbliche Amministrazioni."

ISSN 2036-7821

mesi)[21], nonché, più in generale, nel dovere di agire con imparzialità e trasparenza e di informare gli operatori interessati in modo completo e tempestivo.[22] Tale dovere di correttezza costituisce contropartita dell'incisivo potere di controllo del GSE, il cui agire amministrativo, a garanzia delle basilari regole di certezza del diritto, deve essere necessariamente scandito e tempestivo.[23]

In tale ottica, e nel più generale contesto dei principi di buon andamento della pubblica amministrazione e di proporzionalità delle decisioni, si comprende come la completezza delle dichiarazioni sostitutive[24] da parte dell'operatore economico, sia già di per sé un valore autonomo da perseguire: tale completezza diviene il presupposto per una celere decisione in ordine al soggetto cui destinare le tariffe incentivanti.[25]

L'intero sistema delle procedure a evidenza pubblica è infatti governato dal principio di autoresponsabilità[26] in quanto chi aspira alle risorse scarse, è onerato degli obblighi che condizionano l'ammissione al beneficio.[27] Di conseguenza, a fronte di un inadempimento informativo (causato dalla mendacia o dalla non completezza delle dichiarazioni), il privato non potrà pretendere alcuna forma di soccorso istruttorio[28], né sotto forma di integrazione né di acquisizione d'ufficio dei documenti necessari[29].

Tali considerazioni, tuttavia, non implicano che l'operatore economico debba anche allegare documenti o dichiarazioni non espressamente previsti dalla legge, la cui necessità emerga a seguito dell'avvio di un procedimento di verifica da parte della pubblica amministrazione, volto a confutare le deduzioni dell'istante non espressamente documentate[30].

E' noto d'altra parte che a causa della stratificazione delle novelle normative e della varietà di fonti del diritto di differente origine (europea e nazionale, primaria e

[21] A seguito della novella del comma 3 art.42 d.lgs 28/2011 che ancora l'esercizio del potere di decadenza ai presupposti di cui all'art.21-nonies l.241/1990

[22] Nel caso di specie, nonostante la normativa applicabile ratione temporis non prevedesse il limite dei 18 mesi, il Consiglio di Stato afferma che il ripensamento del GSE sulle scelte adottate (considerato che Beta aveva fin dal principio rappresentato integralmente e realisticamente la propria situazione, come si evince dalle interlocuzioni istruttorie), non possa essere ricondotto al fisiologico schema dell'art.42 ma deve trovare fondamento nei principi della effettiva autotutela amministrativa, seppur la normativa applicabile non avesse ancora codificato tale "ragionevolezza".

[23] Cfr. Consiglio di Stato, sent. n. 4349 del 2 maggio 2023

[24] Cfr. d.p.r. n. 445/2000

[25] T.A.R. Lazio Roma, Sez. III, sent., 01/02/2023 n.1797

[26] Cfr. Giurisprudenza Italiana, n. 10, 1 ottobre 2021, p. 2191 Nota a sentenza Claudio Vivani e Francesca Triveri

[27] Alla parte è richiesto di dichiarare il possesso di tutti i requisiti oggettivi e soggettivi richiesti dalla normativa ma, non anche quelli desumibili da interpretazioni postume. Infatti, la giurisprudenza considera tassativo l'elenco delle "violazioni rilevanti" contenuto nell'allegato 1 del d.m. 31 gennaio 2014

[28] Il soccorso istruttorio è disciplinato dall'art.6 della legge n.241/1990

[29] Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, sent. del 12 gennaio 2017, n.51

[30] Cfr. Consiglio di Stato sez. II, sent. n. 2144/2023, Consiglio di Stato, sent. n.4370/2013

ISSN 2036-7821

secondaria)[31], la disciplina degli impianti di produzione di energia rinnovabile si caratterizza per una peculiare complessità, che rende poco prevedibili finanche i comportamenti dei soggetti pubblici preposti alla regolazione e addirittura non consente di fare affidamento su orientamenti giurisprudenziali univoci e consolidati.

6. Profili inerenti al potere di verifica e controllo del GSE ex art. 42 c.3 d.lgs. 28/2011.

Appare dunque particolarmente utile che la sentenza in commento operi una completa ricostruzione del potere di intervento del GSE di cui all'art.42 c.3 d.lgs. 28/2011 che viene definito, alla luce delle più recenti novelle normative e interpretazioni giurisprudenziali, quale "*potere di verifica, accertamento e controllo*"[32] finalizzato a vagliare la veridicità delle dichiarazioni rese dal privato nell'ambito della procedura volta al riconoscimento di tariffe incentivanti per impianti relativi al settore elettrico, termico e dell'efficienza energetica[33].

La sentenza ricorda che i controlli in questione hanno ad oggetto la documentazione, la configurazione e le modalità di connessione dell'impianto alla rete elettrica; pertanto, il GSE è tenuto a verifica che l'operatore economico sia effettivamente in possesso di tutti i requisiti oggettivi e soggettivi prescritti dalla normativa per l'accesso alle tariffe incentivanti.

L'art. 42 d.lgs. cit. è stato modificato ad opera dell'art.56, cc.3-4 d.l.76/2020 che ha novellato il comma III, ancorando l'esercizio del potere di controllo del GSE al ricorrere dei requisiti legittimanti l'autotutela amministrativa.[34]

In ogni caso, pur dando atto dell'evoluzione del quadro normativo, si conferma che il potere di controllo del GSE non sia sussumibile né sotto il paradigma dell'autotutela amministrativa (di cui condivide solo i presupposti, ma non l'essenza) né sotto il paradigma dei poteri sanzionatori.[35]

Ebbene, il potere di decadenza disciplinato dall'art.42 comma III novellato, si distingue nel più ampio *genus* dell'autotutela[36] essenzialmente sotto tre punti profili.

In primo luogo, il potere *de quo* è disciplinato da una espressa e specifica previsione normativa che regola i presupposti, le condizioni e gli effetti dell'esercizio del potere, posto che in materia di decadenza non esiste una norma generale simile all'art.21-

[31] Cfr. Efficienza e transizione energetica nelle novità normative, Ambiente & sviluppo, n. 8-9, 1 agosto 2020, p. 693 Commento alla normativa Claudio Vivani

[32] Cfr. Provvedimento amministrativo e atti di accertamento tecnico, Giornale di diritto amministrativo, n. 1, 1 gennaio 2020, p. 90, Nota a sentenza di Antonio Colavecchio

[33] Cfr. Cons. Stato, sez. VI 12 ottobre 2022 n. 8719 e la giurisprudenza ivi richiamata; sez. IV, 20 gennaio 2021 n. 594; Adunanza Plenaria n. 18/2020

[34] Cfr. il Decreto semplificazioni alla prova dei fatti – La riscrittura dei poteri di controllo del GSE nell'ambito dell'autotutela, Giurisprudenza Italiana, n. 5, 1 maggio 2021, p. 1242 Commento alla normativa Mariano Protto

[35] Cfr. F. Scalia, Controlli e sanzioni in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili, in Federalismi.it, 19, 2018, nonché *ex multis:* Consiglio di Stato, sez. II, sent. del 15 novembre 2021, n. 9811

[36] Cons. Stato, Parere, (data ud. 30/03/2017) 30/03/2017,Fine modulo

ISSN 2036-7821

nonies l. 241/1990, valida in tutti i casi in cui la pubblica amministrazione ritenga di dover esercitare lo *ius poenitendi*.[37]

In secondo luogo, il potere di decadenza viene esercitato per caducare provvedimenti viziati a causa: della falsità o non veridicità dello status o delle condizioni auto dichiarate dall'istante, della violazione di essenziali prescrizioni amministrative (come quelle contenute nell'autorizzazione unica), della carenza di requisiti oggettivi o soggettivi necessari per la percezione delle tariffe incentivanti[38], quindi, per vizi tassativamente indicati e diversi da quelli generalmente legittimanti l'annullamento d'ufficio in autotutela.[39]

In terzo luogo, a differenza dal generale potere di autotutela che ha natura pur sempre discrezionale, tale specifico potere di decadenza si caratterizza per la sua natura vincolata e doverosa al ricorrere dei presupposti stabiliti dall'art.42 d.lgs. 28/2011[40].

Tali considerazioni fanno propendere verso la soluzione che il potere di decadenza esercitato dal GSE non rappresenti una forma di autotutela amministrativa riconducibile allo schema dell'annullamento d'ufficio, il cui esercizio instaura un autonomo segmento procedimentale di revisione o riesame del provvedimento precedentemente adottato[41]; pertanto, si può affermare che il potere *de quo* ha natura speciale rispetto alla disciplina di cui all'art.21-nonies. In altre parole, l'art. 42 cit. non integra un'ipotesi di riesame di una determinazione già assunta in riferimento ad un vizio di legittimità, sussistente al momento dell'emanazione dell'atto.[42]

Nondimeno, il potere di verifica, accertamento e controllo in argomento, non è neppure assimilabile al potere sanzionatorio e, in particolare al potere di revoca di cui al d.lgs. n.231/2001[43].

Ebbene, laddove uno dei presupposti dell'applicazione della sanzione amministrativa è la sussistenza del dolo o della colpa, al contrario per l'adozione del provvedimento di decadenza non è richiesta la ricorrenza di alcun elemento soggettivo[44].

---

[37] Cfr. Giusto processo e giusto procedimento amministrativo - Note in merito alla doverosità dell'annullamento d'ufficio, Giurisprudenza Italiana, n. 3, 1 marzo 2020, p. 696, Commento alla normativa Federico Gaffuri

[38] Cfr. i poteri sanzionatori in materia di contratti pubblici, Giornale di diritto amministrativo, n.1, 1 gennaio 2022, p.99 Nota a sentenza di E. D'Alterio

[39] Prima della novella dell'art.42 c.3ss ad opera del d.l. 76/2020 convertito con modificazioni dalla legge n.120/2020

[40] Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sent. n. 18 del 11/09/2020

[41] Cfr. Responsabilità della P.A. - L'Adunanza delle occasioni perse: responsabilità della P.A. in cerca di qualità, Giurisprudenza Italiana, n. 3, 1 marzo 2022, p. 708 Nota a sentenza Gian Domenico Comporti

[42] T.A.R. Lazio Roma, Sez. III ter, 06/11/2017, n. 11009

[43] Cfr. G. Manfredi, I poteri del gestore dei servizi energetici tra annullamento, misure ripristinatorie e sanzioni, in Urb. e app., 2020, 3, 308

[44] Cfr. A. Travi, Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione, Padova, 1983, 137 ss., che ne sottolinea la derivazione penalistica, escludendo, però, un'automatica qualificazione come sanzioni; . L'Autore evidenzia come

ISSN 2036-7821

Ulteriore elemento differenziale tra i due istituti riguarda l'effetto ablatorio del provvedimento: nel caso della decadenza, è limitato alla tariffa incentivante precedentemente riconosciuta. I poteri sanzionatori si caratterizzano per avere una finalità eminentemente punitiva completamente indifferente all'interesse pubblico leso[45]; di contro, l'effetto dell'esercizio del potere di controllo e verifica, seppur consistente nell'inflizione di un "male" all'operatore economico, ha una finalità prettamente riparatoria dell'interesse leso, ripristinatoria dello *status quo ante*[46].
Alla luce delle differenze sopra messe in luce, il potere del GSE di cui all'art.42 cit. può ricondursi nello schema di decadenza pubblicistica intesa quale vicenda estintiva *ex nunc* o *ex tunc* di una posizione giuridica di vantaggio (la tariffa incentivante). Dunque, tale potere rappresenta una fase ordinariamente possibile nello spiegarsi del procedimento amministrativo teso all'erogazione di incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili.[47]

7. Considerazioni conclusive.

A complicare il quadro sin qui delineato, interviene la novella dell'art. 42 ad opera della l.n.120/2020 di conversione del d.l. n.76/2020, che attraverso l'art. 56 c.3-4 ha subordinato l'esercizio del potere di decadenza al ricorrere dei presupposti legittimanti l'annullamento d'ufficio ex art.21-nonies l.241/1990.[48]
A seguito di tale novella il GSE può adottare un provvedimento di decadenza dagli incentivi solo se sussiste un interesse pubblico prevalente, concreto e attuale (diverso dalla mera tutela delle finanze pubbliche)[49] e purché sia decorso un tempo ragionevole, ossia massimo 18 mesi, dall'adozione del precedente atto sul quale si va a incidere (e non più per tutta la durata del rapporto stesso)[50].

---

spesso le norme di questo settore parlino indifferentemente di "revoca" e "decadenza", ma in genere non hanno contenuto afflittivo-sanzionatorio.

[45] Cfr. La sanzione amministrativa e parametri costituzionali, Giornale di diritto amministrativo, n. 4, 1 luglio 2023, p. 508, Nota a sentenza di Dario Bevilacqua

[46] Cfr A. Travi, Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione, cit. L'Autore evidenzia come spesso le norme di questo settore parlino indifferentemente di "revoca" e "decadenza", ma in genere non hanno contenuto afflittivo-sanzionatorio. Cfr. anche E. Casetta, Sanzione amministrativa, in Dig. disc. pubbl., XIII, Torino, 1997, secondo cui la sanzione "ha natura e funzione eminentemente afflittiva". La natura afflittiva delle sanzioni, in quanto volte a colpire l'autore dell'illecito, è evidenziata anche in B.G. Mattarella, Il provvedimento, in S. Cassese (a cura di), Corso di diritto amministrativo, I. Istituzioni di diritto amministrativo, V, Milano, 2015, 343

[47] T.A.R. Lazio Roma, Sez. Ill ter, 06/ 11/2017, n. 11009

[48] Cfr. L'autotutela amministrativa e l'interpretazione della norma, Giornale di diritto amministrativo, n. 4, 1 luglio 2018, p. 439, Commento alla normativa di Edoardo Giardino

[49] Come per esempio l'interesse pubblico alla tutela dell'ambiente che verrebbe leso nel caso in cui l'impianto avesse un impatto negativo sull'ecosistema

[50] Sui limiti e l'effettiva portata che può essere attribuita al legittimo affidamento in questo settore, si rinvia a M. Luciani, Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica, in Giur. it., 2007, 8-9, 2089, secondo il quale il principio di affidamento si presenta con una forza peculiare nel caso delle leggi di incentivazione, "a causa della

ISSN 2036-7821

L'intenzione del legislatore, in linea con l'obiettivo imposto dalla Comunità europea di promozione dell'energia prodotta da fonti rinnovabili, sembra quello di evitare che il Gestore possa esercitare il potere di decadenza senza limiti di tempo; la finalità di tale innovazione normativa sembrerebbe quella di incentivare gli investimenti dei privati nel settore e di rafforzare l'affidamento del beneficiario del sussidio economico circa il mantenimento della posizione di vantaggio[51].

Per di più il d.m. 31 gennaio 2014 (c.d. decreto controlli) in attuazione dell'art.42 specifica ex art.11 comma I, che il GSE dispone la decadenza dagli incentivi con integrale recupero delle somme già erogate "*qualora, in esito all'attività di controllo o di verifica documentale, vegano accertate violazioni rilevanti*" elencate nell'Allegato 1, tra cui viene indicata (come nella fattispecie esaminata dalla sentenza in commento, nei confronti di Beta), "*la mancata presentazione di documenti indispensabili ai fini della verifica della ammissibilità agli incentivi*". Al contrario, il comma III dell'art.11 cit., in deroga a quanto disposto nel c.1, prevede che qualora il GSE accerti violazioni che incidono sulla esatta quantificazione delle tariffe incentivanti, provvede all'applicazione delle prescrizioni più opportune, nonché, alla rideterminazione del sussidio.

Ebbene, in attuazione delle novelle normative descritte, l'art.42 comma III contempla – per quanto qui d'interesse – due diverse ipotesi di violazioni: quelle gravi e rilevanti di cui al primo periodo e le "ulteriori violazioni" di cui al secondo periodo. Quindi, nei casi tassativamente indicati al primo periodo (attuato dall'art.11 c.1 cit. che rimanda all'Allegato 1), il Gestore è tenuto a disporre la decadenza dagli incentivi con integrale recupero delle somme indebitamente erogate, mentre, a fronte di "ulteriori violazioni" dovrebbe disporre semplicemente la "*decurtazione dell'incentivo in misura compresa fra il 10 e il 50 per cento in ragione dell'entità della violazione*".[52]

Dunque, il secondo periodo del comma III dell'art.42, contempla le ipotesi in cui la violazione deve avere una conseguenza specifica, ossia, quella di determinare un

---

struttura essenzialmente contrattuale del rapporto instaurato dalla legge tra potere pubblico e soggetto economico privato".

[51] Osserva giustamente M. Ramajoli, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *www.giustamm.it*, che "Ad esempio è configurabile l'evenienza in cui il privato abbia 'sfruttato pienamente' l'atto amministrativo ampliativo subito dopo il suo ottenimento, ma con grande impiego di mezzi economici necessari per avviare un'attività imprenditoriale o un'attività edilizia. L'affidamento del privato sussiste dunque indipendentemente dal decorso del tempo, essendo in grado di sorgere nel momento stesso in cui l'amministrazione emana il suo provvedimento. Ne consegue che nel caso dell'annullamento d'ufficio non è tanto o solo il tempo ad assumere rilevanza, quanto piuttosto l'uso fatto dal privato di un provvedimento. Di conseguenza, se semplificare significa uscire dalle rigidità non aderenti alla realtà del rapporto per come quest'ultimo si è sviluppato, gli effetti nel tempo dell'annullamento d'ufficio sono altro aspetto nevralgico nella ricerca di un punto d'equilibrio tra opposte istanze. In particolare viene in rilievo la possibilità di graduare le conseguenze dell'annullamento diversificando la decorrenza degli effetti".

[52] D.lgs. 28/2011 art. 42, c.3

ISSN 2036-7821

calcolo errato (in eccesso) dell'energia incentivabile da fonte rinnovabile. In quest'ultimo caso, se l'operatore economico beneficiario degli incentivi non si fosse reso inadempiente, le tariffe sarebbero state calcolate correttamente dal Gestore; pertanto, la conseguenza della violazione *de quo* è la decurtazione percentuale dell'incentivo in misura ricompresa fra il 10 e il 50 per cento in ragione dell'entità dell'inadempimento.

In definitiva, l'art.42 comma III disciplina due diversi regimi, uno di violazione rilevante ai fini della decadenza e uno di violazione non rilevante che implica una mera rideterminazione degli incentivi.[53]

È opportuno sottolineare che il collegamento tra l'esercizio del potere di controllo e i presupposti legittimanti l'esercizio dell'autotutela ex art. 21*nonies*, per espressa previsione normativa, sussiste solo nelle ipotesi di cui al comma III primo periodo in cui il GSE è tenuto a disporre la decadenza dagli incentivi con integrale recupero delle somme versate[54].

Inoltre, secondo una interpretazione strettamente letterale del dato normativo, sembrerebbe che il limite dei presupposti dell'autotutela valga non solo per l'esercizio del potere di decadenza, ma anche per il potere di rigetto dell'iniziale istanza di accesso agli incentivi; tale interpretazione, tuttavia, porterebbe a conseguenze paradossali oltre che lontane dai principi di ragionevolezza e proporzionalità cui la riforma intende ispirarsi.

Nonostante l'intento del legislatore sia stato quello di stabilire *"condizioni di certezza e stabilità per gli investimenti a lungo termine che le imprese effettuano nel settore delle energie rinnovabili"*,[55] e quindi, di conseguenza, di bilanciare l'esigenza di ripristino della legalità violata con quella di rafforzare l'affidamento dell'operatore economico[56], sembra che allo stato, a causa della moltiplicazione poco coordinata delle varie novelle normative e dei dubbi interpretativi che inevitabilmente ne conseguono, le intenzioni del legislatore siano scarsamente perseguibili[57].

Si potrebbe sostenere che la riforma de quo sia meno "*eversiva*" di quanto possa apparire: ad esempio, alla luce del disposto del comma II *bis*, art. 21-nonies, il limite dei 18 mesi per la riedizione del potere, può essere superato se sussistono false

[53] Cfr. Energia rinnovabile ed efficienza energetica – I poteri di controllo e di verifica del GSE in materia di incentivi, Giurisprudenza Italiana, n. 10, 1 ottobre 2021, p. 2191 Nota a sentenza Claudio Vivani e Francesca Triveri

[54] Cfr. Il controllo del Gestore Servizi Energetici sugli incentivi alle fonti rinnovabili, nota a sentenza di Lucia Annibali. Giornale di diritto amministrativo, n.2, 1 marzo 2021, p.221

[55] Cfr. Relazione illustrativa al d.l. 76/2020

[56] Cfr. M. Cocconi, Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento, cit., sottolinea che la necessità di tutelare l'affidamento del cittadino acquisisca una particolare pregnanza in relazione al fenomeno dell'incentivazione economica.

[57] Cfr. Il controllo del Gestore Servizi Energetici sugli incentivi alle fonti rinnovabili, nota a sentenza di Lucia Annibali. Giornale di diritto amministrativo, n.2, 1 marzo 2021, p.221

ISSN 2036-7821

rappresentazioni dei fatti o dichiarazioni sostitutive false o mendaci, per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato.[58]
In definitiva la riforma dell'art. 42 d.lgs. 28/2011 sembra apprezzabile, in quanto è ispirata al bilanciamento dell'esigenza di sanzionare la violazione accertata, in un'ottica di tutela e salvaguardia delle finanze pubbliche, con la legittima aspirazione dell'operatore privato, a mantenere la posizione di vantaggio, nei limiti in cui ciò sia legittimo e proporzionato rispetto all'obiettivo da perseguire: con l'obiettivo di promuovere l'energia prodotta da fonti rinnovabili, al GSE vengono riconosciuti poteri più elastici nell'individuazione della sanzione da applicare[59], ossia, la decadenza a fronte di violazioni rilevanti e la decurtazione percentuale dell'incentivo in caso di condotte che causano una errata determinazione del sussidio.[60]
Sono certamente condivisibili le buone intenzioni del legislatore che attraverso varie novelle normative relative – in generale – ai procedimenti volti alla promozione di energia pulita, va alla ricerca di un punto di equilibrio tra l'esigenza di ripristino della legalità violata e quella di certezza delle situazioni giuridiche e di tutela del legittimo affidamento dell'operatore economico che opera nel settore.
Tuttavia, sembra che attraverso la stratificazione delle norme primarie e secondarie, dei regolamenti e dei decreti ministeriali attuativi, l'effetto involontario sia stato quello di aumentare i profili di incertezza. Da un lato, gli operatori privati restano in attesa dell'adozione dei provvedimenti attuativi delle riforme legislative, dall'altro lato, il GSE si interroga sull'effettiva portata delle norme che interessano il suo operato e che gli impongono nuove regole di erogazione degli incentivi e nuovi interessi da tenere in considerazione.[61]
Peraltro, è opportuno essere consapevoli della difficoltà che incontra il GSE nell'esaminare le varie e numerose istanze di accesso agli incentivi in tempi brevissimi e fisiologicamente incompatibili con i tempi di un'attività istruttoria che verifichi la sussistenza in capo all'operatore economico di tutti i requisiti oggettivi e soggettivi richiesti dalla normativa vigente.
È proprio per ovviare a tali difficoltà, che il legislatore fonda il procedimento di erogazione degli incentivi sull'istituto dell'autodichiarazione, con l'effetto di spostare sul privato l'onere di dichiarare i presupposti di legge e sollevare l'amministrazione dal relativo accertamento in esito ad approfondita attività di verifica. In ragione di ciò, è del tutto comprensibile riconoscere al GSE la possibilità di tornare, attraverso

[58] In questo senso TAR Lazio, Roma, ord., 20 novembre 2018 n.11206
[59] Cfr. Sul potere dell'amministrazione di graduare gli effetti retroattivi discendenti dall'annullamento d'ufficio disposto nei confronti di provvedimenti favorevoli si rimanda a F. Merusi, L'affidamento del cittadino, Milano, 1970, 143 e segg..
[60] T.A.R. Lazio Roma, Sez. III ter, sent., 19/07/2023, n. 12194
[61] Ad esempio, del decreto ministeriale che individua le condotte che integrano una "violazione rilevante" tale da legittimare il GSE all'esercizio del potere di decadenza ex art.42, c.3, d.lgs. 28/2011

ISSN 2036-7821

un procedimento di secondo grado, a rivalutare i propri provvedimenti ma è parimenti comprensibile, che il privato che investe nel settore delle fonti energetiche rinnovabili possa riporre affidamento (legittimo) nella stabilità dei provvedimenti che concedono gli incentivi.[62]

In tale ottica, la condotta dell'operatore economico deve essere orientata al principio di autoresponsabilità ma il GSE è tenuto a considerare l'affidamento (quando legittimo) dell'operatore che percepisce il beneficio.[63]

Il rapporto di incentivazione è normalmente destinato a durare diversi anni (per non dire decenni) e sono moltissime e di vario tipo le violazioni potenzialmente riscontrabili idonee a giustificare un provvedimento di decadenza dal beneficio[64]. È proprio la durata del rapporto che giustifica la sussistenza del potere di vigilanza del GSE sul rispetto della convenzione in corso d'opera, ma una volta concluso positivamente il procedimento, la messa in discussione dei presupposti di partenza cui far conseguire la revoca *ex nunc* o *ex tunc* dei benefici deve necessariamente seguire le regole e i presupposti del potere di autotutela ovvero il principio di proporzionalità delle conseguenze.[65]

Pertanto, compito della giurisprudenza e della dottrina sarà quello di individuare soluzioni *tailor made* in grado di conciliare il potere di decadenza dagli incentivi con l'esigenza di stabilità del rapporto amministrativo sul quale di fonda l'investimento dell'operatore economico: rapporto che, in ogni caso, deve rimanere improntato ai principi di collaborazione e buona fede.[66]

Ad ogni buon conto, è importante che gli operatori interessati all'accesso agli incentivi si conformino alla normativa vigente in modo da evitare sanzioni e che il GSE continui a svolgere un ruolo attivo nel controllo degli incentivi alle energie rinnovabili, al fine di garantire la trasparenza e l'equità delle procedure e di contrastare eventuali abusi in uno dei settori maggiormente strategici per il processo della transizione ecologica nazionale.

---

[62] Cfr. il Decreto semplificazioni alla prova dei fatti – La riscrittura dei poteri di controllo del GSE nell'ambito dell'autotutela, Giurisprudenza Italiana, n. 5, 1 maggio 2021, p. 1242 Commento alla normativa Mariano Protto

[63] Sui limiti e l'effettiva portata che può essere attribuita al legittimo affidamento in questo settore, si rinvia a M. Luciani, Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica, in Giur.it., 2007, 8-9, 2089, secondo il quale il principio di affidamento si presenta con una forza peculiare nel caso delle leggi di incentivazione, "a causa della struttura essenzialmente contrattuale del rapporto instaurato dalla legge tra potere pubblico e soggetto economico privato".

[64] Cfr: Il controllo del Gestore dei Servizi Energetici sugli incentivi alle fonti rinnovabili, Giornale di diritto amministrativo, n. 2, 1 marzo 2021, p. 221 Nota a sentenza di Lucia Aniballi

[65] Cfr. Energia rinnovabile ed efficienza energetica – I poteri di controllo e di verifica del GSE in materia di incentivi, Giurisprudenza Italiana, n. 10, 1 ottobre 2021, p. 2191 Nota a sentenza Claudio Vivani e Francesca Triveri

[66] Cfr. art. 1, c.2-bis, l. 241/1990.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'affidamento degli appalti secondo le World Bank Procurement Regulations

di Simone Francario

(Avvocato, dottore di ricerca presso l'Università del Molise UNIMOL)

Sommario

1. Profili istituzionali e funzioni della World Bank; 2. Operazioni preliminari; 3. Le World Bank Procurement Regulations for IPF Borrowers per l'acquisto di beni, lavori e servizi: ambito di applicazione, policy e principi generali; 4. Governance; 5. La preparazione della gara, i documenti ufficiali e il loro contenuto; 6. La scelta della modalità di gara e di approccio al mercato; 7. I requisiti di partecipazione; 8. La presentazione delle offerte e i criteri di valutazione; 9. Le misure volte a prevenire i conflitti di interesse ed i fenomeni corruttivi; 10. I principi ispiratori delle WB Procurement Regulations e la loro convergenza con i principi "classici" dell'evidenza pubblicistica; 11. Osservazioni conclusive.

Abstract

As is well known, international procurements are excluded from the scope of national law of individual states and are regulated by international sources.
In particular, the international community has regulated this matter in different ways.
For example, so-called model laws have been adopted (such as the UNCITRAL Model law on Public Procurement, in its latest version of 2011), bilateral agreements have been signed (such as the recent Free Trade Agreement concluded between the United Kingdom and the European Union in the aftermath of the so-called Brexit) as well as multilateral agreements (such as the Government Procurement Agreement concluded within the World Trade Organization).
Furthermore, international organizations have been created with the function, among others, of organizing and awarding public contracts according to their own rules; for instance, the World Bank which, among the various functions attributed to it by the States, can finance the implementation of public contracts, which will be awarded according to rules of international law provided by the World Bank itself.
This paper, part of a broader study on public contracts awarded according to the rules of international law, focuses, in particular, on examining the rules and principles governing the awarding of contracts by the World Bank, emphasizing that the choice of the private contractor does not take place "iure privatorum," but follows a procedure that is, in any case, governed by public-law rules and principles.

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

ISSN 2036-7821

1. Profili istituzionali e funzioni della World Bank.

La World Bank (WB) è una organizzazione finanziaria internazionale[1] che fu istituita insieme all'International Monetary Fund (IMF) nel luglio del 1944 a seguito degli accordi di Bretton Woods[2].

Essa è una organizzazione internazionale di tipo chiuso in quanto è composta solamente dagli Stati che già siano parte dell'IMF ed ogni Stato, all'interno della World Bank, è firmatario di una quota azionaria variabile che viene determinata in base ad alcuni fattori come il reddito, i flussi commerciali e le riserve ufficiali[3].

La sua struttura richiama l'idea di una "cooperativa di stati" in quanto possono essere membri della World Bank solamente gli Stati sovrani e i suoi servizi sono effettuati a favore dei suoi membri più poveri anche se, tuttavia, non bisogna

---

[1] Ad oggi il termine World Bank è utilizzato in via esemplificativa per indicare una istituzione più complessa e articolata: sarebbe infatti più corretto parlare di World Bank Group, il quale è composto da cinque diversi enti.

Cfr. a riguardo K. MARSHALL, *The world bank from reconstruction to development to equity*, Abingdon, Routledge, Oxon, 2008, p. 6: "*The World Bank should be seen as composed of several different institutions, with different characters and mandates. The principal institutions include the IBRD, also confusingly called the World Bank; the International Development Association (IDA), created in 1960 as a fund for concessional financing; and the International Finance Corporation (IFC), which lends to private companies for private-sector projects. […] The World Bank Group also includes two other distinct though much smaller legal entities. The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) provides insurance to private companies against political risk, and the International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICISD) completes the World Bank Group.*"

Inoltre, a seguito della creazione delle Nazioni Unite, dopo diverse discussioni, fu raggiunto un accordo per far diventare sia la WB che l'IMF agenzie speciali delle Nazioni Unite, pur mantenendo alcuni caratteri di specialità.

Infatti, come prosegue la stessa K. MARSHALL, *The world bank from reconstruction to development to equity*, op. cit., p. 35, "*After several rounds of rather tense discussions, these leaders reached a formal agreement in November 1947 making the World Bank and the IMF specialized agencies of the UN. However, they were and have remained 'rather special agencies.' The clear intention of the World Bank and the IMF to maintain their financial autonomy gave rise to complex arrangements for coordinating the work of both institutions with the UN system*."

Per un'analisi approfondita della storia, struttura e funzioni della World Bank si rinvia, *ex multis*, a WORLD BANK STAFF, *Guide to the World Bank*, Washington, World Bank Publications, 2003; WORLD BANK GROUP, *The World Bank Group A to Z*, Washington, World Bank Publications, 2016.

[2] Nell'ambito di una vastissima letteratura, per un'analisi più approfondita degli esiti e delle istituzioni nascenti dalla conferenza di Bretton Woods si rinvia a MAZZONI e M.C. MALAGUTI, *Diritto del Commercio Internazionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2019, pp. 49 e ss.

Per un approfondimento sulle teorie economiche sviluppatesi in seno a tale conferenza e relative al fenomeno della liberalizzazione dei mercati internazionali si rinvia, *ex multis*, a J. JACKSON, *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, Mit Press, Cambridge, 1997; N. ACOCELLA, *La globalizzazione e l'equilibrio economico mondiale*, Carocci Editore, Roma, 2020, pp., 87 e ss.

Infine, con particolare riferimento agli effetti prodotti nel settore dei contratti pubblici si rinvia, *ex multis*, a S. ARROWSMITH, *National and International Perspectives on the Regulation of Public Procurement: Harmony or Conflict?*, in *Public Procurement: Global Revolution* (editori S. ARROWSMITH e A. DAVIES), Kluwer Law International, Londra, 1998, p. 10 e ss.

[3] Cfr. International Bank for Reconstruction and Development, Articles of Agreement, art. 2, section I, lett. a), b).

Sul punto cfr. anche U. DRAETTA, *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, Milano, Giuffrè, 2020, p. 63, dove a riguardo della membership della WB si specifica che "*in alcuni casi, la qualità di membro di un'organizzazione internazionale è un requisito indispensabile per essere membro di un'altra organizzazione internazionale, come avviene, per esempio, per la BANK* [acronimo che sta ad indicare la World Bank], *i cui membri devono anche essere membri dell'IMF (art. II, sez. 1, dell'accordo istitutivo della BANK)*."

ISSN 2036-7821

scordare che gli equilibri di *governance* interni alla WB, determinati in primo luogo dall'accentramento delle maggioranza delle quote azionarie a favore dei Paesi più ricchi, comportano l'indebolimento del fine mutualistico in quanto il potere decisionale è accentrato nelle mani di questi ultimi, i quali, in ultima analisi, devono decidere caso per caso se aiutare o meno i Paesi più poveri[4].

In principio, la World Bank era denominata International Bank for Reconstruction and Development (anche semplicemente "IBRD") e la sua funzione originaria era, appunto, quella di finanziare la ricostruzione post bellica dei Paesi Europei e Asiatici usciti devastati dal secondo conflitto mondiale[5].

Esaurita la prima delle sue funzioni, essa si è concentrata sulla sua seconda grande missione istituzionale, ossia la riduzione della povertà e la promozione dello sviluppo delle Nazioni più arretrate[6].

Questa sua missione è stata caratterizzata da una spiccata eterogeneità di interventi in quanto, con il passare del tempo, il concetto di promozione dello "sviluppo" si è arricchito sempre di nuovi significati e contenuti (dagli aiuti per la transizione delle economie dei Paesi ex socialisti fino ad arrivare alla tutela dell'ambiente), così come ci si rese conto (grazie anche alle teorie di importanti economisti, tra cui premi Nobel

---

[4] Cfr. A.M. BOCCHI e M. PIAZZA, *La Banca Mondiale*, Bologna, Il mulino, 2007, p. 27: "*La Banca Mondiale è spesso definita come una 'cooperativa di Stati' dal momento che possono farne parte solo Stati sovrani e i suoi servizi sono rivolti ai (più poveri tra i) paesi membri. La natura mutualistica tende però a smarrirsi in un'istituzione il cui potere decisionale è nelle mani dei paesi più ricchi e i cui clienti sono i membri più poveri.*"

[5] *Ex multis*, sulla storia e le attività compiute dalla World Bank nei primi anni della sua istituzione si rinvia a M. ALACEVICH, *The Political Economy of the World Bank: The Early Years*, Stanford, Stanford University Press, 2009; D. KAPUR, J. P. LEWIS e R. C. WEBB, *The World Bank: History*, Washington, Brookings Institutions Press, 1997; E. S. MASON e R. E. ASHER, *The World Bank since Bretton Woods*, Washington, Brookings Institutions, 1973.

Inoltre, come è stato sottolineato dalla dottrina in relazione ai primi anni di attività della World Bank, fin da subito ci si rese conto che il compito di ricostruire il mondo post bellico era una sfida troppo grande per la neoistituita organizzazione internazionale, la quale, tra le tante cose, si trovava ancora in una situazione di assestamento, con un sistema di finanziamento provvisorio, pochi fondi a disposizione, poco personale e procedure ancora da sviluppare. Questa missione, come è noto, fu poi assolta principalmente dal Governo americano tramite l'elaborazione del Piano Marshall.

A riguardo anche K. MARSHALL, *The world bank from reconstruction to development to equity*, op. cit., p. 29, ribadisce che: "*However, the postwar reconstruction challenges were soon recognized to be vastly greater and more urgent than the fledging institution was in any position to meet. Further, the Bank's financing structure was still provisional, untested, and heavily dependent on the capital the US had paid in dollars; the institution had no operating procedures and only a small staff. These circumstances led the US government to rethink its approach to reconstruction, and to design a US-led and US-financed process that left the World bank entirely to the side. Secretary of State George C. Marshall announced the Marshall Plan (or the European Recovery Program, as it was formally known) in June 1947 in an address at Harvard University, and it immediately became the focus and fulcrum for reconstruction.*"

[6] Cfr. A.M. BOCCHI e M. PIAZZA, *La Banca Mondiale*, op. cit., p. 52 dove si legge che: "*Una delle più importanti fonti di assistenza allo sviluppo, la banca mondiale ha l'obiettivo di trasformare le risorse dei paesi ricchi in crescita e sviluppo dei paesi poveri. L'ispirazione di fondo è rimasta quella delle origini: lo sviluppo e la prosperità mondiali sono essenziali per evitare squilibri economico-sociali che comportino altre guerre. Le priorità concrete sono però mutate nel corso del tempo; la ricostruzione postbellica e la costruzione di infrastrutture nei paesi poveri prima, il contenimento delle crisi, l'equilibri macroeconomico e le liberalizzazioni poi e, oggi, la lotta alla povertà, il miglioramento delle condizioni di vita nel mondo in via di sviluppo e la riduzione del divario Nord-Sud.*"

ISSN 2036-7821

per l'economia) che il concetto di povertà non è causato solamente dalla scarsità di reddito o di consumi ma anche da altri fattori molto diversi tra di loro[7].
In base a ciò, essendo impegnata su più fronti, l'azione della WB ha assunto progressivamente un approccio sempre più multidisciplinare e multisettoriale su scala globale[8].
Le sue operazioni dunque, dunque, coprono moltissimi ambiti[9], dal privato al pubblico, tra cui, per citarne alcuni, possono essere citati gli interventi in materia di educazione, salute, nutrizione, protezione del territorio, sviluppo agricolo, lotta alla corruzione, ed anche in particolare gli investimenti nelle infrastrutture e risorse umane, così come varie azioni a tutela dell'ambiente, disparità di genere e tanti altri[10].

[7] Si fa riferimento, ad esempio, al premio Nobel per l'economia nel 1998, Amartya Sen il quale aveva rilevato come la povertà fosse composta da più facce. Al fine di combatterla in maniera efficace, non è necessario guardare solo ai mezzi volti a contrastare la scarsità di reddito o di consumi, ma bisogna anche intervenire sulla mancanza di opportunità educative, assenza di cure mediche, malnutrizione, vulnerabilità agli eventi naturali e ai conflitti armati ed anche alla ridotta rappresentanza politica.

[8] Cfr. K. MARSHALL, *The world bank from reconstruction to development to equity*, op. cit., p. 22, dove l'A. afferma che: "*The World bank, among others development institutions, is privileged by its global reach, multilateral character, access to resources, and breadth of activity. This explains both the central role it plays on development issues as different as avian flu, global warming, clean water supplies, preschool education, and nutrition, and also, to a degree, the lightering rod of controversy it attracts.*"

[9] Per avere un'idea più precisa dei tanti settori in cui opera la World Bank basta anche guardare ai c.d. "*Millennium Development Goals*", ossia una serie di obiettivi, comuni a tutti i Paesi, proclamati in sede di Assemblea Generale delle Nazioni Unite a ridosso dell'inizio del XXI secolo e da raggiungersi tramite l'azione congiunta di più soggetti internazionali, quali, appunto la World Bank.

Cfr. WORLD BANK STAFF, *Guide to the World Bank*, op. cit., p. 34: "*The Millennium Development Goals identify -and quantify- specific gains that can be made to improve the lives of the world's poor people. The aim is to reduce poverty while improving health, education, and the environment. These goals were endorsed by 189 countries at the September 2000 UN Millennium General Assembly in New York. They provide a focus for the efforts of the World Bank Group, other multilateral organizations, governments, and other partners in the development community -a focus on significant, measurable improvements. Sometimes abbreviated as MDGs, the Millennium Development Goals grew out of the agreements and resolutions of world conferences organized by the U.N. in the past decade.*"

Come si legge sempre in WORLD BANK STAFF, *Guide to the World Bank*, op. cit., p. 35, i *Millennium Development Goals* del 2000 erano i seguenti: "*Eradicate extreme poverty and hunger: halve the proportion of people living on less than one dollar a day, halve the proportion of people who suffer from hunger; Achieve universal primary education: ensure that boys and girls alike complete primary schooling; Promote gender equality and empower women: eliminate gender disparity at all levels of education; Reduce child mortality: reduce by two-thirds the under-five mortality rate; Improve maternal health: reduce by three-quarters the maternal mortality rate; Combat HIV/AIDS, malaria, and other diseases: reverse the spread of HIV/AIDS, reverse the incidence of malaria and other major diseases; Ensure environmental sustainability: integrate sustainable development into country policies and reverse loss of environmental resources, halve the proportion of people without access to potable water, significantly improve the lives of at least 100 million slum dwellers; Develop a global partnership for development: raise official development assistance, expand market access, encourage debt sustainability.*"

[10] Per un esame più approfondito dei singoli settori di intervento della World Bank si rinvia a WORLD BANK STAFF, *Guide to the World Bank*, op. cit., p. 109 e ss.

ISSN 2036-7821

Oggi, dunque, la sua funzione prioritaria è quella di "*to end extreme poverty*" e di "*to promote shared development*."[11]

Per raggiungere questi scopi la WB (nello specifico ci si riferisce alla IBRD), fin dalla sua istituzione, ha operato a stretto contatto con i governi dei Paesi più in difficoltà a favore dei quali, tra i vari mezzi a sua disposizione[12], può concedere anche finanziamenti per realizzare importanti commesse pubbliche, la cui realizzazione si inserisce in un disegno più ampio[13].

La World Bank svolge in questo caso operazioni di Investment Project Financing (IPF): uno Stato A elabora un progetto di sviluppo della propria economia generale e di crescita; tale progetto viene discusso insieme alla World Bank e ad altri eventuali finanziatori (come ad esempio, l'IMF); se approvato, la World Bank fornisce allo Stato A i fondi per eseguirlo, per intero o anche solo in parte; questi fondi, nel dettaglio, verranno poi utilizzati dallo Stato A per realizzare le operazioni comprese nel progetto tra cui lo svolgimento di tutte le gare pubbliche necessarie a tal fine, le quali costituiscono, di norma, la strumento più importante per portare a compimento l'intero progetto[14].

---

[11] Come si legge anche nella sezione I del Procurement Guidance, A beginners guide for Borrowers, Procurement under World Bank Investment Project Financing, redatto ufficialmente dalla World Bank: "*The World Bank Group (WBG) is one of the world's largest sources of funding and knowledge for developing countries. The WBG has two goals; 1. to end extreme poverty; and 2. promote share prosperity in a sustainable way. The WBG comprises five institutions. These institutions work together for sustainable solutions that reduce poverty and build shared prosperity in developing countries.*"

[12] Per l'analisi delle varie modalità di intervento della World Bank si rinvia a WORLD BANK STAFF, *Guide to the World Bank*, op. cit., p. 33 e ss.

[13] La World Bank fin da subito ha utilizzato questa modalità d'intervento finanziando le gare pubbliche svolte da vari Paesi sparsi in tutto il mondo.

In merito ai caratteri dei primi appalti finanziati dalla World Bank, T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, in *Public Procurement: Global Revolution*, (editori S. ARROWSMITH e A. DAVIES), Londra, Kluwer Law International, 1998, p. 141, scrive che: "*The nature of the existing World Bank procedures is to some extent a factor of the historical origin of World Bank procurement. It is therefore useful to highlight a few points relating to early World Bank procurement. First it can be noted that the World Bank's first ventures were into large-scale industrial projects, such as infrastructures, steel mills, dams and pulp and paper mills. These projects required set forms of bidding document and contract to cope with the very large size of these early projects: thus forms for the procurement of works, consultancies and goods were developed. Only the largest firms could undertake such projects; they were able to employ many of their own permanent stuff. Secondly, there was difficulty in communications after the Second World War, especially in the Third World Countries. There was little telex, scarce courier services and no computers. Airmail was a comparatively new phenomenon. Thirdly, there was a very different procurement philosophy, as already mentioned in the introduction.*"

[14] Secondo la definizione fornita dalla stessa World Bank, nello specifico "*Investment Project Financing (IPF) is one of the ways Bank financing is provided to countries. This can take the form of a IBRD loan, or IDA credit/grant or guarantee. IPF supports projects with defined development objectives, activities, and results, and disburses the financing against specific eligible expenditures. IPF provides funding for activities that produce the physical/social infrastructure necessary to reduce poverty and create sustainable development. To create this infrastructure, Borrowers use the funds from IPF grants, loans and credits to procure Goods, construction (Works), other Non-Consulting and Consulting Services.*" (Sezione I, p. 2, del Procurement Guidance, A beginners guide for Borrowers, Procurement under World Bank Investment Project Financing.)

ISSN 2036-7821

Queste gare, dunque, possono essere inquadrate come appalti pubblici di carattere internazionale in quanto finanziati, in tutto o in parte, dalle risorse concesse dalla WB.

Tali contratti pubblici presentano immediatamente tre importanti peculiarità.

La prima è che il rapporto giuridico alla base dell'intera operazione è tripartito: la World Bank concede un prestito allo Stato A per realizzare una gara pubblica, lo Stato A che riceve i fondi (Borrower) svolge la gara e infine l'eventuale impresa aggiudicataria stipula il contratto direttamente con lo Stato A; durante tutta la procedura, comunque, è presente la World Bank che ne controlla il regolare svolgimento.

La seconda è che la concessione dei fondi necessari per la realizzazione della gara pubblica ha sempre come obiettivo ultimo quello di "*to end extreme poverty*" e di "*to promote shared development*."

La terza è che la gara si dovrà svolgere alla luce delle regole all'uopo previste dalla WB.

Tali regole precedentemente erano contenute nelle Bank Guidelines on Procurement under IBRD Loans and IBRD Credit del 1995 e, per quanto riguarda l'affidamento dei contratti di consulenza, nelle Guidelines on the Use of Consultants by World Bank Borrowers and by the World Bank as Executing Agency del 1997[15].

Oggi invece, a seguito di recenti riforme, questi testi sono stati modificati e sostituiti dalle Procurement Regulation for IPF Borrowers (anche semplicemente "WB Procurement Regulations") che regolano sia l'affidamento dei contratti di beni, lavori e servizi in generale, sia dei contratti di consulenza[16].

---

[15] Come sottolineato da F. BORSON, *Reforms under the World Bank Procurement and the Policy implications for Developing Countries*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* (EPPPL), 12, n. 2, 2017, p. 148, la riforma della previgente normativa si era resa necessaria in quanto questa risultava ormai obsoleta ed inadatta a soddisfare le moderne e molteplici esigenze delle pubbliche amministrazioni. Secondo l'autore, infatti: "*In 2012, the Bank launched a three-year comprehensive reform process into its procurement policies, leading to the adoption of a new policy framework on procurement. The reform aims at modernizing the Bank's procurement approach and to move away from a one-size-fits-all policy to a fit-for-purpose policy approach- This review process is significant in that, it fundamentally reviewed the Bank's operational policies, its internal governance structure and its overall policy objectives.*"

[16] Per un'analisi dettagliata delle principali differenze tra l'attuale normativa e la sua versione antecedente si rinvia a W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, Londra, Bloomsbury Publishing, 2017, pp. 58 e ss.

Ex multis, sulle vigenti World Bank Procurement Regulations si vedano anche W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit.; J. GORSKI, *The World Bank's New Procurement Regulations*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2016, pp. 301-310; P. TREPTE, *All change at the World Bank? The new procurement framework*, in *Public Procurement Law Review*, 2016, pp. 123 e ss.; S. WILLIAMS-ELEGBE, *The Changes to the World Bank's Procurement Policy and the implications for African Borrowers*, in *African Public Procurement Law Journal*, 2014, pp. 22 e ss.

Più in generale, sul tema degli appalti organizzati dalle organizzazioni internazionali si rinvia, *ex multis*, a E. MORLINO, *Procurement by International Organizations – A global administrative law perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.

ISSN 2036-7821

Per quanto riguarda la loro natura giuridica, le WB Procurement Regulations possono essere inquadrate come fonti di terzo grado del diritto internazionale, in quanto atti emanati da una organizzazione internazionale, e pertanto subordinate alla consuetudine e ai trattati[17].
Tali norme hanno valenza esterna, chiaramente *inter partes*, in quanto si rivolgono nei confronti degli Stati membri della WB che richiedono il finanziamento e hanno anche efficacia vincolante, considerato, appunto, che per espressa disposizione trovano necessaria applicazione laddove una gara pubblica sia finanziata dalla WB[18].
Infine, se si guarda la normativa sostanziale ivi contenuta, l'intera procedura di affidamento dei contratti pubblici finanziati dalla WB può essere in generale divisa in due grandi macro aree: la prima riguarda una serie di operazioni preliminari che devono essere svolte principalmente tra lo Stato che richiede il prestito e la World Bank; la seconda riguarda lo svolgimento vero e proprio della gara pubblica ad opera dello Stato borrower secondo le regole previste nelle WB Procurement Regulations.

2. Operazioni Preliminari.

Le operazioni preliminari si aprono con delle riunioni esplorative e conoscitive durante le quali la WB ed uno Stato discutono delle strategie necessarie per ridurre la povertà e promuovere lo sviluppo di quest'ultimo[19].

---

[17] Cfr. U. DRAETTA, *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, op. cit., p. 194 dove, in generale, in merito agli atti emanati dalle organizzazioni internazionali si afferma che: "*La produzione di atti giuridici da parte degli organi delle organizzazioni internazionali riposa su apposite previsioni statutarie e, quindi, costituisce diritto secondario nel contesto delle fonti dell'ordinamento interno dell'organizzazione. Tali atti giuridici possono avere una rilevanza meramente interna, cioè nell'ambito del solo ordinamento interno dell'organizzazione, o anche una rilevanza internazionale, perché diretti ad altri soggetti di diritto internazionale o, comunque, implicanti degli obblighi per questi ultimi. In questo secondo caso gli atti emanati dalle organizzazioni internazionali sono atti giuridici internazionali e, in particolare, fonti di terzo grado del diritto internazionale, dopo, cioè, le consuetudini e, per alcuni, i principi (fonti di primo grado) e dopo i trattati (fonti di secondo grado).*"

[18] Cfr. U. DRAETTA, *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, op. cit., pp. 199 e ss., dove l'A. dopo aver ribadito che l'emanazione da parte delle organizzazioni internazionali di atti aventi natura vincolante rappresenta più l'eccezione che la regola, in merito agli effetti di tali atti specifica a riguardo che "*Gli atti di natura vincolante possono avere, a carico degli Stati membri, sia un effetto, per così dire, reale, che obbligatorio. Nel primo caso (si consideri, ad esempio, la determinazione del pagamento di un contributo) non v'è bisogno di alcun provvedimento dello Stato perché l'atto possa dispiegare i suoi effetti. Nel secondo caso, che è molto più frequente, l'emanazione dell'atto da parte dell'organizzazione internazionale comporta l'obbligo per gli Stati membri di adottare i necessari procedimenti interni di esecuzione e attuazione, a seconda delle rispettive norme costituzionali. Se gli Stati non adempiono quest'obbligo, incorrono in una responsabilità internazionale, oltre che ai sensi dell'ordinamento interno dell'organizzazione*."

[19] A riguardo si è soliti parlare di "*project cycle*" dei progetti finanziati dalla World Bank. Le fasi che portano all'approvazione ed esecuzione del progetto sono cinque e possono essere così schematizzate: identificazione, preparazione, approvazione, negoziazione del prestito, esecuzione del progetto.
Nello specifico durante la prima fase, ossia "*During identification, both governments and the Bank are involved in analyzing development strategies for the borrower's economy as a whole and in identifying projects that support those strategies. When the project identification is completed, the Project Information Document (PID) will be available through the World bank's Project Database. The PID includes contact information for the Project Implementing Agency, as well as*

ISSN 2036-7821

Scelta una determinata strategia da seguire, si apre una fase istruttoria dove lo Stato elabora un proprio progetto[20] per raggiungere gli obiettivi di cui sopra, lo discute in Parlamento, e successivamente lo espone alla WB alla quale indica, in concreto e tramite determinati documenti standard previsti dalla stessa WB, in che modo intende attuarlo, gli strumenti necessari (ossia, le gare pubbliche che intende svolgere) e i fondi di cui necessita[21].

In particolare, durante la fase di preparazione del progetto prescelto, considerato che spesso trattasi di operazioni di notevole grandezza e complessità, lo Stato, come spesso accade, può scegliere di ingaggiare una società di consulenza al fine di farsi aiutare nella redazione del progetto stesso[22].

---

the World Bank Task Team Leader." Cfr. Il sito ufficiale della World Bank, presso https://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/monthly-operational-summary

Per un'analisi analitica dello svolgimento del *project cycle* si rinvia a W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., pp. 77 e ss.; WORLD BANK STAFF, *Guide to the World Bank*, op. cit., p. 55 e ss.

Cfr. Anche T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, in *Public Procurement: Global Revolution,* op. cit., p. 143.

[20] Cfr. A.M. BOCCHI e M. PIAZZA, *La Banca Mondiale*, op. cit., p. 56, dove gli AA. dopo aver specificato che l'approccio della World Bank è un approccio di tipo casistico, nel senso che "*non esistono ricette da applicare in maniera rigida, e che per accrescere l'efficacia delle operazioni, ogni intervento dovrebbe (cercare di) tenere conto delle specificità del contesto locale e delle interrelazioni tra i diversi aspetti -economici, sociali, istituzionali – dello sviluppo*", tale approccio si traduce nella "*redazione -da parte dei paesi in via di sviluppo- di proprie strategie per la riduzione della povertà e la loro presentazione in parlamento e alla comunità internazionale. In concreto, ogni governo -anziché adeguarsi passivamente ai* desiderata *delle istituzioni multilaterali e dei donatori bilaterali – presenta un proprio documento che, formalizzando le priorità del paese, specifica le attività previste nei tre anni successivi, esponendo in dettaglio le politiche macroeconomiche, sociali, e istituzionali necessarie per lo sviluppo, i piani strategici di riforma, le principali fonti di finanziamento e gli aiuti finanziari dall'estero di cui necessita*."

[21] Secondo la World Bank, presso https://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/monthly-operational-summary, "*Preparation is the responsibility of the borrower. During preparation, the technical and institutional alternatives for achieving a project's objectives are identified and discussed. Preparation usually requires feasibility studies followed by more detailed studies of the alternatives that promise to yield the most satisfactory results. The environmental assessment is usually carried out during this phase -see below for more information on environmental assessment. In this stage of the project cycle, borrowers often supplement their own efforts by hiring consultants to carry put a major part of the work.*"

Tra i documenti più importanti che lo Stato borrower deve fornire durante la fase di istruzione del progetto vi sono il Project Procurement Strategy for Development (PPSD) e il Procurement Plan (PP), i quali sono disciplinati nelle World Bank Procurement Regulation for IPF Borrowers, Section IV, 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.5.

In sintesi, il Project Procurement Strategy for Development, ai sensi dell'art. 4.1, è necessario per ogni Progetto finanziato tramite IPF e "*shall address how procurement activities will support the development objectives of the project and deliver the best Value for Money (VfM) under a risk-based approach. It shall provide adequate justification for the selection methods in the Procurement Plan. The level of detail and analysis in the PPSD shall be proportional to the risk, value and complexity of the project procurement*."

Il Procurement Plan, invece, ai sensi dell'art. 4.4 "*shall include: a. a brief description of the activities/contracts; b. the selection methods to be applied; c. cost estimates; d. time schedules; e. the Bank's review requirements; f. the applicable Procurement Documents; and g. any other relevant procurement information*."

[22] Come evidenziato in T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 143, "*Many consultancy contracts are awarded in connection with World bank projects. At the start of a project, consultancies are more frequent than later on. They can vary from pre-investment studies, through services for*

ISSN 2036-7821

Anche questo aspetto è disciplinato dalle regole della World Bank la quale fissa alcuni principi e norme che devono essere rispettati anche nella procedura di scelta della società di consulenza[23].

Successivamente, la WB sulla base dei dati forniti dallo Stato e/o di quelli acquisiti direttamente da lei decide se approvare o meno il progetto in questione, il quale, tuttavia, ancora non risulta eseguibile[24].

Infatti, parallelamente allo svolgimento delle fasi appena elencate, lo Stato negozia con la World Bank l'accordo per il prestito vero e proprio (c.d. Loan Agreement)[25] e, una volta che quest'ultimo è stato concesso ed è divenuto effettivo, inizia la fase di implementazione del progetto, ossia, viene indetta dallo Stato borrower la procedura di evidenza pubblica preventivamente approvata e necessaria per la riuscita del progetto[26].

---

implementation to smaller services by individual consultants. […] The Bank seeks to encourage and develop domestic consulting firms. Therefore, foreign consulting firms are encouraged to sub-contract as much work as possible to domestic firms, and their bids are marked up for their efforts towards this end."

[23] Le principali norme che regolano il procedimento di selezione delle società di consulenza sono contenute nella sezione VII, artt. 7.1-7.34, della World Bank Procurement Regulation for IPF Borrowers.

[24] Sempre secondo la World Bank, presso https://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/monthly-operational-summary, "*Project Appraisal, the responsibility of the Bank, provides a comprehensive review of all aspects of the project (technical, institutional, economic, and financial) and lays the foundation for implementing the project and evaluating it when completed. Conducted by Bank staff, project appraisal may be supplemented by individual experts. A Project Appraisal Document (PAD) is published following this stage*."

[25] Sempre secondo la World Bank, presso https://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/monthly-operational-summary, "*During Negotiations, discussions are held between the Bank and the borrower and agreements reached are contained in the draft loan, credit or grant documents. Upon completion of negotiations, the project is then presented to the Executive Directors of the Bank for their consideration. After approval, the loan, credit or grant agreement is signed*."

Cfr. Anche T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, in *Public Procurement: Global Revolution*, op. cit., p. 143 dove si evidenzia che: "*Parallel with this process, the World bank and its client will have been negotiating the loan agreement. Although mainly concerned with financial affairs, such as the amount of the loan, the methods of payment and timing of repayment, the loan agreement will also highlight the main management and procurement issues of the loan.*"

Per un'analisi più dettagliata del contenuto del Loan Agreement si rinvia a W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., pp. 55 e ss. Come inquadramento generale, l'A., a p. 55, scrive che: "*A loan agreement is a simple contractual document between the borrower country and the lender, which contains information on the general conditions of the contract, the amount of the loan and the payment terms, including payments dates, the project to which the loan relates remedies of the lender, the effectiveness of the agreement and termination provisions. The loan agreement is a standardized document and will normally contain the basic information on the front-end fee, which is usually 0.25 per cent of the loan amount, payable on loan effectiveness; the lending rate, which varies depending on the nature of the financed project; a commitment fee, (which may be waived); as well as the maturity term.*"

[26] Sempre secondo la World Bank, presso https://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/monthly-operational-summary, "*Implementation of a project usually starts after the loan, credit or grant is declared effective, which can normally be expected to take a few months after signings. Contractors and suppliers, therefore, should contact borrowers expressing their interest in specific projects. They should obtain information on what goods and service will be needed, and when and how to submit bids and proposals. During implementation, consultants are often used to provide technical assistance and other project implementation support. As contracts for consulting services are*

ISSN 2036-7821

3. Le World Bank Procurement Regulations for IPF Borrowers per l'acquisto di beni, lavori e servizi: ambito di applicazione, policy e principi generali.

Quando un appalto è finanziato in tutto o in parte dalla World Bank, la regola generale è che la fonte principale dell'intera procedura sia costituita dalle WB Procurement Regulations for IPF Borrowers (WB Procurement Regulations), aggiornate alla quarta edizione del 2020[27], le quali si applicano agli appalti per l'acquisto di beni, lavori, servizi non di consulenza e servizi di consulenza[28].

Innanzitutto, bisogna specificare che l'applicazione delle World Bank Procurement Regulations va coordinata con un altro accordo previamente concluso tra il Borrower e la World Bank (c.d. Legal Agreement).

A mente dell'art. 2.1 delle World Bank Procurement Regulations, il Legal Agreement è la fonte principale che regola il rapporto intercorrente tra lo Stato e la World Bank.

Le World Bank Procurement Regulations, invece, sono deputate esclusivamente a regolare lo svolgimento della gara pubblica in questione fino al momento della firma del contratto con l'eventuale aggiudicatario.

Infatti, il momento della conclusione del contratto costituisce un altro importante spartiacque per l'applicazione della normativa internazionale in esame: terminata la gara e firmato il contratto, infatti, è espressamente previsto che i successivi diritti e obblighi nascenti tra il Borrower e l'aggiudicatario non saranno governati né dalle World Bank Procurement Regulations né dal Legal Agreement, lasciando in questo caso lo spazio aperto all'utilizzo di altre discipline tra cui, eventualmente, quella interna[29].

---

not usually advertised, consultants, in particular, should contact the responsible implementing agency early in the project preparation period to express their interest."

[27] Questa regola generale in alcuni casi può subire delle eccezioni. Ad esempio, l'art. 2.2 della Sezione II prevede che le WB Procurement Regulations non si applicano agli appalti di beni, lavori, servizi non di consulenza e servizi di consulenza finanziati dalla World Bank quando: a) la WB agisce come garante o b) quando la WB concede prestiti a favore di borrowers privati.

Ancora, il successivo art. 2.3 prevede che per i contratti non finanziati dalla World Bank ma inclusi nell'ambito del progetto finanziato da quest'ultima, il borrower potrà non applicare le regole previste dalle WB Procurement Regulations ed utilizzare altre fonti qualora alla WB sia assicurato che: a) le diverse regole prescelte consentiranno al borrower di completare il progetto finanziato con diligenza ed efficienza; b) i beni, lavori, servizi alla base dei contratti non finanziati dalla WB siano: bb) di una qualità tale da essere compatibili con gli altri elementi del progetto ed i suoi obiettivi, bbb) saranno consegnati e completati tempestivamente e bbbb) il loro prezzo non avrà effetti negativi sull'economia dell'intero progetto.

L'art. 2.4 infine disciplina il caso di Alternative Procurement Arrangements: su richiesta del borrower la World Bank, in applicazione delle proprie regole e politiche, può: a) decidere di consentire l'applicazione di normative proprie di altre agenzie o organizzazioni, e può altresì acconsentire a che tali enti svolgano un ruolo centrale nello svolgimento della gara e nel suo controllo; b) decidere di consentire l'applicazione di normative proprie di una agenzia o ente del borrower.

[28] Cfr. WB Procurement Regulations Section I, art. 1.2.

[29] Cfr. WB Procurement Regulations Section II, art. 2.1.

ISSN 2036-7821

La *ratio* dell'utilizzo delle World Bank Procurement Regulations al posto della normativa nazionale è evidente: infatti, oltre all'interesse perseguito dallo Stato tramite la realizzazione della gara pubblica, vengono in rilievo anche altri interessi propri della WB, tra cui, in particolare, l'interesse a che i fondi concessi a prestito siano usati in maniera efficiente e solamente per acquistare beni e servizi ricompresi nel progetto previamente approvato[30].

Infatti, se tali fondi vengono utilizzati in maniera efficiente e la relativa gara pubblica si svolge in maniera altrettanto ottimale, allora, di conseguenza, si compie anche la missione principale della World Bank di "*end extreme poverty*" e di "*promote shared development*."[31]

Inquadrata la questione nei termini sopra indicati, va anche sottolineato che la preoccupazione relativa alla corretta allocazione ed al corretto utilizzo delle risorse è ancora più sentita se si considera il fatto che la WB opera proprio come ente di promozione dello sviluppo nei Paesi più poveri e/o meno sviluppati, i quali difficilmente sono dotati di un quadro normativo efficiente in materia di appalti pubblici e il rischio di cattiva gestione delle risorse è, conseguentemente, più elevato rispetto ai Paesi con una normativa più aggiornata.

Pertanto, per far fronte anche a queste esigenze, le norme contenute nelle WB Procurement Regulations "*are guided by the following core procurement principles: value for money, economy, integrity, fit for purpose, efficiency, transparency and fairness*."[32]

Sul punto anche T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 142, afferma che: "*In procurement projects financed by the World bank for client countries, the contracts for the goods, works and services that are needed in connection with the project are concluded between the client country and the contractors. However, as we have already noted above, the procurement procedures for these contracts are required to be conducted according to procurement policies and procedures specified by the World Bank itself.*"

Cfr. anche WORLD BANK, *World Bank Group and Public Procurement: an Independent Evaluation*, op. cit., p. 17: "*Equally, rights and obligations between the Bank and the country client need to be carefully balanced within the legal framework of Bank-client commitments. Contracts are made between a borrower/implementation agency and contractor, and the Bank is not a party to this.*"

[30] Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 16: "*As an international development institution, the World Bank funds capital intensive projects in developing countries, which are implemented by means of procurements in these countries. The regulation of public procurement by the development banks arose from a need to prevent the loss of funds channeled to developing countries as project finance.*"

Nello stesso senso anche WORLD BANK, *World Bank Group and Public Procurement: An Independent Evaluation*, Washington, World Bank Publications, 2015, p. 2, dove a proposito si sottolinea che "*World Bank operations are dominated by investment lending. Bank procurement policies and processes affect the development impact of Bank lending and influence public procurement practices. The Bank seeks to ensure that its funds are used for the purpose intended and that they support development effectively and efficiently. Thus, the extent to which Bank investment lending procurement policies support the effectiveness of Bank lending have a deep influence on development outcomes.*"

Cfr. anche A.M. BOCCHI e M. PIAZZA, *La Banca Mondiale*, op. cit., p. 64

[31] Cfr. WORLD BANK, *World Bank Group and Public Procurement: an Independent Evaluation*, op. cit., pp. 1-2: "*Good public procurement practices are a major determinant of the effectiveness of public expenditure. Effective procurement policies enable better use of governments budgets and are therefore an essential element of the Bank's poverty reduction focus.*"

[32] Cfr. WB Procurement Regulations Foreword e Section I.

ISSN 2036-7821

In questo modo, non solo viene garantito un certo livello di sicurezza nell'operazione di finanziamento compiuta dalla World Bank, ma allo stesso tempo le WB Procurement Regulations garantiscono anche che lo Stato che svolge la gara stipuli il contratto più adatto alle sue esigenze e con la migliore controparte contrattuale presente sul mercato.

Infine, non va dimenticato, in maniera similare con quanto avviene con la UNCITRAL Model Law on Public Procurement, l'utilizzo delle World Bank Procurement Regulations, costituendo anche esse applicazione della *best practice* seguita a livello internazionale, possono svolgere un'azione indiretta di armonizzazione dei principi e delle regole in materia di appalti pubblici a livello globale[33].

Gli Stati Borrowers, che in genere sono quelli che posseggono una legislazione particolarmente arretrata in materia di aggiudicazione dei contratti pubblici, quando si trovano a dover utilizzare le World Bank Procurement Regulations sono spinti anche ad aggiornare il proprio sistema alla luce di quanto previsto proprio dalla WB per una serie di importanti ragioni che si cercherà di illustrare in via di estrema sintesi[34].

In primo luogo, l'adeguamento o quanto meno avvicinamento al sistema normativo previsto dalla World Bank consentirebbe di raggiungere una maggiore efficienza in

---

Sul punto si veda anche F. BORSON, *Reforms under the World Bank Procurement and the Policy implications for Developing Countries*, op. cit., p. 147: "*As spelt out in its Articles of Agreement, the Bank has a duty to ensure that proceeds of any loan are used only for the purposes for which the loan was granted, with due considerations for economy and efficiency. The Bank sought to fulfil this obligation through the provision of very detailed, rule-based policies and procedures on how procurement funded by the Bank should be conducted.*"

[33] Come evidenziato anche da A.A.N. COMAS e N.F. MENDES DOS SANTOS, *Measuring Public Procurement Rules and Practices - Benchmarking a recurrent infrastructure contract*, in *Policy Research Working Paper*, (editore WORLD BANK GROUP), 2001, p. 5: "*However, since the early 1990s there has been a push to assess, identify and promote good practices in public procurement across the globe. The World Bank has played a crucial role in this area […]. The design of the indicator was also heavily influenced by the efforts of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) to harmonize public procurement regulations, and to promote good public procurement governance in developing countries in particular. The indicator also builds on the provisions of the 2011 UNCITRAL Model Law on Public Procurement, which inspired multiple public procurement reforms in developing economies.*"

[34] Cfr. WORLD BANK, *World Bank Group and Public Procurement: an Independent Evaluation*, op. cit., p. 13: "*Over more than a decade, the Bank has played a lead role in advancing the global agenda of building and harmonizing good practice in public procurement, with many successes. The Bank's work is widely recognized and appreciated by development partners and client countries. […] The Bank's effort to coordinate with partners on reform, capacity building, and alignment of practices are varied: they are substantial in Mexico and the Philippines (where the Bank lead a multidonor coordination effort) but negligible in Indonesia and Turkey (in the former, the Bank has relinquished the lead role to the Australian Agency for International Development and the Millennium Challenge Corporation).*"

Sul punto, si rinvia anche a J. GORSKI, *The World Bank's New Procurement Regulations*, op. cit., p. 309, dove l'A. afferma che: "*The Procurement Regulations offer plentiful options of how to configure procurement processes (plus APAs if those options were insufficient), in order to attract borrowers who could now develop their national procurement systems and be compliant with international obligations without having to ring-fence various procurement regimes for various purposes.*"

ISSN 2036-7821

tale settore: le norme contenute nelle World Bank Procurement Regulations, come si vedrà, infatti, sono deputate anche al raggiungimento di questo obiettivo[35].
Oltre a questo importantissimo risultato sul piano interno, il riavvicinamento delle normative potrebbe aprire anche nuovi scenari a livello del commercio internazionale: da una lato consentirebbe al Paese in questione di entrare con più facilità all'interno di determinate organizzazioni internazionali (come ad esempio la WTO, all'interno della quale, possedendo una normativa in materia di contratti pubblici ispirata ai principi delle World Bank Procurement Regulations, potrebbe entrare a far parte senza particolari difficoltà del GPA), dall'altro potrebbe favorire la ricerca di nuovi partners commerciali (più inclini, in teoria, a cercare un accordo con un Paese che si presenti con un quadro normativo chiaro ed aggiornato e che permetta alle imprese straniere di partecipare nei propri mercati interni in condizioni di parità con le imprese locali) e infine aumenterebbe le possibilità per le proprie imprese nazionali di esplorare nuovi mercati (che in teoria, di conseguenza, potrebbero risultare "aperti" e senza barriere a condizione di reciprocità una volta stipulato un determinato accordo commerciale[36].
Il contenuto dei principi sopra richiamati, poi, è specificato in maniera puntuale nelle "World Bank Policy on Procurement in IPF and other operational procurement matters"[37] e può essere così riassunto: "*Value for money*" [38] (VfM) significa l'effettivo, efficiente ed economico uso di risorse; "*economy*" [39], che deve essere letto in stretto

[35] Sulle principali modifiche auspicabili a livello dei singoli ordinamenti nazionali in tema di public procurement, anche alla luce dell'applicazione delle World Bank Procurement Regulations, si rinvia *ex multis* a M. FAZEKAS e J.R. BLUM, *Improving Public Procurement Outcomes – Review of Tools and the State of the Evidence Base*, in *Policy Research Working Paper*, (editore WORLD BANK GROUP), 2021; WORLD BANK GROUP, *Benchmarking Public Procurement 2016 – assessing public procurement systems in 77 economies*, Washington, World Bank Publications, 2016; WORLD BANK GROUP, *Benchmarking Public Procurement 2017 – assessing public procurement systems in 180 economies*, Washington, World Bank Publications, 2017.

[36] Sul punto è opportuno rinviare alle opere citate nelle precedenti note tra cui WORLD BANK, *World Bank Group and Public Procurement: an Independent Evaluation*, op. cit.; A.A.N. COMAS e N.F. MENDES DOS SANTOS, *Measuring Public Procurement Rules and Practices - Benchmarking a recurrent infrastructure contract*, op. cit.; J. GORSKI, *The World Bank's New Procurement Regulations*, op. cit.

[37] Le "World Bank Policy on Procurement in IPF and other operational procurement matters" costituiscono un importante documento di carattere interno, rivolto principalmente alla World Bank stessa, che si inserisce nel quadro generale delle fonti che governano gli appalti pubblici finanziati con i fondi della World Bank. La funzione principale di tale documento è quella di indirizzo generale delle operazioni di *project funding* della World Bank, infatti, come sottolineato da W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 69: "*The Bank Policy sets out the vision for Bank funded procurement, lists the core procurement principles governing Bank funded procurement, as well as matters pertaining to governance in funded procurement, roles and responsibilities, alternative procurement arrangements and the Project Procurement Strategy Document.*"

[38] Cfr. World Bank Policy, Section III, lett. C, punto 1: "*The principle of value for money means the effective, efficient, and economic use of resources, which requires an evaluation of relevant costs and benefits, along with an assessment of risks, and non-price attributes and/or life cycle costs, as appropriate. Price alone may not necessarily represent value for money.*"

[39] Cfr. World Bank Policy, Section III, lett. C, punto 2: "*The principle of economy takes into consideration factors such as sustainability, quality, and non-price attributes and/or life cycle cost as appropriate, that support value for money. It*

ISSN 2036-7821

rapporto con il principio di VfM, si riferisce ad elementi ulteriori e non connessi al prezzo permettendo allo Stato banditore di incidere, tramite lo svolgimento della gara pubblica e sempre previo accordo tra la WB e il Borrower, anche nel settore economico, ambientale, sociale e di sviluppo nazionale; "*integrity*"[40] implica che fondi, risorse e autorità siano adoperati solamente allo scopo di raggiungere i fini prefissati dal progetto e per curare l'interesse pubblico e che, inoltre, non si verifichino conflitti d'interessi ed ogni soggetto coinvolto si astenga dal compimento di frodi e corruzioni in generale; "*fit for purpose*"[41] richiede che sia elaborato il miglior approccio possibile per sviluppare il progetto finanziato tenendo conto di tutte le circostanze del caso; "*efficiency*"[42] richiede che l'appalto sia proporzionato al valore e al rischio del progetto finanziato; "*transparency*"[43] autorizza e impone allo Stato e alla WB di svolgere appropriate attività di controllo durante lo svolgimento della gara e di rendere trasparente la loro azione, in primo luogo, tramite la conservazione e la disclosure dei documenti di gara; "*fairness*"[44] impone, tra le altre cose, che tutti i partecipanti siano trattati in maniera uguale senza effettuare discriminazioni[45].

---

permits integrating into the Procurement Process economic, environmental, and social considerations that the Bank has agreed with the Borrower. It also permits augmenting identified sustainability criteria with specific criteria in support of the Borrower's own sustainable procurement policy."

[40] Cfr. World Bank Policy, Section III, lett. C, punto 3: "*The principle of integrity refers to the use of funds, resources, assets, and authority according to the intended purposes and in a manner that is well informed, aligned with the public interest, and aligned with broader principles of good governance. The Bank therefore requires that all parties involved in the Procurement Process, including without limitation, Borrowers and sub-Borrowers (and other beneficiaries of Bank Financing); bidders, consultants, contractors, and suppliers; any sub-contractors, sub-consultants, service providers or suppliers; any agents (whether declared or not); and any of their personnel, observe the highest standard of ethics during the Procurement Process of Bank-financed contracts, and refrain from fraud and corruption, as that term is defined in the Anti-Corruption Guidelines.*"

[41] Cfr. World Bank Policy, Section III, lett. C, punto 4: "*The principle of fit for purpose applies both to the intended outcomes and the procurement arrangements in determining the most appropriate approach to meet the project development objectives and outcomes, taking into account the context and the risk, value, and complexity of the procurement.*"

[42] Cfr. World Bank Policy, Section III, lett. C, punto 5: "*The principle of efficiency requires that Procurement Processes be proportional to the value and risks of the underlying project activities. Procurement arrangements are generally time-sensitive and strive to avoid delays.*"

[43] Cfr. World Bank Policy, Section III, lett. C, punto 6: "*The principle of transparency requires that the Borrower and the Bank enable appropriate review of the procurement activities, supported by appropriate documentation and disclosure. Transparency requires (i) that relevant procurement information be made publicly available to all interested parties, consistently and in a timely manner, through readily accessible and widely available sources at reasonable or no cost; (ii) appropriate reporting of procurement activities; and (iii) the use of confidentiality provisions in contracts only where justified.*"

[44] Cfr. World Bank Policy, Section III, lett. C, punto 7: "*The principle of fairness refers to (i) equal opportunity and treatment for bidders and consultants; (ii) equitable distribution of rights and obligations between Borrowers and suppliers, bidders, consultants, and contractors; and (iii) credible mechanisms for addressing procurement-related complaints and providing recourse. Open competitive procurement is the Bank's preferred procurement approach, whenever possible, to maximize fairness of opportunity to bid. Whenever possible, the Bank requires that eligible individuals and firms be given the same opportunities to compete for Bank-financed activities.*"

[45] Cfr. F. BORSON, *Reforms under the World Bank Procurement and the Policy implications for Developing Countries*, op. cit., p. 148: "*The Bank's new policy framework became effective in July 2016 and it must be followed by borrowers when implementing investment projects financed by the Bank. […] The framework introduces, for the first time, an explicit vision*

ISSN 2036-7821

4. Governance.

Quando trovano applicazione le World Bank Procurement Regulations, la World Bank in primo luogo si preoccupa di chiarire i meccanismi di governance e le aree di responsabilità dei due maggiori soggetti coinvolti nell'operazione: ossia lo Stato Borrower e la WB stessa.

A riguardo è previsto che il Borrower sarà responsabile dello svolgimento dell'intera gara in base alle regole contenute nelle World Bank Procurement Regulations[46], mentre la World Bank, dall'altro lato, è tenuta a compiere determinate operazioni di controllo al fine di verificare che i fondi concessi siano utilizzati in maniera efficiente e solamente per il raggiungimento dello scopo previamente concordato[47].

---

statement for the Bank's investment projects which states that 'procurement in an investment project financing supports borrowers to achieve value for money with integrity in delivering sustainable development.' The Bank's vision is underpinned by seven core principles: value for money, economy, integrity, fit for purpose, efficiency, transparency and fairness. These are not all new to the Bank since many of these principles were already applicable to the Bank's operations."

La policy ed i principi generali alla base delle regole che disciplinano gli appalti finanziati con le risorse della World Bank, sostanzialmente, non hanno subito particolari cambiamenti a seguito delle varie riforme intervenute nel corso del tempo. Per un'analisi generale della policy e dei principi generali alla base della previgente normativa si veda *ex multis* T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, in *Public Procurement: Global Revolution*, op. cit., pp. 142-143.

Per quanto riguarda, invece, un'analisi generale delle attuali World Bank Policy si rinvia, *ex multis*, a W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 68 e ss.

[46] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 3.2, 3.1.

La dottrina ha anche evidenziato alcune criticità in punto di riparto della responsabilità tra il Borrower e la World Bank nell'applicazione delle regole contenute nelle World Bank Procurement Regulations. Nel sistema sopra delineato, infatti, le amministrazioni e il personale amministrativo del Borrower saranno tenuti ad applicare un doppio sistema di norme: oltre le proprie regole nazionali, dovranno essere necessariamente applicate anche le regole previste dalla World Bank. Le problematiche, in una situazione del genere che richiede la contestuale applicazione di due sistemi normativi diversi, sorgono nel momento in cui non si può ignorare che il personale amministrativo, soprattutto nei Paesi in via di sviluppo e con un sistema di aggiudicazione dei contratti pubblici più arretrato, spesso non ha le competenze necessarie e la conoscenza adeguata per utilizzare un nuovo set di norme. In uno scenario del genere dunque graverebbe sul personale amministrativo un onere sproporzionato, che, *de jure condendo*, si auspica potrebbe essere alleggerito tramite appositi e mirati programmi di sviluppo che permettano una migliore applicazione delle World Bank Procurement Regulations.

Sul punto cfr. F. BORSON, *Reforms under the World Bank Procurement and the Policy implications for Developing Countries*, op. cit., p. 150: "*Application of the Bank's rules is in addition to the application of existing national rules on procurement which creates a system of multiple procurement rules in developing countries. Though there are no guidance on how responsibilities are allocated to procurement personnel, in practice, a single procurement officer is generally required to implement the Bank's rule for projects funded by the Bank in addition to national procurement rules for projects funded from domestic resources. The single procurement officer is usually a regular civil servant who often implements the national procurement rules and may perform other duties under domestic system. This is rather different from the situation where States could have procurement officers specialized in implementing either solely projects funded from domestic resources or solely donor-funded projects. […] The implementation responsibility imposed on a single civil servant becomes a burdensome administrative task particularly for personnel in developing countries where the lack of procurement skills and capacity are inherent problems.*"

[47] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 3.4

ISSN 2036-7821

In particolare, tra i vari compiti di vigilanza cui è tenuta, la World Bank, anche delegando ad una terza parte, può eseguire un controllo preventivo oppure un controllo successivo (*prior and post review*), a seconda che la gara sia ancora in corso o si sia già conclusa[48].
In entrambi i casi ciò che viene valutato è la corrispondenza delle singole operazioni svolte all'interno della gara ai termini previsti nel Legal Agreement.
Al termine di queste operazioni, se la World Bank accerta che lo Stato nello svolgimento della gara non si è conformato a quanto previsto nel Legal Agreement, la WB può utilizzare i rimedi previsti nel Legal Agreement oppure utilizzare "*other appropriate actions*."[49]
La facoltà della World Bank di ricorrere alle due categorie di rimedi sopra indicate non viene meno neanche qualora il contratto pubblico sia già stato aggiudicato con l'approvazione della WB[50].

5. La preparazione della gara, i documenti ufficiali e il loro contenuto.
Come visto, normalmente, l'*iter* per svolgere una gara d'appalto finanziata dalla World Bank è particolarmente complesso e richiede l'adempimento da parte della WB e in particolare da parte del Borrower di precisi passaggi burocratici e tecnici.
Già durante le operazioni preliminari, infatti, il borrower deve sviluppare un documento denominato Project Procurement Strategy for Development (PPSD) che serve ad indicare come lo svolgimento della gara consentirà a quest'ultimo di raggiungere gli obiettivi del progetto approvato dalla World Bank durante le negoziazioni e in che modo sarà raggiunto il best value for money[51].
Ancora il PPSD[52] deve avere un livello di dettaglio e di analisi delle attività da svolgere che sia proporzionato al rischio, valore e complessità dell'appalto, deve

[48] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 3.5 e ss.
[49] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 3.25
[50] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 3.26.
[51] Nel dettaglio, come sottolineato da F. BORSON, *Reforms under the World Bank Procurement and the Policy implications for Developing Countries*, op. cit., p. 149: "*Based on the research and analysis of project needs and other influencing factors, the procurement approach including implementation arrangements will be documented in a strategy document now referred to as the Project Procurement Strategy for Development (PPSD). Significantly, the PPSD identifies the adequacy and capabilities of the implementing agency, risks of the market and local procurement context, which informs decisions including the use of alternative procurement arrangements and the extent to which country systems could be used.*"
[52] Sul contenuto e la funzione del PPSD si rinvia nel dettaglio a W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 73: "*The Project Procurement Strategy for Development (PPSD) is a new document required under the new procurement framework. […] The PPS is a document that contains detailed information on how procurement activities will support the development objectives of the project and deliver value for money under a risk-managed approach. The PPSD provides the justifications and rationalizations of the borrower approach to project procurement, such as the justifications for the selection methods chosen, and will also provide the justification for expanded Bank support under the projects. Other information contained in the PPSD includes a clear statement of the objectives of the projects, an identification of the specific project's needs; an assessment of adequacy of the*

ISSN 2036-7821

coprire almeno i primi 18 mesi di esecuzione del contratto e deve fornire adeguata giustificazione in relazione al metodo di selezione del contraente che verrà utilizzato e formalizzato nel successivo Procurement Plan[53].

In alcuni casi, tuttavia, può accadere che il Paese che richiede il finanziamento, per cause a lui non imputabili (ad esempio in situazioni di urgenza o di calamità naturale o di conflitti generati dall'uomo che siano riconosciute dalla World Bank), non abbia materialmente il tempo necessario per sviluppare tali documenti in maniera precisa e dettagliata e che, conseguentemente, si renda necessario accorciare il più possibile le tempistiche procedurali per ricevere i fondi al fine di far fronte a tali evenienze.

In questo scenario, la preparazione di tali documenti, in particolare del PPSD, sebbene debba rimanere comunque di "alto livello", può avvenire anche in forma semplificata.

Anche qualora vengano redatti in forma semplificata, comunque, la normativa internazionale in esame è chiara e al fine di prevenire un uso distorto dell'istituto prevede che "*simplified procurement arrangements in the PPSD are consistent with the Bank's Core Procurement Principles*."[54]

Sia il PPSD che il Procurement Plan[55], una volta redatti e prima che sia formalizzato l'accordo relativo al prestito dei fondi a favore del borrower, vanno trasmessi alla World Bank la quale dopo un primo esame può decidere se approvarli o meno.

Qualora vengano approvati, tali documenti vengono incorporati nel Legal Agreement e diventano legalmente vincolanti nei confronti del borrower il quale, se intende modificarli in un secondo momento, dovrà inoltrare dette modifiche alla World Bank a cui spetta l'ultima parola in merito alla loro entrata in vigore[56].

Per quanto riguarda il Procurement Plan, invece, questo deve contenere: a) una breve descrizione delle attività e del contratto; b) i metodi di selezione che saranno usati; c) la stima dei costi; d) la tempistica delle operazioni; e) i requisiti che la World Bank utilizzerà per effettuare la revisione; f) i Procurement Documents che saranno utilizzati; g) qualsiasi altra informazione utile[57].

In maniera speculare con quanto già descritto a proposito del PPSD, anche il Procurement Plan può essere redatto in forma semplificata e, in aggiunta, può anche essere completato durante la fase di esecuzione del progetto[58].

---

market to respond to the procurement; an assessment of the agency's capability to conduct the procurement; and a justification of procurement decisions, such as the evaluation criteria used in the procurement process."

[53] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 4.1.

[54] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 4.3.

[55] Sul contenuto e la funzione del Procurement Plan si rinvia nel dettaglio a W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 74 e ss.

[56] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 4.2.

[57] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 4.4.

[58] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 4.5.

ISSN 2036-7821

Approvati tali documenti preliminari, il Borrower deve dare notizia della sua intenzione di svolgere la gara pubblica e a tal fine deve essere redatto un apposito documento, la *General Procurement Notice* (GPN) [59], contente alcune informazioni di carattere generale come i dettagli e i contatti del Borrower, l'ammontare e lo scopo del finanziamento, lo scopo dell'appalto, il sito dove sarà resa disponibile la successiva *Specific Procurement Notice* (SPN) contenente ulteriori dettagli dell'appalto stesso e, qualora già disponibili, anche la scheda relativa ai tempi e le date della gara[60].

Tali documenti oltre che essere pubblicati nella gazzetta ufficiale dello Stato banditore, dovranno essere inoltrati anche alla WB la quale provvederà a pubblicarli sul sito della World Bank stessa ed anche presso un apposito portale online tenuto dal UN Department of Public Information[61].

La *ratio* alla base di tali norme è chiaramente di natura pro concorrenziale: gli appalti finanziati dalla WB devono essere pubblicizzati adeguatamente e in modo tale da essere conosciuti dal più ampio numero di operatori economici, nazionali e internazionali[62].

Queste gare, infatti, di norma si rivolgono ad una platea internazionale, e pertanto non è sufficiente la mera pubblicazione da parte del Borrower nella sua Gazzetta ufficiale, in quanto ciò potrebbe costituire un ostacolo indiretto alla partecipazione di operatori economici internazionali che non avrebbero contezza dell'esistenza della gara[63].

---

[59] Cfr. WB Procurement Regulations, artt. 5.22-5.24.

[60] Sotto questo profilo non si rinvengono particolari differenze rispetto la previgente normativa il cui impianto generale sembra essere comunque mantenuto.

Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 87, dove si legge che: "*The preparation of the bidding documents is accompanied by an advertisement in both the 2011 procurement guidelines and the 2016 procurement regulations. In Bank-financed contracts, although the responsibility for advertising procurements opportunities lies with the borrower, the borrower is required to follow a Bank template for the publication of these notices. Once the borrower prepares a GPN, this is submitted to the Bank and it is the Bank that arranges for its publication on the Bank portal (www.clientconnection.worldbank.org), on Development Gateway (www.dgmarket.com), which contains the notices of tenders from all international development agencies, and on the UN development business website mentioned earlier. The SPN is also to be published on the borrower's free access website, in the official gazette and one newspaper of national circulation. Where the contract involves international competitive procurement, the SPN shall also be published in an international newspaper of wide circulation.*"

Nello stesso senso anche T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 143.

[61] Ci si riferisce alla United Nations Development Business Online (UNBD Online), la quale viene aggiornata e pubblicata 24 volte l'anno.

Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 87, in nota *supra*.

[62] Cfr. T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 146: "*The stated aim of this notification process is to give access to World Bank-funded contracts to the widest possible number of suppliers*."

[63] Cfr. T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 145, dove si specifica che: "*bidding opportunities must be advertised in timely fashion […]. Borrowers have to submit a draft general procurement notice, which the Bank then places in* Development Business. *This notice should include details of the*

ISSN 2036-7821

Per ovviare a tale problema, dunque, per ridurre il gap intercorrente tra imprese locali e straniere nella ricerca di gare cui partecipare, è altresì necessario che la notizia dello svolgimento della competizione sia pubblicata anche altrove, in giornali internazionali, maggiormente accessibili da imprese straniere.
Sempre per permettere alle imprese straniere e nazionali di competere su un piano di parità, il Borrower dovrà utilizzare gli *Standard Procurement Documents* forniti dalla World Bank[64], ossia una serie di documenti di gara che sono già predeterminati e redatti, a monte, dalla WB[65].
Ovviamente, la necessità di ricorrere agli *Standard Procurement Documents* forniti dalla World Bank non si pone qualora la gara si svolga solamente all'interno del mercato nazionale: in questo scenario, l'art. 5.25, secondo periodo, prevede espressamente che il Borrower possa ricorrere ai propri documenti ufficiali di gara,

---

borrower, the scope of procurement under ICB, pre-qualification (when pre-qualification is required) and the dates when pre-qualification and bidding documents will be available. The borrower has to maintain a list of answers to the notice, and a minimum delay of eight weeks must elapse between publication of the notice and the release of pre-qualification bidding documents. In addition, the borrower must advertise its bidding opportunities in at least one leading newspaper in the borrower's country, and in the country's official gazette. It should inform all those have showed an interest in the General Procurement Notice, and also preferably advertise specific contracts in Development Business."

[64] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.25.

Anche sotto questo aspetto non pare rinvenirsi particolari differenze rispetto la previgente disciplina. Anche sotto la vigenza del precedente testo normativo era previsto che nello svolgimento della gara si utilizzassero documenti di gara predefiniti e predisposti a monte dalla World Bank e non i documenti di gara generalmente utilizzati dal Borrower.

Come sottolineato da F. BORSON, *Reforms under the World Bank Procurement and the Policy implications for Developing Countries*, op. cit., p. 149: "*The new Procurement Regulation is complemented by a series of Standard Procurement Documents (SPDs) which replaces the Bank's Standard Bidding Documents (SBDs).*"

Cfr. Anche W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 72: "*A SPD is in essence, the full complement of the documents and information that is sent to prospective bidders and it includes information on the contract, requirements for compliant bids, information on bid submission, evaluation criteria, award of the contract and all the information required for a bidder to meaningfully participate in the bid process. SPDs preform various functions, they define the rules bidders must follow in the preparation and submission of their bids; they define the technical requirements and the technical specifications of the bid, as well as clarify and define the evaluation criteria.*

[65] Cfr. T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 146: "*Rules concerning the bidding documents […] require the use of the Bank's standard bidding documents where relevant, although these may be altered by including special conditions. The bidding documents will state the closing time and date and the precise place for their submission. They will also announce the time and place of bid-opening. The time allowed for submission must be at least six weeks in the case of simpler bids, but 12 weeks at least are recommended for more complex offers.*"

In particolare, l'utilizzo degli *Standard Procurement Documents* è obbligatorio nel caso di *international competitive procurement*, come confermato anche da W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 72 dove si legge: "*It must be noted that the use of Bank issued SPDs is mandatory for international competitive procurement.*"

ISSN 2036-7821

sempre qualora risultino conformi ai principi generali previsti dalla normativa ora in esame[66].

Ad ogni modo, come ulteriore garanzia, è anche previsto che tutti i partecipanti possano richiedere, per iscritto, chiarificazioni riguardo tutti i documenti utilizzati dall'amministrazione e quest'ultima dovrà rispondere, sempre per iscritto, a ciascuna domanda pervenuta[67].

Tali risposte, poi, non devono essere formulate in modo tale da fornire ad alcuni concorrenti un vantaggio ingiustificato e devono essere altresì evase in un tempo sufficiente a consentire a questi ultimi di prendere le azioni più appropriate[68].

Oltre a ricorrere a documenti di gara predefiniti dalla World Bank, nella loro formulazione, il Borrower dovrà riferirsi a "*standard and technical specifications*" che garantiscano la più ampia competizione possibile[69].

Dunque, se decide di ricorrere al mercato internazionale, il Borrower dovrà specificare gli standard internazionali generalmente accettati per quel particolare bene/servizio/lavoro e in quel particolare momento storico, e solo qualora tali standard non esistano o inappropriati, potrà ricorrere a standard nazionali, sempre con l'obbligo di specificarli in maniera chiara ed espressa.

Nei documenti di gara, inoltre, oltre gli standard specificamente richiesti dall'amministrazione per una determinata gara, dovranno anche essere indicati anche standard e requisiti equivalenti che possono essere accettati.

Sempre al fine di non creare "barriere invisibili", nel caso particolare in cui, ricorrendo al mercato internazionale, l'amministrazione decida di svolgere una gara per l'acquisto di un certo quantitativo di beni, le World Bank Procurement Regulations prevedono espressamente che "*Incoterms shall be used for the procurement of Goods*" e, conseguentemente, i documenti di gara dovranno indicare a quale versione degli Incoterms ci si riferisce[70].

Un altro aspetto molto delicato attinente alla fase di preparazione della gara, soprattutto se ci si rivolge ad una platea internazionale di concorrenti, riguarda la lingua da utilizzare e il regime delle comunicazioni tra la stazione appaltante e i partecipanti.

---

[66] Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 72: "*For national competitive bidding (NCB), and for the use of country systems (UCS), the borrower may use its own standard bidding documents if the Bank has assessed that they are acceptable and consistent with Bank policy.*"

[67] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.31.

[68] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.31.

[69] Cfr. T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 146: "*There are also rules on drawing up specifications. The general principle is that 'standards and specification quoted in bidding documents shall promote the broadest possible competition' while assuring that critical performance requirements are met […]. To this end, it is stated that accepted international standards such as those of the International Standards Organization must be used 'as far as possible'. When such standards are not available -which is the case in practice for most products and services- national standards must be used.*"

[70] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.30.

ISSN 2036-7821

Per quanto riguarda la lingua da utilizzare all'interno della gara, se l'appalto finanziato dalla World Bank risulta circoscritto al solo mercato nazionale, in teoria, non si pongono particolari problemi: potendo partecipare solo gli operatori locali è più che appropriato redigere i documenti di gara nella lingua nazionale dello Stato in cui si svolge la gara, senza dover ricorrere ad ulteriori traduzioni[71].
In questa ipotesi, comunque, al fine di garantire un certo grado di controllo e supervisione da parte della World Bank, quest'ultima potrà richiedere al Paese in questione di tradurre i documenti di gara in inglese, spagnolo o francese[72].
Se invece la gara si rivolge ad una platea internazionale di concorrenti, l'utilizzo della sola lingua nazionale potrebbe risultare discriminatorio nei confronti delle imprese straniere e a tal fine l'art 5.14 delle World Bank Procurement Regulations stabilisce espressamente che in caso di "*international competitive procurement, all Procurement Documents shall be in English, French, or Spanish*", da scegliere a discrezione del Borrower[73].
Oltre a dover redigere i documenti di gara in inglese, francese o spagnolo, al Borrower è comunque data la possibilità di compilarli, in aggiunta, nella sua lingua nazionale.
Di tale traduzione il Borrower se ne assume tutta la responsabilità e in caso di discrepanza tra la versione inglese, francese o spagnola del testo e la versione nella lingua nazionale, prevale la prima[74].
Guardando al versante degli operatori economici, quando i documenti di gara sono redatti in più lingue, ai concorrenti viene garantita la possibilità di presentare le proprie offerte in ciascuna delle lingue prescelte per la gara[75].
Allo stesso modo, quando si sottoscrive il contratto, questo non potrà essere redatto in più lingue diverse tra di loro ma, al contrario, dovrà essere redatto nella lingua in cui era stata presentata l'offerta e questa sarà la lingua che governerà la relazione contrattuale tra il Borrower e l'aggiudicatario[76].
Infine, per quanto riguarda le comunicazioni tra il Borrower e i concorrenti, l'art. 5.21 delle World Bank Procurement Regulations prevede che, in qualsiasi fase della gara, debbano avvenire in forma scritta e con prova del loro ricevimento; inoltre, il Borrower è onerato di tenere un elenco aggiornato di tutti i meeting e le riunioni che si svolgono con i partecipanti[77].

[71] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.17, primo periodo.
[72] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.17, secondo periodo.
[73] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.14.
[74] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.15.
[75] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.15.
[76] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.18.
[77] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.21.

ISSN 2036-7821

6. La scelta della modalità di gara e di approccio al mercato.

La sezione VI delle World Bank Procurement Regulations individua le varie modalità di gara che possono essere scelte dal Borrower[78].

Quando una pubblica amministrazione decide di acquistare beni, lavori o servizi non di consulenza può utilizzare quattro modalità, ossia: a) *request for proposals*; b) *request for bids*; c) *request for quotations*; d) *direct selection*[79].

Ai sensi della normativa internazionale ora in esame non pare che siano previsti un elenco di casi o di presupposti al ricorrere dei quali l'amministrazione risulti vincolata ad adottare una procedura anziché un'altra.

Al contrario, la formulazione che si trova nelle World Bank Procurement Regulation pare suggerire, caso per caso, quale sia la soluzione più adatta.

La *request for proposals* "*should be used*", quindi può essere utilizzata, quando a seguito della natura e complessità dei beni, lavori o servizi non di consulenza che si intende ottenere, il Borrower ha necessità di consentire ai concorrenti di offrire proposte e soluzioni personalizzate[80]; tale metodo, inoltre, è normalmente condotto secondo un "*multi stage process.*"[81]

Diversamente, il metodo di cui alla lettera b), la *request for bids*, può essere utilizzata quando, a seguito della natura e complessità dei beni, lavori o servizi non di consulenza che si intende ottenere, il Borrower è già in grado di specificare in

---

[78] Cfr. T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 145; J. GORSKI, *The World Bank's New Procurement Regulations*, op. cit., p. 305 e ss; W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 109 e ss.

In particolare, come affermato anche da F. BORSON, *Reforms under the World Bank Procurement and the Policy implications for Developing Countries*, op. cit., p. 149, "*The new framework introduced a number of modifications which include a wider range of available procurement methods to provide more flexibility. The Bank maintains its national competitive procurement and more importantly, its international competitive procurement as the default approach. However, these procedures have been given very different terminologies that may not be obvious to find and perhaps confusing for some stakeholders.*"

[79] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.2.

[80] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.3.

Come specificato in W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 110, per "Request for Proposals" si intende: "*A RFP is a: 'competitive method for the solicitation of proposals that should be used when, because of the nature and complexity of the goods, works or non-consulting services to be provided, the Borrower's business needs are better met by allowing proposers to offer customized solutions or proposals that vary in the manner in which they meet or exceed the requirement of the request for proposals documents.' The use of a RFP permits a borrower to include broad performance of functional criteria in the RFP document and to then seek, depending on the nature of the procurement, technological, innovative, or efficient solutions from bidders. This method of procurement is appropriate where the quality of the goods, works or service is more important than the price. The RFP procedure also permits negotiations between the borrower and potential contractors and gives the borrower the discretion to assess (in line with the stated evaluation criteria), which proposal presents the best solution.*"

[81] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.4.

Per quanto riguarda l'analisi dettagliata dello svolgimento della procedura si rinvia a W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 110 e ss.

ISSN 2036-7821

maniera dettagliata i requisiti che devono essere contenuti nelle offerte[82]; tale metodo, solitamente, è condotto tramite un "*single stage process*."[83]
Il diverso metodo di cui alla lettera c), il *request for quotations*, si basa essenzialmente sulla comparazione dei prezzi delle offerte, presenta una procedura più snella e veloce che risulta più indicata quando si intende acquistare una quantità limitata di beni/lavori/servizi non di consulenza di poco valore, di natura standard, già stabilmente presenti sul mercato e già disponibili[84].
Infine, il metodo di cui alla lettera d), la *direct selection* consiste in una negoziazione diretta con una sola impresa preventivamente scelta dall'amministrazione[85].
Dato che quest'ultimo metodo, diversamente dai precedenti, si basa su un maggiore margine di discrezionalità del Borrower, per evitare il rischio che tale modalità sia utilizzata con lo scopo di falsare implicitamente la concorrenza, la World Bank indica ulteriori e specifiche circostanze in base alle quali "*may be appropriate*" ricorrervi: ad esempio, può risultare più appropriato ricorrere alla *direct selection* quando vi sono fondate ragioni per contattare nuovamente un'impresa che in precedenza aveva svolto un contratto simile per la stazione appaltante; quando si verta in situazioni

---

[82] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.5.
Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 111: "*A RFB* [Requests for Bids] *is defined as a competitive method for the solicitation of bids that should be used when, due to the nature of the goods, works or non-consulting services to be provided, the borrower is able to specify detailed requirements to which bidders respond in offering bids. The difference between a RFP and a RFB lies in the ability of the borrower to clearly and adequately define its requirements through the contract specifications. Clear specifications will have a profound effect on competition and the openness of procurement and must be detailed and unambiguous for bidders to bid on a common product. An RFB is therefore appropriate for non-complex procurements, off the shelf goods, and routine non-consulting services.*"
[83] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.6.
Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 112: "*Procurement under a RFB is conducted under a single stage (one envelope) or a multi-stage (two envelope) process and follows a very similar process of the RFP, with the exception of the pre-qualification process.*"
[84] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.7.
Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 112: "*A RFQ* [Request for Quotations] *is a method of procurement which often limits competition and is hence suitable for procuring limited quantities of readily available off-the-shelf goods or non-consulting services, standard specification commodities, or simple civil works of small value, when it is more efficient to use a RFQ than more competitive methods. In a RFQ, the borrower is permitted to obtain quotations either by putting out an advertisement, in which case competition is not limited, or by sending a RFQ to a limited number of firms (three firms at the minimum). The RFQ is expected to include clear specifications, which describe the goods as well as the quantity required, delivery time and place as well as any installation requirements. The evaluation of the quotations received shall be conducted using the evaluation criteria specified in the RFQ.*"
[85] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.8.
Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 118: "*In relation to the procurement of goods, works and non-consulting services, the 2016 procurement regulations identify two kinds of direct selection methods. The first is stated to be single-source selection, where only one firm is approached even though there are several possible contractors. The second method of direct selection permitted by the Bank is what is termed 'sole-source' selection. This selection occurs where there is only one possible source for the goods, works and non-consulting services to be procured.*"

ISSN 2036-7821

eccezionali, come nel caso di uno stato di emergenza; quando l'appalto presenta contemporaneamente un valore molto basso ed anche un rischio molto basso e via dicendo[86].

Ad ogni modo, quando si utilizza la *direct selection*, il Borrower deve garantire che i prezzi siano ragionevoli e consistenti con altri beni equivalenti già presenti nel mercato e che l'appalto non sia suddiviso in procedure più piccole al fine di evitare un confronto competitivo tra i concorrenti[87].

Se non è espressamente vietato dalle World Bank Procurement Regulation, ciascuno di questi metodi di selezione del contraente può svolgersi secondo molteplici modalità di approccio del mercato (Market Approach Options, c.d. MAO).

Le varie Market Approach Options sono: a) Open competition, b) Limited competition; c) Approaching the international market; d) Approaching the national market; e) Prequalification; e) Initial selection; g) Post qualification; h) Single stage one-envelope; i) Single stage two-envelope; l) Multistage procurement; m) Best and final offer; n) Negotiations; o) Use of rated-type criteria[88].

In alcuni (e pochi) casi è la stessa World Bank che prevede che una determinata modalità di selezione del contraente possa svolgersi solo con un particolare tipo di approccio al mercato: ad esempio, nel caso si ricorra alla *direct selection*, gli approcci al mercato consentiti sono solo il Single stage one-envelope ed il ricorso alle Negotiations.

Negli altri casi, invece, le World Bank Procurement Regulation utilizzano un approccio flessibile e lasciano spazio alla discrezionalità del Borrower nella scelta dell'approccio al mercato più adatto rispetto al caso di specie e, allo stesso tempo, suggeriscono quale potrebbe essere l'opzione migliore.

Si prenda in considerazione l'utilizzo del metodo di *request for bids*, questo risulta compatibile con le seguenti Market Approach Options, ossia: open, limited,

---

[86] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.9.

Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 119, il quale a riguardo dell'elenco dei casi giustificanti il ricorso alla *direct selection* sottolinea che: "*It may be noted here that these requirements are alternative and not cumulative and this means that there will be several situations, including high value and high-risk procurements where a non-competitive procedure may be permitted under the 2016 regulations. Direct selection in cases of emergency is permitted in many jurisdictions, and applies to unforeseeable situations.*"

[87] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.10.

[88] Per un'analisi delle novità più importanti introdotte dall'ultima riforma in tema di *Market Approach Options* delle World Bank Procurement Regulations si rinvia a J. GORSKI, *The World Bank's New Procurement Regulations*, op. cit., p. 306; W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 122 e ss.

In particolare quest'ultimo A. (p. 122) evidenzia che un'altra importante differenza con la previgente normativa: "*One of the ways in which the 2016 procurement regulations differ from the 2011 procurement guidelines is in the separation of procurement procedures (or selection methods) from the amount of competition that is acceptable to the Bank, or what the Bank terms 'market approach options'. These market approach options in effect consider competition as a continuum, with full competition at one end and restricted competition at the other.*"

ISSN 2036-7821

international, national, prequalification, single stage, best and final offer, negotiation e use of rated-type criteria.

Senza scendere nel dettaglio del funzionamento di ciascuna di queste modalità e combinazioni, è opportuno analizzare i tratti salienti delle Market Approach Options più importanti.

A riguardo, fondamentale è l'art. 6.11 secondo il quale, in linea con quanto previsto anche con le previgenti World Bank Procurement Guidelines del 2011, "*an open competitive approach to market is the Bank's preferred approach.*"[89]

La preferenza nei confronti di tale approccio al mercato[90] (o, usando altri termini, nei confronti di una modalità di gara "aperta") si spiega facilmente in quanto in questo modo viene garantita la massima partecipazione possibile alla gara e a tutti i candidati che posseggano determinati requisiti di idoneità viene garantita una eguale possibilità di presentare offerte e di contrattare con la pubblica amministrazione[91].

Il *favor* nei confronti di tale approccio è evidente in quanto, sempre nella stessa disposizione, come di consueto, si stabilisce altresì che "*any approach, other than open competition, shall be justified by the Borrower*" il quale, in aggiunta, assicurando la massima trasparenza, è obbligato ad indicare il metodo prescelto in maniera espressa già nel Procurement Plan.[92]

---

[89] Cfr. F. BORSON, *Reforms under the World Bank Procurement and the Policy implications for Developing Countries*, op. cit., p. 149.

Per una definizione di tale modalità di approccio al mercato si rinvia a W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 122: "*Open competition has been stated to be the 'bed rock' of the Bank's procurement framework. This was especially the case under the 2011 procurement guidelines where it was stated that 'open competition is the basis for efficient public procurement. Borrowers shall select the most appropriate method for the specific procurement. In most cases, International Competitive Bidding (ICB) … is the most appropriate method'. From this, it can be seen that the Bank previously equated open competition with international competition, but has moved away from this approach. Open competition is regarded as a tendering procedure in most jurisdictions and is described as the process where all prospective contractors interested in the procurement may submit a tender. In the EU system, the 'open procedure' is similarly defined as 0those procedures whereby any interested economic operator may submit a tender. […] Under the 2016 procurement regulations, an open competitive approach to market is the Bank's preferred approach and 'provides all eligible prospective bidders with timely and adequate advertisement of a Borrower's requirements and an equal opportunity to bid…'.*"

[90] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.11.

[91] Anche nella modalità di scelta del tipo di procedura e della modalità di approccio al mercato da seguire non si rinvengono particolari divergenze rispetto la previgente normativa, anzi, l'impianto di base sembra essere stato mantenuto. Infatti, come si legge in T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 145: "*As a general principle the bank recommends international competitive bidding (ICB) as the best method of buying goods and works […], bearing in mind the principles of the necessity for economy and efficiency, the desire to give all eligible bidders an equal chance of bidding, an interest in developing domestic manufacturing and contracting capacity, and transparency. ICB refers to a formal tendering procedure in which the contract is opened to international competition, and warded through a formal tendering procedure, where a clear specification is set and bids are submitted to a common set deadline. All bidders who are qualified to undertake the work are entitled to have their bids considered*."

Cfr. anche W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 122-123.

[92] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.11, secondo periodo.

ISSN 2036-7821

In una posizione diametralmente opposta all'*open competitive approach* si trova la *limited competition* la quale, in generale, basandosi su una procedura ad inviti e senza pubblicazione del bando, può essere alla procedura ristretta prevista nell'ordinamento italiano[93].

Come già visto nella descrizione dei metodi di selezione del contraente, anche per quanto riguarda la scelta del metodo di approccio al mercato, le World Bank Procurement Regulation non sembrano prevedere in maniera tassativa casi e presupposti al ricorrere dei quali si può optare per un metodo rispetto all'altro.

Tanto è vero, che in merito all'utilizzo della *limited competition* si stabilisce che essa può essere utilizzata ("*may be an appropriate method of selection*") quando vi è un numero ristretto di imprese sul mercato oppure quando sussistono "*other exceptional reasons*." [94]

Proseguendo nell'analisi dei vari metodi di approccio al mercato, tra le varie peculiarità delle WB Procurement Regulations è anche previsto che il Borrower possa scegliere discrezionalmente se ricercare il miglior contraente solo all'interno del mercato nazionale o anche nel mercato internazionale.

Quest'ultima opzione (*International Competitive Procurement*) è l'opzione preferita dalla WB in quanto oltre ad aumentare il numero dei concorrenti nella singola gara, tale approccio, necessariamente, influisce anche su un disegno più grande e generale: tramite il ricorso all'*international competitive procurement* infatti, in linea con quanto perseguito anche da altre importanti organizzazioni internazionali, permettendo anche ad imprese straniere di partecipare in più mercati esteri, si contribuisce a

---

Sul punto si rinvia anche a J. GORSKI, *The World Bank's New Procurement Regulations*, op. cit. p. 306, dove l'A., effettuando anche un paragone con il previgente testo delle WB Procurement Regulations, conclude che: "*In essence, however, a lot has remained the old way. The use of APAs or of majority of procurement configurations deviating from open and/or international competition will require WB's approval. Previously, similar outcomes could be achieved via individually granted 'operational policy waivers', a number of which used to be granted each year.*"

[93] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.12.

Per una definizione della modalità di approccio al mercato della *limited competition* si rinvia a W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 123: "*Limited competition has various appellations in other procurement systems. In the EU system, and under the UNCITRAL Model Law, it is referred to as 'restricted tendering' and described in the EU procurement directives as procedures in which any economic operator may request to participate in response to a call for a competition, but where only those economic operators invited by the contracting authority may submit a tender. Under the Bank's regulations, a limited competitive approach to market 'is by invitation only, without advertisement. It may be an appropriate method for selection where there are only a limited number of firms or there are other exceptional reasons that justify departure from open competitive procurement approaches'.*"

[94] Cfr. T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 147: "*Although the World Bank generally recommends international competitive bidding as the best method of procurement, it does allow some other methods […]. Such exceptions, and the financial limits to them, will be stated in the loan agreement. One such procedure Limited International Bidding (LIB) is recognized, which is really ICB without open advertisement, and without allowances for domestic preference. This is allowed if the contract values are small, or if there are few suppliers or for 'exceptional reasons'.*"

Cfr. Anche J. GORSKI, *The World Bank's New Procurement Regulations*, op. cit., pp. 304-305.

ISSN 2036-7821

favorire la liberalizzazione globale del mercato dei contratti pubblici e ad aumentare lo sviluppo del commercio mondiale[95].

Tale modalità di approccio al mercato, si è detto, è quella preferita dalla World Bank, ma non quella che deve essere necessariamente utilizzata in ogni caso, in quanto, all'opposto, un suo utilizzo di default e generalizzato potrebbe anche avere ripercussioni negative a livello della singola commessa e a livello commerciale internazionale[96].

Per far fronte a queste evenienze l'art. 6.13 infatti stabilisce chiaramente che "*open international competitive procurement*" costituisce l'approccio preferibile[97] al mercato quando si prevede che la partecipazione di imprese straniere possa comportare degli

[95] Cfr. sul punto J. GORSKI, *The World Bank's New Procurement Regulations*, op. cit., p. 305: "*Various purchasing procedures under Procurement Regulations need to be looked at along with their impact on the international liberalization of public procurement markets. This is because the approach to liberalization, since the introduction of the ICB, has always been a built-in feature of specific procurement methods, now renamed as market approach options ('MAO'). And this is all the more true given the attempts to align Procurement Regulations with the provisions of the GPA, the purpose of which has been to liberalize procurement markets. In very simple terms, the GPA opens 'covered' procurement (i.e. the procurement of listed goods and services by listed agencies or entities, and above high value-thresholds) to international competition by imposing requirements of national treatment, most-favored nations clause, a ban of offsets, and a ban on discrimination against foreign-owned local establishments. For covered procurement, the GPA favors open tendering and, only under certain conditions, allows less competitive or negotiated methods, including even direct sourcing whereby procurers might only covertly and* preater legem *prefer domestic to foreign content.*"

Cfr. anche K.V.S.K. NATHAN, *World Bank Procurement Sacred Cow or Case of Mad Cow Disease*, in *Journal of World Investment*, 2001, p. 727, dove si legge che: "*One of the express purposes of the World Bank is to 'promote the long-range balanced growth of international trade' by 'encouraging international investment for the development of the productive resources of its Members'. In plain practical terms, Bank loans and credits […] finance the import of goods and services into the developing countries for the implementation of projects of high economic priority, meaning projects that generate a satisfactory return to the local economies.*"

[96] Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 123, dove per *International Competition* si intende: "*As was mentioned above, international competitive bidding was the preferred procurement procedure under the 2011 procurement guidelines. The new procurement framework introduced flexibility into the Bank's approach and dropped the overriding emphasis on international competitive bidding. International competition is now appropriate where the participation of foreign firms will increase competition and assure the achievement of value for money and fit for purpose results. International competition requires mandatory international advertisement and is now stated to be the preferred approach for complex, high risk and or high value procurements. In addition, international competition is mandatory for contracts over a certain value. These thresholds are country specific and are determined on the condition of specific markets, the capacity of local industry and the country's level of risk.*"

[97] Come sottolineato anche da W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 93 e ss., anche nel previgente testo, ossia nelle Procurement Guidelines del 2011, vi era un generale *favor* nei confronti del metodo dell'International Competitive Bidding. A riguardo l'A. afferma che: "*As discussed in Chapter 2, international competitive bidding (ICB) is the default procurement method under the 2011 procurement guidelines. The objective of ICB, 'is to provide all eligible prospective bidders with timely and adequate notification of a Borrower's requirements and an equal opportunity to bud for the required goods, works and non-consulting services. For ICB, contracts are advertised outside the borrower country –on the Bank's website and on UN Development Business Online. In many cases, contract opportunities are also advertised in international newspaper and magazines, such as The Economist. Where ICB would not be 'the most economic or efficient method of procurement' or where the Bank has agreed to use the procurement system of the borrower, then other methods of procurement may be used.*"

ISSN 2036-7821

effetti favorevoli all'amministrazione, quali un aumento della competizione e il raggiungimento degli obiettivi fondamentali del VfM e fit for purpose[98].
La norma prosegue e successivamente consiglia anche che il ricorso ad una procedura competitiva internazionale può essere l'opzione più appropriata quando, in base al tipo di progetto, ci si trovi di fronte all'aggiudicazione di un contratto complesso, di alto rischio e/o di alto valore[99].
Diversamente, ricorrere al solo mercato nazionale, e quindi limitare la concorrenza estera, non solo è possibile ma è auspicabile quando si ritiene che la gara pubblica non possa attirare competizione dall'esterno a causa delle dimensioni e condizioni del mercato, del valore del contratto, della natura delle attività da svolgere o quando i beni, lavori o servizi sono già disponibili a livello locale a prezzi inferiori rispetto al mercato internazionale[100].
In questo modo si evita un uso distorsivo dell'*open international competitive procurement*, limitando casisticamente la partecipazione delle imprese straniere qualora, sulla base di determinati indici, si ritenga che lo Stato banditore possa concludere un contratto migliore solo con gli operatori economici nazionali.
In questi casi, in aggiunta, quando lo Stato approccia solamente il mercato nazionale, le WB Procurement Regulations prevedono anche che, previo accordo con la WB, possano essere utilizzate le norme e le procedure nazionali[101].
Ad ogni modo, al fine di non fornire una facile elusione dei principi sanciti nelle WB Procurement Regulations, l'art. 5.3 prevede espressamente che le procedure nazionali da utilizzare "*shall be consistent with the Bank's Core Procurement Principles and ensure that the Bank's Anti-Corruption Guidelines and Sanctions Framework and contractual remedies set out in its Legal Agreement apply*."
Dunque, anche quando vengono utilizzate le norme proprie dello Stato borrower, la gara rimane pur sempre sui binari già predisposti dalle regole della World Bank e continueranno a trovare applicazione i principi ivi contenuti.

---

[98] Nello specifico, l'art. 6.13 delle WB Procurement Regulations prevede che: "*Approaching the international market (international competitive procurement), is appropriate when the participation of foreign firms will increase competition and may assure the achievement of best VfM and fit-for-purpose results.*"

[99] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.14.

[100] Cfr. WB Procurement Regulations, artt. 6.15-6.18.

Cfr. anche W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 124: "[National Competition] *is an approach that covers two related aspects. First national competition, as the name implies, refers to a procurement procedure that does not require international bidding, in other words, limits competition to domestic contractors. Further, this approach may also include a reliance on the country's own procurement arrangements. In other words, national competition also means a reliance on the borrower's domestic procurement framework if it is acceptable to the Bank. Thus, where national competition is the preferred approach, it makes sense to rely on domestic procurement arrangements and procedures, given that only domestic contractors are bidding. However, this does not take into account the fact that even if a contract is not advertised internationally, the widespread use of the internet means that non-domestic contractors will also be appraised of that procurement and may be interested in participating.*"

[101] Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 124, in nota *supra*.

ISSN 2036-7821

7. I Requisiti di partecipazione.

Una volta che il Borrower ha scelto la modalità di selezione del contraente e la modalità di approccio al mercato più adatta al caso di specie, è necessario che siano specificati anche i requisiti di partecipazione delle imprese.

Anche nel caso degli appalti finanziati dalla World Bank, dunque, non tutti gli operatori economici possono partecipare alla gara, ma tale possibilità è riservata solamente a coloro che, possedendo determinate caratteristiche, risultano essere -in teoria- i soggetti più idonei a svolgere in maniera efficiente il contratto.

In questo scenario, oltre ad essere predisposti a garanzia della pubblica amministrazione, i requisiti di partecipazione svolgono anche un ruolo di garanzia a favore della World Bank: il grado di sicurezza nell'operazione di finanziamento della gara pubblica aumenta in quanto viene consentita la partecipazione solamente delle imprese più adatte per eseguire il contratto.

Anche su questo punto l'approccio della World Bank è flessibile ed evita di stabilire in maniera tassativa e preventiva un elenco di requisiti che devono essere necessariamente posseduti dagli operatori economici al fine di partecipare alla gara.

Non essendo preclusa a priori l'eventualità di stabilirli negli accordi intervenuti con la World Bank o di rinvio al diritto nazionale, tali regole sono per lo più di carattere generale e stabiliscono solamente i criteri cui attenersi nella loro individuazione.

Oltre ad essere elastico, l'approccio seguito dalla World Bank è di tipo inclusivo e di non discriminazione tanto che in apertura si legge che "*the Bank permits eligible firms and individuals from all countries to offer goods, works, non-consulting services, and consulting services for Bank-financed projects*."

Inoltre, si specifica, non può essere negata la partecipazione ad una gara, né l'aggiudicazione di un contratto, per ragioni che non siano connesse: in primo luogo, alla capacità dell'operatore economico di adempiere diligentemente il contratto o alle sue risorse; in secondo luogo, alle situazioni di conflitto di interesse previste nel corso della normativa.

Fermi restando tali riferimenti generali, si ha avuto modo di osservare nel paragrafo precedente che anche la modalità di accertamento dell'idoneità dei partecipanti può variare da caso a caso.

Non è infatti obbligatorio svolgere per ciascuna gara una fase di selezione iniziale o di prequalificazione dei contraenti: la scelta di accertare tali idoneità in un momento precedente alla gara, oppure successivo, dipende essenzialmente dal Borrower e dal tipo di gara che intende svolgere.

Le World Bank Procurement Regulations, sul punto, consigliano solamente quando può essere più utile ricorrere ad una modalità anziché ad un'altra.

ISSN 2036-7821

Infatti, si legge, le fasi di prequalificazione e di selezione iniziale "*are optional*" e dipendono dalla natura e complessità dei beni, lavori e servizi che si intende ottenere.

Sono consigliate in caso di contratti molto grandi o complicati (o in altre circostanze specificate ivi indicate)[102] e servono al Borrower, che dovrà utilizzare determinati documenti standard forniti dalla World Bank[103], al fine di permettere la partecipazione alla gara solamente alle imprese che hanno una adeguata capacità e sufficienti risorse per svolgere la commessa pubblica[104].

Sempre in via generale, si stabilisce che, in tali procedimenti, l'idoneità di un concorrente possa essere valutata in relazione a criteri come "*eligibility, experience, technical capability and financial resources*."[105]

Il ricorso a tali criteri è fortemente consigliato dalla World Bank in quanto in questo modo è possibile considerare in maniera oggettiva fattori come l'esperienza, lo svolgimento di altri lavori in passato, il grado di successo nell'esecuzione di tali lavori, la capacità di costruire e/o realizzare determinate opere o servizi, la situazione finanziaria ed altri[106].

In questa valutazione, inoltre, è anche previsto che tale accertamento non dovrà tenere conto delle idoneità possedute, eventualmente, da altre imprese come le sussidiarie, affiliate, subappaltatori o in generale ogni altra entità diversa da quella che ha presentato l'offerta[107].

Anche la fase di postqualificazione è opzionale e la relativa disciplina rimanda a quanto già previsto a proposito delle altre fasi ora analizzate[108].

8. La presentazione delle offerte e i criteri di valutazione.

Selezionata la platea dei partecipanti, le offerte devono essere presentate entro un termine preventivamente indicato dal Borrower nei documenti di gara[109] e che deve essere fissato tenendo in debita considerazione le particolari circostanze del progetto e della complessità dell'appalto[110].

---

[102] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.20.

[103] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.19.

[104] Cfr. T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 146: "*Pre-qualification is used for large or complex works, to make sure that bidders have the capacity to perform, and also to determine eligibility for domestic preference. There is a standard pre-qualification document available, which requires potential bidders to list their experience and past performance on similar contracts, their capabilities in personnel and facilities, and their financial position. The pre-qualification process has to be notified in much the same way as is required for the actual bidding, outlined above*."

[105] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.23.

[106] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.23.

[107] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.21.

[108] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 6.27.

[109] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.40.

[110] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.36.

ISSN 2036-7821

Le offerte presentate oltre tale data o che sono considerate "*non substantially responsive*" rispetto l'oggetto sostanziale dell'appalto non devono essere analizzate e devono essere rigettate[111].

Inoltre, al fine di evitare discriminazioni e di rendere la procedura il più trasparente possibile, le WB Procurement Regulations prevedono che le offerte tempestivamente presentate debbano essere aperte in pubblico e tutte nel tempo e nel luogo preventivamente indicati nei documenti di gara[112].

Per quanto riguarda nel dettaglio i criteri di valutazione delle offerte, l'art. 5.50, in via generale, stabilisce che tali criteri e la metodologia che sarà impiegata dovranno essere preventivamente indicati ed esplicitati nei documenti iniziali di gara e dovranno altresì essere "*appropriate to the type, nature, market conditions, and complexity of what is being procured*."[113]

Inoltre, sempre per mantenere intatto l'equilibrio concorrenziale anche in questa delicata fase di gara, i criteri di selezione delle offerte dovranno essere applicati in maniera eguale ad ogni offerta presentata da ciascun singolo concorrente[114].

Ciò posto, l'art. 5.50 rimanda a quanto stabilito nell'allegato X il quale, all'art. 2.1, ribadisce in primo luogo che *"[the evaluation criteria] shall be appropriate to the nature*

Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 88, dove, per quanto riguarda la fissazione del termine per presentare le offerte, l'A. ha sottolineato che le attuali World Bank Procurement Regulations presentano un approccio più flessibile e meno rigido rispetto a quanto previsto con la previgente disciplina: *"Once the bid documents are published, and bidders respond to the invitation to prequalify, requests for expressions of interests and invitation to bid, the next stage in the procurement process is the bid opening. There are differences in the time limit given for bid preparation between the 2011 procurement guidelines and the 2016 procurement regulations. Under the 2011 guidelines, for contracts subject to ICB, bidders are given a minimum of six week to prepare and submit their bids, and 12 weeks in the case of complex contracts. Under the 201 procurement regulations, a more flexible approach is taken and the bid preparation time depends on the circumstances of the case and the 'magnitude, risk and complexity of the procurement'. The minimum period allowed shall be 30 business days, where the procurement involves international competition. The time of bid opening will normally be stated to be the same as the deadline for the receipt of bids, or promptly afterwards."*

[111] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 5.49.

Sul punto, si vedano anche T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 147; W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 89.

[112] Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 88: *"The borrower is required to open all bids at the stipulated time. In addition, bids shall be opened in public, meaning that bidders or their representatives shall be allowed to be present at the bid opening."*

[113] Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 89: *"The evaluation of bids is done by relying on evaluation criteria, which would have been specified in the PPSD, and in the standard procurement documents. The evaluation criteria included in these documents must be strictly adhered to. The overall aim of the evaluation criteria selected is to ultimately obtain value for money and achieve the development objectives of the project. The 2016 procurement regulations state that the evaluation criteria shall be proportionate and appropriate to all the circumstances of the project. Evaluation criteria should be quantifiable and should have been included in the bidding documents; only the evaluation criteria indicated in the bidding documents shall be applied, and applied consistently to all bids and proposals received."*

[114] Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 89, in nota *supra*.

ISSN 2036-7821

and complexity of the procurement" e successivamente specifica che ciò deve consentire al *"Borrower to achieve VfM."*

Oltre a dover essere, in generale, appropriati e proporzionati in relazione alla natura e complessità dell'appalto, la WB specifica anche ulteriori requisiti che devono essere rispettati da tali criteri, i quali, in particolare[115]: devono essere proporzionati ed appropriati al tipo, natura, condizioni di mercato, complessità, rischio, valore e scopo del bene che si intende ottenere; devono essere quantificabili, ossia devono poter essere espressi in termini monetari; devono essere preventivamente inseriti nei documenti preliminari alla gara, ossia nell'invito a offrire dell'amministrazione, in cui oltre a stabilire i criteri di valutazione che saranno utilizzati dovrà essere anche specificato il modo in cui saranno applicati; come corollario del fatto che tali criteri devono essere già presenti nell'invito ad offrire, durante la gara potranno essere utilizzati solamente i criteri di valutazione ivi indicati; infine, i criteri di valutazione dovranno essere applicati in maniera eguale a tutti quanti i partecipanti[116].

Secondo quanto stabilito nelle World Bank Procurement Regulations i criteri di valutazione delle offerte orientano l'azione dell'amministrazione nella scelta del contraente che offra non il solo prezzo più basso, bensì il miglior rapporto qualità prezzo[117].

Oltre al prezzo[118], infatti, l'art. 2.3 dell'allegato X, stabilisce che nella valutazione delle offerte devono essere presi in considerazione anche fattori[119] come, in primo luogo, la qualità: in base a tale fattore l'amministrazione deve valutare in che grado i beni, lavori, servizi offerti soddisfino o eccedano i requisiti richiesti dal bando[120].

---

[115] Sul punto si rinvia anche a T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 147.

[116] Cfr. WB Procurement Regulations, Allegato X, art. 2.2

[117] Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 89-90: *"Evaluation criteria fall into two broad categories-criteria that assess the technical merits or quality of the proposal and those that relate to the price or the cos. In particular, the criteria that are evaluated for the purposes of awarding a contract are the costs (the adjusted bid price and life cycle costs); quality of the goods/works (and the extent to which this quality meets the requirements stated in the bidding documents); sustainable procurement, which is the extent to which the bid or proposal takes into account economic, social and environmental benefits in support of project objectives; innovations, which permit bidders to exceed the requirements in the bidding documents; and risk, which is the ability of the bid or proposal to respond to unforeseen changes. A winning bud will essentially be one that is fully responsive to the contractual specification and where the bidder is simultaneously qualified to undertake the contract."*

[118] Nello specifico, ai sensi dell'art. 2.3, lett. a), dell'allegato X, il fattore prezzo comporta una *"evaluation of cost using a methodology that is appropriate to the nature of the procurement including: i. adjusted Bid price; or ii. adjusted Bid price plus the running/recurrent cost over the useful lifetime of the asset on net present cost basis (life-cycle costs)"*

[119] Cfr. T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 147: *"The subsequent commercial evaluation* [of the bids] *will take into account the price and other considerations."*

[120] Ai sensi dell'art. 2.3, lett. b), dell'allegato X, il fattore qualità è misurato tramite una *"evaluation of quality using a methodology to determine the degree to which the Goods, Works, Non-consulting Services or Consulting Services meet or exceed the requirements."*

Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 90.

ISSN 2036-7821

Inoltre, l'amministrazione deve tenere in considerazione anche il fattore del rischio, ossia, un criterio in base al quale si stabilisce in che modo l'offerta possa far fronte ai principali rischi preventivati e non dall'amministrazione[121].
L'offerta, inoltre, deve essere valutata anche in relazione al fattore sostenibilità: deve essere in grado di garantire i benefici economici, ambientali e sociali collegati allo svolgimento del progetto.[122]
Infine, l'offerta deve essere valutata anche in base al fattore innovativo, il quale fa riferimento al grado di innovatività, ad esempio, nel design o nella consegna, dei beni, lavori o servizi richiesti.[123]

9. Le misure volte a prevenire i conflitti di interesse ed i fenomeni corruttivi.
Come regola generale, l'art. 3.14 impone che gli operatori economici e gli individui coinvolti negli appalti finanziati dalla WB non debbano trovarsi in situazioni di conflitto di interesse[124].
Nell'individuazione di tali ipotesi, oltre a rinviare alle fattispecie già delineate nei documenti delle singole gare, le WB Procurement Regulations prevedono che una impresa si trovi in una situazione di conflitto di interesse qualora, nelle gare per l'acquisto di beni, lavori o servizi non di consulenza, l'impresa stessa, incluso il suo

[121] Come stabilito dall'art. 2.3, lett. c), dell'allegato X, il rischio è un *"criteria that mitigate the relevant assessed risk."*
Sul punto cfr. J. GORSKI, *The World Bank's New Procurement Regulations*, op. cit., p. 308: *"Regarding evaluation criteria, the WB emphasizes allowing procurers to factor-in life-cost, risk or innovation on top of the initial cost of procurement. However, under the previous General Guidelines, procures could similarly identify lowest-cost vids based on factors such as delivery time, operating costs, efficiency and compatibility of the equipment, availability of service and spare parts and related training or safety."*
Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 90.
[122] L'art. 2.3, lett. d), dell'allegato X, prevede che la sostenibilità sia un *"criteria that take into account stated economic, environmental, and social benefits in support of the project objectives, and may include the flexibility of the Proposal to adapt to possible changes over the life-cycle."*
In generale, sul tema del green public procurement funded by the World Bank si rinvia a WORLD BANK GROUP, *Green Public procurement: an overview of green reforms in country procurement systems*, World Bank Publications, Washington, 2021.
Sul punto cfr. J. GORSKI, *The World Bank's New Procurement Regulations*, op. cit., p. 307: *"The actual revolution in WB's procurement policies can be seen in the recognition of procurers' right to integrate non-commercial considerations (green, social) at various stages of the procurement process. The WB's staff was traditionally strongly reluctant to accept any such consideration but the reform had to embrace the developments in the EU directives and the GPA since the late 1990s. […] Sustainability requirements can be applied at various stages of procurement, including pre-qualifications of firms, functional/technical specification, evaluation criteria, or contract terms and conditions."*
Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 90.
[123] L'art. 2.3, lett. e), dell'allegato X, stabilisce che la innovatività sia un *"criteria that allow assessment of innovation in the design and/or delivery of the Goods, Works, Non-consulting Services, or Consulting Services and that give Bidders/Proposers the opportunity to include, when appropriate, in their Bids/Proposals, solutions that exceed the requirements or alternative solutions that could deliver better VfM."*
Cfr. J. GORSKI, *The World Bank's New Procurement Regulations*, op. cit., p. 308; W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 90.
[124] Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 194.

ISSN 2036-7821

personale, abbia uno stretto rapporto d'affari o di amicizia con il personale del Paese Borrower o della World Bank che: i) è direttamente o indirettamente coinvolto nella preparazione dei documenti di gara o delle specifiche contrattuali; ii) sarà coinvolto nella fase di esecuzione o supervisione del contratto[125].

Ai sensi dell'art. 3.22, lett. b), qualora si verifichi una situazione di conflitto di interesse, il Borrower dovrà vietare la partecipazione di tale soggetto alla gara.

Oltre ad evitare il sorgere di tali fattispecie, le World Bank Procurement Regulations mirano anche alla repressione di episodi di frodi e corruzioni[126], la cui disciplina è contenuta nell'allegato IV.

Tali norme, infatti, assicurano che i fondi concessi dalla WB al Borrower non siano distratti per altre finalità e siano utilizzati esclusivamente per svolgere la procedura di selezione del contraente in maniera efficiente e nel rispetto di quanto previsto dalle WB Procurement Regulations, tutelando in ultima analisi, sia le casse del soggetto finanziatore sia di chi riceve il finanziamento[127].

Nel dettaglio, in base all'allegato IV, ogni soggetto coinvolto nello svolgimento della gara, quindi sia sul versante dell'amministrazione che sul versante dei partecipanti, è tenuto ad osservare i più alti standard etici durante tutta la procedura.

A tal fine, la World Bank si preoccupa di descrivere alcune fattispecie tipiche.

Ad esempio, per corruzione si intende l'offrire, dare, ricevere o sollecitare, direttamente o indirettamente, qualsiasi cosa di valore allo scopo di influenzare in maniera impropria le azioni di un'altra parte[128].

Per condotta fraudolenta si intende qualsiasi azione o omissione, inclusa la falsa rappresentazione, che inganna, o induce all'inganno, una parte al fine di ottenere un beneficio economico o qualsiasi altro tipo di beneficio o al fine di evitare l'adempimento di una obbligazione[129].

Per pratica collusiva si intende l'accordo di due o più parti realizzato al fine di raggiungere scopi diversi ed impropri, incluso quello di influenzare le azioni di un'altra parte[130].

Per pratica coercitiva si intende quel comportamento con cui si danneggia o compromette, o si minaccia di danneggiare o compromettere, direttamente o

---

[125] Cfr. WB Procurement Regulations, art. 3.15.

[126] Cfr. F. BORSON, *Reforms under the World Bank Procurement and the Policy implications for Developing Countries*, op. cit., p. 151.

[127] Cfr. A.M. BOCCHI e M. PIAZZA, *La Banca Mondiale*, op. cit., p. 64: "*Anche la possibilità di una distrazione di fondi destinati allo sviluppo è un pericolo grave per la reputazione della Banca. Per controllare l'uso dei fondi nelle procedure d'appalto e d'acquisto di beni e servizi per i progetti della Banca esistono apposite politiche fiduciarie. Ogni sospetto di frode e corruzione è riferito a un Comitato di controllo. Se i sospetti sono fondati, la Banca licenzia i dipendenti coinvolti, sospende le imprese implicate, chiede al governo locale di fare altrettanto e cancella il contratto.*"

[128] Cfr. WB Procurement Regulations, Annex IV, art. 2.2, lett. a), n. i.

[129] Cfr. WB Procurement Regulations, Annex IV, art. 2.2, lett. a), n. ii.

[130] Cfr. WB Procurement Regulations, Annex IV, art. 2.2, lett. a), n. iii.

ISSN 2036-7821

indirettamente, uno soggetto o una sua proprietà al fine di influenzare le azioni di tale soggetto[131].
Infine, si verifica una condotta ostruttiva quando: a) si distrugge, falsifica, altera o nasconde deliberatamente prove rilevanti per le indagini o si rendono false dichiarazioni agli investigatori al fine di ostacolare materialmente un'indagine della World Bank in relazione ad accuse di pratiche di corruzione, fraudolente, coercitive o collusive; oppure quando si minaccia, molesta o intimidisce una parte per impedirle di rivelare la sua conoscenza di questioni rilevanti per l'indagine o di proseguire l'indagine; b) vengono compiuti atti intesi a ostacolare materialmente l'esercizio dei diritti di ispezione e revisione propri della WB[132].
Sul versante dei rimedi, oltre a poter ricorrere anche all'utilizzo di altre sanzioni[133], qualora la WB accerti che un soggetto è incorso in una di queste fattispecie, essa può agire di concerto con lo Stato Borrower per impedire o cancellare l'aggiudicazione del contratto[134].

10. I principi ispiratori delle World Bank Procurement Regulations e la loro convergenza con i principi "classici" dell'evidenza pubblicistica.

L'analisi fin qui condotta consente di affermare che i principi dell'evidenza pubblicistica, sintetizzabili nella "classica" triade concorrenza, contabilità ed anticorruzione, improntino anche la disciplina degli appalti regolati dalle WB Procurement Regulations.
Quando un appalto viene finanziato con i fondi della World Bank, le WB Procurement Regulations si preoccupano infatti di garantire innanzitutto che a tale gara partecipi il più ampio numero di operatori economici possibile, sia nazionali che esteri, e che tra tali soggetti non vi siano ingiustificate discriminazioni di trattamento basate sul solo requisito della nazionalità[135].

---

[131] Cfr. WB Procurement Regulations, Annex IV, art. 2.2, lett. a), n. iv.
[132] Cfr. WB Procurement Regulations, Annex IV, art. 2.2, lett. a), n. v.
[133] Per un'analisi generale dei vari tipi di sanzioni che possono essere irrogate dalla World Bank in tali casi si rinvia a W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 200 e ss.
[134] Cfr. WB Procurement Regulations, Annex IV, art. 2.2, lett. b), c), d).
[135] L'obiettivo fondamentale della massimizzazione della concorrenza, intesa soprattutto come pari opportunità di trattamento e di accesso a tali gare a favore sia di operatori locali che di operatori esteri è sempre stato presente nell'intenzione della World Bank, e la versione antecedente, così come l'attuale versione delle World Bank Procurement Regulations si fondano entrambe su tale principio.
Infatti, come sostenuto da T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 142: "[the] *World Bank policies and procedures* [aim] *to give all qualified bidders from the Bank's eligible countries an equal opportunity to compete for Bank-assisted projects. Effectively this means a reliance on advertisement as a method of finding suppliers, as well as a refusal to grade suppliers for qualify or performance*."
Nello stesso senso anche W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., in particolare p. 107 e ss.

ISSN 2036-7821

Tale impianto, di natura chiaramente pro concorrenziale, si declina in molteplici disposizioni che sono state sopra esaminate[136].
Basti pensare, ad esempio, alla disciplina della *General Procurement Notice* che impone l'obbligo di pubblicare l'atto di indizione della gara in maniera tale da attrarre il numero più ampio possibile di operatori economici; oppure alla disciplina dei documenti di gara che devono essere, in sostanza, il più possibile "neutri" (a livello di contenuto, forma e lingua) al fine di non avvantaggiare le imprese locali a discapito degli operatori esteri.
Oltre tali disposizioni, la parte delle WB Procurement Regulations in cui si evince più chiaramente la natura pro concorrenziale delle medesime è da rintracciarsi nella sezione relativa alla scelta della procedura di selezione del contraente da seguire e dalla modalità di approccio al mercato.
La World Bank, come si è visto, a riguardo preferisce un approccio chiaramente inclusivo che consenta tanto alle imprese nazionali e tanto alle imprese estere di essere in grado di partecipare agli appalti da essa finanziati[137].
Infatti, la metodologia di scelta del contraente preferita (ma non, si badi, obbligatoria) risulta essere la "*open international competitive procurement*", ossia una gara aperta che consenta la partecipazione anche di operatori economici stranieri.
Ogni deviazione da tale scelta, poi, dovrà essere debitamente giustificata dal Borrower.
Ma tale approccio, e in ciò si percepisce anche la natura non inderogabile del principio di concorrenza, come detto, non è vincolante.
Al contrario, in alcuni casi il ricorso ad una procedura aperta anche alla concorrenza estera potrebbe danneggiare lo scopo perseguito dall'appalto e impedirebbe al Borrower di raggiungere un risultato efficiente, ossia il Best Value for Money.
Ci si riferisce alle ipotesi di appalti che per loro natura non sono in grado di suscitare interesse nelle imprese estere, come nel caso di piccole commesse di

[136] Sebbene la maggioranza della dottrina, insieme alla World Bank stessa, sia dell'opinione che le World Bank Procurement Regulations siano ispirate e costituiscano attuazione del principio di concorrenza, per completezza, si deve comunque dare atto di un indirizzo minoritario, nato sotto la vigenza del testo previgente, secondo cui, al contrario, l'impianto previsto dalle regole della World Bank comporterebbe in ultima analisi effetti distorsivi della concorrenza.
Cfr. K.V.S.K. NATHAN, *World Bank Procurement Sacred Cow or Case of Mad Cow Disease*, op. cit., p. 716: "*The main problem with the Bank's procurement procedures, rules and Standard Documents is that they discourage foreign contractors, consultants, manufacturers and suppliers from establishing in the borrower countries and to push their local subsidiaries and agents already there to run down their operations. Establishment means a degree of permanence in the country and a base or bases from which the business or economic activity is conducted. Local consultants cannot compete with the massive supply of foreign technical assistance available at little or no real cost to governments. There is actually less competition, and prices are much higher than when the Bank and other development institutions did not intervene in a big way in the development process.*"
[137] Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 122 e ss.; J. GORSKI, *The World Bank's New Procurement Regulations*, op. cit., pp. 304-305; K.V.S.K. NATHAN, *World Bank Procurement Sacred Cow or Case of Mad Cow Disease*, op. cit., p. 727.

ISSN 2036-7821

beni/servizi/lavori che sono usualmente offerti da imprese locali in un settore di mercato già standardizzato e predefinito.
Infine, un'altra applicazione significativa del principio di concorrenza si rinviene in punto dei requisiti di partecipazione dei concorrenti.
La World Bank infatti, nel rispetto di determinate idoneità, consente a tutte le imprese *from all countries* di offrire beni, lavori e servizi all'interno delle gare da essa finanziate.
I requisiti di partecipazione in primo luogo dunque non devono essere discriminatori, ossia non devono precludere l'accesso alla gara a determinate imprese utilizzando il solo elemento dell'appartenenza ad una giurisdizione diversa.
Allo stesso tempo, oltre a tutelare la concorrenza estera e dunque ad ampliare la platea dei concorrenti, come noto, i requisiti di partecipazione sono indirizzati anche al raggiungimento del Best Value for Money e dunque hanno anche lo scopo di restringere, in condizioni di parità tra le imprese nazionali e straniere, l'accesso alla gara solamente a favore di quei soggetti che posseggano determinati requisiti che li rendano idonei ad eseguire in maniera ottimale la commessa pubblica in questione e che non abbiano commesso determinati reati o non si trovino in situazioni di conflitto di interessi.
Oltre ad essere ispirate a principi di natura pro-concorrenziale, le WB Procurement Regulations risultano regolate anche da ragioni di contabilità[138].
Ciò significa, in altre parole, che le WB Procurement Regulations individuano il miglior contraente nel contraente che comporti la minor spesa di denaro possibile e ciò si evince in particolar modo dall'analisi delle norme che disciplinano i criteri di valutazione delle offerte.
In sede di esame delle offerte presentate dai concorrenti, infatti, bisognerà tenere in considerazione, in primo luogo, il prezzo e i costi complessivi dell'offerta proposti dall'operatore economico: l'offerta che presenti il prezzo più basso, di conseguenza, è da preferire rispetto alle offerte che prevedano maggiori esborsi di denaro.
Ma il prezzo, si è anche visto, non è l'unico elemento in grado di guidare l'azione dell'amministrazione, la quale, più nello specifico, è tesa al raggiungimento del Best Value for Money[139].

---

[138] Cfr. W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., in particolare p. 103 e ss.

[139] Anche per quanto riguarda tale principio si scorge una linea di continuità con il previgente testo normativo fornito dalla World Bank.

Come sottolineato da T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 142, lo scopo della normativa emanata dalla World Bank era (e rimane ad oggi) anche quello di *"ensure that the loan is used to buy only those goods and services needed to carry out the project, and that they are procured in the most efficient and economical manner possible."*

Si veda anche W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., in particolare, pp. 89-90.

ISSN 2036-7821

A mente della definizione offerta dalla stessa World Bank, nell'allegato I delle World Bank Procurement Regulation[140], per Best Value for Money si intende "*the effective, efficient, and economic use of resources, which requires the evaluation of relevant costs and benefits, along with an assessment of risks and of non-price attributes and/or life-cycle costs, as appropriate*."[141]

Esso, dunque, non implica necessariamente che l'aggiudicazione del contratto debba essere fatta in relazione al prezzo più basso (ossia in base all' "*economic use of resources*"), tanto è vero che è la stessa World Bank che precisa che "*price alone may not necessarily represent VfM.*"

In questo caso entrano in gioco, tra gli altri, anche altri fattori diversi dal prezzo, altri "*non-price attributes*" che debbono essere tenuti in considerazione[142].

In altre parole, l'offerta migliore non è più quella che presenti solamente il prezzo più basso, ma quella che presenti il miglior rapporto qualità/prezzo.

Infine, a fianco alle ragioni di concorrenza e di contabilità, le WB Procurement Regulations risultano essere ispirate anche al principio di trasparenza e di contrasto ai fenomeni corruttivi[143].

Due ragioni fondamentali che, come è noto, sono strettamente collegate tra di loro in quanto la prima costituisce uno degli strumenti più importanti per prevenire e combattere eventuali episodi di corruzione.

La gara per l'aggiudicazione degli appalti finanziati dalla World Bank deve svolgersi in maniera chiara e trasparente, il che, tra le altre cose, implica che i soggetti coinvolti

---

[140] Nello specifico, infatti, ai sensi dell'art. 2.3 dell'Allegato I delle WB Procurement Regulations, "*VfM is achieved through the application of the following: a. ensuring integrity throughout the Procurement Process; b. a clear statement of needs and procurement objectives; c. a procurement approach that is proportional to the risk, value, context, nature, and complexity of the procurement; d. appropriate specification of the requirements; e. selection of appropriate contractual arrangements; f. suitable evaluation criteria; g. selection of the firm that best meets the needs and objectives of the procurement; and h. effective contract management to ensure successful execution of the contract and ensure that the deliverables are met as agreed in the contract.*"

[141] Cfr. WB Procurement Regulations, Allegato I, art. 2.2

[142] Cfr. T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 147: "*The subsequent commercial evaluation* [of the bids] *will take into account the price and other considerations*."

[143] Anche sotto tale aspetto i due testi normativi (la versione attuale delle WB Procurement Regulations e la sua precedente versione) si basano sullo stesso principio di trasparenza e di contrasto ai fenomeni corruttivi, il quale è rimasto uno degli obiettivi cardine perseguiti dalla World Bank.

Cfr. F. BORSON, *Reforms under the World Bank Procurement and the Policy implications for Developing Countries*, op. cit., p. 151; W.E. SOPE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks: law, practice and problems*, op. cit., p. 171 e ss.

Nello specifico, come evidenziato da T. TUCKER, *A critical analysis of the procurement procedures of the world bank*, op. cit., p. 142, le regole fornite dalla World Bank hanno lo scopo di "*promote transparency. This is a fundamental issue in all World bank-financed procurement. It is too easy to believe that the production of an open paper trail is all that matters to the Bank's task managers. A perfectly transparent paper trail can conceal corruption, suppress awkward evidence and even protect the guilty. The world transparency often goes together with objectivity, another noble aim. However, just as transparency tends to degenerate into a smokescreen of documentation, so objectivity becomes a refusal to accept any evidence that is tainted with the slightest whiff of subjectivity. The success of a World bank project therefore is not judged by whether it performs well, as that judgment must contain a subjective element.*"

ISSN 2036-7821

debbano conoscere in anticipo e con certezza le regole che verranno utilizzate: ciò costituisce, infatti, il primo argine al verificarsi di episodi arbitrari di corruzione tramite la predisposizione di regole, anche in via successiva, *ad hoc* per favorire uno o più partecipanti.

Si prendano in considerazione le norme con cui la World Bank disciplina la pubblicazione e il contenuto dei documenti di gara.

In questo senso gli atti con cui l'amministrazione rende nota la propria intenzione di aggiudicare l'appalto, oltre a favorire la concorrenza, si profilano anche come applicazione del principio di trasparenza in quanto non solo viene resa pubblica la volontà di svolgere una commessa pubblica, ma vengono anche fissate alcune delle regole fondamentali che governeranno lo svolgimento della gara.

Tra i tanti, nei documenti preliminari alla gara, il Borrower dovrà indicare in maniera chiara e precisa quali sono i requisiti di partecipazione, oppure, ancora, quali sono i requisiti di selezione delle offerte e le relative metodologie impiegate, in tal modo consentendo ai partecipanti di conoscere anticipatamente in base a quali parametri si muoverà l'amministrazione.

Ma la garanzia dei concorrenti alla trasparenza dell'agire della pubblica amministrazione si declina in molteplici forme all'interno delle World Bank Procurement Regulations.

Oltre agli esempi appena citati, è opportuno fare riferimento, tra i molti, anche alla categoria degli *Standard Procurement Documents*.

L'utilizzo di tali documenti di gara, predefiniti a monte dalla World Bank, consente ai concorrenti di conoscere in anticipo e in maniera certa con quali strumenti dovranno partecipare alla procedura di evidenza pubblica.

Inoltre, a rafforzamento di tale garanzia, è anche espressamente previsto che, in caso di dubbio, ciascun partecipante possa richiedere, per iscritto, delucidazioni riguardo tutti i documenti utilizzati dall'amministrazione.

A fronte di tali richieste di chiarificazioni, poi, l'amministrazione è obbligata a rispondere, sempre per iscritto, a ciascuna domanda pervenuta e tali risposte non dovranno essere formulate in maniera tale da favorire alcun concorrente.

In maniera più diretta, vi sono anche varie disposizioni all'interno delle World Bank Procurement Regulations che contrastano in maniera specifica il sorgere di fenomeni corruttivi.

La lotta al verificarsi di tali fenomeni, oltre a costituire una importantissima garanzia nei confronti del Borrower nel raggiungimento del Best Value for Money, costituisce anche una fondamentale garanzia a favore della World Bank a che i fondi da questa

ISSN 2036-7821

elargiti per lo svolgimento della gara pubblica siano utilizzati esclusivamente per il raggiungimento degli obiettivi concordati e non siano distratti per altri scopi[144].
Come prima cosa è previsto che ogni soggetto coinvolto nella procedura osservi i più alti standard etici durante tutta la gara.
Inoltre, l'accertamento del compimento di episodi di corruzione comporta l'automatica esclusione del concorrente dalla gara.
Così come, allo stesso modo, deve essere escluso dalla gara quel concorrente che si trovi in una situazione di conflitto di interessi.

11. Osservazioni conclusive.

Al termine dell'indagine condotta, dunque, è emerso che, nell'ambito degli appalti finanziati dalla World Bank ed aggiudicati secondo le WB Procurement Regulations, la scelta del contraente privato non è "libera" e non avviene alla stregua delle norme di diritto privato.
Al contrario, la selezione del contraente privato deve comunque avvenire all'esito di una procedura governata da principi propri dell'evidenza pubblicistica e che, come avviene -tra l'altro- nell'ordinamento italiano[145], sono riassumibili nella triade di concorrenza, contabilità ed anticorruzione.
Ciò posto, le ragioni di concorrenza, contabilità e anticorruzione su cui si basano le WB Procurement Regulations, a loro volta, sembrano essere funzionalizzate e orientate al soddisfacimento di ulteriori principi ad esse sovraordinati.
In altre parole, all'interno delle WB Procurement Regulations, le ragioni di concorrenza, contabilità e anticorruzione non devono essere interpretate come "fine" ma come "strumento" per raggiungere e realizzare ulteriori principi sovraordinati impliciti nel testo delle WB Procurement Regulations.
Ciò si può notare, in particolar modo, se si guarda l'operazione *de quo* nel suo complesso.
Si è detto, infatti, che l'affidamento di contratti pubblici finanziati e realizzati con i fondi della WB fa parte di un'operazione complessa e divisa in tre macro fasi.

---

[144] Cfr. F. BORSON, *Reforms under the World Bank Procurement and the Policy implications for Developing Countries*, op. cit., p. 151: "*As part of its anti-corruption agenda, the Bank does not only seek to prevent corruption in its funded projects. The Bank contributes to an international effort against corruption including arrangements on cross debarment as will be explained below. The Bank also supports borrower States in the fight against corruption in their national systems. The support provided for States in the fight against corruption is important not only in reinforcing the international fight against corruption but it also promotes home-grown anti-corruption strategy and implementation capacity with the required enforcement authority, which improves chances of sustainability.*"
Cfr. anche WORLD BANK, *World Bank Group and Public Procurement: An Independent Evaluation*, op. cit., p. 2.

[145] Per i riferimenti normativi, giurisprudenziali e dottrinali relativi alle procedure italiane ad evidenza pubblica si rinvia a S. FRANCARIO, *Gli appalti aggiudicati secondo le regole del diritto internazionale nel codice dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023.

ISSN 2036-7821

Inizialmente, dopo varie negoziazioni preliminari, lo Stato che intende richiede i fondi è tenuto a presentare alla World Bank il progetto che intende realizzare con tale finanziamento. Tale progetto, nello specifico, deve essere in linea con gli obiettivi istituzionali seguiti dalla World Bank (ossia "*ending extreme poverty*" e "*promoting shared development*"), deve essere redatto in modo dettagliato, preciso e deve indicare con esattezza -tra le altre cose- quanti fondi sono richiesti, come saranno usati e le tempistiche della realizzazione dell'opera. L'elaborazione del progetto, lungi dall'essere una marginale operazione preliminare, assume un ruolo centrale ed è strettamente interconnessa con le fasi successive.
Dopo tale fase progettuale, lo Stato e la World Bank stipulano un "loan agreement". Tale accordo, in sintesi, cristallizza le modalità di erogazione dei fondi e vincola lo Stato ricevente a utilizzarli solo ed esclusivamente per realizzare il progetto presentato, secondo tempi e modi indicati nel regolamento contrattuale stipulato dalle parti.
Successivamente, alla luce di tali accordi, viene indetta una gara pubblica che deve essere svolta in scrupolosa osservanza delle WB Procurement Regulations. L'utilizzo di tale normativa serve a ricercare il contraente migliore che possa eseguire il progetto nella maniera più efficiente ed efficace, evitando, in ultima analisi, che la World Bank perda il denaro prestato a seguito della scelta di un contraente non idoneo.
Dunque, lo scopo ultimo di ciascuna di tali fasi (e dell'operazione nel suo complesso) è quello di realizzare un determinato progetto, in maniera efficace ed efficiente, evitando sprechi di risorse e secondo gli standard qualitativi e le tempistiche indicati nel progetto.
Da tanto si può ragionevolmente sostenere che la gara finanziata tramite le risorse ed i fondi della World Bank è, in ultima analisi, "goal oriented" e mira al raggiungimento di uno specifico risultato, che in questo caso è rappresentato dalla realizzazione del progetto elaborato, condiviso ed approvato tra lo Stato Borrower e la World Bank.
In questo senso, dunque, concorrenza, contabilità ed anticorruzione devono essere interpretati in ottica "goal oriented" e sono, pertanto, "funzionalizzati" al raggiungimento di uno specifico risultato: lo sviluppo e l'efficace realizzazione del progetto dello Stato Borrower.
La nozione di "risultato" così come intesa all'interno delle WB Procurement Regulations è una nozione ampia che combina in sé, in chiave simbiotica, qualità, efficacia e velocità.
Nello specifico, secondo le WB Procurement Regulations, il concetto di "risultato" non deve essere inteso come realizzazione di una determinata opera pubblica nel più breve tempo possibile a discapito della qualità o delle risorse impiegate. Questi

ISSN 2036-7821

ultimi due criteri, al contrario, sono centrali nell'ottica della World Bank. Infatti, secondo le WB Procurement Regulations per "risultato" si intende la realizzazione di un'opera pubblica in tempi appropriati e nel rispetto (come cristallizzato nei documenti firmati tra lo Stato Borrower e la World Bank) del budget predisposto e degli indici di qualità su cui le parti si sono accordate.
Ciò è confermato a chiare lettere anche dalla Policy ufficialmente adottata dalla World Bank.
Sono le stesse Policy della World Bank, infatti, che ricordano in via generale che l'evidenza pubblica è retta dal principio del "fit for purpose" per cui la gara deve essere organizzata, svolta ed eseguita nella maniera migliore "to meet the project development objectives and outcomes." In altre parole, deve raggiungere i risultati indicati nel progetto.
Inoltre, qualità e velocità, sia in sede di gara che in sede di esecuzione del contratto, non sono intesi dalla World Bank come criteri tra loro escludenti, ma vanno intesi in chiave simbiotica e armonica al fine di realizzare in maniera efficiente il progetto.
L'effettiva realizzazione del risultato, a sua volta, non può prescindere dall'elemento fiduciario e collaborativo che costituisce un ulteriore canone ermeneutico dei principi di concorrenza, contabilità e anticorruzione.
Per realizzare il progetto condiviso ed approvato dalla WB e dallo Stato Borrower, infatti, non è solamente necessario che -a valle- sia scelto un operatore economico di fiducia. È anche necessario -a monte- che vi sia una collaborazione attiva, dinamica ed efficiente tra la World Bank e lo Stato nel momento di elaborazione del progetto e di redazione del loan agreement, nonché tra World Bank, Stato e operatore economico nel momento in cui si svolge la gara e la successiva esecuzione del relativo contratto.
L'elemento collaborativo gioca un ruolo fondamentale nella realizzazione del progetto e il corretto e proficuo svolgimento delle riunioni tra i soggetti sopra indicati è garantito dai molteplici incontri che essi devono svolgere (si pensi alle riunioni preliminari tra lo Stato e la World Bank per gettare le fondamenta del progetto e verificarne la fattibilità, alle riunioni necessarie per presentare ed approvare il progetto, nonché per compilare il loan agreement).
In caso di arresto di tale collaborazione sono anche predisposti o comunque incoraggiati modi per superare la paralisi (ad esempio, per evitare l'arresto dell'operazione in una delle sue fasi più critiche, ossia la redazione del progetto, è espressamente previsto che lo Stato può farsi aiutare da appositi organismi di consulenza nella redazione del medesimo; in caso di stallo nelle fasi successive, quali lo svolgimento della gara vera e propria e/o l'esecuzione del contratto, gli "arrangements" stipulati tra la World Bank e lo Stato generalmente contengono

ISSN 2036-7821

clausole per cui la prima può intervenire anche al fine di rimuovere eventuali elementi paralizzanti.)

Ad ogni modo, a garanzia ulteriore dell'elemento collaborativo/fiduciario, è previsto anche un generale obbligo di comunicazione e informazione tra le parti nello svolgimento dell'operazione complessiva.

Ciò posto, è necessario fare un'ulteriore precisazione in merito al principio di risultato adottato dalla World Bank.

Come si è detto all'inizio, la funzione istituzionale di tale organizzazione finanziaria internazionale è quella di "ending extreme poverty" e "promoting shared development."

Di conseguenza, come confermato nel testo normativo finora esaminato, anche quando si tratta di finanziare appalti pubblici internazionali la World Bank persegue tali obiettivi e questa condizione sembra imprescindibile.

Il progetto presentato dallo Stato Borrower e, conseguentemente, la gara pubblica da indire per la sua realizzazione devono anch'essi essere finalizzati allo scopo di "ending extreme poverty" e "promoting shared development."

Tale finalizzazione sembra dare una connotazione specifica e peculiare al principio di risultato che non può, pertanto, riferirsi alla generica realizzazione di una qualsiasi opera, servizio o fornitura pubblica.

Alla luce di ciò, dunque, ai sensi delle WB Procurement Regulations il principio di risultato potrebbe più correttamente essere inteso come realizzazione, nei termini sopra evidenziati, di un particolare progetto che persegue gli scopi della World Bank e che quindi mira a "ending extreme poverty" e "promoting shared development.".

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La regola del "fair-play finanziario" delle UEFA club licensing and financial sustainability regulation: riflessioni giuscontabili

di Jessica Orlarey

(Funzionario Corte Dei Conti per la Regione Autonoma Della Valle D'Aosta)

Sommario

1. La dimensione economica dello Sport regolata dal diritto dell'Unione Europea; - 2. Principio dell'equilibrio di bilancio nel settore dello sport professionistico: la nuova *"break-even rule"* del Financial Fair Play introdotto nella regolamentazione UEFA; - 3. Limiti di sostenibilità dei finanziamenti pubblici nel settore dello sport professionistico; - 4. Contributi pubblici ai clubs sportivi e la *"UEFA football earnings rule"*: profili giuscontabili; - 5. Profili di contatto tra ordinamento sportivo e ordinamento statale; - 6. Conclusioni.

Abstract

The European lawmaker, in recognizing the considerable macroeconomic impact revealed by the economic dimension of sport, has highlighted the significance, with particular regard to the professional sport sector, of giving full application to the fundamental principles that govern European Union law. This work, specifically, put in evidence the points of intersection that, currently, exist between the principles of free competition and sound and transparent financial management and the professional sports sector's regulation, showing that the legislation known as "UEFA Financial Fair Play" represents a strategic mean to controll and to protect from"economic-financial malpractice" incident, suitable, sometimes, to develop interesting accounting law reflections.

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

ISSN 2036-7821

1. La dimensione economica dello Sport regolata dal diritto dell'Unione Europea.

L'attività di promozione dello sport in coerenza con le sue specificità e le relative funzioni socioeducative rientra, attualmente, tra le competenze di sostegno attribuite dagli Stati membri all'Unione Europea ai sensi degli artt. 6 e 165 del TFUE.

In tale settore, infatti, l'Unione Europea interviene mediante azioni di coordinamento ed integrazione rispetto ad eventuali carenze delle azioni poste in essere dai singoli Stati membri, in coerenza ai principi di proporzionalità e sussidiarietà di cui all'art. 5 del TUE.

Fino al 2009, anno in cui è stato adottato il Trattato di Lisbona, nell'ambito dell'ordinamento comunitario, la disciplina relativa allo "Sport", tradizionalmente, aveva trovato dimora all'interno di una molteplicità di strumenti atipici di diritto derivato adottati dalle varie istituzioni comunitarie.

In particolare, tra i contributi di pregio che meritano essere menzionati sul tema, adottati negli anni 1997-2011, risulta indubbiamente utile citare la *"Risoluzione del Parlamento Europeo sul ruolo dell'Unione Europea nel settore dello Sport"* del 1997, la *"Relazione sullo sport presentata dalla Commissione europea al Consiglio europeo a Helsinki"* del 1999, la *"Risoluzione del Parlamento Europeo sulla relazione della Commissione al Consiglio europeo nell'ottica della salvaguardia delle strutture sportive attuali e del mantenimento della funzione sociale dello sport nel quadro comunitario - Relazione di Helsinki sullo sport"* del 2000, le *"Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo di Nizza"* del 2000, il *"Libro Bianco della Commissione Europea sullo Sport"* del 2007, la *"Comunicazione sullo Sport della Commissione Europea"* del 2011 e, con particolare riguardo al settore del calcio professionistico, la *"Risoluzione del Parlamento Europeo sul futuro del calcio professionistico in Europa"* del 2007.

Il "fil rouge" che accomuna la sopra richiamata regolamentazione di soft-law deve ravvisarsi nella sempre più evidente sensibilità mostrata dalle istituzioni comunitarie all'analisi di quelli che erano – e tutt'oggi sono- gli impatti economici del fenomeno dello sport professionistico e di come gli stessi, indirettamente, possano condurre a importanti riflessioni anche in tema di piena tutela dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario.

Al riguardo si segnala come, in diversi dei citati documenti, venga precisata l'importanza dello sport quale strategico giacimento occupazionale operante nel settore dei servizi, certamente in grado di impattare sul PIL complessivo dell'Unione Europea; la stessa Commissione Europea, nel Libro Bianco del 2007, già sottolineava i potenziali impatti macroeconomici che lo sport avrebbe potuto fruttuosamente generare rispetto agli obiettivi di crescita, occupazione e sviluppo fissati dagli Stati membri nell'ambito delle consultazioni di Lisbona.

Nella Comunicazione della Commissione Europea del 2011 relativa allo sviluppo della dimensione europea dello sport, peraltro, è stato specificato come l'azione

ISSN 2036-7821

dell'Unione Europea in tale settore contribuisse, altresì, al conseguimento degli obiettivi della strategia Europa 2020.

Rispetto al punto di intersezione anzi rappresentato, intercorrente tra il settore dello sport professionistico e il diritto comunitario - con particolare riguardo al tema della libera concorrenza di cui agli artt. n. 3, par. 3 del TUE e nn. 101-109 TFUE -, corre l'obbligo di evidenziare, invero, la peculiare rilevanza assunta dal "considerando J.)" della Risoluzione del Parlamento Europeo del 1997 ove il legislatore comunitario, espressamente, prevede *"che occorre riconoscere la specificità dello sport e l'autonomia del movimento sportivo e delle organizzazioni che lo strutturano nella misura in cui l'attività` sportiva in sé non dipende direttamente dall'attività`*
economica; che l'attività` economica innescata dallo sport professionistico non può, peraltro, sottrarsi alle regole del diritto comunitario".

Risulta chiaro come il Parlamento europeo, nella richiamata risoluzione, conscio dei delicati punti di contatto che potevano ravvisarsi tra ordinamento sportivo e ordinamento comunitario, ha cercato di porre le basi per il perseguimento di due obiettivi: da un lato riconoscere e salvaguardare l'autonomia[1] dell'ordinamento sportivo, ove l'attività sportiva non dipendesse da attività economica, come avviene nei prevalenti settori no profit dello sport dilettantistico, amatoriale e connesso al volontariato; dall'altro dichiarare espressamente assoggettata alle regole del diritto comunitario l'attività economica innescata dallo sport professionistico caratterizzato spesso, al contrario, da profili di carattere prevalentemente lucrativo.

Per meglio comprendere i motivi delle suddette considerazioni è sufficiente provare a tratteggiare una lettura, in termini economici, del fenomeno sportivo.

Lo sport, o, più in generale, le competizioni sportive, costituiscono un bene/servizio rispondente ad un interesse collettivo connesso al perseguimento di una mission sociale, educativa e culturale, in linea generale, non rivale e non escludibile, quantomeno nella sua dimensione "no profit". Un modello economico inefficiente, pertanto, secondo la nota logica paretiana.

Al contrario, la competizione sportiva professionistica, fin dal principio, si è orientata ad assumere le caratteristiche proprie di un "bene pubblico tariffario o di club"[2], ossia un bene per sua natura non rivale ma escludibile in quanto, per potervi accedere, il consumatore è tenuto a pagare un prezzo.

[1] M. Colucci, *L'autonomia e la specificità dello Sport nell'Unione europea, Rivista di Diritto ed Economia dello Sport,* Vol. II, fascicolo 2/2006;

[2] A. Uricchio, V. Peragine, M. Aulenta, *"Manuale di scienza delle finanze, diritto finanziario e contabilità pubblica"*, 2018;

ISSN 2036-7821

Detta qualificazione dello sport professionistico[3], di fatto, nell'ottica di contrastare efficacemente la diffusione, in tale settore di mercato, di logiche anticoncorrenziali, impone di individuare preventivamente utili presidi di controllo su tutti gli elementi che incidono sulla determinazione del prezzo finale di offerta al pubblico di tale bene (si pensi a quelle aree sensibili al proliferare di intese anticoncorrenziali[4] quali i mercati dei diritti radiotelevisivi, dei diritti derivanti dalle sponsorizzazioni, dei diritti derivanti dagli abbonamenti, dei diritti relativi alle prestazioni degli atleti, ecc.).
Ciò spiega, pertanto, per quali ragioni il legislatore comunitario mantiene, da sempre, un faro puntato sulla piena conformità alle regole del diritto euro unitario da parte dello sport professionistico.

2. Principio dell'equilibrio di bilancio nel settore dello sport professionistico: la nuova "break-even rule" del Financial Fair Play introdotto nella regolamentazione UEFA.

L'Unione Europea, attraverso i Trattati di Maastricht e di Amsterdam, al fine di procedere ad un'azione generale di risanamento dei conti pubblici volta a conseguire, nel medio/lungo periodo, adeguati livelli di disavanzo e debito pubblico, ha spinto, nel tempo, all'introduzione del c.d. "principio dell'equilibrio di bilancio".
La suddetta "golden rule" viene da sempre intesa come quella auspicabile condizione di equilibrio economico-finanziario da applicarsi con riferimento alla politica macroeconomica di ogni Stato membro, finalizzata a garantire la sostenibilità finanziaria del livello complessivo di indebitamento dell'Eurozona.
Nell'ambito di tali misure di contrazione del disavanzo/debito pubblico e di contestuale incremento del PIL, corre l'obbligo di segnalare si inserisca, coerentemente, il progetto di riforma introdotto dalla UEFA[5] , in relazione al settore del calcio professionistico, in merito alla regolamentazione del c.d. "Fair Play Finanziario"[6].
Attualmente, infatti, l'ottenimento delle licenze partecipative alle competizioni organizzate dalla UEFA è subordinato all'osservanza di una serie di puntuali criteri

[3] G. Chiara Noya, *"La nuova disciplina delle società sportive professionistiche"*, in *Riv. Dir. Sport.*, Imago Media, 1997; D. Corapi, *Libera circolazione e libera concorrenza nell'Unione europea: il caso del calcio,* in *Rivista di diritto sportivo,* 2001;

[4] D. Corapi, *Libera circolazione e libera concorrenza nell'Unione europea: il caso del calcio,* in *Rivista di diritto sportivo,* 2001;

[5] La UEFA, federazione sportiva continentale operante per l'attività di amministrazione/organizzazione e controllo del calcio a livello europeo, benché sia a tutti gli effetti un soggetto autonomo operante all'interno dell'ordinamento sportivo, risulta altresì uno dei soggetti destinatari a cui, in primis, si indirizza l'ordinamento unionale in relazione alla normativa da applicarsi in relazione allo sport professionistico;

[6] Al riguardo si segnala come il citato testo normativo abbia prontamente ricevuto una "consacrazione" da parte della Commissione Europea, la quale ne ha confermato la piena compatibilità con il diritto europeo. Cfr. *European Commission – UEFA, Joint statement, 21 marzo 2012;*

ISSN 2036-7821

volti ad accertare una virtuosa gestione dell'attività economica derivante dal calcio professionistico.

Il cd. "Fair Play Finanziario"[7] rappresenta, di fatto, un insieme di regole dettate dalla UEFA per poter salvaguardare la sostenibilità economico-finanziaria del calcio europeo, anche alla luce delle più generali esigenze di tutela del principio di sana gestione finanziaria di cui all'art. 56 del Regolamento UE n. 1046/2018 per mezzo del quale, giova rammentare, vanno amministrate le risorse pubbliche destinate a tale settore di mercato.

Tale normativa approvata dalla UEFA ha costituito la risposta all'esigenza di introdurre un adeguato sistema di controlli dei costi di gestione della c.d. "impresa calcistica" finalizzato a migliorare, in ossequio alle regole generali di concorrenza e mercato interno, la stabilità finanziaria e l'equilibrio competitivo tra le squadre[8].

La *"UEFA Club Licensing and Financial Sustainability Regulation"*, introdotta per la prima volta nel 2010, prevedeva che i vari clubs sportivi, al fine di vedere stabilmente garantita la propria partecipazione alle competizioni europee, dovessero comprovare il possesso di determinati requisiti minimi di carattere legale, professionale, tecnico-organizzativo e finanziario, utili a dimostrare di poter rappresentare, nel medio-lungo periodo, adeguati e virtuosi competitor nel settore di mercato di interesse su cui, la UEFA e, più in generale, le istituzioni comunitarie, potessero nutrire legittimo affidamento quali adeguati "accountability performer" delle proprie regolamentazioni.

Soffermando l'attenzione sui requisiti minimi, di carattere finanziario (il c.d. "Financial Fair Play"), richiesti dal più recente aggiornamento operato sulla predetta regolamentazione dal Comitato Esecutivo della UEFA, si noti come, attualmente, l'azione di monitoraggio ad opera dei competenti Organi di controllo sia orientata a verificare, in capo ai clubs sportivi, i seguenti tre fondamentali aspetti: la loro solvibilità (attraverso la regola del *"no overdue payables rule"*), il controllo dei costi standard di gestione delle squadre (attraverso la regola *"squad cost rule"*) e la stabilità degli equilibri economico-finanziari (attraverso la regola *"football earnings rule"*, ossia la versione 2.0 della precedente *"break-even rule"*).

Con riferimento alla citata rivisitazione della *"break-even rule"*[9] si conferma come, a partire dalla stagione calcistica 2022/2023, la virtuosità economico-finanziaria dei

---

[7] L. Longhi, *"Il Fair Play Finanziario UEFA di fronte all'ordinamento giuridico comunitario"*, Rivista Diritto ed Economia dello Sport, vol. VIII, Fasc. 2/2012. A. Benoldi e C. Sottoriva, *"La disciplina della redazione del bilancio d'esercizio delle società di calcio. Confronto con l'esperienza internazionale ed impatto del c.d. Financial Fair Play"*, vol. VII, Fasc. 1/2011;

[8] *Risoluzione Parlamento Europeo del 29 marzo 2007 sul futuro del calcio professionistico in Europa;*

[9] Il par. 86 delle *"UEFA Club Licensing and Financial Sustainability Regulation"* identifica il *football earnings rule* come il risultato economico di gestione derivante dal raffronto fra le complessive componenti positive e negative di reddito d'impresa prodotto dai clubs calcistici. Tale risultato economico, se negativo, può ritenersi tollerabile se

ISSN 2036-7821

clubs sportivi verrà verificata tenuto conto della tendenza, da parte dei medesimi, al conseguimento di un risultato economico d'esercizio positivo o, quantomeno, tendente allo zero (ossia di pareggio).
Eventuali scostamenti di segno negativo di tale saldo economico possono essere tollerati e considerati "accettabili" purché contenuti entro determinati valori[10], così come recentemente aggiornati dal Comitato Esecutivo della UEFA.

3. Limiti di sostenibilità dei finanziamenti pubblici nel settore dello sport professionistico.

Nella Relazione di Helsinki sullo sport del 7 settembre 2000 il Parlamento Europeo, sottolineando la natura di attività commerciale ormai palesemente assunta dallo sport professionistico, già evidenziava l'importanza di dare puntuale e piena applicazione, anche in tale settore, al diritto di concorrenza e alle quattro libertà fondamentali (libertà di circolazione di beni, servizi, capitali e persone) sanciti dal diritto unionale.
In particolare, attesa l'esistenza, nello sport professionistico, di disequilibri economici tra clubs, in tale documento si rinnovava l'invito già rivolto alla Commissione Europea, ai sensi del par. 6 lett. f) della precedente Risoluzione del 1997, "*di valutare se le diverse normative sulle sovvenzioni pubbliche ai clubs professionistici nei vari Stati membri, al pari delle disparità esistenti in materia di oneri sociali e fiscali, possono ripercuotersi sull'equilibrio delle competizioni europee e se non debba essere garantita una trasparenza della situazione finanziaria dei clubs professionistici nella Comunità*".
Sempre sul tema, quasi dieci anni dopo, all'interno della *Risoluzione del Parlamento Europeo sul futuro del calcio professionistico del 29 marzo 2007*, si rinviene un ulteriore invito alla Commissione in merito all'adozione di orientamenti chiarificatori sulla corretta applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato, allo scopo di indicare quale tipo di partecipazione pubblica sia accettabile e legittima per adempiere alla missione sociale, culturale ed educativa del calcio, come il sostegno finanziario o d'altro genere accordato dalle autorità pubbliche alla costruzione e all'ammodernamento di stadi o di altre strutture calcistiche.
Alla luce di quanto fin qui rappresentato, si appalesa un interrogativo: nel settore dello sport professionistico, le sovvenzioni o qualsivoglia altra tipologia di agevolazione economica erogata dalle autorità pubbliche ai clubs sportivi, fino a

va contenuto entro specifici limiti fissati su base annuale e, altresì, con riferimento al triennio coinvolgente i due esercizi finanziari precedenti a quello dell'annualità di interesse;

[10] Il par. 87 delle *"UEFA Club Licensing and Financial Sustainability Regulation"* considera accettabile una perdita d'esercizio di 5 milioni di euro, elevabile a 60 milioni di euro in un arco di tempo massimo triennale ed ulteriormente incrementabile, in via proporzionale, qualora i clubs risultino conseguire gli indicatori di buona salute finanziaria citati nel medesimo par;

ISSN 2036-7821

quale misura possono rappresentare aiuti di Stato compatibili con gli artt. 107, 108 e 109 TFUE[11]?

Gli aiuti di Stato, va ricordato, costituiscono misure riallocative di risorse finanziarie tra competitor di un medesimo settore merceologico di mercato che lo Stato è legittimato a erogare, solo nei casi e secondo le modalità preventivamente autorizzate dalla Commissione Europea, al fine di ovviare a situazioni idonee a costituire "fallimenti di mercato" e nella misura strettamente necessaria a riequilibrare i rapporti tra i vari operatori economici.

Qualora la sovvenzione in parola, non fosse stata riconosciuta conforme agli artt. 107-109 del TFUE, infatti, si tratterebbe di aiuto di Stato indebitamente erogato e per il quale la Commissione Europea matura un diritto al relativo recupero, a tutela dei propri interessi finanziari.

A fronte di quanto evidenziato, non sussistono dubbi in ordine al fatto che tali criticità tendano ad insorgere relativamente allo sport professionistico in quanto, con riferimento alle realtà sportive leader del settore "no profit", l'assenza di un simile intervento di supporto finanziario, di fatto, non permetterebbe al fenomeno sportivo in sé di esistere, a discapito di una generale esigenza di tutela della missione sociale, educativa e culturale riconosciuta alla stessa attività sportiva.

Ciò premesso, tuttavia, si osserva come l'intervento regolatore offerto dal sistema di licenze per i clubs ideato dalla UEFA, per quanto originariamente avesse suscitato alcune perplessità in relazione alla sua conformità all'art. 101 TFUE[12], ha rappresentato – e tutt'ora rappresenta- un utile strumento per garantire l'applicazione uniforme di condizioni omogenee di mercato tra i vari clubs, in

[11] Al riguardo, nella *Comunicazione della Commissione Europea al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni del 18.01.2011,* al par. 3.3., è stato precisato come *"In tutti gli Stati membri dell'UE lo sport è finanziato in vario modo dalle autorità pubbliche. Alcune misure, ad esempio importi molto bassi di aiuti che rientrano nel regolamento "de minimis", possono rimanere al di fuori dell'ambito dell'articolo 107, paragrafo 1, del TFUE. Laddove le condizioni previste in tale articolo siano soddisfatte, gli aiuti di Stato sono in linea di principio incompatibili con la legislazione UE, salvo nei casi in cui sia applicabile una delle deroghe di cui al medesimo articolo 107. Sebbene gli aiuti di Stato allo sport non rientrino in quanto tali nel regolamento generale di esenzione per categoria, ad essi si possono applicare alcune delle disposizioni di tale regolamento e in questi casi essi si possono considerare compatibili senza bisogno di notifica preventiva alla Commissione. In tutti gli altri casi, un nuovo aiuto deve essere notificato in anticipo alla Commissione a norma dell'articolo 108, paragrafo 3, del TFUE e può essere concesso solo dopo che la Commissione ha adottato una decisione favorevole. Fino ad ora ci sono state poche decisioni riguardanti aiuti di Stato allo sport e, come in altri settori in una situazione simile, le parti interessate hanno ripetutamente chiesto ulteriori chiarimenti in merito al finanziamento delle infrastrutture e delle organizzazioni sportive.";*

[12] Dubbi dissipati dallo stesso Parlamento Europeo, all'interno della *Risoluzione del 29 marzo 2007 sul futuro del calcio professionistico* laddove, al par. 6 della sezione dedicata al "Contesto Generale" *"[...]sottoscrive il principio essenziale secondo il quale gli aspetti economici dello sport professionistico ricadono nel campo di applicazione del trattato CE, tenuto conto della specificità degli sport quale sancita nella Dichiarazione di Nizza; e ritiene, a tale proposito, che gli effetti restrittivi di una norma sportiva siano conformi al diritto dell'UE, a condizione che la norma persegua un obiettivo legittimo connesso alla natura e allo scopo dello sport e che i suoi effetti limitativi siano intimamente legati al raggiungimento di tale obiettivo e proporzionati ad esso";*

ISSN 2036-7821

conformità agli obiettivi di sana e trasparente gestione finanziaria perseguiti dal diritto comunitario.

4. Contributi pubblici ai clubs sportivi e la "UEFA football earnings rule": profili giuscontabili.

Premessa la "liaison" funzionale che da molti anni, nel settore del calcio professionistico, associa l'indotto economico dallo stesso generato con le politiche di convergenza macroeconomica patrocinate dall'Unione europea, risulta opportuno sviluppare alcune riflessioni rispetto a quali siano, sotto il profilo giuscontabile, le possibili criticità derivanti dal supporto finanziario offerto dalle istituzioni pubbliche a quelle società che, secondo il sistema di giustizia sportiva, risultino inadempienti alla "Fair-play Regulation" approvata dalla UEFA, con particolare riguardo al parametro finanziario della "*football earnings rule*".

La citata rivisitazione, nell'ambito del diritto sportivo, della regola dell'*equilibrio di bilancio*, va letta nel senso di ritenere compatibili con il principio di cui all'art. 56 del Regolamento UE n. 1046/2018 tutte quelle attività economiche connesse al calcio professionistico che permettano di verificare che, con i propri mezzi di finanziamento (ossia il valore complessivo del patrimonio netto della società) e con un adeguato ricorso a finanziamenti da parte di terzi, il singolo club sportivo[13] riesca a ultimare l'esercizio finanziario in pareggio o utile economico.

Per essere più chiari, la società calcistica, per considerarsi un competitor virtuoso nel settore di mercato di riferimento, deve esser in grado di produrre risultati economici di gestione positivi o quantomeno tendenti all'equilibrio tra tutte le componenti positive e negative di reddito, facendo prevalentemente leva su risorse che derivino da processi reddituali di carattere autoreferenziale (si pensi ad esempio ai ricavi derivanti da vendite e prestazioni legate alle gare di campionato, ai proventi da sponsorizzazione/pubblicitari/commerciali, alle royalties, ai proventi da cessione di diritti audiovisivi, ricavi e proventi legati ai diritti sulle prestazioni di calciatori – cessioni temporanee o definitive, plusvalenze, ecc.-).

Se il saldo della gestione economica tenderà all'equilibrio o rientrerà nei valori di scostamento considerati accettabili dalla citata normativa sportiva grazie a periodici e strutturali interventi di sovvenzione e/o contribuzione erogati in conto esercizio da parte delle varie autorità pubbliche, questa circostanza costituirà un "warning" rispetto allo stato di salute finanziaria del club sportivo.

Nel caso del "warning" in parola, il rischio sotteso andrebbe rinvenuto nel fatto che la gestione economica del predetto club raggiungerebbe i risultati auspicati dalla UEFA per mezzo di interventi di supporto finanziario ad opera di soggetti terzi che non comporterebbero indebitamento (non trattandosi di istituti di credito o bancari

[13] C. Teodori, "*L'economia ed il bilancio delle società sportive: il caso delle società di calcio*," Giappichelli, 1995;

ISSN 2036-7821

con cui contrarre finanziamenti), ma che potrebbero assumere, nei fatti, la fisionomia propria di aiuti di Stato[14].

Come anticipato, tali interventi di supporto finanziario, se resi strutturali e determinanti ai fini del raggiungimento dei valori soglia previsti secondo la *"UEFA football earnings rule"*, possono ingenerare dubbi sul proficuo utilizzo delle anzidette risorse pubbliche.

Al fine di meglio comprendere il tema in esame, risulta indubbiamente interessante soffermare l'attenzione sull'ausilio interpretativo offerto dalla consolidata giurisprudenza contabile formatasi in relazione ai finanziamenti pubblici destinati alle c.d. "fondazioni di partecipazione".

Tali riflessioni, come meglio verrà di seguito dettagliato, mostrano profili di potenziale sovrapponibilità con riferimento al caso dei contributi pubblici erogati in favore di società di capitali operanti nel settore del calcio professionistico, titolari anch'esse di una specifica mission socioeducativa di interesse generale.

Al netto della natura squisitamente no profit ad essa riconoscibile, la "fondazione di partecipazione" si presenta come ente dotato di personalità giuridica di diritto privato orientato al perseguimento di un interesse generale e caratterizzato da una autonomia patrimoniale perfetta.

I contributi erogati da un Ente pubblico in favore della "fondazione di partecipazione" devono assolvere alla funzione di supportare l'interesse pubblico generalmente perseguito e non possono, invero, costituire finanziamenti periodici utili a garantire il ripiano di eventuali perdite gestionali che la fondazione dovrebbe, autonomamente, riassorbire nell'ambito della propria gestione ordinaria[15].

Garantire, per mezzo dei contributi pubblici, una stabile misura di riassorbimento e/o limitazione della perdita economica in capo al soggetto beneficiario induce a riflettere su quali possano essere le conseguenze della predetta operazione sotto il profilo giuscontabile.

Giova rammentare, infatti, come le risorse pubbliche oggetto del contributo rischierebbero di esser "sviate" nel loro utilizzo da quella che è la loro finalità istituzionale, per costituire, di fatto, una modalità alternativa di reperimento di fonti di finanziamento esterne per il raggiungimento degli equilibri di bilancio e, pertanto, per garantire la sopravvivenza dello stesso ente di diritto privato.

Se si traslassero le medesime argomentazioni con riferimento all'attività afferente ai clubs calcistici, sorgerebbero analoghe perplessità: in quale misura il sistema di sovvenzioni pubbliche indirizzato a tali società, di fatto, permette di raggiungere gli

[14] L'aiuto di Stato, per esser ammissibile secondo il diritto unionale, deve conformarsi a quanto previsto dagli artt. 107, 108 e 109 TFUE;

[15] Corte dei Conti – Sezione Regionale di Controllo del Piemonte, deliberazioni n. 201/2017 e n. 24/2012; Corte dei Conti – Sezione Regionale di Controllo della Lombardia, deliberazione n. 100/2011;

ISSN 2036-7821

equilibri di bilancio ovvero le soglie di "tolleranza" degli eventuali scostamenti di valori, determinati dalla *"UEFA football earnings rule"*?
I predetti contributi pubblici possono rappresentare un ausilio in grado di garantire la permanenza sul mercato (e la relativa partecipazione alle competizioni UEFA) di clubs sportivi che, in assenza degli stessi, verrebbero altrimenti "espulsi" o costretti a ridimensionare la propria posizione rispetto agli altri competitors?
Indubbiamente il tema si presta a maggiori approfondimenti da parte della giurisprudenza contabile, tenuto altresì conto del punto di intersezione che l'argomento di interesse manifesta rispetto alla materia degli aiuti di Stato.

5. Profili di contatto tra ordinamento sportivo e ordinamento statale.
La Corte costituzionale, nel quadro di una lettura pluralista della Carta fondamentale, ha da sempre sottolineato come l'ordinamento sportivo sia da considerare uno dei più significativi ordinamenti autonomi con cui l'ordinamento statale viene stabilmente a "contatto".
Nell'individuare l'esatto confine tra i due ordinamenti la Consulta ha stabilito che gli eventuali collegamenti devono essere disciplinati tenendo conto dell'autonomia di quello sportivo e delle previsioni costituzionali in cui essa trova radice, ma anche del limite necessario al bilanciamento dell'autonomia del suo ordinamento con il rispetto delle altre garanzie costituzionali che possono venire in rilievo, fra le quali è da annoverare quella alla pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale presidiata dagli artt. 24, 103 e 113 della Costituzione[16].
Nella sentenza n. 3101 del 2 febbraio 2022, in particolare, le Sezioni Unite della Corte di cassazione, richiamata la predetta posizione assunta dal Giudice delle Leggi, offrono una puntuale interpretazione del riparto di competenze fra gli organi della giustizia sportiva e quelli della giustizia ordinario così come descritto all'interno del DL n. 220/2003 convertito in L. n. 280/2003.
Il D.L. n. 220 del 2003, nell'interpretazione fattane dalla giurisprudenza di legittimità, stabilisce che i rapporti tra l'ordinamento sportivo e quello statale sono regolati in base al principio di autonomia, *"salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo"* (vedasi art. 1, comma 1 del citato DL n. 220/2003).
Cosicché mentre la cd. "giustizia sportiva"[17] costituisce lo strumento di tutela per le ipotesi in cui si discute dell'applicazione delle regole sportive, di contro sempre quella statale è chiamata a risolvere le controversie che presentino una rilevanza per l'ordinamento generale, concernendo la violazione di diritti soggettivi o interessi legittimi.

[16] Corte Costituzionale, sentenza n. 160 del 2019;
[17] L. Colantuoni, *"Diritto sportivo"*, 2009.

ISSN 2036-7821

Fra le situazioni giuridiche soggettive che la giurisprudenza ha notoriamente riconosciuto giuridicamente rilevanti vi sono anche gli interessi "adespoti" riferibili alla difesa del pubblico erario (statale e comunitario), la cui tutela in sede giurisdizionale è affidata alla funzione requirente della Magistratura contabile.

6. Conclusioni.

La *"UEFA Club Licensing and Financial Sustainability Regulation"* rappresenta il primo strumento di controllo e presidio per una puntuale attuazione del principio generale dell'equilibrio di bilancio nel settore di mercato del calcio professionistico.

L'impresa calcistica che attui una gestione economica in coerenza con il principio generale sopra menzionato, infatti, garantisce il livello di *"accountability"* atteso dalle istituzioni comunitarie, anche al fine di contrastare eventuali fenomeni di opacità nella gestione delle risorse finanziarie allocate in tale settore di mercato, a tutela della libera concorrenza.

Tuttavia, corre l'obbligo di osservare come le istituzioni comunitarie abbiano evidenziato che il "vulnus" relativo ad una piena attuazione del diritto comunitario (in particolare, del diritto alla concorrenza e alla sana e trasparente gestione finanziaria) deve monitorarsi con riferimento all'intero settore dello sport professionistico.

Ciò premesso l'auspicio è che, rispetto agli aspetti delineati nel presente contributo, non sussista (e permanga) un deficit regolatorio con riguardo a tutti gli altri sport diversi dal calcio.

Tale circostanza, nel tempo, potrebbe determinare un'applicazione disomogenea e differenziata dei principi di sana e trasparente gestione finanziaria tra i vari sport professionistici contribuendo così, indirettamente, alla diffusione e al consolidamento, all'interno di alcuni clubs sportivi, di comportamenti idonei a delineare ipotesi di *"malpractice economico-finanziaria"*.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Note sulla riforma del Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità

di Angela Rombiolo

(Dottoranda di ricerca in "Diritto comparato e processi di integrazione" presso l'Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*)

Sommario

1. Il Meccanismo europeo di stabilità. Cenni introduttivi. – 2. Le origini del Meccanismo europeo di stabilità. – 3. Funzioni e obiettivi del MES. – 3.1. *Segue*. La *governance* del Meccanismo europeo di stabilità. Il processo decisionale. – 4. La revisione del Trattato istitutivo del MES: gli obiettivi della riforma. – 4.1. La *governance* e i compiti del MES nell'ambito del programma di assistenza finanziaria ai Paesi membri. – 4.2. Il Meccanismo europeo di stabilità quale dispositivo di sostegno al Fondo di risoluzione unico per la gestione delle crisi bancarie. – 4.3. Le clausole di azione collettiva. – 5. La mancata ratifica dell'Italia: questioni critiche.

Abstract

European Stability Mechanism – ESM is a permanent financial stabilization instrument created, following the tensions on the markets and sovereign debt crisis, to provide assistance to eurozone countries in situations of economic difficulty. European Commission's proposal aimed at transforming the ESM into a European Monetary Fund (EMF), fully integrating it into EU legal framework has not found necessary consensus. The reform of the ESM has, however, become the subject of a different solution, which provides for a revision of the founding Treaty. This paper analyzes the reasons why the ESM is at the center of the public debate, the objectives of the reform and the direct and indirect effects resulting from a possible ratification by Italy.

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

ISSN 2036-7821

1. Il Meccanismo europeo di stabilità. Cenni introduttivi.

Il Meccanismo europeo di stabilità - MES (*European Stability Mechanism – ESM*)[1] è uno strumento permanente di stabilizzazione finanziaria creato, a seguito delle tensioni sui mercati e della crisi dei debiti sovrani, per fornire assistenza ai Paesi della zona euro in situazioni di difficoltà economico-finanziaria.

Si tratta di un'organizzazione intergovernativa con sede in Lussemburgo, istituita nel 2012 e regolata dal diritto pubblico internazionale, che si occupa dell'emissione di strumenti di debito per erogare prestiti e fornire altre forme di assistenza finanziaria alle economie nazionali.

Come si dirà più in dettaglio nel prosieguo, il sostegno viene offerto a seguito di un'analisi della sostenibilità del debito pubblico, effettuata secondo le regole del relativo Trattato. La condizionalità[2] dell'intervento varia a seconda della natura dello strumento utilizzato: per i prestiti assume la forma di un programma di aggiustamento macroeconomico, specificato in un apposito *memorandum*; è meno stringente nel caso delle linee di credito precauzionali destinate a Paesi che, pur avendo un debito pubblico sostenibile, trovino temporanee difficoltà a finanziarsi sul mercato o siano stati colpiti da *shock* significativi[3].

Occorre precisare che l'istituzione di un meccanismo permanente di stabilità nell'area euro è esplicitamente prevista dalla seguente modifica all'art. 136 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), entrata in vigore il 1° marzo 2013: «Gli Stati membri, la cui moneta è l'euro, possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare, ove indispensabile, per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità»[4]. Questa disposizione consente di comprendere meglio l'inquadramento teorico del Meccanismo[5], il quale – pur avendo la natura di organizzazione intergovernativa e, nonostante sia stato pensato e costruito in una situazione emergenziale – trova comunque la sua base giuridica nel TFUE. Tale norma, pertanto, ha contribuito a riconoscere l'esistenza di un limite oggettivo nella costruzione europea, nonché la

[1] Il Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità è stato firmato il 2 febbraio 2012 ed è entrato in vigore l'8 ottobre 2012, a seguito della ratifica dei 17 Stati membri dell'eurozona (a cui si sono aggiunti la Lettonia, il 1° gennaio 2014, la Lituania, il 1° gennaio 2015 e la Croazia, il 1° gennaio 2023). Il MES ha affiancato e poi sostituito due strumenti transitori di stabilizzazione finanziaria: il Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (MESF), di entità limitata (60 miliardi) e il Fondo europeo di stabilità finanziaria (FESF) con una capacità maggiore (inizialmente pari a 250 miliardi, poi accresciuta a 440), istituiti originariamente per 3 anni (fino al 31 dicembre 2012), poi prorogati fino al 30 giugno 2013.

[2] Ci si riferisce al c.d. principio della "rigorosa condizionalità" richiesto dal MES ai fini della concessione di un eventuale sostegno finanziario.

[3] BANCA D'ITALIA, *Audizione sul funzionamento del Meccanismo europeo di stabilità e sulle sue prospettive di riforma*, reperibile su *www.bancaditalia.it*, dicembre 2019, p. 1 ss.

[4] Art. 136, par. 3, TFUE.

[5] CAMERA DEI DEPUTATI, *La revisione del Meccanismo europeo di stabilità (MES)*, novembre 2019.

ISSN 2036-7821

necessità di rimediare a questa carenza al fine di consolidare la *governance* economica europea[6].

2. Le origini del Meccanismo europeo di stabilità.

Fino alla crisi dei debiti sovrani, l'impianto europeo in materia di finanza pubblica era fondato sulla prevenzione delle crisi, affidata al rispetto di regole di bilancio volte a mantenere disavanzi e debiti pubblici entro limiti considerati prudenti[7]. Non erano previsti strumenti per la gestione delle crisi sovrane e, anzi, la clausola di "non salvataggio" (*no bail-out*) del TFUE, nella sua interpretazione più restrittiva, sembrava vietare qualsiasi intervento a sostegno dei Paesi in difficoltà.

Le tensioni maturate sui mercati europei del debito sovrano a partire dal 2010, conseguenza della crisi finanziaria globale e delle condizioni di profondo squilibrio dei conti pubblici della Grecia, hanno evidenziato criticità e problematiche non fronteggiabili dai singoli Stati con gli strumenti economici e giuridici meramente interni e non gestibili attraverso i comuni meccanismi di mercato[8]. Si riproponeva, dunque, il tema dell'adeguatezza della *governance* economica europea. In particolare, l'assenza di meccanismi in grado di gestire situazioni di grave crisi finanziaria ha determinato profonda incertezza, dilatando i tempi degli interventi di sostegno e accrescendone sistematicamente i costi.

Come conseguenza, la Ue è intervenuta con il reg. n. 407/2010 del Consiglio dell'11 maggio 2010 istitutivo dell'*European Financial Stabilisation Mechanism – EFSM*, introdotto «per la concessione di assistenza finanziaria a uno Stato membro che subisca o rischi seriamente di subire gravi perturbazioni economiche o finanziarie causate da circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo, tenendo conto della possibilità di applicare l'attuale meccanismo di sostegno finanziario a medio termine delle bilance dei pagamenti degli Stati membri che non fanno parte della zona euro, istituito dal regolamento»[9].

L'estendersi della crisi ad altri Paesi ha reso poi necessaria la creazione di un ulteriore strumento finalizzato alla concessione di aiuti finanziari, ossia il Fondo europeo di stabilità finanziaria – FESF (*European Financial Stability Facility – EFSF*), di natura temporanea, garantito dai Paesi membri dell'area euro[10]. Una società anonima

---

[6] In argomento, v. A. VALZER, *Il Meccanismo europeo di stabilità oggi. Appunti*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2020, 2, p. 212 ss.; S. ANTONIAZZI, *L'Unione Bancaria europea: i nuovi compiti della BCE di vigilanza prudenziale degli enti creditizi e il meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2014, I, 2, p. 359 ss.; C. BUZZACCHI (a cura di), *La Banca Centrale Europea. Il custode della costituzione economica*, Milano, 2017, p. 45 ss.

[7] BANCA D'ITALIA, *Audizione sul funzionamento del Meccanismo*, cit., p. 6 ss.

[8] A. VALZER, *Il Meccanismo europeo di stabilità oggi*, cit., p. 220 ss.

[9] Art. 1, MESF.

[10] CAMERA DEI DEPUTATI-UFFICIO RAPPORTI CON L'UNIONE EUROPEA, *La revisione del Meccanismo europeo di stabilità (MES)*, Dossier n. 15, 29 novembre 2019; SERVIZIO STUDI DEL SENATO-UFFICIO RICERCHE NEI SETTORI ECONOMICO E

ISSN 2036-7821

di diritto lussemburghese deputata a raccogliere fondi sul mercato, grazie all'elevato *rating* creditizio basato sulle garanzie degli Stati membri, per concedere prestiti ai Paesi dell'area euro a condizioni più basse rispetto a quelle di mercato[11].
Nel luglio 2011, gli stessi Stati azionisti del FESF giungono a firmare un primo trattato internazionale per la costituzione di un Meccanismo di stabilità (MES), successivamente modificato e integrato sino ad approdare al testo definitivo firmato a Bruxelles il 2 marzo 2012.

3. Funzioni e obiettivi del MES.

Il Meccanismo europeo di stabilità, istituito mediante un trattato intergovernativo origina, pertanto, quale «istituzione finanziaria internazionale»[12].
Secondo l'approccio del Trattato istitutivo[13], la prima linea di difesa dalle crisi di fiducia in grado di compromettere la stabilità della zona euro dovrebbe essere rappresentata dal rigoroso rispetto del quadro giuridico dell'Unione europea, del quadro integrato di sorveglianza di bilancio e macroeconomica, con particolare riguardo al Patto di stabilità e crescita, oltre che del quadro per gli squilibri macroeconomici, delle regole di *governance* economica e del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria (*c.d. Fiscal Compat*)[14].
Il bene giuridico primario da preservare è la stabilità sistemica, rispetto alla quale risulta funzionale la tecnica di tutela che si concretizza nell'intervento di sostegno allo Stato membro. L'interesse comune, sotteso al Trattato e che giustifica la costituzione di un ente comune, non si identifica nel salvataggio del singolo Stato, ossia nel perseguimento di un interesse individuale, bensì nell'assistenza degli Stati membri al fine di assicurare la stabilità dell'eurozona[15].
Nell'architettura istituzionale dell'Unione, dunque, il MES si configura quale strumento tecnico di tutela di ultima istanza chiamato a intervenire per evitare che un eventuale *default* finanziario o bancario di uno Stato[16] possa incidere sull'area euro in modo irreparabile.

FINANZIARIO, *La riforma del Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità*, Dossier n. 187, novembre 2019, p. 6 ss.

[11] F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, Unione bancaria europea e Costituzione*, Wolters Kluwer - Cedam, Milano, 2019, p. 26 ss.

[12] Art. 1, par. 1, Trattato MES.

[13] *Considerando* 4 e 5, Trattato MES.

[14] SERVIZIO STUDI DEL SENATO-UFFICIO RICERCHE NEI SETTORI ECONOMICO E FINANZIARIO, *La riforma del Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità*, Dossier n. 70, marzo 2023, p. 1 ss.

[15] Cfr. A. VALZER, *Il Meccanismo europeo di stabilità oggi*, cit., p. 215 ss.; A. ANTONIAZZI, *La Banca Centrale Europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Torino, 2013, p. 140 ss.; F. PAPADIA, C. SANTINI, *La Banca Centrale Europea. Le nuove sfide dopo la grande recessione*, Bologna, 2019, p. 45 ss.

[16] Cfr. A. VALZER, *Il Meccanismo europeo di stabilità oggi*, cit., p. 216 ss.

ISSN 2036-7821

In particolare, nei confronti degli Stati membri, il *Meccanismo* può: *a*) fornire assistenza finanziaria precauzionale sotto forma di linea di credito condizionale o sotto forma di linea di credito soggetta a condizioni rafforzate[17]; *b*) concedere assistenza finanziaria ricorrendo a prestiti, con l'obiettivo specifico di sottoscrivere titoli rappresentativi del capitale di istituzioni finanziarie del Paese membro[18]; *c*) concedere assistenza finanziaria ricorrendo a prestiti non connessi a uno specifico obiettivo[19]; *d*) acquistare titoli di debito in sede di emissione e sul mercato secondario[20].

Quanto alle modalità attraverso le quali può essere richiesta e, in seguito, concessa l'assistenza finanziaria, il procedimento prende avvio con la domanda di uno Stato aderent, nel caso in cui una propria situazione critica minacci la stabilità finanziaria dell'intera zona euro oppure di altri Stati membri.

In ogni caso. L'assistenza finanziaria è subordinata alla definizione di rigorose condizioni per lo Stato debitore, commisurate allo specifico strumento di sostegno utilizzato. Ci si riferisce ad azioni e programmi da attuare per ottenere un miglioramento del bilancio nazionale o a parametri per i quali viene fissato un obiettivo quantitativo da rispettare, lasciando poi allo Stato la scelta degli strumenti da utilizzare a tal fine.

Ciascuna delle azioni predette viene definita attraverso un percorso negoziale che coinvolge lo Stato interessato e la Commissione europea nella stipula di un protocollo d'intesa (*memorandum of understanding - MoU*)[21].

Prima di definire il protocollo, l'Istituzione, di concerto con la Banca Centrale Europea, valuta la sostenibilità del debito pubblico dello Stato interessato e la capacità di prestito del MES può essere integrata dal Fondo Monetario Internazionale (FMI). E' prevista, inoltre, la possibilità per gli Stati membri non facenti parte dell'eurozona di poter affiancare il MES in un'operazione di sostegno e assistenza in termini di stabilità finanziaria a favore di Stati dell'eurozona[22].

La Commissione europea e la BCE eseguono, al termine delle operazioni, missioni di controllo *ex-post* alle quali partecipa anche il Fondo Monetario Internazionale, qualora abbia contribuito finanziariamente al programma, per valutare se lo Stato beneficiario dell'assistenza finanziaria attui politiche di bilancio sostenibili e sussista il rischio che non sia in grado di rimborsare i prestiti ricevuti.

---

[17] Art. 14, par. 1 e 2, Trattato MES.
[18] Art. 15, Trattato MES.
[19] Art. 16, Trattato MES.
[20] Art. 17 e 18, Trattato MES.
[21] Art. 13, par. 1, lett. *a*), *b*) e *c*), Trattato MES.
[22] SERVIZIO STUDI DEL SENATO-UFFICIO RICERCHE NEI SETTORI ECONOMICO E FINANZIARIO, *La riforma del Trattato istitutivo, Dossier n. 70, cit., p. 2 ss*.

ISSN 2036-7821

3.1.* Segue. *La* governance *del Meccanismo europeo di stabilità. Il processo decisionale.

Sotto il profilo specificamente organizzativo, la struttura di *governance* del MES presenta tre organi a ciascuno dei quali è assegnata una specifica funzione[23].

L'organo a cui spettano le principali decisioni è il Consiglio dei governatori (*Board of Governors*)[24], composto dai Ministri responsabili delle Finanze degli Stati membri della zona euro ed esso è presieduto dal Presidente dell'Eurogruppo. Lo stesso assume all'unanimità le decisioni relative alla concessione di assistenza finanziaria e all'approvazione dei protocolli d'intesa con i Paesi destinatari di tali aiuti[25].

La possibilità di modificare l'elenco degli strumenti di assistenza finanziaria consente al Consiglio dei governatori, ricorrendo specifiche condizioni, di escludere dalla disciplina del MES alcuni strumenti già previsti o di introdurne altri. In tali casi, deve trattarsi di strumenti funzionali a realizzare l'obiettivo ex art. 3 del Trattato MES, ossia rivolti a mobilizzare risorse finanziarie e fornire un sostegno alla stabilità a favore «dei membri del MES che già si trovino o rischino di trovarsi in gravi problemi finanziari, se indispensabile per salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso e quella dei suoi Stati membri».

L'ulteriore organo individuato dal Trattato, al quale direttamente o su delega del Consiglio dei governatori sono attribuiti poteri decisionali, è il Consiglio di amministrazione (*Board of Directors*)[26], composto da funzionari esperti nel settore economico-finanziario. Si osserva che, a differenza di quanto normalmente associato alla figura del Consiglio di amministrazione nel nostro diritto interno, tale organo nel MES non è intestatario esclusivo del potere gestorio che, piuttosto, viene condiviso con il Direttore generale (*Managing Director*)[27], il quale esercita le proprie funzioni sotto la direzione del primo. Il Direttore generale che rappresenta il vertice amministrativo dell'organizzazione e ad egli spetta la funzione esecutiva, la rappresentanza legale del MES nonché, come anticipato, la gestione corrente degli affari.

Le decisioni sulla concessione di assistenza finanziaria agli Stati aderenti sono adottate dal *Board of Directors* secondo la regola del "comune accordo" (i.e.:

[23] Art. 1, par. 1, Trattato MES.

[24] Art. 5, par. 1, Trattato MES.

[25] Il MES ha un capitale sottoscritto pari a 704,8 miliardi, di cui 80,5 sono stati versati; la sua capacità di prestito ammonta a 500 miliardi. L'Italia ha sottoscritto il capitale del MES per 125,3 miliardi, versandone oltre 14. I diritti di voto dei membri del Consiglio sono proporzionali al capitale sottoscritto dai rispettivi Paesi. Germania, Francia e Italia hanno diritti di voto superiori al 15% e possono quindi porre il loro veto anche sulle decisioni prese in condizioni di urgenza.

[26] Art. 6, par. 1, 2, 3, Trattato MES.

[27] Art. 7, par. 1, Trattato MES. Il Direttore generale può nominare, laddove necessario, tra i dipendenti dell'ente, un *Management board*, ovvero un consiglio di gestione o comitato esecutivo, che lo assiste durante l'esercizio delle sue funzioni.

ISSN 2036-7821

unanimità dei membri partecipanti alla votazione, escluse eventuali astensioni). A ogni modo, al fine di rendere maggiormente flessibile il sistema decisionale è previsto anche il voto a maggioranza qualificata dell'85% del capitale[28] qualora, in caso di minaccia per la stabilità finanziaria ed economica dell'area euro, la Commissione europea e la BCE richiedano l'assunzione di decisioni urgenti in materia di assistenza finanziaria.

4. La revisione del Trattato istitutivo del MES: gli obiettivi della riforma.

La proposta della Commissione europea finalizzata a trasformare il MES in un Fondo Monetario Europeo (FME), integrandolo pienamente nel quadro giuridico dell'Ue non ha trovato il necessario consenso[29]. La sua riforma, tuttavia, è divenuta comunque oggetto di una diversa soluzione[30] che si è sostanziata in una revisione del Trattato istitutivo, lasciandone inalterata la natura di organizzazione intergovernativa[31].

Gli obiettivi dell'intervento riguardano principalmente: *a*) la *governance* e i compiti del MES nell'ambito dell'assistenza finanziaria ai Paesi membri; *b*) la funzione del MES come sostegno di emergenza (*backstop*)[32] del Fondo di risoluzione unico; *c*) la modifica delle clausole di azione collettiva (*Collective Action Clauses* – CACs) inserite nei titoli di Stato.

4.1. La **governance** *e i compiti del MES nell'ambito del programma di assistenza finanziaria ai Paesi membri.*

La riforma rafforza anzitutto le disposizioni che vincolano l'attività del MES al rispetto della legislazione dell'Ue, affidando compiti di controllo alla Commissione europea, la quale è tenuta ad assicurare la coerenza tra le misure adottate e il quadro di coordinamento della politica economica europea[33].

Si prevede, inoltre, la ridefinizione del riparto di competenze tra i soggetti chiamati a garantire l'attuazione del Trattato e, a tal fine, sono state stabilite rinnovate modalità

---

[28] Art. 5, par. 6, lett. *e*) ed *f*), Trattato MES.

[29] CAMERA DEI DEPUTATI, *La revisione del Meccanismo europeo di stabilità*, cit.

[30] Il 27 gennaio e l'8 febbraio del 2021, i membri del MES, rappresentati dai loro ambasciatori presso l'Unione europea, hanno sottoscritto l'accordo di revisione del Trattato. L'entrata in vigore della riforma richiede la ratifica da parte delle assemblee legislative dei firmatari.

[31] In argomento A. SCAFFIDI, *La riforma del Meccanismo europeo di stabilità e le persistenti criticità in materia di* decision-making, in *Federalismi.it*, 2021, 20, p. 84 ss.; E. DE SIMONE, A. PALUMBO, *Dalla stabilità alla crescita? Una riflessione sulla proposta della Commissione europea di revisione delle regole fiscali*, in *Rivista di diritto finanziario e Scienza delle finanze*, 2023, 2, p. 133 ss.

[32] È prevista la possibilità per il Mes di fornire una rete di sicurezza finanziaria (un *backstop*) al Fondo di risoluzione comune per le banche. In altre parole, da strumento di assistenza agli Stati, il Mes entra in gioco anche nelle crisi del credito.

[33] SERVIZIO STUDI DEL SENATO - UFFICIO RICERCHE NEI SETTORI ECONOMICO E FINANZIARIO, *La riforma del Trattato istitutivo, Dossier n. 70, cit., p. 10 ss.*; BANCA D'ITALIA, *Audizione sul funzionamento del Meccanismo*, cit., p. 7 ss.

ISSN 2036-7821

di cooperazione tra il MES e la Commissione nell'ambito dei programmi di assistenza finanziaria nel rispetto del quadro giuridico dell'Ue[34].
L'intesa ribadisce la responsabilità esclusiva della Commissione nella valutazione complessiva della situazione economica dei Paesi e della loro posizione rispetto alle regole del Patto di stabilità e crescita e della Procedura per gli squilibri macroeconomici.
Si precisa altresì che il MES può svolgere una attività preventiva di monitoraggio della situazione macroeconomica e finanziaria, inclusa un'analisi della sostenibilità del debito pubblico e della capacità di rimborso del prestito da parte dello Stato membro richiedente, al fine di poter intervenire in modo tempestivo[35].
In sede di *Considerando* si afferma, pertanto, che il MES non deve essere funzionale al coordinamento delle politiche economiche tra gli Stati membri «per il quale il diritto dell'Unione europea prevede le disposizioni necessarie»[36]. Si conferma, infine, che la sorveglianza *post*-programma è effettuata dalla Commissione europea, di concerto con la BCE, e dal Consiglio dell'Unione europea nel quadro definito dagli articoli 121 e 136 del TFUE[37].
In caso di richiesta di assistenza, la riforma prevede che l'amministratore delegato del MES valuti, in collaborazione con la Commissione europea, di concerto con la BCE, la sostenibilità del debito pubblico e, a maggior tutela dei Paesi membri nella loro veste di finanziatori del MES, la capacità del Paese di ripagare il prestito concesso. Nel caso di impossibilità di raggiungere un accordo su tali valutazioni, la Commissione decide in merito alla sostenibilità del debito, mentre il MES valuta la capacità di ripagare il prestito[38].
In questo contesto, la modifica più rilevante risulta essere quella prevista dall'art. 13, secondo cui il Direttore generale affianca la Commissione e la BCE nella valutazione della domanda di sostegno presentata da uno Stato membro[39]. Spetta, poi, sempre al Direttore generale la redazione di una proposta da sottoporre all'approvazione del Consiglio dei governatori, relativa all'esito della richiesta, e la preparazione di una proposta di accordo su un dispositivo di assistenza finanziaria, comprese le modalità e la scelta degli strumenti, che deve essere adottata poi dal Consiglio dei governatori. Il Direttore generale, inoltre, affianca, la Commissione europea e la BCE nell'attività

[34] Nel novembre 2018, il MES e la Commissione europea hanno firmato una posizione comune sulla loro futura cooperazione, nella quale è stato prospettato che l'effettiva ripartizione dei compiti deriverebbe dall'esatta portata dei criteri di ammissibilità e dalla condizionalità associata alle specifiche azioni di sostegno. Commissione e MES dovrebbero procedere a incontri periodici e scambi di informazioni in relazione alle loro specifiche competenze.
[35] Art. 3, par. 1, Accordo recante modifica del Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità, sottoscritto a Bruxelles il 27 gennaio e l'8 febbraio 2021.
[36] *Considerando* 15-*bis*, Accordo recante modifica del Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità, cit.
[37] *Considerando* 18, Accordo recante modifica del Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità, cit.
[38] *Considerando* 11-*ter*, Accordo recante modifica del Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità, cit.
[39] Art. 13, Accordo recante modifica del Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità, cit.

ISSN 2036-7821

di monitoraggio delle condizioni cui è associato il dispositivo di assistenza finanziaria.
Con riferimento all'assistenza finanziaria precauzionale, ovvero all'apertura di linee di credito a richiesta, è prevista l'introduzione di una procedura semplificata per i Paesi in grado di garantire il rispetto di specifici requisiti, indicati nell'allegato III del Trattato modificato[40].
La valutazione relativa ad una linea di credito condizionale precauzionale (*Precautionary Conditioned Credit Line* – PCCL), si traduce nella necessità di firmare una lettera di intenti, con la quale gli Stati richiedenti si impegnano a soddisfare i criteri richiesti, specificati anche in termini quantitativi, il cui rispetto deve essere valutato e accertato almeno ogni sei mesi[41]. Alla Commissione europea si affida il compito di valutare la conformità delle misure contenute nella lettera di intenti rispetto al diritto dell'UE.
La linea di credito soggetta a condizioni rafforzate (*Enhanced Conditions Credit Line* – ECCL), invece, può essere richiesta dai membri del MES non ammissibili alla PCCL a causa della non conformità rispetto ai criteri a tal fine richiesti, purché la loro situazione economica e finanziaria rimanga comunque solida e presenti un debito pubblico considerato sostenibile. Per tali Paesi, l'accesso alla ECCL e agli altri strumenti di sostegno si traduce nella necessità di firmare un protocollo d'intesa (*memorandum of understanding*).

4.2. Il Meccanismo europeo di stabilità quale dispositivo di sostegno al Fondo di risoluzione unico per la gestione delle crisi bancarie.

La modifica del Trattato istitutivo attribuisce al MES un'ulteriore funzione.
Oltre a sostenere la stabilità dei Paesi aderenti, lo stesso fornisce un dispositivo di sostegno (*backstop*) al Fondo di risoluzione unico, istituito dal Regolamento (UE) n. 806/2014, sotto forma di linea di credito rotativo[42], in virtù della quale concede risorse finanziarie al Fondo, conformemente a un accordo raggiunto tra il Comitato di risoluzione e il suo Consiglio di amministrazione.

---

[40] CONSIGLIO EUROPEO, *Riforma del Meccanismo europeo di stabilità (MES)*, reperibile su *www.consilium.europa.eu*, maggio 2021.

[41] Per accedere alla linea di credito a "condizionalità semplificata", lo Stato richiedente dovrebbe rispettare determinati parametri quantitativi, che possono essere così sintetizzati: un disavanzo inferiore al 3% del PIL; un saldo di bilancio strutturale pari o superiore al valore di riferimento minimo specifico per Paese; un rapporto debito/PIL inferiore al 60% del PIL o una riduzione di questo rapporto di 1/20 all'anno; non evidenziare squilibri eccessivi nel quadro della sorveglianza macroeconomica dell'Ue; non evidenziare gravi vulnerabilità del settore finanziario che mettano a rischio la stabilità finanziaria.

[42] Art. 18-*bis*, Accordo recante modifica del Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità, cit.

ISSN 2036-7821

Nell'attuale disciplina europea relativa alla gestione delle crisi bancarie, la funzione principale del Fondo[43], alimentato dai contributi versati annualmente da tutte le banche dell'area euro e gestito dal Comitato di risoluzione unico (*Single Resolution Board* – SRB), è quella di sostenere finanziariamente l'applicazione delle misure di risoluzione, minimizzando, al contempo, l'utilizzo di risorse pubbliche nella gestione delle crisi bancarie[44].

La riforma del MES introduce tale *backstop* allineandone la consistenza finanziaria a quella delle risorse accumulate nel Fondo di risoluzione unico, come indicato nei *terms of reference* concordati nel dicembre del 2018[45].

In particolare, è previsto che, qualora il Comitato di risoluzione unico chieda l'attivazione del dispositivo di sostegno, il Consiglio dei governatori possa attivarlo sulla base di una proposta del Direttore generale[46]. In tal caso, le modalità e le condizioni finanziarie del sostegno al Fondo di risoluzione unico devono essere specificate in un apposito accordo concluso con il Comitato di risoluzione unico, successivamente approvato dal Consiglio di amministrazione e sottoscritto dal Direttore generale[47].

Le decisioni relative a prestiti ed erogazioni al Fondo spettano al Consiglio di amministrazione, secondo la regola del comune accordo, sulla base dei criteri identificati in sede di revisione[48]. Nello specifico, ci si riferisce al rispetto dei principi di continuità del quadro giuridico in materia di risoluzione bancaria e neutralità di bilancio nel lungo periodo, per cui al dispositivo di sostegno si può fare ricorso unicamente nel caso in cui risultino esauriti i mezzi del Fondo di risoluzione unico e

[43] Cfr. A. MESSORE, F. BONARDI, *La riforma della disciplina europea sulle crisi bancarie*, in *dirittobancario.it*, 2023. Il 18 aprile 2023 la Commissione europea ha pubblicato un pacchetto di proposte per riformare l'attuale quadro normativo in materia di gestione delle crisi bancarie e sistemi di tutela dei depositi. La proposta si propone di rafforzare ulteriormente le regole a tutela dei risparmiatori e della stabilità del mercato, con particolare attenzione alle banche di medie e piccole dimensioni. Per una ricostruzione, v. altresì O. CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, 2016, p. 45 ss.; M. CHITI, V. SANTORO, *L'Unione bancaria europea*, Pisa, 2016, p. 125 ss.; F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013, p. 55 ss.

[44] Il versamento e la mutualizzazione di tali contributi avvengono gradualmente, secondo un programma che andrà pienamente a regime nel 2024, quando la consistenza del Fondo avrà raggiunto il livello obiettivo (almeno l'1 per cento del complesso dei depositi protetti nell'area euro, una quota che l'SRB stima in circa 60 miliardi).

[45] *Considerando* 5-*bis* e 15-*bis*, Accordo recante modifica del Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità, cit.

[46] Art. 18-*bis*, par. 1, 2, 3, Accordo recante modifica del Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità, cit.

[47] *Considerando* 15-*ter*, Accordo recante modifica del Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità, cit. Il MES decide sull'impiego del dispositivo di sostegno entro 12 ore dalla domanda del Comitato, termine che il Direttore generale può eccezionalmente prorogare a 24 ore, in caso di un'operazione di risoluzione particolarmente complessa, sempre nel rispetto degli obblighi costituzionali nazionali.

[48] CAMERA DEI DEPUTATI-SERVIZIO STUDI, *Ratifica ed esecuzione dell'Accordo recante modifica del Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità, fatto a Bruxelles il 27 gennaio e l'8 febbraio 2021*, Dossier n. 78, 24 marzo 2023, p. 1 ss.; in argomento v. C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche. Le regole dell'attività*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 57 ss.

ISSN 2036-7821

il Comitato presenti comunque una capacità di rimborso sufficiente a ripagare integralmente i prestiti ottenuti tramite tale strumento[49].

4.3. Le clausole di azione collettiva.

La riforma del Trattato prevede altresì l'introduzione delle clausole di azione collettiva con approvazione a maggioranza unica (*single limb* CACs)[50] da applicare a tutti i titoli di Stato della zona euro di nuova emissione con scadenza superiore a un anno, emessi a partire dal 1° gennaio 2022[51].

In sostanza, diventa molto più agevole per uno Stato rinegoziare il proprio debito pubblico. È sufficiente, infatti, un'unica deliberazione dei possessori dei titoli pubblici al fine di modificare i termini e le condizioni di tutte le obbligazioni, anziché richiedere una doppia deliberazione (una per ciascuna emissione, un'altra per l'insieme dei titoli).

Non è necessario, semplificando, il consenso della maggioranza qualificata dei creditori per ogni singola serie dei titoli emessi (convocando assemblee diverse, che potrebbero assumere decisioni contrastanti), ma solo il consenso della maggioranza di tutti i detentori di titoli, senza la necessità di votazioni per serie[52].

La modifica, finalizzata a una eventuale ristrutturazione del debito, laddove necessaria, riduce i costi relativi alle modalità e ai tempi di realizzazione che normalmente richiede tale operazione[53].

Resta, invece, invariato il riferimento presente nella versione attuale del Trattato, relativo al coinvolgimento del settore privato, il quale rimane strettamente circoscritto a casi eccezionali e non è in nessun caso una precondizione per accedere all'assistenza finanziaria del MES[54]. Ed è sulla base di tale eccezionalità[55] che vanno interpretate tanto la modifica riguardante le clausole di azione collettiva, quanto la possibilità che la riforma concede al MES di agire da mediatore del dialogo tra un Paese e gli investitori privati, solo su richiesta del Paese stesso «su base volontaria, informale, non vincolante, temporanea e riservata»[56].

5. La mancata ratifica dell'Italia: questioni critiche.

---

[49] Si v. nuovo Allegato IV, incluso nella proposta di riforma del Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità

[50] *Considerando* 11 e art. 12, par. 4, Accordo recante modifica del Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità, cit.

[51] Art. 12, par. 3, Accordo recante modifica del Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità, cit.

[52] A. VALZER, *Il Meccanismo europeo di stabilità oggi*, cit., p. 240 ss.

[53] Cfr. M. CARIONI, *La riforma del MES: cosa prevede il Meccanismo Europeo di Stabilità 2.0*, reperibile su *www.orizzontipolitici.it*, settembre 2023.; L. GIANNITI, *La riforma del trattato istitutivo del MES e la* governance *economica dell'eurozona*, in *Diritto Pubblico*, 2020, 1, p. 305 ss.

[54] *Considerando* 12, Accordo recante modifica del Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità, cit.

[55] BANCA D'ITALIA, *Audizione sul funzionamento del Meccanismo*, cit., p. 10 ss.

[56] *Considerando* 11-*bis*, Accordo recante modifica del Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità, cit.

ISSN 2036-7821

Venendo al profilo, per alcuni versi problematico, delle ratifiche nazionali, va anzitutto tenuto conto del fatto che la revisione del Trattato insiste sul rafforzamento del ruolo del MES di *lender of last resort*[57] nei confronti del sistema finanziario e bancario.

Tanto premesso, la decisione del Parlamento italiano di non ratificare la riforma del MES è successiva a un parere formulato dalla Commissione Bilancio della Camera secondo cui la proposta di legge risulta carente di meccanismi idonei a garantire il coinvolgimento del Parlamento nel procedimento per la richiesta di sua attivazione. Circostanza questa che potrebbe pregiudicare la possibilità per il Parlamento di monitorare versamenti ulteriori del capitale sottoscritto[58].

In concreto, l'Italia dovrebbe versare, potenzialmente, fino a 111 miliardi di euro nel caso di necessità di utilizzo di tutti i 704 miliardi (capitale sottoscritto del MES)[59].

Tuttavia, si tratta di un rischio già sussistente, secondo quanto prevede il Trattato originario e che non deriverebbe, quindi, dalle modifiche apportate al medesimo. Per di più, sarebbe comunque necessaria un'autorizzazione del Parlamento per il versamento, dal momento che tanto implica un aumento della spesa pubblica[60].

Un secondo profilo di criticità, forse di maggiore rilievo rispetto al precedente, concerne l'utilizzo del MES come strumento di ultima istanza per il finanziamento del Fondo di risoluzione unico.

In linea di principio, si tratta di prestiti che il sistema bancario europeo si impegna prontamente a restituire e, nel caso di mancato rimborso, ci troveremmo di fronte a una diffusa crisi di stabilità del settore bancario europeo, con conseguenze drammatiche per l'intero continente, non di certo legate all'utilizzo del MES[61].

Per altro verso, il Ministero dell'economia e delle finanze (Mef) ha altresì analizzato i possibili effetti della ratifica del Trattato che modifica il MES.

Con riferimento agli effetti diretti, dalle verifiche del Mef risulta che non discendono nuovi o maggiori oneri rispetto a quelli autorizzati in occasione della ratifica del Trattato istitutivo del 2012. Quanto agli effetti indiretti, questi «appaiono di difficile valutazione e potrebbero presentarsi qualora le modifiche apportate con l'accordo

---

[57] Con tale espressione ci si vuole riferire ad un organismo che assolve alla funzione di fornire al sistema finanziario, e in particolare alle banche, i mezzi monetari necessari a far fronte alle esigenze di liquidità, soprattutto in situazioni di crisi finanziaria.

[58] Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari*, V Commissione permanente (Bilancio, tesoro e programmazione), 21 dicembre 2023, p. 28 ss.

[59] Per i relativi riferimenti si v. *supra*, nota 25.

[60] Sul punto F. BINI, *Che cos'è il Mes e cosa c'è nella riforma che l'Italia ha bocciato*, in *la Repubblica (www.repubblica.it)*, dicembre 2023; D. PESOLE, *Riforma del MES: in cosa consiste la riforma non ratificata dall'Italia*, in *Il Sole 24 ore (www.il sole24ore.com)*, dicembre 2022.; C. DE FELICE, *Cos'è il nuovo Mes a cui l'Italia ha detto no*, reperibile su *www.ansa.it*, dicembre 2023; M. SENSINI, *Mes, cosa prevedeva la riforma e che effetti ha il «no» sugli altri diciannove Paesi*, in *Il Corriere della Sera (www.roma.corriere.it)*, dicembre 2023.

[61] In argomento V. IORIO, *Mes, l'Italia approverà o no? Cosa c'è nel trattato e perché resta ancora in bilico*, in *Il Corriere della Sera (www.corriere.it)*, dicembre 2023; A. MANISCALCO, *Riforma Mes, tensioni nella maggioranza: la ratifica verso i buoni propositi del 2024*, in *La Sestina (www.lasestina.unimi.it)*, dicembre 2023.

ISSN 2036-7821

rendessero il MES più rischioso»[62]. Pur tuttavia, secondo quanto hanno affermato le agenzie di *rating*, non sono state riscontrate modifiche dell'accordo tali da far presumere un peggioramento del rischio[63].

Per quanto concerne sempre gli effetti indiretti della ratifica, è possibile, sulla base di valutazioni effettuate da analisti e operatori di mercato, che la riforma in argomento, nella misura in cui venga percepita come un segnale di rafforzamento della coesione europea, possa condurre a una migliore valutazione del merito di credito degli Stati membri aderenti, con un effetto più pronunciato per quelli con elevato debito come l'Italia[64]. Risulta difficile, se non impossibile, prevedere però *ex ante* quanto questo comporti in termini di possibile riduzione del costo dell'indebitamento del nostro Paese.

Relativamente a un'eventuale attivazione del supporto finanziario fornito dal MES, il costo dipende da una serie di variabili, tra cui quello sostenuto sui mercati per finanziarsi (*cost of funding*), il tipo di strumento cui lo Stato membro accede, l'entità della raccolta operata dal *Meccanismo*, le condizioni previste dalle linee guida per la fissazione del costo (*pricing*) dovuto per l'assistenza finanziaria, decise dal Consiglio dei governatori che ha la facoltà di modificarle in qualsiasi momento all'unanimità.

Questo tipo di impatto, ovviamente, andrebbe valutato anche in relazione alla specifica situazione di pre-assistenza e, in particolare, tenendo conto del proprio costo di finanziamento sul mercato[65]. Rispetto alle prospettive degli altri Stati membri azionisti del MES, l'attivazione del supporto rappresenterebbe, direttamente, una fonte di remunerazione del capitale versato e, indirettamente, un probabile miglioramento delle condizioni di finanziamento sui mercati[66].

In ultima analisi, la complessità del dibattito intorno al MES continua a evidenziare aspetti controversi[67] e reazioni divergenti degli Stati membri, in particolare dell'Italia che, per quanto in questa sede rileva, riflettono sfide legate alla sovranità economica e alla sua percezione pubblica[68].

---

[62] CAMERA DEI DEPUTATI, *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari*, III Commissione permanente (Affari esteri e comunitari), 21 giugno 2023, p. 8 ss.

[63] CAMERA DEI DEPUTATI, *Bollettino delle Giunte*, cit., p. 9 ss.

[64] CAMERA DEI DEPUTATI, *Bollettino delle Giunte*, cit., p. 11.

[65] CAMERA DEI DEPUTATI, *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari*, V Commissione permanente (Bilancio, tesoro e programmazione), 20 dicembre 2023, p. 31 ss.

[66] CAMERA DEI DEPUTATI, *Bollettino delle Giunte*, cit., p. 35 ss.

[67] In argomento, v. EUROPEAN STABILITY MECHANISM, *Safeguarding the euro in times of crisis. The inside story of the ESM*, Publications Office of the European Union, Lussemburgo, 2019. P. LEONE, S. NATALE, R. NICASTRO, *Risoluzione di una crisi. Le Good Banks tra regole, mercato, territori e risparmiatori*, Roma, 2019, p. 170 ss.; A. PORTA, *L'unione economica e monetaria. Come e perché l'Europa è arrivata fin qui e quali sono le prospettive*, Milano, 2020, p. 25 ss.

[68] Cfr. F. FUBINI, *L'Italia è l'unico Paese Ue che non ratifica a riforma del Mes: cosa potrebbe succedere?*, in *www.corriere.it*, dicembre 2023; L. RIZZO, *I rischi del no dell'Italia alla riforma del Mes*, in *lavoce.info*, dicembre 2023; E. COMELLI, *Cos'è il Mes, la spiegazione semplice e perché l'Italia non vuole la riforma*, in *www.quotidiano.net)* dicembre 2023.

ISSN 2036-7821

Va chiarito, però, che il *Meccanismo* non è uno strumento superfluo, né tantomeno svantaggioso sia per il nostro Stato, sia per ciascun Paese dell'eurozona.
Il suo intervento, infatti, riduce i rischi di contagio connessi a eventuali "crisi", limitando la possibilità di un *default* sovrano[69], quantomeno per gli Stati ove le difficoltà sono momentanee e possono essere risolte mediante prestiti o linee di credito.
Relativamente poi alle preoccupazioni evidenziate dall'Italia, la riforma non pare accrescere neanche i poteri del MES, bensì riconosce a esso un ruolo attivo nella gestione delle crisi all'interno del processo che porta a concedere assistenza finanziaria e rispetto al suo successivo monitoraggio. Si tratta, quindi, di un'attività che non sostituisce, bensì affianca quella svolta dalla Commissione europea secondo modalità dettagliate di cooperazione.
Sulla scorta di quanto sinteticamente analizzato, il *Meccanismo* non rappresenta solo uno strumento di supporto finanziario ma, piuttosto, è uno degli elementi della *governance* economica europea, la cui riforma potrebbe offrire strumenti innovativi anche in relazione alla gestione delle crisi bancarie di rilievo sistemico, promuovendo una maggiore integrazione economica all'interno dell'eurozona[70]. Nondimeno, la sua concreta attuazione, che pare essere in una fase tutt'ora in evoluzione, richiede di ricercare i necessari equilibri affinché si "adatti" alle esigenze mutevoli degli Stati membri, identifichi i meccanismi più efficaci di gestione delle crisi e, al contempo, promuova una maggiore coesione e stabilità all'interno dell'Unione.

[69] Ci si riferisce, ad esempio, alla crisi della Grecia del 2010, i cui effetti hanno avuto gravi ripercussioni anche sul nostro Paese.

[70] Su questo aspetto M. CARIONI, *La riforma del MES*, cit.; M. BORDIGNON, F. SCINETTI, N. SCUTIFERO, *Il Meccanismo europeo di stabilità*, in *Osservatorio CPI*, reperibile su *www.osservatoriocpi.unicatt.it*, giugno 2023.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Ricostruire il territorio per progettare il futuro: ripensare la gestione dell'emergenza per la trasformazione sociale nel post-sisma

di Piero De Rosa

(Avvocato, Analista di supporto legale appalti Invitalia S.p.A.)

Sommario

1. *Orientare l'emergenza:* ricostruire il territorio per una rifunzionalizzazione fisica e simbolica dei luoghi; 2. *Gestire l'emergenza:* ripensare i modelli di governance per lo sviluppo del territorio; 3. *Ri-progettare l'emergenza:* orizzonti futuri e prospettive di rigenerazione territoriale; 4. Bibliografia.

Abstract

The seismic events that hit Central Italy in 2016 caused substantial damage and, often, the destruction of entire regions, resulting in victims and injuries in the population.
History and scientific investigations lead us to the awareness of the eternal return of this natural phenomenon. A topic for which, inevitably, specific studies and research continue to proliferate insights.
After the last earthquake, the need to deal with fragilities emerged even more strongly, not only by dealing with it after the event, but by reducing or eliminating the negative effects of disasters before it happens.
Therefore, the objective of this paper is to propose an examination of the different solutions that have been provided by institutions for the re-settlement of the population victims of the earthquake and, above all, to carry out a comparison between the urban strategies, evaluating the pros and cons taken towards the public reconstruction and the impact on the living system of the urban and territorial space as a whole.

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

ISSN 2036-7821

1. Orientare l'emergenza: ricostruire il territorio per una rifunzionalizzazione fisica e simbolica dei luoghi.

Il sisma che ha colpito l'Italia il 24 agosto 2016, provocando centinaia di vittime e migliaia di sfollati, ha, ancora una volta, riportato al centro della cronaca del nostro Paese un evento naturale che, per sua definizione, provoca morte e distruzione nella misura in cui entra in contatto con l'attività antropica[1].

Tuttavia, nel voler lanciare una provocazione, i terremoti, di per sé, non hanno che l'effetto di far vibrare il terreno sotto ai nostri piedi[2]. Questa affermazione, posta così recisamente, potrebbe sembrare deliberatamente assurda dal momento che, da sempre, ai terremoti è associata la capacità distruttiva delle forze della natura, di cui rappresentano (forse) l'esempio più grave[3].

A ben vedere, infatti, i terremoti hanno effetti catastrofici perché le opere che l'uomo ha costruito non sono in grado di resistere agli effetti devastanti degli stessi: la colpa, quindi, non è dei terremoti - che si verificano in quanto tali, dal momento che questi esistono da sempre - ma dell'uomo che ha costruito in aree a rischio senza tenerli in considerazione[4].

Di conseguenza, sorge spontanea la domanda: se si costruisce in zone a rischio sismico senza le dovute attenzioni, di chi è poi la colpa?[5]

Senza dubbio, il consumo di suolo e di territorio nel nostro Paese è la vera emergenza nazionale e il pericolo per le future generazioni. Da noi si costruisce troppo, si costruisce dovunque e, per lo più, in modo insostenibile[6].

---

[1] L'ambiente naturale è formato da un complesso di grandi sistemi interagenti in cui l'entità delle forze in gioco e le scale dei rispettivi tempi evolutivi sono profondamente differenti. Le variazioni apportate dall'uomo all'ambiente naturale comportano alterazioni che devono essere compensate al fine di non trasformare dette alterazioni in danni permanenti. L'impatto congiunto della crescita della popolazione umana ha raggiunto un livello di progresso tale che le capacità auto-regolanti dell'ambiente naturale rischiano di "imboccare" vie nocive per la nostra specie. A riguardo, si veda il volume dal titolo *"Rischi naturali e impatto antropico nell'area metropolitana napoletana"* edito dal Centro Interdipartimentale di Ricerca e Ambiente "Università Federico II" di Napoli (CIRAM).

[2] Nelle zone di confine tra le placche, si accumula energia di deformazione che, in alcuni casi, si rilascia in rotture improvvise della roccia e le vibrazioni che ne scaturiscono sono i terremoti. La maggior parte dei terremoti può essere legata direttamente alle placche tettoniche e all'accumulo di energia di deformazione nelle zone di interazione. Infatti in alcuni punti si raggiunge la resistenza della roccia che si rompe in modo fragile, causando vibrazioni che, propagandosi, causano lo scuotimento sismico. Per maggiori dettagli, cfr. I. IERVOLINO, *Dinamica delle strutture e ingegneria sismica. Principi e applicazioni*, Hoepli Editore, 2021.

[3] Gli effetti vibrazionali prodotti da un terremoto sono assimilabili a quelli di un sasso gettato in acqua; lo scuotimento delle rocce, infatti, produce onde d'urto che si propagano sia lungo la superficie terreste sia al suo interno. Per maggiori dettagli, cfr. G. TEDESCO, *Introduzione allo studio dei terremoti*, 2005.

[4] Cfr. M. VINCI, *Proteggersi dai terremoti*, Dario Flaccovio Editore, 2013.

[5] Cfr. M. TOZZI, *L'insostenibile leggerezza dell'uomo* in Correre della Sera, 2013.

[6] Con l'aumento della pressione antropica sull'ambiente, il concetto di ambiente si è allargato fino a comprendere tutti i tipi di risorse importanti per le politiche di sviluppo mirate al miglioramento del benessere sociale. In Italia questa linea è assunta dalla Legge 431/1985, che ha individuato nuove e più estese categorie di interesse ambientale ed ha indicato nel Piano Paesistico uno strumento per il superamento di una politica vincolistica. Le esperienze più recenti pongono in discussione il principio di zonizzazione ambientale, che se da

ISSN 2036-7821

Frane, erosioni del suolo, alluvioni e terremoti sono fenomeni naturali che, tuttavia, possono essere accelerati e intensificati là dove l'uomo è intervenuto in modo indiscriminato e irrazionale con interventi che si rilevano essere più dannosi rispetto all'evento stesso[7].

Terremoti, alluvioni e frane però non possono più essere considerati un castigo divino o degli eventi eccezionali, ma fenomeni consueti per un paese come il nostro esposto a determinati tipi di rischi[8].

Naturalmente, il verificarsi di un evento catastrofico come un terremoto porta inevitabilmente con sé una serie di temi e problematiche che, oltre ad essere molteplici e differenziati, sono di natura assai complessa.

Al di là della fase iniziale dell'emergenza, le questioni coinvolte si presentano di diversa matrice e fittamente intrecciate con altre discipline: questioni di natura economica, che riguardano essenzialmente la base produttiva, agricola, industriale e commerciale del contesto colpito; questioni di pianificazione urbanistica, dal *(più alto)* livello territoriale a quello *(più basso)* comunale e dei piani attuativi di singoli comparti edilizi; questioni più strettamente architettoniche, inerenti alla storia urbana e all'assetto morfologico del territorio, tipologico e formale che, a loro volta, necessariamente coinvolgono problemi di ingegneria antisismica, anche dal punto di vista del restauro e della conservazione dei beni immobili[9].

Tutti questi temi si presentano, nell'insieme, non soltanto teorici, ma strettamente operativi, così da richiedere una convergenza di saperi e conoscenze nel progetto di ricostruzione, che deve presentarsi realistico e conoscitivamente fondato sulle caratteristiche proprie del contesto di riferimento[10].

A ciò aggiungasi che la crescita continua della dimensione del rischio, avvenuta in questi ultimi anni, induce ad una percezione sempre più diffusa di insicurezza, che investe l'aleatorietà dei processi climatici, ambientali e sismici e, più in generale, di una varietà di processi critici di mutamento del territorio[11].

---

un lato rispondeva all'esigenza di proteggere la natura dall'interferenza dell'uomo, dall'altro ha accentuato i processi di specializzazione funzionale del territorio, contribuendo ad una progressiva frammentazione con conseguenti gravi danni ambientali, paesaggistici, culturali e sociali. Cfr. M. R. RONZONI, F. CONATO, *Costruire sostenibile*, 2000.

[7] Si pensi, ad esempio, ad incendi, disboscamenti, abbandono, errata localizzazione di insediamenti e mancato rispetto delle norme.

[8] A titolo esemplificativo, una situazione geodinamica e geomorfologica particolare, una atavica assenza di manutenzione ordinaria del territorio ed un uso indiscriminato dell'ambiente naturale.

[9] Cfr. A. FIORELLI, P. VERDUCCI, *Progettare tra emergenze e futuro per le necessità dei territori*, Gangemi Editore, 2019.

[10] Cfr. E. BORDOGNA, T. BRIGHENTI, *Terremoti e strategie di ricostruzione*, 2022.

[11] Nonostante gli immensi progressi tecnologici, ogni anno ci troviamo a fare i conti con catastrofi geologiche ed emergenze climatiche sempre più frequenti e minacciose: moniti con cui la Terra ci ricorda che noi uomini viviamo e prosperiamo solo per "gentile e temporanea concessione" degli elementi geologici. Cfr. F. PASQUARÈ MARIOTTO, A. TIBALDI, *Terra senza tregua: terremoti, alluvioni, eruzioni, cambiamenti climatici tra scienza e comunicazione*, Mimesis Editore, 2019.

ISSN 2036-7821

La pianificazione territoriale, pertanto, è da tempo impegnata nella ricerca di nuovi paradigmi disciplinari e di pratiche di azione innovative: è necessario elaborare tempestivamente le strategie più appropriate rispetto agli obiettivi assunti per lo sviluppo del territorio, come la sostenibilità ambientale, la coesione sociale, l'innovazione economica, culturale e tecnologica, e soprattutto la messa in sicurezza delle strutture già esistenti[12].

In questa prospettiva, la pianificazione del territorio e la progettazione urbanistica devono essere modellate necessariamente sul territorio ed essere attente alla sostenibilità del suo sviluppo[13].

Si tratta di sfide che impongono uno sguardo a lungo termine: l'azione dell'uomo può, infatti, avere una funzione centrale nella riduzione del rischio, intervenendo sulla vulnerabilità del territorio e dell'ambiente, mettendo in campo tutte quelle innovazioni negli strumenti e nel bagaglio dei saperi per incrementarne la resilienza.

In particolare, occorre uscire dalla logica emergenziale e settoriale che ha segnato le politiche di governo degli ultimi venti anni ed abbracciare una programmazione degli interventi incentrata maggiormente sulla prevenzione del rischio, così da rendere la transazione dal *"pre-evento"* al *"post-evento"* meno traumatica e più duratura.

Proprio la pianificazione nelle aree fragili ed esposte a maggior rischio sismico e idrogeologico rappresenta un obiettivo decisivo delle politiche pubbliche per il prossimo futuro, dovendo queste intrecciare le questioni sociali, economiche, ambientali, territoriali e le relative competenze degli specialisti del settore[14]. In altre parole, siamo inseriti sempre di più in un processo complesso per quanto riguarda sia le procedure che il livello di competenze perché la materia dello sviluppo del territorio riguarda non un atto specifico, ma influenza contesti più ampi e modifica gli equilibri.

Porsi obiettivi di sviluppo sostenibile per le aree territoriali interne, che alla loro marginalità oppongono elementi di eccellenza ambientale, se da un lato rappresenta un traguardo ambizioso per le politiche pubbliche, dall'altro diventa un passaggio obbligato per evidenziare il ruolo strategico di tali aree in termini di qualità, sostenibilità e di resilienza, che rappresentano i pilastri di un progetto di evoluzione migliorativa[15].

Tuttavia, quando si fa riferimento a modelli urbani e a realtà ideali su cui orientare le evoluzioni migliori si rischia di non cogliere la complessità del reale.

---

[12] Cfr. M. SEVERINO, G. DI PASQUALE, *Procedure per la ricostruzione post-sisma analisi e proposte*, Alinea Editore, 2002.

[13] Cfr. S. ARAGONA, *Costruire un senso del territorio: spunti, riflessioni e indicazioni di pianificazione e progettazione*, Gangemi Editore, 2012.

[14] Sul punto, cfr. E. NIGRIS, *Sulla produzione sociotecnica dello spazio urbano*, 2023.

[15] Sul punto, cfr. F. CORBISIERO, R. A. LA ROCCA, A. M. ZACCARIA, *Sviluppo turistico e governance territoriale nelle aree protette periurbane*, Università degli Studi Federico II, 2023.

ISSN 2036-7821

Il caso tipico è costituito dalle aree urbane e dai territori in aree a rischio dove la schematizzazione statica dell'assetto presente si scontra con un modello evolutivo al più probabilistico e dinamico[16]. Le zone sismiche vengono così ridotte ad aree dove ci si attende, con una certa frequenza, eventi superiori ad una data intensità e, spesso, la scelta più veloce è quella di diffondere semplicemente la cultura e la prassi della corretta evidenziazione delle zone a diverso grado di pericolosità.
Non basta realizzare "percorsi di fuga", ma occorre individuare un vero e proprio sistema di spazi (pubblici e privati) che rimanga efficiente anche in caso di terremoto e che supporti le funzioni economiche e sociali proprie dei luoghi colpiti.
La costruzione di una politica urbanistica di prevenzione è anzitutto legata al mantenimento in vita, dopo un terremoto, delle condizioni di funzionamento dei singoli sistemi che costituiscono la città: in altre parole, si tratta di individuare la struttura urbana minima che deve emergere e rimanere in funzione all'indomani dell'evento calamitoso[17].
Come va "coscientizzata" la popolazione del pericolo e del grado di prevedibilità degli eventi calamitosi, allo stesso modo è necessario tradurre in azioni positive (e non solo in vincoli normativi) le condizioni determinate dal pericolo[18]. Soltanto un governo pubblico può risolvere queste problematiche e, di conseguenza, è necessario "costruire" una *governance informata* e *formata* sui temi della sostenibilità ambientale, dell'ecologia e dello sviluppo urbano[19].
Le mappe di pericolosità assumono così grande importanza per i governi, per finalità essenziali quali stabilire nuove normative edilizie, localizzare le risorse e distribuire i maggiori progetti infrastrutturali[20]. Tra l'altro, la necessità di individuare soluzioni innovative ed efficaci in tali campi ha determinato progressivi approfondimenti

[16] In altri termini, conosciamo gli eventi che possiamo attenderci con ragionevole probabilità, ma non riusciamo a rappresentarli se non al momento in cui si verificano nel concreto.

[17] Cfr. W. FABIETTI, *Vulnerabilità sismica e trasformazione dello spazio urbano*, 1999.

[18] La casistica degli strumenti urbanistici che perseguono queste specifiche finalità di riduzione del rischio sismico è, oggi in Italia, ancora molto ridotta. Molte possono essere le motivazioni di questo mancato interesse, tra le quali la difficoltà di operare scelte di politiche pubbliche e di governo del territorio in un regime di forte incertezza. Si tratta di problemi di incompatibilità tra campi decisionali diversi che non possono essere ricondotti all'unità, imponendo soluzioni generali attraverso lo strumento legislativo. Non si tratta di costruire un campo decisionale dominante per la prevenzione che prevalga sulle scelte di pianificazione, ma considerare la prevenzione come componente ordinaria degli strumenti urbanistici.

[19] Come noto, l'urbanistica è intrinsecamente legata alla proprietà privata e al consumo del suolo. Quest'ultimo, con ogni evidenza, rappresenta una emergenza ecologica: all'area sottratta come sedime per gli edifici, infrastrutture e servizi, si somma l'alterazione delle dotazioni e delle connessioni ecologiche. Ma il consumo del suolo è anche la prima causa di vulnerabilità territoriale per la profonda alterazione che determina sul ciclo delle acque. Cfr. V. SCAVONE, *Consumo di suolo: un approccio multidisciplinare ad un tema trasversale*, Franco Angeli Editore, 2014.

[20] Esse, in parte, pongono in evidenza dei nodi che fanno parte dell'evidenza quotidiana come, ad esempio, la definizione della regola cautelare, l'individuazione della legge scientifica di copertura, la definizione di criteri antisismici nella costruzione degli edifici.

ISSN 2036-7821

scientifici attraverso confronti ed integrazioni con esperienze esterne e differenti ambiti di applicazione[21].

Le determinazioni scientifiche derivanti da contributi interdisciplinari hanno, infatti, contribuito allo sviluppo di metodologie per la valutazione qualitativa e quantitativa del "danno atteso" sull'assetto urbanistico e territoriale[22]. Dette valutazioni devono essere accompagnate con procedure flessibili ed organiche, atte ad "interrogare" la realtà locale, monitorandone adeguatamente le risultanze dalle propensioni emerse.

Ciò perché il concetto di rischio non solo è connesso alla competenza di calcolare la probabilità del verificarsi di un evento pericoloso, ma anche alla capacità di definire il danno provocato. Rischio e pericolo non sono la stessa cosa: il pericolo è rappresentato dall'evento calamitoso che può colpire una certa area *(la causa)*, mentre il rischio è rappresentato dalle possibili conseguenze dall'evento, ovvero dal danno che ci si può attendere *(l'effetto)*[23].

Per poter valutare concretamente un rischio, è necessario stimare attentamente il valore esposto, consistente nei beni presenti sul territorio che possono essere coinvolti dalla calamità.

Certamente il coinvolgimento della comunità e la maggiore partecipazione di tutti gli *stakeholder* hanno dimostrato di migliorare la qualità delle decisioni assunte in situazioni *post-disastro*, contribuendo a porre un freno al conflitto tra cittadini e amministrazioni – spesso amplificato dal verificarsi dell'evento – così da consentire ai cittadini di "far sentire la propria voce" nelle decisioni e di esercitare il proprio diritto di scelta in merito alle decisioni dell'autorità pubblica[24].

Tuttavia, soprattutto in zone caratterizzate da un'elevata sismicità, è importante che i cittadini sappiano quali comportamenti mettere in atto in caso di eventi sismici: da una corretta gestione delle emozioni o da una reazione tempestiva ed oculata possono essere salvate delle vite.

---

[21] I terremoti avvenuti negli ultimi dieci anni in Italia hanno portato un'attenzione crescente da parte della comunità scientifica verso un approccio multidisciplinare nella prevenzione del rischio sismico, che comprendesse una parte di analisi di carattere umanistico nella fase di conoscenza del contesto territoriale e dei beni architettonici che vi insistono.

[22] Le valutazioni del rischio sismico su cui è sottoposta una città e le eventuali azioni di prevenzione derivano dalla stima di probabilità che un certo evento si manifesti e produca danni e su ciò che è ragionevole attuare per proteggere l'insediamento. In altri termini, l'impostazione di politiche preventiva deriva dalla combinazione di valutazioni di carattere diverso le cui implicazioni urbanistiche sono rilevanti in relazione ad un *principio strategico* che richiede una visione d'insieme. Sul punto, cfr. W. FABIETTI, *Vulnerabilità sismica e trasformazione dello spazio urbano*, Alinea Editore, 1999.

[23] Cfr. E. RIZZUTI, *Catastrofi naturali o incuria dell'uomo?* Pellegrini Editore, 2013.

[24] La partecipazione pubblica può, infatti, contribuire ad orientare le scelte su cui dovranno essere ricostruiti beni e servizi pubblici, trovare soluzioni innovative, sostenere ed individuare gli investimenti nei progetti a livello di quartiere. Se alle comunità è consentito l'avvio di un processo partecipativo ed è loro offerto supporto in tal senso si faciliterà una ripresa duratura, assicurando un equilibrio tra rapidità e deliberazione dei *leader* locali. Cfr. R.B. OLSHANSKY, *Rebuilding communities following disasters: lessons from Kobe and Los Angeles*, in "Built Environment", Vol. 32/4, 2006.

ISSN 2036-7821

Pertanto, coinvolgere attivamente la cittadinanza nei processi di pianificazione preventiva di un sisma, informandola e preparandola anche a livello pratico, è una responsabilità da cui la politica non può prescindere.
Gli eventi naturali continueranno ciclicamente a manifestarsi e, allora, le amministrazioni più attente e competenti sono chiamate a prevenirle e a ridurre gli impatti negativi, anche con l'ausilio di strumenti e sistemi di previsione, prevenzione e di intervento (quali, ad esempio, informazione, allarme, piani di evacuazione e mezzi di soccorso)[25].
Per queste ragioni è indispensabile adottare misure di prevenzione, informazione ed educazione capillari ai cittadini in cui istituzioni scientifiche e amministrazioni locali svolgano un ruolo coordinato con la partecipazione attiva e consapevole della popolazione e dei media[26].
Proprio i mezzi di comunicazione, portando direttamente nelle case di tutti gli avvenimenti drammatici degli ultimi anni, hanno modificato gli atteggiamenti e i comportamenti dei cittadini. Questo ha permesso di accrescere l'interesse della collettività nei confronti dei temi legati alla qualità della vita e alla tutela e all'uso più razionale delle risorse ambientali, ponendo una maggiore attenzione ai ritmi della natura.
Analizzare l'accettabilità del rischio senza tentare in alcun modo di valutare lo sfondo sociale e culturale (ma anche politico ed economico) in cui esso si origina e si sviluppa rappresenta un errore di approccio e metodologia: se la collettività non associa i valori ai rischi in questione, cercare di educarla e informarla rappresenta soltanto uno spreco di tempo[27].
Soltanto una maggiore consapevolezza ed un interesse collettivo per queste problematiche, attraverso un rinnovato impegno culturale nonché una adeguata informazione didattico-educativa, può contribuire ad una trasformazione radicale della società e, allo stesso tempo, consolidare il rapporto tra eventi calamitosi, scienza e società. Una operazione tecnica-culturale che, oltre a ridefinire il rapporto tra uomo e ambiente, può innescare la partecipazione e l'attivazione di tutte le strutture organizzate della società e dei singoli cittadini.
Queste premesse stimolano una riflessione sulla nostra società che è una "società del rischio", proprio perché la natura globale dei rischi trasforma gli elementi distintivi del tessuto sociale.

[25] Cfr. S. Budelli, R. Federici, R. Miccù, L. Colella, G. Marchianò, G. Vivoli, A. Di Lernia, A. Morrone, F. Passananti, *La società del rischio e il governo dell'emergenza. Le fonti dell'emergenza e prevenzione e precauzione*, 2020.
[26] Cfr. S. M. Cianciotta, *Organizzare e comunicare l'emergenza nella PA. Strategie e azioni per costruire la resilienza*, Maggioli Editore, 2015.
[27] Cfr. M. Padula, *Crisis communication: come comunicare le emergenze*, Effatà Editore, 2005.

ISSN 2036-7821

È necessario, pertanto, modificare il rapporto odierno con ambiente e territorio per scongiurare il pericolo che le opportunità di cui abbiamo fino ad oggi goduto possano, per le generazioni future, diventare una realtà lontana[28].

2. Gestire l'emergenza: ripensare i modelli di governance per lo sviluppo del territorio.

Come evidenziato sopra, l'analisi dei tradizionali modelli di partecipazione del pubblico a seguito del verificarsi dei disastri ambientali evidenzia come la capacità di risposta della comunità si fonda, prima di tutto, sul senso di appartenenza alla comunità locale e sulla partecipazione della società civile nel processo decisionale, essendo la partecipazione dei cittadini uno strumento chiave per il rafforzamento della capacità della comunità di organizzarsi e di farsi carico della gestione responsabile e sostenibile del territorio che abita[29].

Certamente, i modelli di governo adottati fino ad oggi hanno avuto il pregio di contribuire a sviluppare un quadro di riferimento di resilienza complessiva delle società colpite dai terremoti per favorire l'incontro tra gli *stakeholder* di tali comunità a livello locale e pan-europeo, nonché di elaborare strumenti e pratiche di gestione dei rischi che possano favorire una maggiore capacità della comunità di far fronte al disastro, di ricostruire e di rinnovarsi[30].

Ai nuovi modelli di governo, tuttavia, si richiede uno sforzo ulteriore, vale a dire quello di elaborare strumenti concettuali e metodologici innovativi per esplorare maggiormente il concetto di resilienza delle società, al fine di garantire un processo di ricostruzione sostenibile, integrato e maggiormente partecipato[31].

Se lo sviluppo che si intende promuovere è soltanto quello di tipo economico, non si avrà mai un vero cambiamento sia sociale che culturale. Realizzare un progetto di sviluppo locale non può prescindere da un forte senso di appartenenza della

---

[28] L'equilibrio eco-sistemico si afferma come necessità che deve essere perseguita a garanzia della sopravvivenza della specie umana e nell'ottica della salvaguardia delle future generazioni. È questo lo scenario in cui si deve affermare un nuovo paradigma politico, cioè un sistema di riferimento basato su principi che superano i limiti dei modelli precedenti che non sono più in grado di spiegare la crisi del sistema industriale, le logiche di sviluppo delle multinazionali e l'accelerazione del fenomeno della globalizzazione.

[29] Cfr. R. ANGELINI, R. D'ONOFORIO, *Comunicazione e partecipazione per il governo del territorio*, Franco Angeli Editore, 2014.

[30] I disastri naturali se da un lato amplificano la vulnerabilità sociale del territorio, dall'altro evidenziano i meccanismi virtuosi e i malfunzionamenti dei sistemi di *governance* locale, valorizzandone il capitale sociale. Sul punto, cfr. A. MELA, S. MUGNANO, D. OLORI (a cura di), *Territori vulnerabili: verso una nuova sociologia dei disastri italiana*, Franco Angeli, 2017.

[31] Studiare gli aspetti sociali e comportamentali nel contesto dei disastri significa prevalentemente esplorare delle situazioni straordinarie, concentrate nel tempo e nello spazio, che causano una rottura nella routine quotidiana e destabilizzano la struttura sociale, creando disordine, perdite umane e distruzione. I disastri rappresentano, infatti, delle forme particolarmente forti di crisi della comunità e, in quanto tali, costituiscono delle importanti opportunità per analizzare i processi sociali di risposta alla crisi.

ISSN 2036-7821

comunità del luogo e di un recupero della memoria e della cultura per vivere e rivivere nel proprio territorio[32].

A ben vedere, a seguito del verificarsi di un evento catastrofico, vengono solitamente attivati dei comportamenti specifici da parte delle unità coinvolte che portano ad uno stato generale di mobilitazione e *iper-attività* sia all'interno che all'esterno dell'area colpita[33].

Pertanto, se nella sua immediatezza una catastrofe costituisce un notevole danno per le infrastrutture sociali, è altrettanto vero che, a livello di comunità, essa può rappresentare una occasione di rafforzamento della comunità stessa, di sviluppo di comportamenti altruistici e di attivazione di azioni protettive. Da questa prima attività può nascere una prima rete di relazioni intorno a cui far crescere altri progetti.

Processi realmente funzionanti di democrazia deliberativa e partecipativa, infatti, possono consentire di superare i conflitti economici e sociali facendo emergere dal negoziato e dalla concertazione le decisioni, ad esempio, sull'uso dei finanziamenti pubblici, sulla pianificazione partecipata delle aree urbane degradate o distrutte dai terremoti, sulla creazione di ambienti non solo meglio rispondenti ai bisogni della gente, ma che sono mantenuti e difesi dagli abitanti stessi[34].

Perché questo possa realizzarsi, occorre promuovere nuove politiche di *governance*, intese in una *"razionalizzazione sostanzialmente procedurale, incentrata sui problemi di coordinamento sulla base di un impegno al dialogo continuo per creare le basi di un consenso negoziato, di una condivisione di risorse e di una azione concreta"*[35].

In quest'ottica, dunque, il ruolo dei nuovi modelli di governo dovrà essere quello di garantire, attraverso un processo decisionale democratico e costantemente negoziato, il bisogno di innovazione e di partecipazione, anche attraverso la creazione di nuove reti tra i soggetti coinvolti, al fine di cogliere nuove opportunità per la realizzazione di un serio progetto di sviluppo locale.

Alcuni dei principali (e più tradizionali) schemi culturali e organizzativi – l'*accentramento*, la *delega*, il *verticismo*, la *frammentazione* e la *burocrazia* – si presentano come complementari e si rafforzano a vicenda, ma hanno prodotto danni nel lungo

---

[32] Per ulteriori approfondimenti si veda A. MAGNAGHI, *Il progetto locale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2000.

[33] Superato l'impatto iniziale gli operatori si preparano all'azione, l'agire aiuta a dissolvere la tensione, si recupera l'autocontrollo. In questa fase sono presenti in tono minore la maggior parte dei vissuti e delle reazioni della fase di allarme, ai quali si associano, come preziosi fattori di recupero dell'equilibrio, il trascorrere del tempo, il passaggio all'azione finalizzata e coordinata e l'interazione. Cfr. A. LO IACONO, M. TROIANO, *Psicologia dell'Emergenza*, Roma, Editori Riuniti, 2002.

[34] Ciò può contribuire ad una rinnovata articolazione istituzionale della democrazia partecipata e sul decentramento graduato dei poteri e delle funzioni dello stato a cui deve necessariamente accompagnarsi una revisione dell'impianto istituzionale originario.

[35] Cfr. B. JASOPP, *Governance, fallimenti della governance e meta-governance*, in A. Cavazzani, G. Gaudio e S. Sivini.

ISSN 2036-7821

termine, orientando il potere ai vertici e creando una struttura piramidale della società.
Vale allora la pena sfruttare la gestione post-emergenza come una reale opportunità di cambiamento, cercando di indentificare gli approcci critici che, se usati in maniera sistematica e complementare, possono aiutare gli attori del processo decisionale a costruire una solida alternativa allo sviluppo tradizionale adottato fino ad ora.
Con un maggiore decentramento amministrativo si possono, infatti, trasferire poteri e risorse alle autonomie locali, cioè alle Regioni, alle Province, ai Comuni e alle altre denominazioni delle suddivisioni territoriali politico-amministrative.
Una maggiore autonomia locale, per quanto imperfetta, rappresenta allora il primo passo verso la costruzione di società locali fondate su un ruolo attivo delle persone, sul buon funzionamento di società più piccole, radicate sul territorio e che possono coinvolgere più attivamente tutti gli attori locali[36].
Se il territorio è ben organizzato, lo stato centrale non ha più bisogno di accentrare troppi i suoi poteri e i propri mezzi che possono, al contrario, essere meglio gestiti localmente.
Di conseguenza, l'adozione di una politica legislativa di contrasto all'emergenza tagliata a misura dell'evento permette l'applicazione di un criterio di proporzionalità e di adeguatezza *ratione loci*[37]. Funzionale alla ripartenza della comunità è, in altre parole, la gestione della ricostruzione e del recupero del tessuto abitativo, pubblico e monumentale, contemperando gli interessi pubblici e privati e sanzionando gli abusi e gli illeciti *post* terremoto.
Di diversa matrice, rispetto alle tipologie sopra illustrate, è la nomina di commissari straordinari per rispondere ad esigenze contingenti o eccezionali che fanno ritenere inadeguato l'utilizzo di organi ordinari in ragione del particolare (se non, singolare) interesse pubblico che quelle stesse esigenze richiamano[38].
Non sempre e non necessariamente, questa figura si ritrova in conseguenza e per l'effetto di accadimenti di straordinarietà. Piuttosto, la caratteristica che maggiormente qualifica sul piano del diritto pubblico il commissario straordinario, è la provvisorietà.

---

[36] In forza di tale principio, le funzioni politiche ed amministrative vengono conferite al livello superiore di governo solo nell'ipotesi in cui il livello inferiore, per mancanza di mezzi, di personale e di strutture organizzative, si trovi nell'impossibilità di curare gli interessi affidati, ovvero quando sia necessario assicurare un esercizio unitario delle funzioni. Si parte, dunque, da un primo livello di base comunale, più vicino ai cittadini, per poi passare ad un livello intermedio provinciale o regionale e, da ultimo, nazionale a seconda della gravità e dell'estensione dell'evento emergenziale.

[37] Cfr. *Living with Seismic Phenomena in the Mediterranean and Beyond Between Antiquity and the Middle Ages Proceedings of Cascia* (25-26 October, 2019) and Le Mans (2-3 June, 2021) Conferences, 2022.

[38] Parte di queste esigenze sono stante in qualche modo "tipizzate", cosicché può sostenersi che vi sia stata una sorta di "istituzionalizzazione" di alcune figure commissariali create per situazioni non ordinarie. Cfr. D. CALDIROLA, *Il Commissario Straordinario nell'emergenza*, Amministrare, 2010.

ISSN 2036-7821

Certamente, la riconducibilità delle funzioni sostitutive più rilevanti esercitate dai commissari straordinari nominati a seguito dell'evento calamitoso impone di esaminare con maggiore attenzione alcuni aspetti di tale categoria dogmatica che appare eterogenea per la molteplicità delle manifestazioni in cui si esprime[39].
Attraverso l'esercizio di poteri straordinari, infatti, può essere modificato l'ordine legale delle competenze e compresso il ruolo delle autonomie senza alcun limite.
La trasformazione dell'urgenza o del rischio in emergenza quale vicenda ricorrente al fine di giustificare l'esercizio di poteri *extra ordinem* ovvero la sottrazione a poteri di revisione e di riesame (come il controllo giurisdizionale) non può rappresentare l'*escamotage* cui è sottesa la più classica delle figure dell'eccesso di potere.
Per distinguere una situazione di fatto qualificabile come emergenza e una che non possiede tale carattere si può procedere, empiricamente, ponendosi l'interrogativo se sia possibile o meno prevedere il rischio e, di conseguenza, prevenire l'emergenza[40]: è solo l'imprevedibilità del verificarsi di un determinato rischio a poter qualificare una situazione come emergenza che giustifica l'esercizio di poteri straordinari.
È necessario, dunque, sganciare il potere sostitutivo dall'ottica di controllo, sottolineando, al contrario, la sua funzione di garanzia e di tutela dell'interesse pubblico, il suo ruolo servente e strumentale rispetto alla stessa amministrazione attiva per il raggiungimento di un fine ultimo comune così da poter costituire, al contempo, uno strumento capace di garantire istanze unitarie e interessi preminenti alla cui cura sono preposti i diversi livelli di amministrazione.
Non si vuole, tuttavia, suggerire una idea di *"amministrazione di risultato"*[41] che pare sottesa alle figure di sostituzione commissariale più recenti. Sintetizzando i dibatti dottrinali sull'argomento, si può affermare che l'idea stessa di una amministrazione del risultato, del "fare presto e bene", rappresenta una mera formula descrittiva, contrapposta all'amministrazione per atti.
Piuttosto, il potere di sostituzione dovrebbe riguardare l'individuazione in concreto delle stesse situazioni che legittimano l'esercizio della sostituzione e che così verrebbero ridotte alla stretta necessità di realizzare l'interesse affidato alla cura del sostituito circa la determinazione dell'ampiezza del potere di sostituzione[42].

[39] L'attribuzione di poteri straordinari comporta *ex se* di derogare a qualsiasi norma di organizzazione, paralizzando e facendo venire meno la legittimazione dell'agire dell'amministrazione ordinaria e producendo, implicitamente, un generale effetto sostitutivo nella riallocazione delle funzioni conseguenti all'emergenza.
[40] Sul punto si rinvia alle riflessioni di L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica del diritto amministrativo*, Milano, 2002.
[41] Cfr. M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in Annuario 2022 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Milano, 2003.
[42] Cfr. G. AVANZINI, *Il commissario straordinario*, Giappichelli Editore, 2013.

ISSN 2036-7821

I poteri sostitutivi non sono poteri nuovi, ma già previsti dall'ordinamento e nell'esercizio dei quali si adottano provvedimenti tipici, la cui sola originalità consiste nella legittimazione a derogare alla competenza[43].
Si pensi, ad esempio, alle deroghe legislative previste per fronteggiare stati emergenziali o, comunque, eventi eccezionali che hanno reso ancora più evidente l'incapacità dell'impianto normativo tradizionale.
I terremoti che hanno colpito le aree del cd. "Cratere" delle Regioni di Marche, del Lazio, dell'Abruzzo e dell'Umbria[44] o la pandemia da Covid-19 a cui ha fatto seguito il positivo cambio di visione, almeno a livello europeo, che ha condotto all'iniezione di nuove risorse pubbliche nelle singole economie degli Stati Membri con il PNRR e (quanto all'Italia) con il PNC.
Ciò, oltre a creare un inevitabile sistema di norme parallelo a seconda della fonte del finanziamento (con procedure amministrative speciali e deroghe rispetto agli istituti vigenti), ha generato un vero e proprio un caos applicativo.
La problematica, o comunque l'interrogativo di fondo, è come si possa conciliare la funzione surrogatoria o di supplenza dei commissari straordinari nominati con i postulati costituzionali del decentramento e dell'autonomia e del decentramento amministrativo dal momento che il carattere derogatorio di tali poteri statali postula una totale assenza di garanzie procedurali.
Nell'attuale quadro istituzionale si presentano spesso interessi che, sebbene trovino un centro di imputazione con carattere di esclusività, possono presentare profili che coinvolgono altri interessi affini o complementari, che però ricadono nella sfera di altri centri di imputazione. Ciò fa sì che ove non vi sia un intervento da parte della figura soggettiva deputata alla cura dell'interesse (o questa non risulti adeguata), possano attivarsi meccanismi di sostituzione che possono compromettere interessi più ampi di quelli affidati alla cura delle autonomie territoriali.
La certezza, dunque, diviene l'emergenza specifica a cui rispondere trasformando in mera utopia l'obiettivo della stabilità della legge, ergendosi la deroga a rango di istituto: da eccezione la deroga è divenuta regola, le norme ordinarie si sospendono

[43] L'emergenza giuridica come fenomeno "unitario" (seppure nella differenza dei possibili modelli e tipologie da adottarsi rispetto al caso specifico) propone uno schema ricostruttivo scandito *(i)* dal verificarsi dell'evento emergenziale, *(ii)* dal giudizio di necessità in ordine alla doverosità di intervenire con mezzi (giuridici) straordinari e *(iii)* dall'instaurazione di uno stato di eccezione (o di emergenza). Cfr. G. Marazzita, *L'emergenza*, Giuffrè, 2003.

[44] La risposta è stata l'emanazione del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189 concernente gli interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dal sisma del 24 agosto 2016, riconoscendosi così un consistente potere di deroga al nominato Commissario Straordinario anche in materia di contrattualistica pubblica al fine di consentire una rapida quanto compiuta ricostruzione dei territori coinvolti. Tali poteri sono stati via via specificati ed estesi con il D.L. n. 76/2020 (art. 11, per interventi di natura speciale), con il D.L. n. 77/2021 (art. 14-bis, per gli interventi finanziati con il PNC Sisma) e con il D.L. n. 3/2023.

ISSN 2036-7821

attraverso l'introduzione di una fonte del diritto dichiaratamente transitoria che, tuttavia, si rinnova ad ogni scadenza del proprio termine di efficacia.
Pertanto, la nomina di commissari straordinari dovrebbe ritenersi non compatibile con il sistema costituzionale delle autonomie nel caso in cui tale meccanismo si palesi incongruo rispetto al fine che si intende raggiungere.
Il fenomeno che qui si è ricordato (e criticato) è divenuto una prassi inveterata degli ultimi anni, registrandosi una deriva dell'ordinamento verso uno *stato di eccezione* che ha prodotto un *vulnus* significativo alla pienezza e all'effettività del principio di legalità[45]
Occorrerebbe *"riprendere l'idea tradizionale, fondata sulla correlazione fra straordinarietà dell'evento e straordinarietà del potere, ma a partire dal lato non della straordinarietà dell'evento, quanto dal lato della straordinarietà del potere"*[46] .
Forse soltanto una migliore cooperazione tra diritto e scienze sociali potrà aiutare a ridisegnare la mappa dei titoli e dotazioni dei vari attori che operano sui possibili *trade-off* di iper-regolazione e de-regolazione: dai cittadini alle imprese, dalla mercificazione dei beni pubblici al mancato investimento per preservarli o valorizzarli.
È bene non dimenticare che le politiche regolative - soprattutto se accentuate dalla risposta all'evento emergenziale - ci portano nel cuore dei dilemmi più sistematici della nostra società, vale a dire quello tra autorità e poteri di fatto, tra cittadini e produttori, tra reddito e benessere collettivo.
Sono, infatti, le politiche regolative a dirci molto sulla costituzione democratica, nel senso preciso di quanto sistemi di regole possono tenere a bada poteri di cui la società ha estremo bisogno, ma che devono essere allo stesso tempo "domati"[47].

3. Ri-progettare l'emergenza: orizzonti futuri e prospettive di rigenerazione territoriale.

Dall'analisi svolta, si è potuto evidenziare come la rigenerazione urbana e territoriale (soprattutto in seguito al verificarsi di un evento calamitoso come un terremoto) è un'attività assai articolata e che, a tratti, appare anche sfuggente nei confini del proprio perimetro[48].
Proprio per queste ragioni ha un disperato bisogni di *nuovi orizzonti*[49] - di significato e di prospettiva - entro i quali collocare la propria azione.

---

[45] Una preoccupazione che non è nuova nelle riflessioni sui temi del diritto amministrativo. Fra tutti, si ricorda G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, Padova, 1936.

[46] Cfr. C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, 2005.

[47] Nel voler riprendere una nota espressione di Norberto Bobbio. Cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990.

[48] Sul punto, si veda cfr. M. TALIA, R. D'ONOFRIO, *La rigenerazione urbana alla prova*, 2015.

[49] Detti orizzonti che sono campi in cui si può spaziare con la mente, esaminare la situazione nel suo aspetto complessivo, prospettive che si aprono all'azione umana o all'evolversi di una situazione.

ISSN 2036-7821

A riguardo, sono diversi i temi che si incrociano nel percorso di ricerca delineato[50].
La città senza disegno, estesa insensatamente sul territorio e privata di quei confini che in altre epoche conferivano senso alla forma della città, è conseguenza della crisi dei poteri statuali ed istituzionali e sulla loro capacità di essere strumento di rigenerazione urbana e di attivazione di nuovi circuiti economici[51]. Ne consegue anche un diverso modo di gestire la crescita e le trasformazioni urbane e territoriali, anche per i mutati rapporti tra i soggetti investitori e autorità impegnati nell'attività regolativa o di indirizzo progettuale.
Per un approccio integrato e sistemico, una pianificazione per progetti, senza riferimenti sistematici ad altri livelli di pianificazione, costituisce semplicemente la negazione della pianificazione. Come vero sarebbe anche il contrario: anche una pianificazione "comprensiva", non suffragata da analisi di fattibilità a livello operativo e a livello di singoli progetti sarebbe ugualmente una negazione della pianificazione[52].
A ciò aggiungasi che la pianificazione urbanistica sta vivendo una stagione di grande trasformazione rispetto ai temi del *consenso*, successiva ad un lungo periodo caratterizzato dal sostanziale scollamento tra azione pubblica e iniziativa privata, o meglio dalla scarsa componente di "utilità collettiva" nell'azione privata[53].
Questo aspetto di "programmi complessi" risulta particolarmente utile per definire più proposte di trasformazione urbana concorrenti se, tuttavia, associato ad una visione strategica della protezione intesa quale realizzazione di politiche preventive più ampie ed efficaci di quelle altrimenti possibili con gli strumenti e le risorse a disposizione degli enti locali.
Appare, dunque, ragionevole inserire la prevenzione sismica tra i criteri per valutare proposte di trasformazione urbana, premiando con risorse aggiuntive quelle più attente alla problematica sismica[54]. Da qualche anno, finalmente, sembra proporsi con

[50] In sintesi, ci si imbatte in una pluralità di casistiche, a loro volta articolata in infinità di casi e sottocasi, che ripropone ancora una volta, la metafora dell'insediamento urbanistico come organismo, a rimarcare l'individualità del singolo caso, non mai omologabile in tassonomie, se non per banali fini statistici, ma senza le finalità di sostegno per motivare ed indirizzare gli interventi. Cfr. *Ricerca didattica e prassi urbanistica nelle città del Mediterraneo. Scritti in onore di Giuseppe Dato*, 2015.

[51] Sul punto, cfr. S. RUSCI, *La città senza valore. Dall'urbanistica dell'espansione all'urbanistica della demolizione*, Franco Angeli Edizioni, 2021.

[52] Cfr. F. ARCHIBUGI, *Teoria della pianificazione. Dalla critica politologica alla ricostruzione metodologica*, Alinea Editore, 2003.

[53] Cfr. Per una analisi più approfondita, cfr. U. ISCHIA, *La città giusta. Idee di piano e atteggiamenti etici*, Donzelli Editore, 2012.

[54] L'approccio si fonda sull'idea di definire una modalità di intervento e di analisi comune, che possa essere standardizzata ed utilizzata su larga scala, senza però omologare o appiattire i risultati e senza perdere l'unicità che contraddistingue i diversi contesti a cui si applica.

ISSN 2036-7821

forza crescente un nuovo paradigma: non più soltanto grandi opere, ma anche cura del territorio, rispetto dell'ambiente e riduzione dei rischi naturali[55].
Il tema della tutela e della valorizzazione del patrimonio storico, della rigenerazione urbana, della riduzione del rischio sismico[56] e di quello idraulico e geologico sono al centro delle politiche economiche, per la loro valenza altamente strategica, oltre che per le finalità dirette legate alle politiche energetiche, ambientali e di protezione civile[57].
Queste linee e questi percorsi di approfondimento ulteriore, nella logica della rifondazione integrale e di un approccio unificato, possono essere così elencati: *(i)* l'approfondimento e il rafforzamento dello schema di procedura unitaria di preparazione dei piani, con relativa indicazione dei fenomeni variabili da quantificare; *(ii)* il rafforzamento e la definizione degli schemi di inter-relazione sistemica tra i diversi livelli di pianificazione; *(iii)* la progettazione di procedure istituzionali per la contrattazione dei piani su tutti i livelli; *(iv)* la progettazione di adeguati sistemi informativi e della loro gestione, corrispondenti alle variabili prescelte e *(v)* la progettazione di sistemi di monitoraggio e di valutazione di operatività dei piani, di revisione e di aggiornamento degli stessi.
Lo scenario operativo in cui nascono i programmi complessi è, infatti, caratterizzato dalla volontà di mettere insieme strumenti di intervento territoriale differenti e complementari a quelli di tipo tradizionale, in un clima politico ed amministrativo animato da una certa tensione al cambiamento. Nel contesto di una generale trasformazione del "fare" urbanistico, l'utilizzo di procedure e tecniche dei programmi complessi appaiono capaci di modificare, almeno in parte, le tendenze tradizionali della pianificazione urbana e territoriale, innestandosi in una strategia di riforme interna al sistema amministrativo italiano, nonché da tutte quelle novità innescate dall'attore istituzionale dell'Unione europea, anche attraverso programmi di tipo sperimentale[58].
Nell'avvicendamento che ha interessato gli ultimi anni, il concetto di "innovazione" (legato a questi programmi) assume accezioni contrastanti rispetto al nuovo che emerge: da un lato, la consapevolezza della valenza di questi strumenti per il rinnovo delle politiche urbane quali promotori di nuove capacità progettuali e propulsione di

[55] Cfr. F. ALIBERTI, *Il valore territorio. Gestire la complessità per governare le trasformazioni*, 2009.
[56] Lo strumento del *Sisma bonus* pone agli ingegneri la grande sfida della riduzione del rischio sismico da conseguire attraverso interventi non invasivi e da poter realizzare senza o con limitate interruzioni d'uso. Cfr. R. GALLO, *Industria, Italia. Ce la faremo se saremo intraprendenti*, Università degli studi di Roma "La Sapienza", 2021.
[57] Sostenere interventi legati alla riqualificazione degli edifici, che rispondano pienamente agli obiettivi del Programma *Next Generation EU*, che supporta in particolar modo iniziative verdi e digitali, risulta quindi essere di primario interesse per il Governo. Sarà necessario ottenere, in questo incerto periodo per l'economia globale, il massimo contributo possibile dalle risorse economiche europee messe a disposizione dal *Recovery Fund*.
[58] Si tratta di strumenti attuativi, di natura transitoria e sperimentale, che possono essere avanzati in una determinata finestra temporale. Cfr. A. ZUCCHETTI, B. DE ROSA, *La pianificazione urbanistica*, Key Editore, 2022.

ISSN 2036-7821

nuove pratiche di rigenerazione del territorio, dall'altro, l'effetto dirompente rispetto alle pratiche tradizionali e consolidate e le insidie speculative ad esse collegate.
Le condizioni di innovatività descritte, unite alla possibilità di reperire finanziamenti statali e comunitari[59], ha fatto sì che le sperimentazioni relative all'attuazione dei programmi complessi risultassero in breve tempo numerose nella maggior parte delle città italiane.
Nonostante una sempre maggiore consapevolezza dei benefici di una rigenerazione urbana e territoriale che tenga conto delle caratteristiche del *locus*, la considerazione e la realizzazione effettiva rimane limitata.
Le principali sfide di questa implementazione sono legate soprattutto al quadro istituzionale, normativo e finanziario esistente, nonché alla limitata capacità tecnica.
I sistemi di *governance* legati all'emergenza spesso, infatti, si rilevano poco adatti e non facilitano la pianificazione e la realizzazione di rimedi e di tutele.
Inoltre, dal momento che l'emergenza riguarda settori diversi e trasversali, la definizione di una strategia operativa passa attraverso differenti aree geografiche e giurisdizioni che richiedono la collaborazione e l'impegno della comunità politica e degli operatori territoriali.
Il vero discrimine è dato dal fatto che nelle situazioni di urgenza l'ordinamento dovrebbe approntare rimedi che, senza derogare ai cardini delle regole del procedimento amministrativo e della giurisdizione, consentano una rapida ed immediata tutela degli interessi pubblici.
Viceversa, nell'emergenza, ci si trova di fronte ad una situazione di fatto nella quale, per ragioni del tutto imprevedibili, si rende ineludibile provvedere a determinati bisogni ed interessi collettivi senza poter rispettare le regole ordinarie del procedimento (ed in deroga, talvolta, anche ai presupposti e alle condizioni per l'esercizio del potere[60].
Per tali ragioni è, dunque, necessario definire un quadro istituzionale che incoraggi il coordinamento, la cooperazione e lo scambio di conoscenze tra agenzie, settori e livelli di governo, nonché armonizzare i quadri normativi esistenti tra i paesi e all'interno di essi.
Allo stesso tempo, una chiara definizione dei mandati, dei ruoli e delle responsabilità per la pianificazione, l'implementazione e la manutenzione del territorio a seguito

[59] PNRR e fondi europei sono propulsori straordinari e irripetibili in grado di aiutarci in questa difficile missione.

[60] Se tale distinzione fosse rispettata sarebbe evidente che realizzare, ad esempio, interventi di manutenzione ordinaria del manto stradale costituisce una attività più o meno urgente, ma non potrà mai essere considerata una situazione di emergenza; se poi situazioni di urgenza, per colpevole inerzia o incuria dell'Amministrazione, si trasformano in situazioni emergenziali, queste non possono essere la scusante per l'esercizio di poteri *extra ordinem*.

ISSN 2036-7821

dell'evento calamitoso può aiutare ad accelerare la ricostruzione e l'adozione di strategie virtuose a tutti i livelli di governo.
Appare evidente come la ricostruzione può e deve essere un'opportunità per innalzare il livello di protezione dai rischi dei territori fragili e dovrà rappresentare al contempo un'opportunità per avviare un processo di sviluppo e di ri-abitazione di questi luoghi.
Tuttavia, ad oggi, il "piano d'azione" del Governo, attivato sotto il coordinamento dei Commissari Straordinari e incentrato su Ordinanze Commissariali, ha trovato piena attuazione solo negli interventi temporanei per l'emergenza.
Paradigmatico, appare, pertanto il caso della città o del territorio colpito dal terremoto dove una disastrosa ferita fisica e umana *"ci chiama, tutti, ad una medesima comune responsabilità. Quella di saper restituire ad una città la sua gente e la sua memoria, restituendo allo stesso tempo alla gente la sua memora e la sua città"*[61].
Un processo che avrà bisogno dei suoi tempi, ma che deve mantenere al centro l'obiettivo di ricostruire non solo case e città, ma anche rapporti tra testo e contesto, tra *urbs* e *civitas*, tra città di pietra, città di spazi e città di relazioni e restituire, finalmente, ai suoi abitanti di oggi quella città che altri abitanti, mossi dallo stesso bisogno di comunità, unione civile e solidarietà, hanno fondato per consegnarla alla storia.

4. Bibliografia.

- Allegretti U. (2010), *Democrazia partecipativa: esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze University Press.
- Amendola, A., Ermoliev, Y., Tatiana, Y., *Earthquake Risk Management: A Case Study for an Italian Region*, International Institute for Applied Systems Analysis, A-2361 Laxenburg, Austria.
- Arzeni A. (2017), *Le strategie per lo sviluppo rurale nelle Aree interne colpite dal sisma*, Agriregionieuropa.
- AVANZINI G. (2015), *Il commissario straordinario*, Giappichelli Editore.
- Barone A. (2006), *Il diritto del rischio*, Giuffrè Editore, Milano.
- BAUMAN Z. (1999), *La società dell'incertezza*, Bologna, Il Mulino.
- Bertelli A., Valeriani E. (2017), *L'attività del Commissario Straordinario ed il futuro della ricostruzione del Centro Italia: una strategia sostenibile*.
- Boeri S., Pastore M.C. (2017), *Nel Cratere – Riflessioni sulla Ricostruzione Sisma 2016*, Urbanistica Informazioni 272
- Bock J.J. (2022), *Citizens Without a City. Destruction and Despair After the L'Aquila Earthquake*, Indiana University Press.

[61] Cfr. E. Pallottino, Città e Territorio Virtuale - CITTÀ MEMORIA GENTE, 2015.

ISSN 2036-7821

- Budelli S. *et alia* (2020), *La società del rischio e il governo dell'emergenza. Le fonti dell'emergenza e prevenzione e precauzione*, Ambientediritto Editore.
- De Maio G. (2016), *L'amministrazione straordinaria tra stato di emergenza e calamità naturali*, in M. BASILAVECCHIA, L. DEL FEDERICO, A. PACE, C. VERRIGNI (a cura di), Interventi finanziari e tributari per le aree colpite da calamità tra norme interne e principi europei, Torino, Giappichelli
- Di Giacomo M. (2014), *I costi dei terremoti in Italia*, Centro Studi Consiglio Nazionale Ingegneri.
- Di Venosa M., D'annuntiis M., *Emergenza è/e permanenza. Prove d'innovazione dall'Appennino centro - meridionale*, Urbanistica Informazioni, 272.
- Domenella L. (2019), *Mappe del Rischio, Piani di Prevenzione e Struttura Urbana.*
- Esposito F., Russo M., Sargolini L., Sartori L., Virgili V. (2017), *Building Back Better: idee e percorsi per la costruzione di comunità resilienti*.
- Giannantonio M. (a cura di) (2003), *Psicotraumatologia e Psicologia dell'Emergenza*, Salerno, Ecomind.
- Gerelli E. (2012), *Catastrofismo e terremoti*, Franco Angeli Editore.
- Gritti A., Menoni S., *La ricostruzione come metodo. Cosa insegna la storia recente degli eventi sismici in Italia*, Urbanistica Informazioni 272.
- Mainardis C. (2001), *Il nuovo regionalismo italiano ed i poteri sostitutivi statali: una riforma con (poche) luci e (molte) ombre*, in Forum telematico di Quaderni Costituzionali.
- Marazzita G. (2003), *L'emergenza*, Giuffrè Editore.
- Marazzita G. (2011), *L'irresistibile tentazione del potere di ordinanza*, in Osservatorio sulle fonti.
- Marinelli G., Vitillo P., Galuzzi P., Domenella L. (2019), *Sisma 2016, dall'emergenza alla ricostruzione dei territori fragili. Strategie, strumenti e metodi applicati*, XL Conferenza Italiana Di Scienze Regionali.

ISSN 2036-7821