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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

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

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2024

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

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, 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, Beatrice Coppa, 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, Benedetta Piazza, 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 challenge of artificial intelligence for the defense of human rights in Europe.**
di Manuel Estepa Montero……pag. 399
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

2. **Misurare le riforme per governare le migrazioni: clausole di condizionalità e diritto all'integrazione. Il caso del Marocco.**
di Gian Maria Piccinelli…….....pag. 414

3. **La funzione nomofilattica delle Corti Supreme nel contesto del c.d. paneuropean dialogue: il caso del trattamento di sostanze pericolose.**
di Biancamaria Raganelli …….....pag. 437

4. **Equo compenso e gare pubbliche per l'affidamento di servizi professionali nella prospettiva del risultato.**
di Giuseppe La Rosa……pag. 455

5. **Digital taxation prospectives. Cryptocurrencies taxation with regard of Germany and Austria. The possible way towards an international global minimum taxation.**
di Filippo Luigi Giambrone ……pag. 495
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo – www.amministrativamente.com
ISSN 2036-7821

6. **Disciplina sui servizi digitali erogati dai fornitori di piattaforme e motori di ricerca on line di dimensioni molto grandi e ruolo della Commissione europea.**
di Alessandro Chiappini…….....pag. 523
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

7. **Il Public Interest Disclosure Act alla prova del tempo. Ipotesi di riforma nel diritto inglese per rafforzare la protezione dei whistleblower.**
di Valentina Maria Donini …….....pag. 555

8. **Alla ricerca del diritto alla casa.**
di Fabio Cusano……pag. 575

9. **La "lex sportiva" alla prova della sentenza "Superlega": il ruolo del C.O.N.I. nel riequilibrio degli assetti.**
di Filomeno Rocco Fimmanò……..pag. 585

10. **La (in)giustiziabilità del principio di tempestività del bilancio degli enti locali.**
di Lio Sambucci**…...**……..pag. 620

11. **L'azione avverso il silenzio della pubblica amministrazione.**
di Pierluigi Mascaro……pag. 654

12. **L'utilizzo dei droni nell'attività di prevenzione degli illeciti. Tra riservatezza e tutela dell'ordine pubblico: caos e cosmo nell'universo degli unmanned aerial.**
di Camilla Della Giustina……pag. 687

ISSN 2036-7821

13. Il congelamento dei beni.
di Lorenzo Cupaioli……pag. 708

14. Verso il servizio sport. Considerazioni a seguito della riforma dell'art. 33 della Costituzione.
di Ludovico Castiglione……..……pag. 738

15. Il partenariato pubblico-pubblico nel nuovo codice degli appalti.
di Piergiuseppe Basile……..pag. 753

16. La disciplina delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative: profili applicativi, criticità e prospettive di regolazione.
di Giovanni Fornabaio……..pag. 774

17. La dimensione del contraddittorio procedimentale nella riformata disciplina delle informative antimafia.
di Enrico Vetrone…….....pag. 800

18. Gli accordi tra i privati e gli strumenti di ADR: il ruolo del collegio consultivo tecnico nel nuovo Codice dei contratti pubblici.
di Giuseppe Sferrazzo…….pag. 824

19. Il conferimento di incarichi pubblici a soggetti in quiescenza alla luce della giurisprudenza contabile.
di Benedetta Piazza…….....pag. 844

ISSN 2036-7821

20. La rigenerazione urbana: dal contenimento del consumo di suolo alle «città intelligenti».
di Luca Albione……..pag. 858

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

The challenge of artificial intelligence for the defense of Human Rights in Europe

di Manuel Estepa Montero

(Profesor Permanente Laboral, Facultad de Derecho, Universidad Complutense Madrid)

Sommario

1. The unstoppable development of AI; - 2. The challenges of artificial intelligence in relation to Human Rights; - 3. The deontological key in the defence of Human Rights; - 3.1. The necessary protection of Fundamental Rights ; 3.2. The ethical framework of artificial intelligence projected by the European Parliament: Artificial intelligence must have the human being as its axis; 3.3. Tools for the control of intelligent systems; - 3.4. Examination of the system of patrimonial liability; - 3.5. Reactive rights in the face of deviant development in the development, deployment and use of intelligent systems ; - 3.6. The proposed AI Law opts for a regulation focused on risk control (<<Risk Pyramid>>); - 4. Conclusions on the proposed legal framework for the protection of ffdd.

Abstract

The development of AI seems to have definitely taken off in the 1920s. Breaking into our lives in applications such as chatbots, capable of holding a conversation autonomously to resolve customer doubts. Since 2022, the new technology has led to the release of Chat GPT on the internet by the company OPEN AI, which allows a particular and unrestricted dialogue between any individual who accesses the network and the aforementioned system; The program can analyze large amounts of data that are relevant and generate creative reports or text (such as poems or fiction) on a wide variety of topics.

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

ISSN 2036-7821

1. The unstoppable development of AI.

The development of AI seems to have definitely taken off in the 1920s. Breaking into our lives in applications such as chatbots, capable of holding a conversation autonomously to resolve customer doubts. Since 2022, the new technology has led to the release of Chat GPT on the internet by the company OPEN AI, which allows a particular and unrestricted dialogue between any individual who accesses the network and the aforementioned system; The program can analyze large amounts of data that are relevant and generate creative reports or text (such as poems or fiction) on a wide variety of topics[1].

AI has beneficial effects on many economic sectors: logistics (through the introduction of robots that carry out storage tasks), agriculture (through machines capable of carrying out planting, irrigation, fertilizer and pruning tasks), transport (through the figure of the car or the autonomous drone); education (present through the management of the metaverse); finance (through large-scale financial foresight applications); justice (through evidence-based systems); the environment (energy-saving applications used in industrial processes or human consumption); o health (helping with disease prediction and surgical interventions)

Given the decisive impact that new developments in AI have on our lives, one might wonder to what extent such systems can negatively condition the existence of human beings. If they were capable of relegating the person to merely auxiliary functions; taking on the bulk of intellectual activity. The answer to this crucial question requires a systematic analysis of the key elements that accompany this concept.

The most revolutionary and at the same time the most disturbing aspect of the new applications that are being built is that machines are capable of learning the knowledge and functions that are supplied to them. As a consequence, goverments and society as a whole have to question themselves what are the requeriments and what are the limits that can not be passed.

2. The challenges of artificial intelligence in relation to human rights.

The European Commission stated, already in 2018, at the time of initially presenting its <<White Paper on Artificial Intelligence>>, that only from a joint approach of all Member States would it be possible to build a solid legal regulation in which to reflect the set of values, principles and fundamental rights that are deduced from the founding Treaties, as well as the European Charter of Fundamental Rights and the common legal tradition[2]. More specifically, it stated that the opportunities and risks

[1] The content of the current articule is the result of the lecture that the autor gave in the Department of Political Science at the University Federico II of Naples on the 13th of May 2024.

[2] EUROPEAN COMMISSION, White Paper on AI, an approach to building trust and excellence, 19-2-2020.

ISSN 2036-7821

involved in the use of algorithms should be considered and addressed through a comprehensive regulatory framework at EU level containing the ethical principles to be complied with at the various stages of their existence, from the moment of their conception and deployment to their use[3].

The threats posed by algorithms can affect almost all fundamental rights, directly or indirectly, since the seriousness of the risks mentioned concern the very core of human dignity, preventing the responsible exercise of those rights. The list of human rights immediately concerned highlights the radical nature of the possible attacks on human dignity. In particular, mention should be made of the right to non-discrimination in social life on the basis of race, religious, philosophical or political beliefs or sexual orientation, which is jeopardized whenever a programme restricts access or benefits through the misuse of such personal characteristics. The privacy of our lives, through possible attacks on honour, intimacy and our own image, which is perhaps the most obvious risk for the generality of people to the extent that we are all subject to the daily collection of cookies every time we enter a website or when we establish a commercial relationship with a company that could proceed to the creation of customer [4]profiles. Likewise, its impact on the exercise of freedom of expression and information is noticeable, since search engines can decisively influence the creation of a free public opinion (FPO) by deciding to index or prioritize certain news content over others, so that postponed news has hardly any real dissemination; and in the exercise of the freedoms of assembly and association, since the calls for meetings of participants are today made primarily through the use of the Internet if not through the most widespread social networks.

The right of access to and development of a fair trial, especially in the criminal field, is another human right that could be compromised to the extent that predictive schemes have been developed on the Internet that allow us to deduce that the owners of certain websites could be related to terrorist actions and take the corresponding criminal actions against them.

I would also like to mention possible attacks on the organization and conduct of free elections. The indiscriminate and massive dissemination of false information ('*fake news*') reaches worrying levels as it is systematically programmed during electoral campaigns to decisively influence the shaping of the opinion of the electorate; to the point that the possible electoral outcome may vary significantly. At the same time,

[3] EUROPEAN PARLIAMENT, Resolution of 20 October 2020 on Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on ethical principles for the development, deployment and use of artificial intelligence, robotics and related technologies, recital 1 (hereinafter referred to as the resolution of 20 October 2020), p. 39

[4] See, in this regard, J. M. MUÑOZ VELA, Challenges, Risks and Responsibility and Regulation of Artificial Intelligence, An Approach to Physical, Logical, Moral and Legal Security, Thomson-Reuters Aranzadi, 2022, Cizur Menor (Navarra), p. 64 et seq. He argues that privacy regulatory frameworks require finding a balance between regulation, innovation and competitiveness.

ISSN 2036-7821

however, it is worrying that, in those countries whose democratic credibility is strongly questioned, remote electronic voting systems are being introduced whose processing and translation into seats lack the necessary independent external controls. This gives rise to a patent opacity that prevents the legitimacy of the electoral process from being confirmed, as has happened in the Russian Federation in the recent presidential elections held between 15 and 17 March 2024. In fact, in the previous elections to the lower house or Duma in 2021, opposition parties challenged the result of electronic voting in Moscow that gave a contrary orientation to that of voters who did so on paper[5].

Human rights risks can come from failures in each and every phase of the process of creating and implementing a new AI system application.

However, special attention should be paid to the defects that may arise from a lack of sufficient transparency and reasonableness of the configurations adopted during design and execution, as they prevent timely reactions to remedy the damage that may be caused to the individual. In the same way, it is important to underline the special relevance of any deficiencies that may arise in relation to new systems that include artificial intelligence that allow the monitoring and examination of people's behaviour and actions, such as the supervision by management of the actions of a company's staff or the control of the management of the data included in the flow of information that is included in the flow of information that is carried out. maintains an institution. To the extent that, in such cases, the extent of the possible damage to fundamental rights may be relevant.

It would therefore be required that each participant in the value chain of a smart application be in a position to demonstrate that its activity has not contributed to causing the damage (the reason for its action, given that the liability is singular).

The UN links the take-off of AI systems with proper data governance. In this regard, it urges that the regulation to be adopted contemplates the full scope of activity that is carried out, encompassing both the activity of public institutions and that of digital companies in order to guarantee people comprehensive protection. The requirement of maximum transparency is proclaimed, and all persons must exercise their rights of access, deletion or erasure and rectification of their personal data. It also advocates increasing the power of existing regulatory bodies to ensure compliance through, for example, the exercise of regulatory and sanctioning powers.

However, the UN places special emphasis on the necessary prohibition of programs that involve a social categorization of individuals and those that promote massive and indiscriminate surveillance of subjects to the extent that they would directly

[5] This is how voting works in Russia: 112 million voters, three days of suffrage... and an electronic system that could lend itself to fraud, Madrid, 15 March 2024. Available at: www. 20minutos.es. Editor, President by a click: electronic voting at the service of the Kremlin, Switzerland, 13 October

ISSN 2036-7821

attack the right to human dignity, the privacy of our personal data and individual freedom, severely affecting the level of protection of human rights[6].

3. The deontological key in the defence of human rights.

3.1. The necessary protection of Fundamental Rights

In response to the particular problems posed by the management of AI, such as independent action, the impact on personal data, the obscurity of the process or the complexity of decision-making, the European Commission prepared a proposal on 21 April 2021 that aims to guarantee the values of the European Union (dignity, freedom, democracy, the rule of law, and fundamental rights). More specifically, it sought to mitigate the negative impact that smart systems could have on the long list of fundamental rights enshrined in the CFREU.

That position was intended, broadly speaking, to ensure a high level of protection for those fundamental rights, as well as to respond to the situation created by various potential threats by means of a methodology based on the clear identification of the risks that might arise. To that end, it was based on the desirability of establishing a series of requirements appropriate to the participation of each of the operators in the value chain in accordance with the principle of good administration; demanding, at the same time, a series of requirements.

The institutional position of the European Commission, being configured as a horizontal proposal, also extends its protective effects to fundamental rights relating to certain groups, such as the effectiveness of care and consideration of children's views (Article 24), ensuring the social and professional integration of disabled people (Article 26), the observance of workers' rights to fair and equitable working conditions that guarantee their health and rest (Article 31). It has the same impact on human rights that are held by the entire population, but in relation to the implementation of a certain public policy. I am referring to the guarantee of the health and well-being of citizens (art. 35); The right to enjoy a high level of protection of the environment and to improve its quality in accordance with the principle of sustainable development (Article 37), and also to obtain a high level of protection for individuals as consumers (Article 38).

With a view to achieving better regulation in the protection of human rights, the Council, in its resolution of 6 December 2022, adopted a common position in which it introduced significant improvements compared to the Commission's initial text by clarifying many of the requirements applicable to high-risk AI systems, such as the

[6] United Nations (UN), First Global Agreement on the Ethics of Artificial Intelligence, November 25, 2021. Available: www.news.un.org

ISSN 2036-7821

requirement for more technical documentation or the distribution of responsibilities[7]. But, in addition, the Council was inclined to extend the prohibition of using AI systems for social classification to private subjects as well. In addition, it proposed the provision prohibiting the deployment of AI systems that exploit the weaknesses of a specific group of people. The use of real-time remote biometric identification systems is also restricted to the maximum, extending it to groups with social and economic weaknesses. Finally, I would like to highlight how the Council's eagerness to ensure greater coverage of fundamental rights is also reflected in the provision that the construction of high-risk AI systems will take into account the possible effects of their use on relevant decision-making. And likewise, the consideration of an intermediate category that includes those AI applications that can be classified as medium-high risk[8].

3.2. The ethical framework of artificial intelligence projected by the European Parliament: Artificial intelligence must have the human being as its axis.

Within the European Institutions, it has been precisely from the European Parliament, in particular, that a consensus has been generated in relation to the idea that there is a need for a legal regulation on AI that is uniformly applied in the Member States and guarantees the validity of the values of the Union. without diminishing the provisions of sectoral standards.

The position of the human person is at a disadvantage compared to the operation of artificial intelligence technologies, so their use requires legal regulations that generate the necessary legal certainty for them to be able to establish themselves socially. This is because we are facing a series of technological advances that propose a daily relationship with the individual, interacting with him in practically all areas of his life (hence the necessary anthropocentric and anthropogenic vision). Such a guarantee can only come from a clear and harmonious, solid and comprehensible axiological normative scheme which respects, by design and by default, at the same time, the ethical normative core of the law which, as far as Europe is concerned, is constituted by the Treaties, the Charter and secondary EU law directly related to fundamental rights. It is therefore based on the adoption of a position of maximum prevention with respect to the regulation to be adopted (*precautionary principle*); so that the protection of the human person must always be present in the development of new systems; but adjusting the level of the means used to the ends to be achieved

[7] Ivan Bartoš, Czech Deputy Prime Minister for digitalisation and minister of regional development, Artificial Intelligence Act: Council calls for promoting safe AI that respects fundamental rights, press reléase, European Council, 6 December 2022. Disponible en: www.consilium.europa.eu.

[8] Anne Pingen, Council's Common Position on Artificial Intelligence Act, 10 Jaunary 2023. Disponible en: www.eurcirm.eu.]

ISSN 2036-7821

and requiring their correct use (*principles of proportionality and good management*). Smart applications must be operated in such a way as to ensure that the operations carried out are comprehensible to the recipient (*principle of explainability*); susceptible to possible external and independent verification and evaluation (*auditability*); being accessible to stakeholders (*transparency*). In addition, it is possible to know the totality of the procedure followed (*traceability*) and to actively give an account of what has been done by those responsible (*accountability*).

The above principles, however, are aimed at encouraging the construction, deployment and use of algorithms to be in line with the Union's set of principles and values. It is therefore necessary to affirm and guarantee the validity of a second set of general prescriptions which, on the one hand, guarantee the necessary validity of the previous ideas. And that, on the other hand, it allows, when malpractice on the part of the operators is detected, the necessary legal response from the interested party, without any contrary actions going unpunished and without compensation to the recipient. This is based on the necessary supervision by human beings of intelligent systems in their various phases (*principle of control by the person*) and the right to obtain compensation for the damages suffered *(principle of patrimonial liability*). To this end, it is necessary to arbitrate a set of mechanisms that allow legal reaction against possible breaches and injuries (*safeguards and remedies*).[9]

From the adoption of these principles, a series of legal consequences of the first order can be inferred, such as: it guarantees respect for the CFREU; ensures the coherence of the legal framework with the rest of the existing Community legal order; and finally, to support the take-off of new applications to lead the global market. This will ensure solid development that will facilitate business investment and the take-off of new innovative projects that will allow the growth of the domestic market by allowing legal operators to act on issues related to new technologies according to known parameters. But at the same time, having a legal model that resolves in advance the possible major conflicts that may arise will be a decisive boost to lead the world market by having an additional competitive factor against eventual competitors that move on a plane of uncertainty and whose products do not respond to a clear scheme of values with the distortions and negative effects that this can cause.

In short, there is an '*anthropocentric vision*' of AI that has the human being at its centre, being at their service and for their benefit. But, at the same time, we can speak of an '*anthropogenic perspective*' insofar as intelligent applications must be conceived as an emanation of man's intellectual capacity with a view to its empowerment which, for

[9] See EUROPEAN PARLIAMENT, Resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on the Ethical Aspects of AI, Robotics and Related Technologies Framework, p.35. Developed in subsequent resolutions such as that of March 13, 2024.

ISSN 2036-7821

this reason, must have means in each of the phases of its useful life - from design to its application in real life - that allow him to understand it. monitor and improve it. They must empower the human person, enhancing their capacities (AI+Person orientation).

3.3. Tools for the control of intelligent systems.

The proposed AI Regulation, for its part, also includes throughout its article a whole range of instruments that seek to provide Supervisory Authorities and recipients with guarantees and rights to react to possible breaches of the requirements and obligations imposed. In this way, it is possible to identify the establishment of liability of <<high-risk system providers>> who do not comply with the requirements of harmonised Union legislation (testing processes, notification requirements, information and documentation, Art. 8). The implementation of a management system as part of the quality system referring to such AI systems, conceived as a continuous interactive process that entails periodic reviews of the algorithms throughout their life cycle, art. 9). Similarly, a system of data governance used in the training, validation and testing of such systems is envisaged, affecting decisions on the design, origin and process of data collection (art. 10). Requirement of clear, complete and up-to-date technical documentation of the RAS (Articles 11 and 13). Likewise, the provision of an automatic record of the events that occurred throughout its life, creating <<log files>> facilitating their post-marketing and operational surveillance (art. 12 and 19).

With regard to <<suppliers>>, in particular, they are required, among other measures, to draw up an EU declaration of conformity and affix the CE marking to ensure compliance with the EU AI Regulation (Articles 16, 17, 47 and 48); they must also proceed to the establishment of a quality control system. They are obliged to keep the technical documentation and the documentation of the quality system for a period of 10 years (art. 18). Particularly relevant is the recognition of a general duty to cooperate with the competent authorities, so that in the event of a reasoned request from them, they must give them access to all the necessary information and documentation, including the registry files under their control (art. 20). In addition, it envisages the establishment by providers of a post-market surveillance system appropriate to the nature of AI technologies and the risks of high-risk AI systems that actively and systematically collects, documents and analyses relevant data that are able to be provided by those responsible for deployment or that can be gathered from other sources on the operation of high-risk AI systems risk throughout its lifetime. Provision is also made for a mechanism for the exchange of information held by suppliers to the market surveillance authorities in the event of serious

ISSN 2036-7821

incidents, which in turn must inform the Commission in accordance with Regulation 2019/1020 (Articles 72 to 74).
In the case of <<importers and distributors>>, they are required to verify that suppliers comply with their conformity assessment obligations, the CE marking and the declaration of conformity (Articles 23 and 24). Finally, as regards the <<responsible for deployment>>, in general scope, they monitor the operation of the high-risk AI system on the basis of the instructions for use and, where appropriate, inform providers (Articles 26, 72 and 79). But above all, as I have already mentioned, it highlights the provision contained in Article 27 of the proposal for a regulation that those responsible for the deployment of high-risk systems [10]should carry out an impact assessment on fundamental rights, obliging them to provide a general description of the deployment processes, as well as the temporal and personal scope of their application. what is the human supervision of the risks and what measures are envisaged in the event that they materialize.

3.4. Examination of the system of patrimonial liability.

Therefore, throughout the regulation proposed by the Community institutions, a complete scheme of obligations of the different operators that will intervene throughout the life cycle of algorithmic systems is proposed. The question therefore arises as to whether we are dealing with a traditional model of subjective liability in which the operator in question only has to prove that he or she did not act with fault or negligence. On the contrary, the regulatory project adheres to the new trend in the matter represented by article 24 of the GDPR, according to which the principle of proactive responsibility governs data protection, according to which the defendant professional would have to demonstrate in any case that he or she actively complied with all the obligations that are proper to him or her to guarantee the necessary protection of the data included in the files of which he or she is a member responsible. However, the question raised does not admit of a quick answer since, although it is true that the draft AI Regulation does not proclaim the principle of proactive responsibility in its articles, it does expressly guarantee the application of the GDPR to the extent that intelligent systems affect the handling of personal data; as well as the rest of European Union law (Art. 10, on data and data governance). But the fact is that, in addition to this specific application of the GDPR in the event that AI operates on personal data, the reading of the proposed regulation reflects the imposition on the different operators (suppliers, importers, distributors, those responsible for deployment) not only of specific duties that are specified in the

[10] Those provided for in article 6.2 (those referred to in Annex III, which includes, among others, authorised biometric systems, or those relating to critical infrastructures, vocational education and training, employment, access to essential public and private services or law enforcement in the criminal field).

ISSN 2036-7821

performance of documented procedures but also of obligations of general scope that presuppose diligence in the activity that corresponds to them (design, import, distribution, application). Thus, for example, in the case of suppliers, which is perhaps the most significant, the proposed regulation in Article 16 imposes, in general, on suppliers the obligation to demonstrate at all times, upon reasoned request from the competent authority, that their AI system complies with the prescribed requirements (adequate data governance, transparency, human surveillance, Safety, robustness and precision.

3.5. Reactive rights in the face of deviant development in the development, deployment and use of intelligent systems.

Finally, I would like to highlight the need to establish legal mechanisms to ensure that citizens are able to respond to improper use of AI that has negative effects on their personal or property spheres. The person concerned, whether a natural or legal person, should have the possibility to appeal against any decision taken to his or her detriment by an artificial intelligence, robotics or related technology system which is in breach of Community or national law. A first instrument would be the possibility for consumers to request from national AI supervisory authorities the reparation of any damages in the context of the approved regulatory framework. The means of administrative appeal and, where appropriate, that of judicial protection must also always be available to citizens in order to guarantee the effectiveness of the rights that are recognized to them (individual and collective rights as consumers and users against the use of smart utilities and algorithms by public and private entities. In this regard, it underlines the relevance of the draft directive of the European Parliament and of the Council on representative actions for the protection of the collective interests of consumers, which repeals Directive 2009/22/EC, making it possible to react to the introduction or continued use of an artificial intelligence system likely to infringe consumer rights or remedy a violation of rights. It also calls for the establishment at European level of a procedure to finance individuals' access to justice in order to guarantee the effectiveness of their violated rights.

In a context of maximum technological complexity and a high level of risk to the values of the Union and the fundamental rights of individuals, it is essential that the individual, whether as a consumer or as a citizen, has a rapid reaction mechanism, in the form of a judicial injunction or a complaint to competent market surveillance authorities in the form of an arbitration award.

In this regard, it is important to highlight how <<national public authorities or bodies responsible for supervising or enforcing Union law on the protection of fundamental rights>> (such as ombudsmen, judges and prosecutors) can request and access any legal documentation relating to such systems, informing the market surveillance

ISSN 2036-7821

authorities of the State in whose jurisdiction it operates. They may also, when necessary, request the performance of the technical tests deemed necessary.
However, it is important to highlight that the text of the European Parliament also deals with establishing different <<remedies>> such as the possibility for any interested party to file specific complaints with the corresponding national market surveillance authorities, without prejudice to the fact that they may additionally initiate ordinary administrative and judicial remedies. It also includes the right of every person to obtain from the person responsible for deployment, unless there is a legal exception, sufficient explanations of the decisions taken individually in relation to the application of the most relevant high-risk systems initially provided for in Annex III - essential services, education, health, etc. - that may put their health, safety or fundamental rights at risk. Finally, the affected person who reports infringements of the AI Regulation may benefit from the protection granted to whistleblowers by EU Regulation 2019/1937 (information and advice, legal assistance in criminal and civil proceedings, effective assistance from the competent authorities in the event of possible reprisals, imposition of sanctions, prohibition of waiver of rights and remedies for the whistleblower).[11]
Transparency in the operation of intelligent systems is an essential requirement to ensure the effectiveness of citizens' reactionary measures. Consequently, the mere formal statement of reasons for the decision to be taken will not suffice; but, as I have already mentioned, a further step is required, the <<explainability of what has been adopted>>. That is, the motivation must be accompanied by a set of technical data that corroborates it (the log files).
The list of specific mechanisms for the protection of subjective rights in general and fundamental rights in particular is finally closed by the provision of a table of sanctions in response to the contravention of the main obligations established. As a general rule, the sanction provided for is a fine, although there is the possibility that warnings or other non-economic measures may be issued in minor cases. Apart from special cases, such as those imposed on EU bodies or providers of general-purpose AI models, the violation of the prohibition on the use of AI systems of unacceptable risk, in Article 5, receives the most severe response, reaching €35 million or up to 7% of the total global turnover. Violations of obligations imposed on suppliers, importers, deployers and other operators relating to high-risk systems also deserve a strong response with fines of up to €15 million or up to 3% of global turnover. While the provision of inaccurate, incorrect or misleading information to Notified Bodies

[11] See European Parliament resolution of 13 March 2024 on the proposal for an AI Regulation, Articles 82 to 85 Regulation (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council on the protection of persons who provide information on Union law, Articles 19 to 23.

ISSN 2036-7821

and national market surveillance authorities deserves lower penalties, of up to €7 million or 1% of global turnover[12].

3.6. The proposed AI Law opts for a regulation focused on risk control (<<Risk Pyramid>>).

The AI Act is based on a classification of the various AI systems based on social risk according to who their specific recipients are. Therefore, as the risk of utility in the established classification increases, the different requirements and demands that those responsible must comply with increase proportionately[13].

"High-risk" AI systems are subject to a wide and detailed set of requirements that must fully ensure that their use does not cause unwanted harm to health, safety and fundamental rights (Articles 8 to 15). The obligations extend to the entire value chain (suppliers, importers, distributors, deployers or third parties) and are expressed in multiple requirements of a positive nature, obligations to do (art. 16 to 27). I would particularly highlight, with regard to the obligations imposed, the duty of those responsible for deployment to carry out an *ex ante* assessment of the possible impact that the use of those systems may have on the protection of fundamental rights in each specific situation.

Certain AI systems, on the other hand, are understood to carry "unacceptable" risks (art. 5.1) and are therefore outlawed; not being able to access the market. The list of prohibited practices contained in Title II of the Commission's proposal of 21 April 2021, which sought to encompass all AI systems whose use was considered to be contrary to the fundamental values and rights of the Union (subliminal techniques or those that exploit the vulnerability of specific groups) has now been substantially extended by the European Parliament.

Parliament also extends the consideration of <<unacceptable>> AI systems to new scenarios, such as the introduction of AI systems linked to predictive policing to carry out risk assessments of natural persons in order to assess or predict the likelihood that a natural person will commit a criminal offence based solely on the profiling of a natural person or the assessment of a natural person. the traits and characteristics of your personality. And likewise, the European Parliament categorically advocates the prohibition of the use of AI systems that facilitate facial recognition in closed environments; as well as the detection of the emotions of a natural person in the areas of border management, in workplaces and in educational

[12] See European Parliament resolution of 13 March 2024 on the proposal for an AI Regulation, Articles 99 to 101.

[13] European Parliamentary Research Service, Artificial Intelligence Act, Briefing, European Legislation in Progress, 14 June 2023, European Parliament, makes a detailed presentation of the risk regulation contained in the IAI.

ISSN 2036-7821

centers; and the biometric categorization of individuals; undoubtedly because of their direct link with the exercise of the fundamental rights to honor and privacy of the individual[14]. An orientation, in short, that aims to project the maximum protection of the identity of the individual and of the subjective rights of which he or she is the holder. Which undoubtedly needs to be monitored and updated periodically.

The regulatory perspective of risk classification should be considered adequate since its existence constitutes a natural component of most of the technological advances that have taken place over the centuries. Consider, for example, the authorisation of operations with aerial drones in urban environments and the prohibition of their use for the transport of people.

4. Fonclusions on the proposed legal framework for the protection of ffdd.

1.- Artificial intelligence is currently a material field that, despite its enormous importance, lacks direct legal regulation to respond to the social, economic and technical challenges it poses.

1. The situation of the human person is one of vulnerability
2. The key objective is to have an adequate legal framework that enables the responsible use of AI
3. The absence of an AI law doesn't mean we have to start from scratch

The pyramidal nature of the law requires respect for the list of higher rules of the European and national order represented by the founding Treaties, the values and general principles that make up the common legal tradition, the Constitutions of the Member States and, of course, the declarations recognising fundamental rights and public freedoms. Therefore, there is no vacuum that leads to a disorderly advance of new applications, but rather a pending regulation that, fortunately, already has clear guidelines to follow.

2.- The European Commission's perspective

1. It is based on a <anthropocentric>> view of AI
2. What is needed is a clear, axiological and comprehensible regulatory framework that respects the ethical core of European law
3. It is based on a position of maximum prevention (precautionary principle)

[14] Grapevine. the wording of Article 5(1)(d) to (g) and Article 5(2) of the 'AI Act' in the European Parliament Resolution of 14-03-2024.

ISSN 2036-7821

Since its initial proposal of 21 April 2021, and which has been endorsed by the European institutions with legislative competence, it aims to ensure the safe use of AI that gives companies the necessary confidence so that the work of innovation and business investment is carried out properly. The legislative competence for the new legal framework is based on the provision contained in Article 114 TFEU which confers on the Community institutions the adoption of the decisions necessary to ensure the proper establishment and development of the single internal market. However, it must also be based on Articles 2 and 6 TEU (with regard to the values of the Union and the ECD)

3.- The European AI proposal, in its various versions, opts for an anthropogenic vision that favours an advance in AI adapted to the behaviour and needs of the person.

1. Applications appropriate to the level of understanding and management of citizens are needed (principle of explainability)
2. A <<AI+Person>> orientation

It encourages companies that design, build and market generative AI applications to advance and expand human capabilities and ensure that the individual has effective control over the applications they use. It is a <<person+AI>> orientation that does not threaten or generate negative effects.

The effectiveness of the legal framework designed in Europe for artificial intelligence will ultimately depend on the effectiveness of the numerous obligations that are prescribed to the different operators that have to intervene during the life cycle of each specific AI system (e.g., suppliers, importers, distributors, those responsible for deployment).

(1) Supervision of market surveillance authorities

(2) Control by national authorities in the field of fundamental rights

The mere formal motivation of the decisions is not enough, but the explanation of what has been done is required; This requires knowledge of specific technical data in each case. Ultimately, the legal framework that is designed contemplates a table of economic and other sanctions that ensure substantive compliance with the individual obligations of each participant. All of this must be carried out within a context of continuous internal control of the companies in the sector themselves, as well as supervision of their behaviour both by accredited private bodies - the notified bodies - and by the market surveillance authorities and the AI Office under the European Commission as the ultimate coordinator of the sector.

5.- The AI Law is based on a classification of the various AI systems based on the level of social risk according to who their specific recipients are. A regulatory

ISSN 2036-7821

scheme that I believe is adequate for the purpose of approving a "*normative minimum*" that does not place an excessive burden on the functioning of the economic and social system.

At the present time, therefore, there are already significant advances regarding what should be the perspective of the issue, what the orientation to follow and what the appropriate mechanisms should be to be able to address the issue of the protection of human rights in Europe. The recent approval by the European Parliament and the Council of the Regulation on AI is a decisive step towards laying the regulatory foundations for the development of algorithmic systems, which may in any case be subject to further modifications and improvements, given the novelty of the subject and the rapid expansion of smart technology.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Misurare le riforme per governare le migrazioni: clausole di condizionalità e diritto all'integrazione. Il caso del Marocco

di Gian Maria Piccinelli

(Professore ordinario di Diritto privato comparato, Dip. Scienze Politiche, Università della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Il contesto – 2. Misurazione del diritto e comparazione – 3. Gli indicatori di integrazione dei migranti – 4. Indicatori e condizionalità – 5. Le riforme e la strategia di governance migratoria in Marocco – 6. Conclusioni in prospettiva

Abstract

The increasing trust in the use of quantitative indicators in legal sciences promotes comparative analysis of legal systems, thanks to the contribution of vast amounts of available data, and can contribute to fostering interventions of reform in strategic and complex sectors, such as migration. The *Settling in indicators* developed in 2023 within the OECD-EU framework measure the levels of improvement in migrant socio-economic integration from a comparative perspective. In the Mediterranean context, the reform model implemented by Morocco represents an example of great interest, particularly for the EU's external relations.

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

ISSN 2036-7821

1. Il contesto.

Le mobilità transnazionali riconfigurano continuamente forme, tempi e territori della migrazione, mentre richiedono strumenti giuridici adeguati e coerenti con l'evoluzione dei singoli contesti.

Le rotte mediterranee dei migranti hanno da sempre incrociato le vie degli scambi commerciali e culturali, mettendo in contatto mondi diversi e lontani. Nel corso del XX secolo, esse hanno intersecato anche i corridoi di trasporto terrestri e marittimi, gli assi di circolazione del petrolio, del gas e dell'energia, fino a quelli su cui corrono i dati delle più moderne tecnologie digitali. Nell'era post-coloniale, le politiche estere degli stati europei ed occidentali hanno dovuto fare i conti con la crescente autonomia degli stati del Medio Oriente del Nord Africa divenuti spazi strategici in grado di dialogare con interlocutori differenti a livello globale e, sotto il profilo giuridico, capaci di scegliere tra modelli differenti per rispondere alle esigenze interne di crescita sociale e sviluppo economico. Oggi, ci troviamo dinanzi a ordinamenti che potremmo dire ibridi, in cui i modelli coloniali originali hanno fatto spazio al recupero di regole e categorie della tradizione giuridica dell'islam, ma anche a elementi recepiti dal diritto dell'Unione Europea e dai processi di uniformazione giuridica connessi con la globalizzazione. Tendenze identitarie e uniformanti che muovono i diritti arabo-islamici verso l'acquisizione di peculiarità specifiche che richiedono una comprensione e classificazione dinamica e operazionale dei processi in atto, singolarmente considerati, e degli ordinamenti giuridici, nel loro insieme.

Sotto questo aspetto, la *governance* dei processi migratori crea una reale interdipendenza tra paesi di origine, di transito e di destinazione. Questa connessione richiede l'adozione di strumenti e processi che favoriscano percorsi di integrazione e offrano soluzioni alle sfide sociali e securitarie in linea con i principi e i valori che ispirano, almeno a livello declamatorio, tutte le carte costituzionali dell'area mediterranea oggi sottoposte a un veritabile *stress test* a causa dei conflitti bellici, dell'instabilità politica e delle crisi economiche che si sono succeduti a ritmo crescente negli ultimi vent'anni. Ma anche a causa della pressione migratoria che di queste situazioni è diretta conseguenza.

Al fine di comprendere e far comprendere verso quale direzione la politica legislativa possa dirigersi, diviene frequente il ricorso a indicatori capaci di misurare, almeno dal punto di vista quantitativo, i fenomeni che necessitano interventi più o meno urgenti di regolazione o di riforma[1]. Tale metodo, attraverso l'identificazione di obiettivi specifici e il monitoraggio delle singole azioni poste in essere per il loro raggiungimento, è funzionale al rafforzamento delle soluzioni normative adottate (in

[1] A. GAMBARO, Misurare il diritto, in Annuario di diritto comparato e di studi legislativi (ADCSL), 2012, pp. 17-47.

ISSN 2036-7821

quanto sostenute dai dati statistici). La rappresentazione della realtà attraverso dati numerici, sia pure non sempre facilmente applicabile ai contesti socio-culturali, contiene un sé un potenziale spinta al cambiamento. Si tratta dell'adozione di indicatori volontari[2] che hanno in sé la capacità di sostenere il discorso dei media, di accrescere il coinvolgimento della società civile, di sostenere critiche e denunce, sollecitazioni e proposte nei confronti delle politiche degli Stati e delle organizzazioni sovranazionali. "*By defining notions such as development, poverty, health, hunger, human rights, human trafficking, good governance, rule of law, states and fragility, indicators normalize particular interpretations of these notions in the public discourse, and at the same time strengthen their own authority to provide such interpretations.*" [3].

Altra essenziale funzione assolta dall'applicazione di indicatori (in questo caso per lo più obbligatori) è di fornire informazioni a istituzioni internazionali e altri soggetti pubblici e privati per valutare le richieste di finanziamento di un determinato stato, valutarne l'attrattività ai fini di investimenti per lo sviluppo sostenibile[4] e compiere le verifiche necessarie circa l'adempimento delle condizionalità fissate in accordi di finanziamento. Basti ricordare gli accordi finanziari che accompagnano le politiche di esternalizzazione delle frontiere dell'UE e la necessità di stabilire criteri adeguati al fine di monitorare l'efficacia delle azioni degli stati terzi e la loro congruenza con la *rule of law*, i principi europei e i diritti dell'uomo[5].

Tra i paesi della sponda sud del Mediterraneo, il Marocco è allo stesso tempo uno spazio di partenza, di circolazione, di ritorno, di passaggio e di stabilimento definitivo dei migranti. Un *carrefour migratoire* che, a partire dagli anni '90, ha visto un significativo impegno legislativo sia sul piano preventivo e repressivo dei flussi, sia al fine di adeguare le norme interne a una sfida sempre più globale che impatta fortemente sulla società, l'economia e l'identità stessa del Paese[6]. Le riforme realizzate in Marocco, nei diversi settori del diritto, sono indotte contemporaneamente da cause esterne ed interne. Nelle relazioni esterne, il governo marocchino negozia gli strumenti volti a garantire migrazioni regolari e sicure con diversi tipi di interlocutori diversi: con i paesi subsahariani per una lotta comune alla migrazione irregolare (in cambio di investimenti, progetti di formazione,

[2] Sugli indicatori volontari e obbligatori, S. CASSESE, L. CASINI, La disciplina degli indicatori globali, in ADCSL, 2012, pp. 97-116, in part. pp. 104-106.

[3] M. INFANTINO, Global Indicators, in S. CASSESE (a cura di), Research Handbook in Global Administrative Law, Elgar, 2016, p. 347 ss.

[4] M. BUSSANI, The Law of Sustenaibility, in S. FANTONI, N. CASAGLI, C. SOLIDORO, M. COBAL (ed.s), Quantitative Sustenaibility. Interdisciplinary Research for Sustainable Development Goals, Cham, 2024, pp. 167-178.

[5] M. VERSTEEG, T. GINSBURG, Measuring the Rule of Law: A Comparison of Indicators, in Law & Social Inquiry, 2017, pp. 100-137.

[6] M. ALIOUA, Le Maroc, un carrefour migratoire pour les circulations euro-africaines ?, in Hommes & Migrations, 2013, pp. 139-145.

ISSN 2036-7821

regolarizzazione di specifiche categorie di migranti); con gli Stati europei che sono maggiormente colpiti da flussi migratori irregolari provenienti dai territori marocchini (Germania, Spagna, Italia, Francia e Portogallo per gli accordi di riammissione); con organizzazioni sovranazionali (come UE ed ECOWAS) al fine di individuare percorsi condivisi per la mobilità dei migranti; con la comunità internazionale (il Global Compact on Migration firmato a Marrakech nel 2018) che consente al Paese di mantenere l'immagine di leader regionale nella *governance* delle migrazioni umane. L'impatto di queste sul contesto nazionale ha richiesto una serie di riforme che hanno consentito di inaugurare, a partire dal 2013, la "*nouvelle politique migratoire*". Con essa, il Marocco ha inteso presentarsi come un modello nell'attuazione degli impegni assunti a livello internazionale. Un modello che può essere di riferimento all'interno delle sue politiche africane e delle relazioni euro-africane nelle quali svolge un ruolo di leadership (specialmente nei confronti dei paesi dell'Africa occidentale). Vi sono, da un lato, le misure amministrative e penali connesse con l'esternalizzazione delle frontiere dell'UE, ma sono soprattutto le riforme del lavoro, dei servizi sociali, educativi e sanitari che, dall'altro lato, aprono ai migranti le porte dell'integrazione sul territorio del Regno e che possono rappresentare un freno al passaggio verso l'Europa. Per la realizzazione degli obiettivi del Global Compact, poi, il legislatore è progressivamente intervenuto con norme volte a ridurre la vulnerabilità dei migranti, con particolare attenzione all'accesso alla giustizia, offrendo migliori opportunità di tutela dei diritti, sia in relazione alla sfera personale (matrimonio, famiglia, filiazione, ecc.), sia alla sfera economico-patrimoniale (contratti, credito, lavoro, ecc.).
Si tratta di uno sforzo legislativo a tutto campo che è necessario esaminare al fine di cogliere l'effettività delle riforme adottate e valutare se il modello posto in essere dal Marocco possa essere trapiantato in altri contesti per una più efficace gestione, a livello locale, dei processi migratori. L'esistenza di indicatori di *settling in*, come quelli elaborati in sede UE e OCSE, permettono di tentare una *misurazione delle riforme* realizzate e del loro impatto sull'attrattività dell'ordinamento considerato con riguardo sia all'ingresso di persone fisiche, sia ai capitali e agli investimenti indispensabili ai processi di sviluppo e di integrazione.

2. *Misurazione del diritto e comparazione*

La misurazione del diritto sulla base di indici numerici rappresenta un approccio metodologico volto a quantificare e valutare vari aspetti di un determinato sistema giuridico e analizzare, in termini di efficienza, la qualità delle istituzioni giuridiche e delle normative vigenti sulla scorta tacitamente invocata della *Law & Economics*[7]. Il crescente impiego di indicatori nel panorama giuridico è intimamente connesso alla

[7] A. GAMBARO, Misurare il diritto (ADCSL), cit., p. 21.

ISSN 2036-7821

riformulazione delle relazioni di potere laddove emergono attori inediti, spesso caratterizzati da una natura ibrida, intersecante il settore pubblico e privato, i quali agiscono mediante strumenti il più asettici possibile per gestire ogni genere di criticità regolamentare.

"Some of these indicators are meant to help international and national policy-makers evaluate priorities for their policy agendas. Other indicators provide investors with information for framing their economic strategies, or donors with an instrument to decide funding allocations and conditions. Yet other global indicators serve purely information purposes and seek to document circumstances that would otherwise remain underappreciated, and to shed light on these circumstances' causes, effects and possible remedies" [8].

Riferirsi a tali strumenti di misurazione – pur considerando l'eterogeneità della loro formulazione e del loro impiego[9] – risponde, pertanto, alla necessità di semplificare l'analisi di fenomeni complessi, sia a fini conoscitivi che valutativi, attraverso la raccolta di dati ordinati o classificati che riflettono il funzionamento di un sistema mediante una sistematizzazione[10].

Il concetto di "indicatore", secondo l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE), con una sensibilità prossima alle *hard sciences* e alla metodologia empirica, designa una misura, sia essa quantitativa o qualitativa, che trae origine da fatti osservati[11] Tali misure non solo possono evidenziare le performance di un Paese in relazione a determinati ambiti o settori, ma possono anche segnalare eventuali cambiamenti in corso o l'aderenza a specifici standard[12].

Applicati all'ambito giuridico, gli indicatori – abbiano essi come riferimento dati su base nazionale, internazionale o globale – possono fungere da stimolo per avviare riforme, ovvero verificare l'impatto delle norme, ad esempio, nel settore economico o ambientale, ma anche monitorare i processi democratici e il rispetto dei diritti umani.

Alla base degli indicatori soggiace una ragione di fondo, più o meno definita, che ne giustifica l'utilizzo: la pratica di quantificare le informazioni tramite numeri è spesso descritta come "seducente", in quanto i numeri possono suggerire un'oggettività e un'autorità scientifica che supera le interpretazioni soggettive, apportando quell'idea di certezza tanto cara al diritto[13].

---

[8] M. INFANTINO, Global Indicators, cit.

[9] M. SIEMS, Comparative Law, 2nd ed., Cambridge - New York, 2018, p. 323.

[10] L. ANTONIOLLI, The magic of numbers. Elucubrazioni sparse in tema di misurazione del diritto, in U. MATTEI, A. CANDIAN, B. POZZO, A. MONTI, C. MARCHETTI, Studi in onore di Antonio Gambaro: un giurista di successo, Milano, 2017, p. 39, nota 5.

[11] OECD, Handbook on Constructing Composite Indicators, Parigi, 2008, p. 13.

[12] M. INFANTINO, Global Indicators, cit., pp. 347-349. Fondamentalmente, gli indicatori costituiscono insiemi di dati utilizzati per valutare le prestazioni di unità di analisi soggette a studio, consentendo comparazioni sia nel contesto sincronico che diacronico.

[13] M. INFANTINO, Numera et impera. Gli indicatori giuridici globali e il diritto comparato, Milano, 2019, p. 193. Tuttavia, considerare i numeri come portatori di verità assolute non può essere considerato un assunto universale, poiché il controllo di una teoria dipende da premesse di base che possono essere influenzate da

ISSN 2036-7821

Gli indicatori, spesso espressi in forma numerica, possono essere compositi o aggregati, risultando dalla combinazione di diversi parametri di base e dal loro equilibrio ponderale. Tuttavia, l'affidabilità delle ipotesi iniziali può essere messa in discussione dall'utilizzo di strumenti statistici, come le regressioni, che analizzano un vasto insieme di dati al fine di evidenziare correlazioni esistenti tra fenomeni differenti, esprimendole mediante valori numerici. È essenziale notare che la correlazione non implica necessariamente causalità: mentre questo nesso, infatti, indica soltanto l'esistenza di un legame tra fenomeni distinti, l'eziologia sottintende un rapporto causa effetto direttamente indotto, distinguendosi così una stima da una norma[14].

Sebbene tale percorso rischi di essere tacciato come riduzionista e semplificativo dai più accesi detrattori, colpevole di tralasciare la complessità insita nei sistemi giuridici, può tuttavia fornire utili argomenti per la ricerca accademica, la formulazione delle politiche e la promozione dello sviluppo giuridico e sociale. La comparazione giuridica non è rimasta indifferente al fascino esercitato da un sistema di valutazione tanto circolabile[15].

Certo è che la distinzione tra concetti classificatori, comparativi e quantitativi, formulata da Hempel[16] all'interno del Circolo di Vienna, subito sottolineava l'evidente predominio dei concetti di natura quantitativa. Intuitivamente, le informazioni numeriche vantano un chiaro primato rispetto ai dati qualitativi, in quanto più specifiche e apparentemente immuni dalle valutazioni soggettive[17]. Tuttavia, nel contesto giuridico, la comparazione assume un ruolo imprescindibile, poiché le valutazioni spesso si muovono confrontando ipotesi di lavoro radicate in differenti contesti. Ribadisce Gambaro: "In riferimento alla scansione tra concetti classificatori, comparativi e quantitativi tracciata da Hempel si deve ricordare come sino a qui nella comparazione giuridica si è fatto ricorso a concetti classificatori per organizzare il tema delle famiglie giuridiche e si è fatto ricorso a concetti comparativi

decisioni soggettive. Il concetto di "seduzione della quantificazione" è stato introdotto da S. ENGLE MERRY, The Seductions of Quantification: Measuring Human Rights, Gender Violence, Chicago-London, 2016, p. 2 ss.

[14] G. RESTA, La comparazione tra diritto e storia economica: rileggendo Karl Polanyi, in M. BRUTTI & A. SOMMA (a cura di), Diritto: storia e comparazione Nuovi propositi per un binomio antico, Francoforte, pp. 459-460.

[15] U. MATTEI, Sul crinale dell'egemonia. Antonio Gambaro e la ricezione critica del modello statunitense: 1972-2012, in U. MATTEI, A. CANDIAN, B. POZZO, A. MONTI, C. MARCHETTI, Studi in onore di Antonio Gambaro: un giurista di successo, cit., p. 20 ss.

[16] C.G. HEMPEL, La formazione dei concetti nelle scienze empiriche, Milano, 1979.

[17] L. ANTONIOLLI, The magic of numbers, cit., p. 40. La teoria viene illustrata da Gambaro (Misurare il diritto, in Multiverso web, 11, online https://multiversoweb.it/riviste/misura/misurare-il-diritto/) mediante un esempio del tipo: scrivere che il Nilo e il Volga sono grandi fiumi (informazione classificatoria) fornisce un'informazione meno pregnante rispetto a scrivere che il Nilo è più lungo del Volga (informazione comparativa), e a sua volta meno pregnante dell'affermazione che il Nilo è lungo 6671 km e il Volga 3.688km (informazione quantitativa).

ISSN 2036-7821

in tutti gli altri settori di indagine. Giova anche precisare che la comparazione giuridica è stata sino a qui una comparazione tra strutture giuridiche […]"[18].
Nondimeno, è cruciale osservare che l'utilità dei dati numerici è indissociabile dalla dimensione comparativa, poiché senza un contesto di confronto, i dati quantitativi relativi a qualsiasi aspetto della realtà sociale, ma orientati a guidare scelte giuridiche, perdono di rilevanza[19].
Nella sfera della comunicazione dei dati sociali, è il confronto che riveste un ruolo predominate rispetto alla mera espressione numerica, perché è in grado di mettere in luce l'interazione sinergica tra i due tipi di informazione[20].
Nell'ambito della comparazione giuridica moderna, poi, come noto, si è principalmente praticata una forma di comparazione strutturale, finalizzata a evidenziare le interconnessioni e gli elementi impliciti all'interno dei sistemi giuridici. Questo approccio, sebbene prezioso, ha di frequente trascurato l'impiego dei dati quantitativi, indispensabili per comprendere gli effetti delle normative e orientare le decisioni di regolamentazione[21].
Considerate le premesse, emergono interrogativi di fondamentale importanza, soprattutto in merito ai procedimenti di acquisizione dei dati destinati a diventare indicatori[22] poiché si può ricorrere a diverse metodologie o sequenze di rilevamento. Si veda, semplicemente, come possa raccogliersi direttamente il numero di citazioni di diritto straniero nelle pronunce di una corte durante un determinato arco temporale[23]. Tuttavia, non tutti i dati raccolti possono essere trasformati in indicatori,

[18] A. GAMBARO, Misurare il diritto (ADCSL), cit., p. 39.
[19] Per un'acuta analisi dell'impatto dei dati quantitativi nella cultura moderna si veda T.M. PORTER, Trust in Numbers. The Pursuit of Objectivity in Science and Public Life, Princeton University Press, 1995.
[20] L. ANTONIOLLI, The magic of numbers, cit., p. 40. Il successo dei ranking nazionali e internazionali è essenzialmente attribuibile alla loro capacità di fornire confronti basilari dei sistemi esaminati, piuttosto che alla completezza e precisione dei dati numerici su cui si fondano le classifiche.
[21] A. GAMBARO, Misurare il diritto (ADCSL), cit. Tuttavia, altre discipline hanno abbracciato approcci quantitativi. Sebbene possano sorgere delle limitazioni, l'uso di dati numerici contestualizzati in maniera comparativa offre un potenziale significativo per l'analisi giuridica.
[22] Si vedano, ex multis, per analisi di questo tipo, D. ZARING, The Use of Foreign Decisions by Federal Courts: An Empirical Analysis, in Journal of Empirical Legal Studies, 2016, pp. 1327-1362; E. ÖRÜCÜ, (chapters:) Developing Comparative Law; A General View of "Legal Families" and of "Mixing Systems"; Comparative Law in Practice; The Courts and the Legislator; A Project: Comparative Law in Action, in E. ÖRÜCÜ & D. NELKEN (a cura di), Comparative Law: A Handbook, Oxford-Portland, 2007; M. SIEMS, Citation Patterns of the German Federal Supreme Court and of the Court of Appeal of England and Wales, in King's Law Journal, 2010, pp. 152-171; G.F. FERRARI & A. GAMBARO, The Italian Constitutional Court and Comparative Law, in Comparative Law Review, 2010, pp. 1-22; S. BAGNI, M. NICOLINI, E. PALICI DI SUNI, L. PEGORARO, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. SERIO (a cura di), Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze. Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi, Torino, 2016; P. PASSAGLIA, Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale: un'indagine relativa al periodo gennaio 2005-giugno 2015, in Consulta Online, II, 2015, pp. 589-611.
[23] M. GELTER, M. SIEMS, Citations to Foreign Courts: Illegitimate and Superflous or Unavoidable? Evidence from Europe, in American Journal of Comparative Law, 2014, pp. 35-85.

ISSN 2036-7821

poiché l'essenza stessa degli indicatori implica l'utilizzo dei numeri per stabilire standard normativi di carattere generale[24]. L'analisi sistematica richiede una continuità nel tempo e una struttura organizzativa ben definita, altrimenti la trasformazione dei dati in indicatori ne risulterebbe problematica, se non addirittura inficiata[25].

Negli ultimi decenni, l'avvento di imponenti basi di dati ha reso possibili analisi quantitative precedentemente inimmaginabili, come dimostrato da alcuni studi sulle citazioni incrociate dei giudici in Europa. In alcuni casi, gli studi quantitativi possono essere trasformati in indicatori e inseriti in rapporti globali, influenzando così le decisioni degli Stati e le dinamiche del diritto[26].

Sulla falsariga di queste premesse, si muove ancora il "*coding law*", un approccio che trasforma gli aspetti formali e sostanziali delle norme giuridiche in dati numerici[27]. Queste metodologie, definite "lessimetriche", derivano dal termine "*leximetric*" e sono impiegate per valutare la solidità e la debolezza delle norme, assegnando un valore numerico a ciascuna tipologia normativa in specifici contesti[28].

Il concetto ha guadagnato notorietà in seguito a un'indagine comparativa condotta da Robert Cooter e Tom Ginsburg, evidenziando la sistematicità delle differenze nelle scelte normative tra vari Paesi, in relazione alle rispettive tradizioni giuridiche[29]. Sebbene le tecniche lessimetriche siano utili per misurare le fluttuazioni delle norme giuridiche su scala internazionale e nel tempo, nonché per analizzare gli impatti sociali ed economici dei sistemi giuridici, rimane come anticipato nelle premesse essenziale garantire una completa trasparenza nei processi di selezione degli indicatori, definizione degli algoritmi di codifica e utilizzo delle fonti primarie[30] perché la scelta degli indicatori e le relative modalità di raccolta rischiano di far svanire o quantomeno annacquare l'asserita oggettività di tali metodi scientifici.

Più sottile risulta poi il percorso che trasforma in numeri i dati/informazioni acquisiti nell'alveo delle scienze sociali, come nel caso delle ricerche interdisciplinari sui diritti umani e altri ambiti che coinvolgono varie discipline[31].

---

[24] M. INFANTINO, Numera et impera, cit., pp. 66-73.

[25] R. SCARCIGLIA, Il "cigno nero" e il comparatista. Riflessioni su indicatori, variabili e comparazione giuridica, in Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, 2021, pp. 75-76.

[26] Ibid.

[27] M. SIEMS, Comparative Law, cit., p. 181.

[28] R. SCARCIGLIA, Il "cigno nero", cit., p. 78. Ciò consente un confronto tra i diversi ordinamenti giuridici, correlando i valori numerici con obiettivi concreti, come la crescita economica o l'occupazione.

[29] R. COOTER, T. GINSBURG, Leximetrics: Why the Same Laws are Longer in Some Countries than Others, in American Law and Economics Association Annual Meeting, Paper 64, 2004, pp. 1-25.

[30] R. SCARCIGLIA, Il "cigno nero", cit., p. 78.

[31] Sul tema dell'interdisciplinarietà la letteratura è particolarmente ricca. Si veda, esemplificativamente, con riferimento all'antropologia, R. SACCO, Antropologia giuridica. Contributo a una macrostoria del diritto, Bologna, 2007; L. NADER, The Life of the Law: Anthropological Projects, Berkeley, 2002; J. VANDERLINDEN,

ISSN 2036-7821

Anche qui, però, le modalità di costruzione degli indicatori non sempre chiariscono in maniera definitiva le origini o il ruolo dei soggetti che li hanno creati, né spiegano il motivo del successo o del declino degli stessi, come dimostrato dal caso del *Ci-Ri Human Rights Data-set*, che non è più stato aggiornato dal 2014[32].
Considerato quanto finora osservato, integrare l'approccio critico della comparazione con l'uso dei dati quantitativi richiede una revisione metodologica e una collaborazione tra diverse sensibilità scientifico disciplinare per non trasformare un dato sociale in un'arida equazione numerica, in quanto non tutto è riducibile a una funzione numerica asettica.

3. Gli indicatori di integrazione dei migranti

Gli indicatori di *Settling In* elaborati in ambito OCSE e UE sono finalizzati a misurare i livelli di miglioramento dei processi di inserimento dei migranti in prospettiva comparata. La comparazione tiene conto dei dati relativi a diversi Paesi sulla base dei modelli impiegati e delle elaborazioni compiute da istituzioni sovranazionali e dal mondo accademico (come, ad esempio, il sistema MIPEX - *Migration Policy Index*; i così detti Indicatori di Saragozza; il progetto DEMIG POLICY - *Determinants of International Migration* o, ancora, il database IMPALA - *International Migration Policy And Law Analysis*)[33].
Il percorso di elaborazione di questi indicatori ha visto diverse tappe. Già nel 2010 la Conferenza Ministeriale Europea sull'Integrazione, tenutasi a Saragozza, si era conclusa con l'adozione di una dichiarazione volta a attuare politiche di integrazione dei migranti, stabilendo una serie di criteri, noti come "Indicatori di Saragozza", che consentono di monitorare i diversi Paesi e i risultati delle politiche nazionali di integrazione nei seguenti settori:

1) *Lavoro e istruzione*. Una delle dimensioni considerate è l'occupazione, che va oltre il semplice tasso di occupazione dei migranti e include aspetti quali la qualità dei lavori ottenuti, l'accesso alla formazione professionale e l'inclusione nel mercato del lavoro. Questo approccio consente di valutare non solo la presenza nel mercato del lavoro, ma anche la qualità e la sostenibilità delle posizioni occupate dai migranti, nonché la loro capacità di acquisire competenze professionali e di integrarsi efficacemente nel contesto lavorativo locale. Un adeguato livello di istruzione può fornire ai migranti le competenze

Anthropologie Juridique, Parigi, 1996. Sul movimento di Law and Development, si veda, ex multis, F.H. STEPHEN, Law and Development: An Institutional Critique, Cheltenham-Northampton, 2018.

[32] Si vedano, sul punto, D. L. CINGRANELLI, D. L. RICHARDS, The Cingranelli and Richards (CIRI) Human Rights Data Project, in Human Rights Quarterly, 2010, pp. 401-424; M. INFANTINO, Numera et impera, cit., p. 64, che mette in evidenza come, rispetto a queste domande, manchino risposte soddisfacenti.

[33] IOM (International Organization for Migration), Migration Governance Indicators: A Global Perspective, Geneva, 2019.

ISSN 2036-7821

necessarie per partecipare attivamente alla vita economica e sociale del paese ospitante, contribuendo così alla loro integrazione a lungo termine.

2) *Salute*. L'attenzione è sui dati relativi alla salute fisica e al benessere psichico degli immigrati, inclusi l'accesso ai servizi sanitari e le eventuali diseguaglianze.
3) *Alloggio*. Monitoraggio dell'accesso a una sistemazione adeguata e sicura per gli immigrati.
4) *Partecipazione sociale*. Valuta il coinvolgimento degli immigrati nella vita sociale e culturale del Paese ospitante. Questa dimensione include la partecipazione ad associazioni di volontariato, la partecipazione alle elezioni e la rappresentanza politica dei migranti. Misurare la partecipazione dei migranti alla vita sociale e politica aiuta a valutare il loro coinvolgimento nella comunità e a promuovere la diversità e l'inclusione nella società.
5) *Accesso alla cittadinanza*. I dati rilevati riguardano le procedure per l'ottenimento della cittadinanza da parte degli immigrati, come i tempi di attesa e i tassi di successo nei processi di naturalizzazione.

Come si può notare, si tratta di indicatori volti a fornire una panoramica ampia della condizione degli immigrati nei Paesi dell'Unione Europea ed utilizzati per valutare i progressi nell'ambito delle politiche di integrazione. Ad essi si aggiungono anche indicatori di misurazione basati sull'analisi dell'impatto economico della presenza di migranti sul territorio dei paesi monitorati.

Nel 2013, l'UE ha redatto il Rapporto sull'impiego de summenzionati indicatori ("*Using EU Indicators of Immigrant Integration*") come base metodologica per la raccolta dei relativi dati complessi[34]. La recente edizione di "*Settling In – Indicators of Immigrant Integration 2023*" è il risultato della convergenza dei sistemi adottati e messi a punto negli anni dalla Commissione Europea e dell'OCSE. I dati sono riferiti a tutti i Paesi membri delle due organizzazioni, oltre ad alcuni Paesi del G20 non-OCSE selezionati. Gli indicatori sono stati integrati (complessivamente 83) e suddivisi in 4 macroaree principali:

1) La *composizione delle popolazioni e dei nuclei familiari immigrati*: L'insieme degli indicatori di questa macroarea fornisce una base essenziale per comprendere la variegata composizione demografica degli immigrati e delle loro famiglie, comprendendo informazioni sulla distribuzione per età, genere, paese di origine e altre caratteristiche demografiche, fondamentali per sviluppare politiche mirate.

[34] EUROPEAN COMMISSION, Using EU Indicators of Immigrant Integration. Final Report for Directorate-General for Home Affairs, Luxembourg, European Commission, 2013.

ISSN 2036-7821

2) L'*integrazione nel mercato del lavoro*: i relativi indicatori offrono un'analisi approfondita delle sfide e delle opportunità occupazionali ed economiche degli immigrati.
3) Le *condizioni di vita*: includendo le condizioni abitative, il livello di reddito, l'accesso ai servizi pubblici e vari aspetti della qualità della vita, è essenziale per valutare l'impatto delle politiche di integrazione e identificare obiettivi di miglioramento dei risultati di volta in volta ottenuti.
4) L'*engagement civico e l'integrazione sociale*: questi indici esaminano il coinvolgimento nella vita politica, sociale e comunitaria, nonché il senso di appartenenza e di inclusione nella società ospitante.

Anche se non sono destinati a rilevare in modo diretto l'impatto delle politiche di inclusione, questi indicatori offrono, comunque, un quadro completo e dettagliato del livello di integrazione dei soggetti migranti e dei loro familiari nelle società ospitanti. Il che è essenziale per programmare le politiche di integrazione, identificare le sfide e valutare i progressi nello sforzo di migliorare la vita degli immigrati e promuovere la coesione sociale nelle società multiculturali[35].
Inoltre, la costruzione di un *ranking* dei paesi rilevati (e, quindi, di una analisi comparativa dei risultati di *governance* conseguiti) riveste un carattere essenziale per l'attrazione dei capitali per lo sviluppo e la valutazione del rispetto delle condizionalità collegate ai finanziamenti e agli investimenti esteri, siano essi privati o di stati o istituzioni internazionali.

4. Indicatori e condizionalità

Nelle relazioni Nord-Sud, la condizionalità è divenuta uno strumento accessorio alla *governance* delle migrazioni. Al fine di limitare il numero di migranti nell'area Schengen, l'UE e gli Stati membri applicano clausole di condizionalità nei programmi di cooperazione allo sviluppo, negli accordi economici e commerciali, nelle politiche in materia di investimenti, riammissione e visti, nonché nei partenariati e, in generale, nelle relazioni esterne per garantire il raggiungimento degli obiettivi europei[36]. Ne troviamo esempi nell'*Emergency Trust Fund for Africa* (EUTF), creato nel 2015 a seguito del Summit de La Valletta sulle migrazioni (attualmente finanziato con 5 miliardi di Euro), negli Accordi del programma *Neighbourhood, Development Cooperation and International Cooperation-Europe in the World Instrument (NDCI – Global*

[35] P. LAURANO, G. GIANTURCO, Immigrant integration: Sociological Theory and Core Indicators, in C. Ruggiero, H. Arslan (a cura di), Contemporary Approaches in Social Science Researches, Byalistok, 2019, pp. 241-251; F. PASETTI, E. LEBON-MCGREGOR, Measuring Good Migration Governance with an Indicator Approach, Barcelona-Maastricht, 2023.

[36] S. ANGIOI, Il principio di condizionalità e la politica mediterranea dell'Unione europea, ESI, Napoli, 2006; A. CIRCOLO, La condizionalità politica nella dimensione esterna e interna dell'azione dell'Unione europea, in Il diritto dell'Unione Europea, 2022, pp. 225-276.

ISSN 2036-7821

Europe) quale strumento di finanziamento per sostenere i paesi più bisognosi per superare le sfide di sviluppo a lungo termine e contribuire al raggiungimento degli impegni concordati con l'Unione. Il riferimento in questi accordi di un gruppo di indicatori specifici, meno soggetti a valutazioni variabili di tipo politico, renderebbe più trasparente il sistema di finanziamento dei Pesi terzi e più credibile il raggiungimento degli obiettivi stabiliti[37].

Secondo il Fondo Monetario Internazionale (FMI) gli indicatori di misurazione possono comprendere la crescita economica delle regioni con flussi migratori significativi, in stretta correlazione con gli investimenti esteri per lo sviluppo, nonché l'incidenza dell'occupazione e dei salari tra gli immigrati nei settori in cui gli investitori stranieri sono particolarmente presenti. Questa valutazione deve essere integrata con i dati sociali e culturali relativi all'effettivo inserimento degli immigrati nelle reti professionali e sociali. Si tratta di un metodo che cerca di superare le difficoltà di applicare indicatori puramente economici a questioni sociali nelle quali il livello di approssimazione dei dati deve tener conto di una maggiore complessità delle variabili in atto.[38].

Una proposta, avanzata in ambito FMI, è la creazione di un Fondo Internazionale per le Migrazioni[39]. I Paesi che detengono il maggior numero di quote del FMI (USA, Gran Bretagna, Francia, Germania, Giappone) agiscono di fatto sui meccanismi di approvazione e distribuzione dei fondi, nonché sulla condizionalità ad essi collegata, agendo di fatto per ridurre i costi di adeguamento a breve termine di un paese debitore di cui ospitano un numero significativo di cittadini emigrati[40]. L'obiettivo è di contenere il flusso migratorio come conseguenza degli effetti economici del servizio del debito[41]. Secondo questa logica, la proposta di un Fondo Internazionale per le Migrazioni intende creare un meccanismo di sostegno finanziario e tecnico per i Paesi affetti dagli esodi più severi. Tale Fondo potrebbe essere alimentato attraverso contributi volontari dei Paesi membri del FMI, in aggiunta ai finanziamenti provenienti da organizzazioni internazionali, dal settore privato e da donatori esterni, accompagnato da condizioni e regole per garantire un uso efficace e

[37] F. MILIN, I. VALDE, How debt, cit.

[38] T. COTTIER, A. SIGHAL, Migration, International Trade and Foreign Direct Investment in the Twenty-First Century. Towards a New Common Concern of Humankind, International Organization for Migration (IOM), Geneva, 2021. Si vedano anche M.S. COPELOVITCH, The International Monetary Fund in the Global Economy: Banks, Bonds, and Bailouts, New York, 2010; M.S. COPELOVITCH, Master or Servant? Common Agency and the Political Economy of IMF Lending, in International Studies Quarterly 2010, pp. 49–77.

[39] M. ANGIN, A. SHEHAJ, A.J. SHIN, IMF: International Migration Fund, in International Interactions, Washington, 2023, pp. 86-113.

[40] R.W. STONE, Controlling Institutions: International Organizations and the Global Economy, New York, 2011, p. 30.

[41] F. MILIN, I. VALDE, How debt may help explain the political economy of European migration policies, in CADTM (Comitato per l'abolizione dei debiti illegittimi), 2023, online : https://www.cadtm.org/How-debt-may-help-explain-the-political-economy-of-European-migration-policies#nb2-26.

ISSN 2036-7821

trasparente dei fondi. Dovrebbe prevedere anche l'offerta di assistenza tecnica e consulenza per sviluppare politiche e programmi mirati alla gestione della migrazione e al sostegno dei migranti, sia nei paesi di origine che di destinazione, anche attraverso iniziative di formazione professionale, assistenza nella creazione di infrastrutture sociali e la promozione di partenariati tra settori pubblico e privato per favorire l'integrazione dei migranti nel mercato del lavoro[42]. Per l'accesso al Fondo è essenziale una raccolta dati, sulla base di indicatori chiari e trasparenti, che permetta di valutare i progressi o i regressi di un paese nella gestione dei flussi migratori e nel raggiungimento di adeguati livelli di integrazione.

Altre forme di condizionalità possono essere rinvenute nei *Country Strategy Papers* e negli *Action Plans* che, pur avendo natura politica e di *soft law* (nonostante l'art. 8 TUE abbia formalizzato la politica di vicinato con l'intenzione che essa sia regolata da accordi giuridicamente vincolanti)[43], hanno una funzione essenziale nel monitoraggio degli obiettivi concordati con i Paesi terzi a cui sono rivolti gli aiuti dell'UE. L'individuazione degli obiettivi e delle priorità è principalmente svolta dalla Commissione europea, che dunque gode di un ampio potere di incidenza sulle politiche economiche dei Paesi partners. Nel *Country Strategy Pape*r del Marocco per il periodo 2007.13 si prevede che "*Morocco is engaged in a market-opening process […] implementation of the free-trade agreements […] improvement in the investment and business/innovation climate […] for promoting the start-up and development of new companies in growth sectors*"[44]. E, ancora, la *Country Strategy 2024-2029* approvata per il Marocco dalla Banca Europea per la Ricostruzione e lo Sviluppo (BERS) si focalizza su tre obiettivi specifici: "*support the shift to a more private-sector-led economy by enhancing competitiveness and promoting Morocco's governance reform agenda; strengthen social cohesion and reduce regional disparities for more inclusive growth; accelerate Morocco's green economy transition through more sustainable energy, water and infrastructure*"[45]. La BERS ha sviluppato appositi indicatori di monitoraggio dei processi di transizione economica basati su sei qualità di sostenibilità dei mercati: competitivi, ben governati, *green*, inclusivi, resilienti e integrati[46]. La capacità di inclusione dei mercati riguarda, in particolare, l'attuazione di riforme in grado di garantire una più ampia partecipazione delle fasce sociali più vulnerabili, tra cui i migranti a cui è dedicato il *Transition Report* 2021-2022 *War, Conflict and Migration*[47]. Il *Report* 2023-2024 applica quegli indicatori a cinque campi specifici di valutazione

[42] M. ANGIN, A. SHEHAJ, A.J. SHIN, IMF, cit.

[43] G. D'AGNONE, La condizionalità economica nell'azione esterna dell'Unione europea, in Il Diritto dell'Unione Europea, 2016, pp. 653-682, pag. 671.

[44] https://eeas.europa.eu/enp/pdf/pdf/country/enpi_csp_morocco_en.pdf.

[45] https://www.ebrd.com/news/2024/ebrd-approves-new-country-strategy-for-morocco.html

[46] https://www.ebrd.com/economic-research-and-data/transition-qualities-asses.html;

[47] https://2022.tr-ebrd.com/war-conflict-and-migration/vd. anche EBRD Transition Report 2021-2022, online: https://2021.tr-ebrd.com/structural-reform/

ISSN 2036-7821

qualitativa: 1) Felicità, salute e buoni posti di lavoro; 2) Catene di approvvigionamento globali e transizione verde; 3) Mercati del lavoro nella *green economy*; 4) Case, abitazioni e riscaldamento; 5) Riforme strutturali.[48]

5. Le riforme e la strategia di governance migratoria in Marocco

L'evoluzione, in Marocco, delle strategie politiche di *governance* della migrazione, in ingresso e in uscita, consente di segnalare l'esperienza fatta come caso di studio per comprendere l'impatto (quantitativo e qualitativo) dei processi migratori sulle riforme legislative indispensabili a costruire efficaci percorsi di accesso, transito o integrazione.

L'adozione della Strategia Nazionale per l'Immigrazione e l'Asilo (SNIA)[49], annunciata dal Sovrano Mohammed VI il 6 novembre 2013 in occasione del 38mo anniversario della Marcia Verde e definitivamente approvata dal Consiglio dei Ministri a dicembre 2014, ha richiesto un notevole impegno a livello internazionale con l'adozione di misure specifiche tra cui l'adesione all'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile e il Patto globale per una migrazione sicura, ordinata e regolare adottato a Marrakech, in sede di conferenza intergovernativa, l'11 dicembre 2018. Lo Stato marocchino si presenta come uno dei paesi più attivi nell'attuazione dei 23 obiettivi del Global Compact, in particolare nella promozione e condivisione di buone pratiche nel quadro della cooperazione sud-sud, nella promozione di canali migratori regolari, nel rafforzamento della cooperazione internazionale e dei partenariati globali per una migrazione sicura, ordinata e regolare. Questo impegno è finalizzato a presentare il Regno come "campione" nell'attuazione del Patto[50] e di altri obiettivi, soprattutto nel campo dei diritti umani. Discendono da questa sua postura politica a livello internazionale la conferma della partecipazione nel Comitato ONU per la protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti per il periodo 2024-2027 e l'elezione, per la prima volta, alla presidenza del Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite per l'anno 2024.

Le riforme interne, dall'altro lato, oltre alla SNIA, sono state segnate dall'adozione di politiche *ad hoc*, come la Strategia Nazionale per i Marocchini che vivono all'estero (approvata anch'essa tra il 2013 e il 2014) e il Nuovo Modello di Sviluppo nazionale

[48] EBRD Transition Report 2023-2024, online: https://www.ebrd.com/news/publications/transition-report/transition-report-202324.html.

[49] M. ALIOUA - J.N. FERRIÉ (dir.), La nouvelle politique migratoire marocaine, Rabat, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2017; S. BENJELLOUN, Morocco's new migration policy: between geostrategic interests and incomplete implementation, in The Journal of North African Studies, 5, 2021, pp. 875-892

[50] Y. ARBAUOI, Le Maroc: 'champion' de la mise en œuvre du Pacte de Marrakech ?, in Revue Hijra, n. 1, 2021, pp. 2-4. Più in generale sulla presentazione, anche critica, del Patto nella prospettiva del regno del Marocco, si veda l'intero numero di questa Rivista. Inoltre, anche Y. ARBAOUI, The Impact of the Marrakech Compact for Migration in Morocco: The Role of the Government and of Civil Society, in Verfassung und Recht in Übersee, 2022, pp. 19-43.

ISSN 2036-7821

(adottato nel 2021 con obiettivi per il periodo 2022-2035). Per offrire efficacia alla SNIA, nel 2014 e nel 2017, il Marocco ha organizzato due campagne di regolarizzazione a beneficio di circa 50.000 migranti provenienti principalmente dalla Repubblica araba siriana, dal Senegal, dalla Repubblica democratica del Congo e dalla Costa d'Avorio.

Per consolidare questi risultati, sono necessari ulteriori interventi normativi. Di fronte alle sfide urgenti delle crisi economiche globali e dei cambiamenti climatici che muovono imponenti masse di persone dal sud al nord dell'Africa, verso il Mediterraneo e l'Europa, il piano di riforme che ruotano attorno alla SNIA richiede il rinnovo di tre testi legislativi. Innanzitutto, è ormai da tempo in discussione la revisione della Legge 02.03[51] sull'ingresso e il soggiorno degli stranieri in Marocco, fortemente legata a una logica securitaria in parte contraddittoria con le strategie politiche adottate nel 2013. Diversi disegni di legge sono fermi in Parlamento e, dal 2018, il Governo non ha più avanzato alcuna proposta in questa direzione.

Il secondo progetto legislativo connesso con l'attuazione della SNIA è l'adozione di un quadro giuridico sull'asilo in Marocco. Anche in questo caso, due disegni di legge sono stati elaborati dal Ministero della Giustizia ma non sono mai stati approvati. L'ultima versione del testo è il progetto n°17-66 del 2018[52].

Diversa, invece, è stata la sorte della legge 27.14 sulla lotta contro la tratta di esseri umani, approvata nel 2016 ed entrata immediatamente in vigore. La nuova disciplina prevede specifiche misure di sicurezza e tutela per le vittime della tratta, siano esse marocchine o straniere, e incentiva le forme di monitoraggio di tutte le possibili forme di sfruttamento dei migranti attraverso la Piattaforma nazionale per la protezione dei migranti (PNPM).

Un'altra importante sfida a cui la SNIA è chiamata a rispondere, sempre con maggiore urgenza, è quella delle migrazioni climatiche. La visione del Marocco in materia di cambiamento climatico è contenuta nella Legge quadro 99.12 recante Carta Nazionale dell'Ambiente e dello Sviluppo Sostenibile (CNEDD), pubblicata a marzo 2014, che precisa "*les droits et devoirs inhérents à l'environnement et au développement durable reconnus aux personnes physiques et morales et proclame les principes qui devront être respectés par l'État, les collectivités territoriales et les établissements et entreprises publics*". La Strategia nazionale per lo sviluppo sostenibile (2017) e il Piano nazionale per il clima (2019) contengono le misure attuative della legge 99.12,

[51] N. EBA NGUEMA, Loi sur l'entrée et le séjour des étrangers au Maroc: les conditions pour résider régulièrement au Maroc, in N. KHROUZ, N. LANZA (a cura di), Migrants au Maroc, édité par, Paris, 2015 (ebook : https://books.openedition.org/cjb/891).

[52] D. PERRIN, La fabrique d'un droit d'asile au Maroc. Circulation des normes, tâtonnements juridiques, et atermoiements politiques, in La Revue de Droits de l'Homme, 2023. Online : https://journals.openedition.org/revdh/pdf/17310. Si veda anche ROYAUME DU MAROC. Ministère des Affaires Étrangères, Rapport 2020. Politique Nationale d'Immigration et d'Asile, online: https://marocainsdumonde.gov.ma/wp-content/uploads/2021/10/Rapport-2020-5-10-VF.pdf.

ISSN 2036-7821

insieme agli obiettivi da raggiungere entro il 2030[53]. Principio generale è che la transizione progressiva verso l'economia verde non può prescindere dalla promozione dello sviluppo umano e della coesione sociale e da una competitività economica sostenibile. Introduce, inoltre, specifici Piani climatici regionali e Piani climatici urbani. Questo approccio di adattamento al cambiamento climatico presta attenzione anche agli ecosistemi (socioeconomici e naturali) più vulnerabili, come il litorale marino, le montagne e le oasi, i gruppi di popolazione e le comunità urbane e rurali. Si tratta di criticità che richiedono una risposta coerente ed efficace sotto forma di interventi di adattamento trasformativi volti a minimizzare i rischi e le vulnerabilità climatiche. Per tale ragione è fissata la priorità degli obiettivi di questa Strategia su tutte le altre strategie nazionali che dovranno pertanto adeguarsi[54].

La sfida migratoria è al cuore delle motivazioni per le quali, con l'ascesa al trono di Mohammed VI, il Marocco ha radicalmente cambiato la sua politica estera sia verso l'Africa che verso l'Europa. Di fronte alle difficoltà di sviluppo del Processo Euro-Mediterraneo avviato a Barcellona nel 1995 e alla chiusura crescente dei flussi da parte dell'Europa, il Marocco è venuto assumendo una crescente centralità nel contesto nord-africano che ha aperto uno spazio importante di cooperazione multilaterale e bilaterale Sud-Sud che rappresenta, per il governo di Rabat, un'efficace dinamica di implicazione politica, di apertura socio-culturale e di investimento economico-finanziario[55]. Il discorso presentato dal Re il 6 dicembre 2013, in occasione del Summit di Parigi sulla pace e la sicurezza in Africa, definisce chiaramente l'orientamento verso questa cooperazione, ponendo l'Africa al cuore della politica estera del Regno e definendo la solidarietà marocchino-africana come la base per la realizzazione di importanti progetti economici e politici con i paesi dell'area sub-sahariana e, in particolare, dell'Africa Occidentale[56].

I programmi in materia di immigrazione e asilo e quelli per i marocchini all'estero sono il corollario di questo ampio partenariato verso l'Africa e della cooperazione con l'Europa sulla quale si inseriscono gli accordi volti a tutelare le frontiere esterne dell'Unione. È un quadro che si è disegnato a partire dal 2013, anche a seguito della novella costituzionale introdotta nel 2011[57], dando un significativo impulso

[53] http://www.umi.ac.ma/wp-content/uploads/2020/11/ODD-13-A8-Plan-climat-national-horizon-2030.pdf.

[54] Cfr. P. SOW - E. MARMER – J. SCHEFFRAN, Between the heat and the hardships. Climate change and mixed migration flows in Morocco, in Migration and Development, 2, 2016, pp. 293-313.

[55] A. BOULAKSILI, Y. EL HAJEL, A. EL MARZOUKI, M. HAMICHE, La coopération Sud-Sud du Maroc : Caractéristiques, tendances et défis de la réduction de la vulnérabilité, in Journal d'Économie, de Management, d'Environnement et de Droit (JEMED), n. 3, 2020, pp. 34-48; Y. ABOURABI, La politique africaine du Maroc. Identité de rôle et projection de puissance, Leiden, 2021.

[56] G.M. PICCINELLI, Cooperazione in materia migratoria tra Unione Europea e Paesi Africani: una leadership per il Marocco?, in Amministrativ@mente, n. 2, 2023, pp. 437-454.

[57] Cfr. O. BENDOUROU, La nouvelle Constitution marocaine du 29 juillet 2011: le changement entre mythe et réalité, in Revue du Droit Public, 3, 2012, pp. 511-535; N.J. BROWN, Islam and Constitutionalism in the Arab

ISSN 2036-7821

riformatore a legislazione e giurisprudenza marocchine in materia migratoria. Nel 2014 e nel 2016-2017, poi, le due principali campagne di regolarizzazione dei migranti hanno permesso di porre le basi per estendere a tutti gli stranieri regolarizzati l'accesso ai servizi amministrativi e di previdenza a parità di condizioni dei cittadini. I percorsi di regolarizzazione hanno richiesto interventi per accrescere l'efficienza delle procedure amministrative di autorizzazione e controllo attraverso l'Agenzia Nazionale di Promozione dell'Occupazione e delle Competenze (ANAPEC) istituita presso il Ministero del Lavoro e dell'Inserimento Professionale[58] alla quale sono attribuite anche funzioni di rilevamento statistico.

Contemporaneamente, per migliorare la partecipazione dei giovani e delle donne, rinforzare la parità di accesso al mercato del lavoro e ridurre le disuguaglianze territoriali in materia di impiego[59], ferme restando le norme del Codice del lavoro del 2004, il Governo ha varato un piano d'azione volto a promuovere, entro il 2025, la crescita dell'occupazione con posti di lavoro "produttivi e dignitosi". Nessuna riforma è esente da criticità. Un elemnto, a tal proposito, può essere utile per comprendere l'effettività delle azioni adottate: dalle indagini statistiche risulta l'ampio ricorso delle aziende alla cd. Clausola di "preferenza nazionale", prevista dall'art. 9 del Codice del lavoro, in base alla quale i datori di lavoro possono procedere all'assunzione di uno straniero solo a seguito della mancata presentazione di cittadini marocchini per quella data mansione o attività. Anche se sono indicate procedure diverse per favorire l'accesso occupazionale senza discriminazioni, è da registrarsi la tendenza prevalente a preferire, tra gli stranieri, lavoratori provenienti da paesi arabi e ad impiegare i migranti subsahariani regolarizzati come mano d'opera non contrattualizzata e sottopagata. Conseguenza, questa, della difficoltà a superare radicati pregiudizi culturali che ostacolano soprattutto i soggetti provenienti da paesi africani[60].

Proprio sul versante africano, il Marocco deve confrontarsi con l'ampia area di libera circolazione creata nell'ambito della Comunità Economica degli Stati dell'Africa Occidentale (CEDEAO/ECOWAS). Pur non essendo ancora membro di tale Organizzazione, quest'area che si estende fino ai confini del Regno e rappresenta comunque una duplice sfida che accresce la necessità di una *governance* attenta ed equilibrata dei flussi. La libera circolazione, infatti, apre processi di migrazione

---

World, in A.Ü. BÂLI (a cura di), Constitution Writing and Religion in Contemporary Middle East, Cambridge, 2017, pp. 289-316.

[58] Per queste procedure si v. il sito del Ministero del Lavoro e dell'Inserimento Professionale, http://www.travail.gov.ma/ e http://www.taechir.travail.gov.ma/.

[59] Cfr. R. FILALI MEKNASSI, Le droit marocain dans la tourmente du nouvel ordre migratoire international, in Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, 3, 2019, pp. 40-71.

[60] I. STOCK, The impact of migration policies on civil society actors' efforts to improve migrants' access to social and economic rights in Morocco, in The Journal of North African Studies, 2020, online: https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13629387.2020.1814751.

ISSN 2036-7821

(teoricamente) circolare favoriti dalla possibilità di sfruttare con facilità (dal punto di vista delle autorizzazioni per il superamento delle frontiere) le opportunità occupazionali interne dell'uno o dell'altro paese. La prima sfida è, pertanto, di comprendere se questi flussi in potenza non siano circolari e possano portare ad accrescere ulteriormente il numero di coloro che si muovono per raggiungere l'Europa, fermandosi irregolarmente sul territorio marocchino a causa della chiusura delle frontiere settentrionali. Si tratta, a questo proposito, di considerare le stesse morfologie geografiche dell'area saheliano-sahariana che non rendono agevole il monitoraggio degli spostamenti di persone come effetto dei fattori socio-economici e ambientali, nonché dell'attività di organizzazioni criminali[61]. La seconda sfida, in senso opposto, è dettata dal rischio di disperdere il potenziale flusso di capitale umano, di mano d'opera e di competenze specialistiche selezionate, sia dei marocchini verso l'Africa, sia degli africani in Marocco, che riveste un interesse significativo per lo sviluppo economico nazionale.

Va collegato a questo quadro il Piano del *Nuovo modello di sviluppo (2022-2035)* inaugurato dal Marocco nell'aprile 2021[62] con l'obiettivo principale di alleviare nella società le fragilità delle persone, ivi compresi i migranti, attraverso processi di sviluppo sostenibile. Una delle azioni che maggiormente ci interessano ai fini del discorso sugli indicatori e sulla misurazione delle riforme, è la garanzia di un più ampio accesso ai dati al fine di disporre delle informazioni sufficienti per monitorare le politiche pubbliche nei diversi settori di intervento del Piano[63]. "*Ce renforcement de l'évaluation comme outil de reddition des comptes et levier d'efficacité de la conception et du pilotage de l'action publique exige un accès à l'information ouvert, fiable et régulier, dans le respect de la protection des données personnelles*"[64]. Molti settori sono caratterizzati da una mancata condivisione delle informazioni con il pubblico, o quantomeno da una mancanza di informazioni sufficientemente aggiornate e con un livello di diffusione sufficiente per consentire analisi valutative pertinenti. Migliorare l'accesso alle informazioni comporterà il rafforzamento e l'ammodernamento degli strumenti statistici adottati a livello nazionale, nonché la revisione della legge relativa

[61] S. SADDIKI, The Maghreb and intra-African Migration. One challenge and different strategies, in I. MOYO, J.P. LAINE, C. CHANGWE NSHIMBI (editors), Intra-Africa Migrations. Reimaging Borders and Migration Management, London, 2021, chapt. 8 (ebook).

[62] COMMISSION SPECIALE SUR LE MODELE DE DEVELOPPEMENT, Le Nouveau Modèle de Développement. Libérer les énergies et restaurer la confiance pour accélérer la marche vers le progrès et la prospérité pour tous, Rabat, Avril 2021, online: https://csmd.ma/documents/Synthese.pdf.

[63] Y. ARBAUOI, La protection de la vie privée des migrants en Afrique: que peut faire l'Observatoire Africain des Migrations?, in E. ATOUF (a cura di), Le Maroc et l'Afrique subsaharienne à travers les rapports migratoires, Marrakech, 2023, pp. 125-145.

[64] COMMISSION SPECIALE SUR LE MODELE DE DEVELOPPEMENT, Le Nouveau Modèle de Développement, cit., p. 20.

ISSN 2036-7821

all'accesso alle informazioni con la piena adozione degli standard di *Open Government* a cui il Marocco ha aderito nel 2018[65].

Interessante, nel Piano, la presa d'atto dell'esistenza di un settore socio-economico informale – generalmente molto diffuso nei paesi in fase di industrializzazione e che riguarda diversi milioni di marocchini (piccoli commercianti, artigiani, ecc.) – e della conseguente necessità di una transizione che porti progressivamente all'applicazioni di regolamentazioni formali: "*Intégrer l'informel par une logique incitative, progressive et adaptée à la nature des acteurs. […] l'application effective de la loi doit être assurée en ménageant, lorsque nécessaire, une période de transition, en fonction des spécificités sectorielles, pour une mise en conformité graduelle avec la réglementation, à travers notamment des contrats de formalisation entre les entreprises concernées et l'Etat*". Per l'integrazione del settore economico informale si raccomanda di istituire, tra l'altro, un sistema di carte professionali che garantisca specifici diritti e l'accesso ai servizi quali la formazione professionale, le agevolazioni amministrative e fiscali, la copertura sanitaria e gli assegni familiari[66].

Ancora in questa prospettiva, una particolare attenzione è rivolta alle misure di *empowerment* femminile nel contesto sociale, politico ed economico, che devono essere accompagnate da adeguate riforme che offrano una più ampia e sostanziale partecipazione delle donne in ambito economico, politico e sociale[67]. Superare, o almeno attenuare, i vincoli e i pregiudizi (particolarmente pressanti nelle società musulmane) nei confronti della partecipazione attiva delle donne alla vita sociale richiede di intervenire con norme specifiche che rafforzino:

1) la protezione sociale per le lavoratrici durante i periodi di gravidanza e i primi mesi di maternità (congedo retribuito);
2) i servizi economici e le infrastrutture che possono agevolare la partecipazione (fornitura pubblica di asili nido e scuole materne, strutture per l'infanzia per le grandi aziende, orari di lavoro flessibili, istruzione a tempo pieno per i bambini, trasporti pubblici sicuri, deducibilità fiscale delle spese legate al lavoro di governante, ecc.);
3) la parità retributiva e l'equità nell'accesso alle opportunità di lavoro (obiettivi di parità nel settore pubblico, quote nei consigli di amministrazione delle aziende e nelle organizzazioni sindacali, incentivi fiscali a favore dei datori di lavoro che rispettano la parità).

Si rende, inoltre, necessario rafforzare i sistemi di istruzione, formazione, integrazione, sostegno e finanziamento per le donne al fine di:

[65] OECD Public Governance Reviews, Open Government in Morocco, Paris, 2015. Online: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/open-government-in-morocco_9789264226685-en

[66] COMMISSION SPECIALE SUR LE MODELE DE DEVELOPPEMENT, Le Nouveau Modèle de Développement, cit., p. 92.

[67] Ibid., p. 119.

ISSN 2036-7821

1. combattere l'analfabetismo e la dispersione scolastica delle ragazze dall'istruzione universitaria e secondaria, in particolare nelle aree rurali e nei piccoli centri, e rafforzare i canali di formazione, orientamento e integrazione lungo tutto l'arco della vita (programmi di certificazione delle competenze, piattaforme educative online, alfabetizzazione digitale, ecc.);
2. tutelare i diritti proprietari e patrimoniali attraverso il perseguimento di iniziative di "*melkisation*" (trasferimento in proprietà) della terra collettiva a favore delle donne rurali in applicazione della Legge 62.17 sulla tutela amministrativa delle comunità *soulaliyates*[68] (cioè che vivono sulla terra che porta il nome della loro etnia) e la gestione dei loro beni, anche in combinata applicazione della Legge 63.17 sulla delimitazione amministrativa delle terre di dette comunità e della Legge 64.17 sulle terre collettive situate nei perimetri di irrigazione (che concerne l'uso delle acque anche sulle terre collettive);
3. promuovere l'imprenditorialità femminile attraverso un migliore accesso ai finanziamenti, agli aiuti pubblici destinati alle imprese e alle cooperative gestite da donne e una migliore protezione sociale per le lavoratrici autonome.

Per promuovere e sviluppare la comprensione dei valori di uguaglianza e parità, è dichiarata l'urgenza di adeguare la normativa vigente per garantire la prevenzione e la repressione di tutte le forme di violenza e discriminazione contro le donne, attraverso:

1) azioni di sensibilizzazione fin dalla più tenera età (libri di testo scolastici, media, modelli di ruolo, ecc.) per modificare le rappresentazioni riguardanti il ruolo delle donne nella società, la loro capacità di partecipare alla vita sociale, economica e politica e l'importanza dei valori di uguaglianza e parità;
2) una riforma del codice penale e la modifica della legge 103.13, entrata in vigore a settembre 2018, sulla tutela delle donne nei confronti di tutte le fattispecie di violenza e molestie.

6. Conclusioni in prospettiva

Il quadro generale che sin qui abbiamo tracciato disegna un profilo per lo più teorico e metodologico che richiederebbe una verifica operazionale attraverso i risultati dell'applicazione degli indicatori che sono stati evidenziati. Verifica che, d'altro

[68] Sebbene in Marocco l'espropriazione delle terre indigene risalga al periodo coloniale, a partire dall'indipendenza ha continuato a manifestarsi in varie forme. In un contesto globale di politiche neoliberiste, la privatizzazione della terra ha avuto ripercussioni drammatiche sui piccoli agricoltori e sui lavoratori agricoli, in particolare sulle donne che, oltre ad essere espropriate delle terre collettive, sono state emarginate. Nei primi anni 2000, si è costituito il movimento delle Femmes Soulaliyates, divenuto poi un movimento di protesta nazionale contro la privatizzazione delle terre, chiedendo pari diritti e maggiore trasparenza e partecipazione di fronte alla parcellizzazione delle aree rurali collettive. Cfr. Y. BERRIANE, « La part des femmes ». La judiciarisation de l'accès des femmes aux terres collectives au Maroc, in Cahiers d'Études Africaines, 2021, pp. 417-438.

ISSN 2036-7821

canto, incontra significative difficoltà per i limiti esistenti nell'accesso a congrui dati statistici che tengano conto del contesto complesso locale in cui è da annoverare un dato quantitativamente non rilevabile e/o non comunicabile (per volontà politica e/o per considerazioni fattuali) relativo alla presenza di immigrati clandestini e irregolari sul territorio.

Tuttavia, le riforme realizzate dal Regno del Marocco a partire dal 2013 dimostrano la ferma volontà del Governo marocchino di creare un modello di *governance* migratoria che possa divenire strumento politico nelle relazioni internazionali, tanto verso l'Africa, quanto verso l'Europa. Un riconoscimento e un coronamento di questo percorso è stata la Conferenza Intergovernativa per l'adozione del Patto globale per una migrazione sicura, ordinata e regolare, tenutasi a Marrakech a dicembre 2018.

L'esigenza di arginare la marea umana che tenta di varcare i precari confini africani per dirigersi verso il Mediterraneo porta l'Europa a chiedere che sia il Marocco a vigilare, per l'area geografica di sua competenza, sui confini esterni dell'Unione bloccando i tentativi di ingresso attraverso il territorio spagnolo (tramite lo Stretto di Gibilterra o le Isole Canarie o le due enclavi – poste dietro barriere militarizzate – di Ceuta e Melilla). A questo proposito, il tema della condizionalità inserita negli Accordi dell'UE richiede una particolare attenzione agli strumenti di valutazione e monitoraggio che possono essere impiegati per verificare l'effettivo raggiungimento degli obiettivi fissati (soprattutto per il rispetto dei diritti fondamentali e dei principi europei). Si tratta, come si è visto, di strumenti che non presentano alcuno stretto vincolo di natura giuridica, ma hanno piuttosto un valore politico e sono per questo sottoposti ad un'interpretazione politica che risente, di volta in volta, di maggioranze differenti e di interessi variabili. Certo è che gli indicatori, come le regole del gioco, esigono trasparenza e continuità. Gli stessi Accordi dovrebbero stabilire modalità, tempi e strumenti di rilevamento degli effetti delle azioni intraprese dallo Stato terzo in attuazione delle condizionalità fissate. Nello stesso tempo, il ricorso a indicatori qualitativi (rari) e quantitativi (prevalenti) per misurare le riforme attuate da un ordinamento giuridico per il raggiungimento di quegli obiettivi resta strumento utile alla comparazione nell'esame della circolazione dei possibili modelli di *governance* a livello nazionale e sovranazionale. La trasparenza del sistema di *rating* e la certezza dei dati rilevati sono un criterio essenziale che condiziona anche le scelte economiche e finanziarie operate da imprese e istituzioni, pubbliche e private, a livello sovranazionale e internazionale. E, parimenti, ha effetto sulle scelte di politica legislativa volte ad attrarre finanziamenti e investimenti da cui dipende lo sviluppo locale.

Con riferimento ai processi migratori, un importante avanzamento si è avuto con la redazione degli indicatori di *Settling In* congiunti tra UE e OCSE nel 2023. Il fenomeno complesso e dinamico dell'integrazione dei migranti, considerando le

ISSN 2036-7821

diversità dei contesti di riferimento in cui essi aspirano ad inserirsi, richiede un continuo aggiornamento dei criteri di valutazione, necessariamente comparativa. Da qui, l'importanza di arrivare a disporre di un *ranking* dei diversi ordinamenti che permetta di premiare coloro che hanno dati migliori e sostenere quanti incontrano difficoltà maggiori. Gli indicatori UE-OCSE, nello stesso tempo, consentono di formulare un modello, o meglio uno standard, di riferimento per i *policy makers* e per i legislatori, fornendo anche indicazioni su soluzioni normative di maggiore o minore efficacia, anche al di fuori del contesto di riferimento delle due organizzazioni.

Se volessimo applicare gli Indicatori UE-OCSE al caso del Marocco, al di là dei dati che possiamo di volta in volta rilevare sulla presenza e consistenza della popolazione migrante – regolare e irregolare – sul suo territorio, non possiamo non prendere atto degli sforzi compiuti nell'ultimo decennio per favorire le opportunità occupazionali ed economiche degli immigrati (macroarea 2), per migliorare la loro qualità della vita eliminando le barriere all'accesso ai servizi amministrativi (macroarea 3), all'alloggio e alle cure sanitarie, per accrescere l'*engagement* civico e l'integrazione sociale e politica (macroarea 4). I soggetti che hanno potuto beneficiare della regolarizzazione tra il 2014 e il 2017 sono circa 50.000, un numero importante ma incapace di restituire una valutazione attenta della condizione generale dei migranti a fronte delle diverse centinaia di migliaia di clandestini che le statistiche non riescono (o non vogliono) in alcun modo censire con esattezza.

Nei rapporti esterni dell'UE con i paesi dell'area mediterranea, la valutazione del rispetto delle clausole di condizionalità che incidono sulle condizioni dei migranti risente delle difficoltà ad abbandonare, o almeno allentare, l'approccio principalmente securitario che, oggi, sostiene molte opzioni politiche e legislative e che costituisce un ostacolo primario per il raggiungimento degli obiettivi di integrazione socio-economica. L'attenzione rimane focalizzata maggiormente sulle misure di respingimento e rimpatrio, rendendo difficile anche il dialogo con partner terzi, come il Marocco, che dal canto suo non sembra disponibile a piegarsi al ruolo di gendarme esterno che l'UE vorrebbe unilateralmente affidargli. Un ruolo che, peraltro, non sarebbe compatibile con la politica di dialogo inter-africano nella quale il Regno di Mohammed VI sta presentando il suo modello di *governance* delle migrazioni come efficace e, pertanto, esportabile. Né è compatibile con la strategia di sostegno all'emigrazione dei marocchini verso l'Europa da dove provengono non solo importanti flussi di rimesse, ma anche una classe di professionisti e lavoratori specializzati che divengono sempre più indispensabili nella società marocchina, anch'essa partecipe della rivoluzione tecnologica e digitale contemporanea.

Il piano delle riforme marocchine, l'effettività operazionale delle quali deve essere di volta in volta verificata, lascia intravedere la volontà istituzionale di trovare un equilibrio autonomo tra le istanze di sicurezza e di integrazione, per avere a

ISSN 2036-7821

disposizione uno spazio di dialogo con i partner sia europei, sia africani, sia internazionali. Un dialogo che, nel contesto generale del Mediterraneo, oggi prevalentemente conflittuale, appare come l'unica via percorribile per offrire prospettive di sviluppo, benessere e convivenza alle popolazioni che da ogni lato vi si affacciano.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La funzione nomofilattica delle Corti Supreme nel contesto del c.d. *paneuropean dialogue*: il caso del trattamento di sostanze pericolose

di Biancamaria Raganelli

(Professore di Diritto dell'Economia in ruolo presso l'Università di Roma Tor Vergata)

Sommario

1. Premessa: quesiti e questioni in tema di interpretazione e applicazione della disciplina sulla gestione di sostanze pericolose. 2. Il modello a rete di giustizia guropea e il riconoscimento di una rinnovata centralità interpretativa alle Corti nazionali: responsabilità, disincentivi e possibili correttivi. 3. Sulla natura del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e il ruolo del *paneuropean dialogue* nella creazione di uno *ius comune* europeo. 4. La responsabilità delle Corti di ultima istanza per mancato rinvio e le distorsioni indotte dalla disciplina nazionale sulla responsabilità civile dei giudici. 5. Il rinvio pregiudiziale come strumento attivabile esclusivamente *tra Corti* (e non dalle parti), quali centri neuronali della rete. 6. L'interpretazione del Consiglio di Stato che circoscrive la responsabilità del giudice alla motivazione sulla richiesta di rinvio. 7. Il ragionevole dubbio sulle norme nazionali applicabili in materia di "normativa Seveso" e alcune ulteriori riflessioni

Abstract

What is the role of the Supreme Courts within the European jurisdictional network, a unitary network aimed at guaranteeing a uniform interpretation of EU legislation and adequate and non-discriminatory enforcement? What independence of judgment and responsibility should be granted to individual national courts when evaluating whether to activate the preliminary ruling mechanism at the Court of Justice of the European Union? Is it possible and appropriate to integrate the model that encourages dialogue and discussion between national courts prior to referral?

The analysis of the position taken by the Italian administrative judge in a recent case concerning the interpretation and application of national legislation on the treatment of dangerous substances offers the opportunity to reflect on the correct application of the preliminary ruling, on the role of judges in the broader context of CD. pan-European dialogue between European Courts and on the effectiveness of the proposed reference model.

The organization and management model of the European judicial function recognizes a renewed centrality to the national judge, not only the transmission link, but also the impetus and maintenance of the system. A network of courts that act as interconnected neural centers, albeit independent and responsible, which through the exercise of the nomophylactic function and dialogue contribute to guaranteeing a European ius commune, with uniform interpretation and application.

A dialogue that must be valorised and where possible extended, allowing the individual Courts to transmit impulses in a hetero-directional way, horizontally as well as vertically, in order to encourage dialectics and discussion even before the referral and, consequently, the amalgamation between legal systems in a flexible and effective, as well as responsible, way.

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa: quesiti e questioni in tema di interpretazione e applicazione della disciplina sulla gestione di sostanze pericolose.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sez. IV, con ordinanza n. 2789 del 21 marzo 2024 è intervenuto sul tema molto delicato del trattamento delle sostanze pericolose e sulla compatibilità con la cornice europea della disciplina nazionale di recepimento[1].

In particolare, il ricorso presentato da una ditta di gestione dei servizi ambientali per il trattamento di rifiuti liquidi pericolosi (e non), avverso un provvedimento di diffida di un comitato tecnico regionale emanato in esecuzione della disciplina nazionale di recepimento delle c.d. "direttive Seveso", ha offerto l'occasione al giudice amministrativo di affrontare alcune questioni che riguardano il corretto recepimento della disciplina europea nell'ordinamento nazionale e la corretta interpretazione delle direttive in materia di gestione di sostanze pericolose.

L'ordinanza del giudice amministrativo pone quesiti rilevanti nel più ampio contesto europeo, che consentono di proporre alcune riflessioni.

Il *primo quesito* attiene al ruolo delle Corti Supreme come parti di un *network* unitario nel favorire un'interpretazione uniforme della disciplina europea e un *enforcement* adeguato. Il giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno è tenuto al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (C.G.U.E.) su una questione di interpretazione del diritto unionale rilevante al fine di garantire un'interpretazione uniforme della disciplina europea? Quali le condizioni al cui ricorrere scatti l'obbligo di rinvio al giudice europeo?

Il *secondo quesito* pone l'attenzione sulle conseguenze in termini di responsabilità di un eventuale rifiuto da parte del giudice supremo nazionale di procedere al rinvio. Ove il giudice nazionale decida di non attivare il meccanismo di *preliminary ruling* è possibile escludere che questi sia sottoposto automaticamente, ovvero a discrezione della sola parte, ad un procedimento per responsabilità civile e disciplinare? Può il rispetto dei valori costituzionali ed europei della indipendenza del giudice e della ragionevole durata dei processi essere invocato avverso l'attivazione di un procedimento per responsabilità civile e disciplinare?

Il *terzo quesito* si concentra sul caso specifico e, sulla definizione di "presenza di sostanze pericolose" prevista dalla disciplina europea (art. 3, n. 12, della direttiva

[1] Cons. Stato, sez. IV, ord. 21 marzo 2024, n. 2789 – Pres. Lopilato, Est. Conforti. Ricorso proposto dalla societa` Eredi Raimondo Bufarini s.r.l. – Servizi Ambientali, *contro* il Ministero dell'interno, il Ministero della transizione ecologica, il Comitato tecnico regionale delle Marche, il Coordinamento per l'uniforme applicazione sul territorio nazionale di cui all'art. 11 del d.lgs. n. 105/2015, in persona dei rispettivi Ministri *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato *per la riforma* della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per le Marche n. 498 del 23 giugno 2021, resa tra le parti.

ISSN 2036-7821

2012/18/UE). È la disciplina europea compatibile con una prassi nazionale che consenta una procedura operativa implementata dal gestore, la quale contempli il costante monitoraggio del quantitativo delle sostanze pericolose presenti all'interno dell'impianto e garantisca il non superamento della soglia inferiore e della soglia superiore?

Il tema assume importanza sotto molteplici punti di vista, in quanto suggerisce alcune considerazioni sul ruolo del giudice nazionale nell'interpretare la disciplina nazionale di recepimento alla luce di quella europea e valutare attentamente "la necessità e rilevanza" di un eventuale rinvio alla Corte di Giustizia UE. Ciò tenuto conto dell'esigenza di assicurare un'interpretazione e applicazione uniforme della disciplina europea nei diversi Stati membri, nonché del ruolo dei giudici nel più ampio contesto del c.d. *paneuropean dialogue* tra Corti europee.

2. Il modello a rete di giustizia europea e il riconoscimento di una rinnovata centralità interpretativa alle Corti nazionali: responsabilità, disincentivi e possibili correttivi.

Il caso riguarda un provvedimento di diffida emanato da un Comitato tecnico regionale (C.T.R.) regionale nel 2020 nei confronti di una società di gestione dei servizi ambientali, in particolare di un impianto di trattamento di rifiuti liquidi, pericolosi e non pericolosi[2].

Un gruppo di lavoro istituito dal Comitato tecnico regionale, incaricato di redigere la relazione sulla assoggettabilità o meno dello stabilimento della società alla c.d. "normativa Seveso"[3], recepita in Italia[4], aveva confermato l'applicabilità della disciplina europea al caso specifico. Conseguentemente si era ritenuto che la società fosse tenuta a presentare la notifica e il rapporto di sicurezza nelle forme specifiche previste dalla normativa nazionale in vigore[5] e, a seguito di un controllo, il C.T.R. della Regione aveva emanato specifica diffida[6].

Il T.a.r. per le Marche, investito della questione, ha in primo grado respinto il ricorso[7], ma le censure sono state riproposte in appello al Consiglio di Stato[8].

---

[2] L'autorizzazione integrata ambientale (A.I.A.), rilasciata dalla Provincia consente di stoccare (operazione D15) fino a 800 tonnellate di rifiuti pericolosi identificati con vari codici EER e di trattare (operazioni D8-D9) fino a 200 t/g dei medesimi rifiuti.

[3] Direttive 82/501/CEE, 96/82/CE, 2012/18/UE

[4] D.P.R. n. 175 del 1988, d.lgs. n. 334 del 1999 e d.lgs. n. 105 del 2015

[5] Art. 13 e art. 15 dello stesso d.lgs. n. 105/2015.

[6] La ditta è stata diffidata due volte a presentare la notifica e il rapporto di sicurezza di cui all'art. 15 del d.lgs. 105 del 2015 oppure a limitare l'utilizzo dei serbatoi per non superare i limiti di soglia previsti dalla disciplina in vigore.

[7] Tar Marche, sentenza n. 498 del 23 giugno 2021, n.r.g. 57/2021),

[8] Si sono costituiti in resistenza il Ministero dell'interno, il C.T.R. della Regione Marche, il Ministero della transizione ecologica e il "Coordinamento per l'uniforme applicazione sul territorio nazionale di cui all'art. 11 del d.lgs. n. 105/2015".

ISSN 2036-7821

In particolare, la ditta di gestione dei servizi ambientali sostiene che la "normativa Seveso" dovrebbe consentire che il gestore di un impianto di trattamento rifiuti dimostri che la presenza di sostanze pericolose nel proprio stabilimento non oltrepassi mai la "soglia inferiore" attraverso un sistema gestionale, che prevede il monitoraggio continuo delle sostanze presenti nello stabilimento. Di conseguenza, la disciplina nazionale che non lo consente violerebbe la disciplina europea.

L'interpretazione dell'art. 3, n. 12, della direttiva 2012/18/UE consentirebbe di chiarire la questione, da cui la richiesta di rinvio alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, cui ha fatto seguito la sentenza non definitiva n. 490/2022, con cui il Consiglio di Stato ha sospeso il giudizio e sollevato i tre questioni pregiudiziali indicate in premessa.

Nell'ordinanza di risposta, il giudice europeo definisce e chiarisce il disegno o modello di riferimento nel quale si articola il rapporto tra Corti europee e definisce l'interazione tra le stesse, oltre che tra centro, periferia e viceversa. Nell'organizzazione e funzionamento della funzione giurisdizionale europea si delinea un *modello integrato a impulso reciproco e etero-direzionale*, nel quale alle singole Corti nazionali parte della rete viene riconosciuta una rinnovata centralità interpretativa per il tramite dell'esercizio di una funzione nomofilattica, contribuendo così a garantire interpretazione uniforme e l'unità del diritto nell'Unione europea[9].

Un'alternativa ai modelli *botton-up*, con cui si sono articolati tradizionalmente i rapporti tra periferia (ordinamenti domestici e istituzioni nazionali) e centro (ordinamento e istituzioni centrali europee) e *top-down*, più evidente ad esempio nell'architettura finanziaria europea disegnata per far fronte alla crisi finanziaria 2007 e a ciò che ne è conseguito.

Il giudice nazionale è chiamato a proporre un'interpretazione e anticipare l'interpretazione del diritto europeo che ne farebbe la Corte di giustizia per formarsi un convincimento, potendo formalmente astenersi dal rinvio ove "*abbia maturato la convinzione*" che "*gli altri giudici di ultima istanza degli Stati membri e la Corte condividerebbero la sua analisi*" secondo specifici criteri interpretativi (36 a 42) e

[9] Vale la pena ricordare che una prima formulazione dell'obbligo di interpretazione uniforme è rinvenibile in CGE, 10.04.1984, Von Colson, C-14/83. La Corte costituzionale italiana aveva elaborato un analogo onere interpretativo come corollario dello sforzo di interpretazione conforme a Costituzione (in particolare, all'art. 11 Cost.): cfr. Corte cost., sent. n. 170 del 1984, anticipata già dalle pronunce nn. 176 e 177 del 1981; Corte cost., n. 454 del 2006; n. 28 del 2010; n. 227 del 2010; n. 222 del 2011. Come noto, l'obbligo di interpretazione uniforme è stato successivamente ribadito ed esteso dalla Corte di giustizia in vari casi tra cui, CGE, 13.11.1990, Marleasing, C-106/89; Id., 16.12.1993, Wagner Miret, C-334/92; Id., 26.09.1996, Faccini Dori, C-168/95; Id., 27.06.2000, Oceano Grupo Editorial, C-240-244/98; Id., 11.07.2002, Arcaro, C-62/00; Id., 09.12.2003, Commissione c. Italia, C-129/00; Id., 07.01.2004, X, C-60/02; Id., 05.10.2004, Pfeiffer, C-397/01; Id., 16.06.2005, Pupino, C- 105/03; Id., 04.07.2006, Adeneler e a., C-212/04; Id., 03.05.2007, Advocaten voor de Wereld, C-303/05; Id., 19.01.2010, Ku cu kdeveci, C-555/07; Id., 24.01.2012, Dominguez, C-282/10; Id., 24.05.2012, Amia SpA, C-97/11; Id. 19.04.2016, Rasmussen, C-441/14.

ISSN 2036-7821

considerazioni (paragrafi da 43 a 45). Il giudice nazionale è chiamato a svolgere attentamente il suo ruolo interpretativo come parte di una *rete giurisdizionale europea* di cui non è solo anello di trasmissione, ma anche di impulso e di tenuta del sistema.
Ma quali sono i rischi che non risulti attendibile la "convinzione", maturata dal giudice a casa propria, che i giudici di ultima istanza degli Stati membri e la Corte europea condividerebbero la sua analisi? La questione ha implicazioni rilevanti per i giudici in termini di responsabilità civile e disciplinare, ma anche per l'intera comunità di cittadini ed operatori economici europei cui deve essere assicurata un'interpretazione e applicazione non discriminatoria dello *ius comune* nel rispetto della *rule of law*.
Come chiarito dalla Corte europea, spetta esclusivamente al giudice nazionale valutare la *necessita` e la rilevanza del rinvio* e *"deve assumersi la responsabilita` dell'emananda decisione giurisdizionale"* [10]. Il giudice europeo, dal canto suo, non e` obbligato a pronunciarsi quando "*l'interpretazione richiesta non ha alcun legame con la realta` effettiva o con l'oggetto del procedimento principale, [o] qualora il problema sia ipotetico*"[11].
Ne consegue che nel disegno della Corte di giustizia, il giudice nazionale è chiamato a valutare e decidere prioritariamente *da solo*, assumendo su di sé in esclusiva la responsabilità del rinvio e dal canto suo, la Corte di giustizia non è tenuta a pronunciarsi. Così l'interpretazione del giudice europeo scarica la responsabilità del rinvio sulla periferia e, in assenza di un o strumento di condivisione e ponderazione tra Corti dei "*profili di necessità e rilevanza*", frena o meglio disincentiva il giudice nazionale a svolgere pienamente il proprio ruolo nella rete. Ciò rischia di fiaccare l'efficacia di modello integrato di rete giurisdizionale europea che, tra le altre cose, potrebbe avere un effetto deflattivo sul flusso di rimessioni alla Corte di giustizia.
Al contrario, un correttivo al modello che consentisse, in caso di dubbio, di attivare il dialogo tra Corti, potrebbe di fatto attenuare il rischio di male interpretare i "profili di necessità e rilevanza", condividendo la strategia nell'interpretare una disciplina europea destinata ad essere auspicabilmente applicata in modo uniforme nei diversi Stati membri. Da ciò ne conseguirebbe una riduzione del rischio di errore nell'interpretazione proposta della stessa responsabilità in capo alla Corte nazionale e, conseguentemente, di dover essere giudicati a propria volta in termini di responsabilità civile e disciplinare.
In mancanza, non può escludersi che nella ponderazione richiesta alla Corte nazionale dei "*profili di necessità e rilevanza*" giochi inevitabilmente un ruolo l'asimmetria informativa tra Corti nazionali e la spada di Damocle della responsabilità con le peculiarità demandate alle discipline nazionali.

[10] Corte di giust. EU, ordinanza 15 dicembre 2022, resa nella causa C-144/2022.
[11] Punto 58 dell'ordinanza C-144/22

ISSN 2036-7821

Nel caso specifico, la Corte nazionale nella veste del Consiglio di Stato, a valle dell'interpretazione fornita dalla Corte europea, preso atto delle risposte fornite dal giudice europeo, a valle di una puntuale interpretazione del caso specifico in base alle indicazioni fornite, ha ritenuto che il rinvio andasse riproposto.

3. Sulla natura del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e il ruolo del paneuropean dialogue nella creazione di uno ius comune europeo.

Il giudice amministrativo sceglie di non formulare nuovi quesiti e di ricercare autonomamente, alla stregua delle indicazioni fornite dalla stessa Corte, l'interpretazione della normativa nazionale sulla responsabilità civile del giudice che era stata richiesta alla C.G.U.E. Si concentra pertanto sulla natura del rinvio pregiudiziale e sugli effetti della normativa italiana sulla responsabilità civile sull'agire delle Corti nazionali[12].

Come noto, l'art. 267 del TFUE attribuisce alla C.G.U.E. la competenza a pronunciarsi, in seguito a richiesta di un organo giurisdizionale di uno Stato membro, sull'interpretazione dei Trattati e sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. L'obiettivo è evidentemente quello di assicurare l'omogeneità dell'applicazione del dritto europeo su tutto il territorio e favorire il dialogo tra i giudici nazionali e quelli europei al fine di chiarire il significato e la validità di particolari disposizioni normative.

Il presupposto del rinvio è che la questione sia indispensabile per la risoluzione della controversia pendente avanti gli organi interni. Si parla di obbligo e non facoltà di sollevare la questione presso la C.G.U.E. solo nel caso in cui le questioni siano sollevate da organi giurisdizionali di ultima istanza, dal momento che non sarebbe più possibile impugnare la decisione dinnanzi altri organi[13].

La recente ordinanza sulla gestione di sostanze pericolose propone, preliminarmente, alcune considerazioni di ordine generale sul rapporto con la C.G.U.E. nel rinvio pregiudiziale, ritenute pregiudiziali rispetto alla decisione della questione interpretativa. La riflessione parte dalle origini del disegno europeo di Comunità, conseguente alla fine della Seconda guerra mondiale e al cambio di prospettiva e di

[12] Legge n. 117/1988, art. 2, comma 3-*bis*. Per quesiti analoghi, sollevati dalla Quarta Sezione si vedano le ordinanze C-597/21 del 15 dicembre 2022, C-144/22 del 15 dicembre 2022, C-83/21 del 22 dicembre 2022, C- 482/22 del 27 aprile 2023, C-495/22 del 27 aprile 2023. Per altri casi di rimessione, si confronti con Cons. Stato, Sez. IV, ord., 6 aprile 2022 n. 2545; Sez. IV, sent. non definitiva, 14 luglio 2022 n. 6013; Sez. IV, sent. non definitiva, 21 luglio 2022 n. 6410.

[13] Nell'analizzare le conseguenze derivanti dalla violazione dell'art. 267 TFUE co. 3 occorre distinguere quelle interne, connesse alla possibilità del privato di ottenere un risarcimento dei danni, da quelle relative ai rapporti tra UE e stato membro, connesse ad un possibile procedimento di infrazione ex art. 258/259 TFUE. Per la prima questione si veda più diffusamente la sentenza Köbler (C-224/01). Sulla seconda, un caso di procedimento d'infrazione avviato dalla Commissione nei confronti della Repubblica Francese è stato affrontato nella decisione C-416/17.

ISSN 2036-7821

strategia di interazione tra paesi europei (dalla coesistenza alla cooperazione), che ha consentito la realizzazione di un'idea di Europa attraverso l'impegno dei primi sei Paesi fondatori, di cui l'Italia ha fatto parte. Ha conservato e rinnovato nel tempo un'"*attiva e convinta partecipazione alla costruzione europea e all'originale sistema giuridico da essa sviluppato*", basato sulla creazione di istituzioni europee, una disciplina armonizzata, una progressiva cessione di sovranità in contesti e aree diverse.
Come evidenziato, questa vocazione ha implicazioni non solo sul piano politico ed economico, demandato alle funzioni legislative ed esecutive, ma anche su quello giuridico, demandato al lavoro delle Corti nazionali. Un unico disegno finalizzato alla costruzione europea nel quale, accanto all'esercizio delle funzioni legislative ed esecutive, le Corti nazionali agiscono e contribuiscono a definire le implicazioni sul piano giuridico.
È solo grazie al cd. *paneuropean dialogue* che coinvolge la Corte di Giustizia e i giudici d'Europa, in particolare le Corti Supreme, componenti costitutive della rete giurisdizionale europea, che è stato possibile creare uno *ius commune* europeo.
La rete tra Corti ha connesso il centro alle periferie e viceversa grazie all'esplicazione del principio di sussidiarietà, così creando una trama comune, consentendo di interpretare il diritto europeo e amalgamare gli ordinamenti domestici, di tradurre in pratica l'approccio monistico nella definizione del rapporto tra ordinamento europeo e ordinamenti domestici e di trasformare nel tempo un insieme di regolamenti e direttive in un vero e proprio ordinamento giuridico.
Il dialogo è ciò che consente la trasmissione di impulsi attraverso la rete di cui fanno parte le Corti italiane, che hanno offerto un rilevante contribuito sin dalle origini. Impulsi che promanano da neuroni autonomi, ma interconnessi, che si trasmettono in direzioni diverse e che forniscono energia alla rete, contribuendo a formare l'ordinamento dell'Unione.
Un ordinamento dotato di *flessibilità ed efficacia* proprio grazie alla funzione nomofilattica svolta dalle Corti Supreme, che forniscono indirizzi interpretativi utili a tutti i giudici che non sono di ultima istanza e ne assicurano diffusione sul territorio dell'Unione. Non creano principi rigidi e immutabili, ma ne consentono la ragionevole evoluzione, attraverso l'esercizio di un'attività di *rule making* dove serve colmare lacune normative o definire questioni.
È infatti sempre possibile tornare su questioni affrontate e decise dove emergano elementi e circostanze idonei a riconsiderare la questione[14]. Non favoriscono la creazione di indirizzi interpretativi di portata generale senza prescindere dalle problematiche concrete che hanno originato il quesito e che vengono illustrate, specie

[14] Cons. St. sentenza 6 ottobre 2021, C-561/19, c.d. "Consorzio Italian Management".

ISSN 2036-7821

nella tradizione italiana, dal giudice del rinvio[15]. In un approccio che non è più prerogativa dei soli ordinamenti di *common law*, ma che consente in modo più flessibile anche nei paesi di *civil law* l'adattamento della disciplina alla realtà, secondo l'approccio dell'Economic Analysis of Law[16].

4. La responsabilità delle Corti di ultima istanza per mancato rinvio e le distorsioni indotte dalla disciplina nazionale sulla responsabilità civile dei giudici.

Il rinvio pregiudiziale obbligatorio da parte del Consiglio di Stato, quale giudice amministrativo di ultima istanza, ha caratteri particolari anche rispetto a quello del giudice ordinario.

Nell'ordinanza del giudice amministrativo di ultima istanza si ricorda l'importanza del ruolo svolto nella costruzione europea e le sue prassi recenti[17] e si riportano dati discussi dall'*Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions*, che evidenziano una tendenza in Italia a procedere quasi automaticamente al rinvio anche in ipotesi prive di dubbi interpretativi[18]. Un rapporto almeno 3 volte superiore in Italia rispetto alla Germania, di quasi 4 volte la Francia e la Spagna.

Al di là dell'obiettivo di assicurare un'applicazione uniforme del diritto europeo, comune ad ogni Corte all'interno del sistema, la tendenza italiana sembrerebbe

[15] Si vedano le "*Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale*" della C.G.U.E. - 2019/C 380/01, e in particolare il paragrafo 15

[16] L'Economic Analysis of Law (EAL) nel contesto del diritto pubblico è stato definito un approccio prospettico al diritto, che tende alla ricerca ed analisi delle conseguenze delle regole al fine di selezionare e definire le stesse in base a criteri di efficienza. Assumendo quello dell'efficienza come uno dei valori coinvolti nelle scelte legislative e, dunque, uno degli obiettivi tendenziali di ciascuna norma, il ricorso ad alcuni strumenti della teoria economica può essere di aiuto nel valutare l'efficacia *ex post* della formulazione di una legge e, nel caso, suggerire dei possibili correttivi. In questa prospettiva, risultano senz'altro avvantaggiati i paesi di *common law*, caratterizzati da una elevata specificità della *rule of law* e dal potere di "*creazione del diritto*" nell'esercizio della funzione giudiziaria, attraverso il quale il giudice "*si trova nella situazione ideale per verificare, col senno di poi, quali incentivi avrebbero dovuto guidare ex ante il comportamento delle parti*". Per un approfondimento, nella letteratura italiana sull'EAL, tra gli altri, R. PARDOLESI, *Voce Analisi economica del diritto*, in *Digesto* IV, I, Utet, Torino, 1987, p. 309; R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole-analisi economica del diritto civile*, Il Mulino, Bologna, 1999; P. CHIASSONI, *Economic Analysis of Law. L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, 1992; A. M. POLINSKY, *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, in *Il foro italiano*, Roma, 1992; B. RAGANELLI, *Finanza di progetto e opere pubbliche: quali incentivi?*, 2006; G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti*, 2009.

[17] Incontro A.C.A. - *Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions*, svoltosi il 9-10 ottobre 2023, presso la Suprema Corte Amministrativa di Svezia.

[18] I dati dell'A.C.A. mostrano che i casi di rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato italiano non solo sono, numericamente più elevati rispetto a quelli delle Corti Supreme amministrative degli altri Stati membri, ed evidenziano specie negli ultimi anni l'insorgere di alcuni automatismi nella rimessione anche in fattispecie in cui la normativa nazionale non è caratterizzata da disposizioni di dubbia compatibilità con la c.d. normativa unionale, secondo i principi dell'*acte clair*. I dati A.C.A. sui *preliminary ruling* formulati delle Corti Supreme amministrative europee nel decennio 2012-2022 evidenziano 300 rimessioni in Italia a fronte di circa 100 in Germania, in 90 in Francia, 70 in Spagna e negli altri Stati membri molto meno.

ISSN 2036-7821

incentivata dalla disciplina nazionale sulla responsabilità civile dei magistrati[19]. In particolare, la normativa interna, nel definire le ipotesi di responsabilità del giudice per "*violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea*", prevede che "*in caso di violazione manifesta del diritto dell'Unione europea si deve tener conto anche della mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, terzo paragrafo, TFUE*".

Sulla questione, il giudice nazionale aveva sollevato dubbio di compatibilità della previsione nazionale con il meccanismo dell'art. 267 TFUE e con l'interpretazione fornitane dalla C.G.U.E[20], respinto come "manifestamente irricevibile", perché mancante si alcun legame con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale"[21].

È evidente che la normativa italiana sulla responsabilità del giudice rientra nell'autonomia procedurale degli ordinamenti nazionali e si configura come una normativa diversa rispetto a quella direttamente applicabile per la decisione della questione sottoposta alla Corte di Giustizia. Tuttavia, la questione resta molto rilevante anche alla luce dei dati di confronto tra paesi europei, poiché può condizionare l'atteggiamento del giudice rimettente, inducendolo a formulare quesiti in funzione "auto-difensiva", che possono risultare manifestamente irricevibili, contribuendo ad ingolfare il meccanismo di trasmissione e l'attivazione del *preliminary ruling*. Automatismi alimentati anche dai casi in cui le parti prospettino la possibilità di un'azione di responsabilità in caso di mancato rinvio[22].

La soluzione potrebbe essere rinvenuta sul fronte legislativo interno, ove si riuscisse a meglio definire la previsione normativa, pur senza necessariamente privare di responsabilità le Corti in caso di violazione manifesta del diritto dell'Unione. Tuttavia, la strada maestra da percorrere si ritiene sia quella che passa per l'attivazione di una riflessione nel più ampio contesto europeo sul modello di riferimento proposto dalla Corte di giustizia. Come sopra ricordato, il modello conferisce una rinnovata centralità al ruolo interpretativo delle Corti nazionali quali centri neuronali periferici, cui corrisponde una responsabilità che va declinata in rapporto all'assunzione del rischio interpretativo. Per evitare distorsioni e interpretazioni difformi, gravare la Corte nazionale di un carico di responsabilità che può essere condizionato da una diversa interpretazione, mina la funzionalità del modello europeo e rischia di inficiare la trasmissione degli impulsi attraverso la rete neuronale, che può inficiare l'efficacia del *paneuropean dialogue*.

---

[19] Legge n. 117 del 1988, come modificata dalla legge del 27 febbraio 2015 n. 18. Sul rapporto tra responsabilità, limiti e distorsioni, tra gli altri B. RAGANELLI, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Torino, 2012.

[20] Cons. St. sentenza non definitiva n. 490/2022.

[21] Punto 58 dell'ordinanza C-144/22

[22] C-407/23 del 12 dicembre 2023

ISSN 2036-7821

Infatti, se è attraverso il *paneuropean dialogue* che la funzione nomofilattica svolta dalle Corti Supreme svolge il proprio ruolo di amalgama nella costruzione di uno *ius comune* europeo, è opportuno favorire il dialogo anche tra singole Corti nazionali ed individuare un meccanismo di coordinamento e scambio che consenta di ponderare l'approccio interpretativo a monte della singola decisione sulla necessità del rinvio per la definizione del singolo caso specifico. Un meccanismo che non deve tradursi in un aggravio procedurale e un allungamento dei tempi, ma che permetta il trasferimento degli impulsi tra Corti nazionali, ovvero tra i centri neuronali periferici, consentendo di condividere formalmente gli approcci interpretativi. Ciò significa favorire il dialogo in più direzioni e ridurre il rischio sul singolo giudice, nel rispetto delle esigenze di flessibilità ed efficacia dell'intero meccanismo.

5. Il rinvio pregiudiziale come strumento attivabile esclusivamente tra Corti (e non dalle parti), quali centri neuronali della rete.

Con la propria ordinanza il Consiglio di Stato tenta di procedere autonomamente all'individuazione di un principio interpretativo che consenta di chiarire e limitare il condizionamento che la normativa nazionale sulla responsabilità civile dei magistrati (legge n. 117/1998 e s.m.i.) è in grado di produrre sul giudice rimettente. Procede rinvenendo la soluzione nelle fonti europee e nelle considerazioni svolte dalla stessa Corte di giustizia in altri casi, auspicandone un pronunciamento anche in via incidentale, anche al fine di prevenire eventuali, futuri quesiti relativi alla legge nazionale sulla responsabilità civile del giudice[23].

Quanto al concetto di chiarezza della norma, la Corte europea nel noto caso Cilfit osserva che occorre tenere conto di alcuni fattori propri del diritto europeo. Poiché le norme europee vengono rese in lingue differenti per i singoli stati, la chiarezza con cui potrebbe presentarsi la questione al giudice di uno Stato potrebbe non esservi per il giudice di un altro Stato e per i giudici della Corte di giustizia. Inoltre, il diritto europeo si avvale di concetti e istituti propri, che potrebbero non coincidere con quelli interni. La configurabilità della scelta sul rinvio va valutata in funzione delle caratteristiche proprie del diritto comunitario, delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta e del rischio di divergenze di giurisprudenza all'interno della Comunità.

[23] Si rinvia alla letteratura sulla giurisprudenza europea e nazionale in tema di rinvio pregiudiziale. Tra gli altri, F. FERRARO, *Corte di giustizia e obbligo di rinvio pregiudiziale del giudice di ultima istanza: nihil sub sole novum*, *GiustiziaInsieme*. M. CARTABIA, J.H.H.WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, 64 ss.; T. GIOVANNETTI, *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Torino, 2009; L. CAPPUCCIO, *I giudici italiani ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dopo il Trattato di Lisbona*, in Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Napoli, 2013, 81 ss.

ISSN 2036-7821

Nel caso Commissione c. Repubblica Francese (C-416/1), il giudice europeo ha ribadito quanto affermato a proposito dalla sentenza Cilfit, ovvero che la chiarezza del caso non deve essere valutata solo riguardo alla prospettiva nazionale, ma anche tenendo conto di tutte le circostanze proprie del contesto comunitario. Nel caso specifico ha sostenuto che, poiché il Conseil d'État ha omesso di adire la Corte di giustizia dell'Unione europea ex art, 267, co. 3 TFUE, sebbene l'interpretazione da esso accolta delle disposizioni del diritto dell'Unione nelle sentenze del 10 dicembre 2012, Rhodia, e del 10 dicembre 2012, Accor, non s'imponesse con un'evidenza tale da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio, la Repubblica francese è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti.

Il Consiglio di Stato nell'ordinanza sul caso delle sostanze pericolose richiama il caso C-561/19 "Consorzio Italian Management" del 6 ottobre 2021, ritenendolo un solido parametro esegetico. In quel caso, infatti, la Corte europea ha fornito risposte chiare al quesito processuale posto dal giudice amministrativo italiano, attribuendo spazio determinante all'autonomia procedurale dello Stato membro, nonché alla responsabilità decisionale del giudice nazionale. Nella decisione la Corte europea ribadisce quanto affermato circa il valore del dialogo tra Corti soprattutto supreme, quale *sistema di cooperazione tra la C.G.U.E. e i giudici nazionali* oltre che di costruzione e di evoluzione dell'ordinamento europeo che trova fondamento nell'art. 267 TFUE., par. 3[24].

Il rafforzamento dell'obbligo di motivazione in caso di mancato rinvio, insieme all'indicazione del confronto orizzontale con le normative e la giurisprudenza degli altri ordinamenti nazionali apre nuovi scenari in cui andrà affinata la tecnica di corretta elaborazione delle pronunce del giudice italiano relative a questioni di rilevanza comunitaria. L'integrazione tra diritto europeo e ordinamenti nazionali potrà risultare più armonica, irrobustendo il già proficuo dialogo tra le Corti[25].

In questo contesto, l'*acte clair* e dell'*acte éclairé* costituiscono parte integrante e funzionale del dialogo - presupposto e contenuto - in quanto definiscono l'effettività dell'obbligo e lo rendono sostenibile anche nel suo funzionamento pratico. Il giudice europeo valorizza nella logica del "dialogo tra giudici" il ruolo fondamentale della motivazione fornita dalla corte nazionale di ultima istanza sulla scelta di non rinviare, pur nei casi "obbligatori" e ribadisce che il dialogo è solo "tra giudici" e non coinvolge altri soggetti.

---

[24] Nell'analisi quella questione la C.G.U.E. richiama un proprio precedente (cause 28-30/62) nel quale era già stato affermato che l'obbligo del rinvio venisse meno qualora la medesima questione fosse già stata affrontata in precedenza; quindi, il giudice di ultima istanza si sarebbe dovuto servire di detta interpretazione al fine di risolvere la controversia.

[25] Sul punto, M. LIPARI, *L'obbligo di rinvio pregiudiziale alla CGUE, dopo la sentenza 6 ottobre 2021, c-561/2019: i criteri cilfit e le preclusioni processuali*, giustamm.

ISSN 2036-7821

Come chiarito, il sistema instaurato dall'art. 267 TFUE non costituisce un rimedio giuridico esperibile dalle parti, perché le stesse non sono componenti della rete. Il sistema di cooperazione diretta tra la Corte e i giudici nazionali - ovvero il modello integrato che alimenta il *paneuropean dialogue* nella definizione dello *ius comune* - "*è estraneo ad ogni iniziativa delle parti*". Queste "*non possono privare i giudici nazionali della loro indipendenza" nell'esercizio* del potere, ovvero quello di motivare se procedere o meno alla rimessione e attivazione del rinvio, segnatamente obbligandoli a presentare una domanda di pronunzia pregiudiziale. Ne consegue che, la possibile responsabilità del giudice nazionale quale Corte nazionale di ultima istanza nel decidere sull'attivazione del *preliminary ruling*, dovrebbe limitarsi alla sola motivazione e non dovrebbe mai riguardare la scelta stessa di adire o meno la Corte di giustizia[26].

Quanto all'obbligo del giudice nazionale di ultima istanza nei confronti delle parti sulla rimessione alla Corte di giust., nella motivazione della sentenza "Consorzio", appare consistere in quello di esaminare la questione "*in maniera indipendente e con tutta la dovuta attenzione*" e di inserire una "*motivazione*" che "*deve far emergere*" le ragioni del mancato rinvio (*acte clair*, *acte éclairé* o rilevanza della questione indicata dalle parti come "pregiudiziale". Un obbligo ritenuto chiaro, ma anche omnicomprensivo, in grado in caso di violazione di costituire *vulnus* alla stessa indipendenza del giudice. Pertanto, la rimessione non costituirebbe in alcun modo un rimedio delle parti e queste "*non possono obbligare*" il giudice "*a presentare una domanda di rinvio pregiudiziale*".

6. L'interpretazione del Consiglio di Stato che circoscrive la responsabilità del giudice alla motivazione sulla richiesta di rinvio.

La giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia chiarisce che in presenza di una richiesta di rinvio obbligatorio è configurabile in capo al giudice un "*obbligo di pronunciare sulla richiesta di rinvio e di motivare*" sulle circostanze che lo escludono. Non sussisterebbe pertanto un obbligo di rinvio automatico *tout court* su richiesta della parte. Questa ha naturalmente il diritto di richiedere il rinvio alla Corte nazionale, che è tenuta a valutare la strada da intraprendere e motivare con specifico percorso argomentativo la decisione presa.

L'impostazione della Corte di giustizia trova riscontro nella stessa posizione assunta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha chiarito che la motivazione del mancato rinvio sia sufficiente a evitare la violazione dell'art. 6 § 1 della CEDU,

[26] In tal senso A.C.A., nella citata riunione del 9-10 ottobre 2023, svolta presso la *Supreme Administrative Court of Sweden*: "*the possible responsibility of the judge in not activating this mechanism must be limited only to the statement of reasons and should never concern the choice itself to refer or not to the ECJ*" (cfr. il verbale della riunione dell'A.C.A. del 9-10 ottobre 2023).

ISSN 2036-7821

ovvero del diritto a un equo processo[27]. È evidente che un eventuale *panel* di raccordo tra Corti, potrebbe più facilmente verificare e valutare in una prospettiva comparata se casi e questioni analoghe siano state sollevate nei diversi Stati membri prima che il rinvio sia perfezionato o negato dal giudice nazionale di ultima istanza, garantendo anche nell'interesse della parte una verifica eventuale ulteriore in una prospettiva comparata e anticipata rispetto al giudizio della Corte di giustizia.

Il percorso argomentativo proposto dal Consiglio di Stato nell'ordinanza citata fonda nella giurisprudenza del giudice europeo l'interpretazione che circoscrive la responsabilità delle Corti nazionali di ultima istanza alla motivazione sulla richiesta di rinvio. Pertanto, la responsabilità` di cui alla legge n. 177/1988, come novellata nel 2015 farebbe riferimento all'obbligo di motivazione sulla richiesta di rinvio e non ad un obbligo automatico di rinvio *tout court*.

Ove, *a contrariis*, si volesse ritenere che la legge italiana configuri una responsabilità civile del giudice di ultima istanza non per la mancata motivazione, ma per il mancato rinvio automatico *tout court*, per il solo fatto che la parte lo abbia prospettato, secondo il giudice amministrativo italiano si dovrebbe supporre che la legge italiana preveda una forma di responsabilità ulteriore rispetto a quella consentita dal modello europeo e con questo incompatibile. Questa ipotesi si porrebbe in aperta contraddizione con il dettato dei punti 53-55 della sentenza "Consorzio" e con la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia e, in ultima analisi, si sostanzierebbe in un'interpretazione che può esporre al rischio di "*privare i giudici nazionali della loro indipendenza*".

In altre parole, l'indipendenza della magistratura, elemento costitutivo della *rule of law*, andrebbe preservata ed anteposta alle richieste delle parti di rinvio pregiudiziale anche ove trattasi di Corti di ultima istanza (267, co. 3)[28]. Ne conseguirebbe che, in presenza di un'espressa motivazione del giudice nazionale sul mancato rinvio o sulle

---

[27] Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 20 settembre 2011, 3989/07 e 38353/07, Ullens de Shooten et Rezabek c. Belgique; sentenza 10 aprile 2012, 4832/04, Vergauwen et autres c. Belgique, punti da 87 a 106 e, specialmente, punti 89-91 della motivazione: "*dans le cadre spécifique du troisième alinéa de ... l'article 267 du TFUE*", "*cela signifie que les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne qui refusent de saisir la CJUE à titre préjudiciel d'une question relative à l'interprétation du droit de l'UE soulevée devant elles, sont tenues de motiver leur refus au regard des exceptions prévues par la jurisprudence de la Cour de justice. ... Or, en l'espèce, la Cour constate que la Cour constitutionnelle a dûment motivé ses refus de poser des questions préjudicielles (paragraphes 34 et 35) et que l'obligation de motivation imposée par l'article 6 § 1 a été remplie conformément à ce que prescrit le droit de l'UE*".

[28] Come noto, l'indipendenza, quale prerequisito dell'imparzialità, è un diritto di ogni persona e una prerogativa del giudice sia come singolo, che come componente di una Corte. La relazione tra i due profili emerge dalle opinioni del Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE), organo del Consiglio d'Europa, Parere n. 1 (2001): «*L'indipendenza della magistratura è una condizione preliminare dello Stato di diritto e una garanzia fondamentale di un processo equo*». «*L'indipendenza dei giudici non è una prerogativa o un privilegio concesso nel proprio interesse, ma nell'interesse dello Stato di diritto e di chiunque cerchi e si aspetti giustizia. L'indipendenza come condizione di imparzialità dei giudici offre quindi una garanzia di uguaglianza dei cittadini davanti ai tribunali*», Parere n. 10 (2007).

ISSN 2036-7821

valutazioni rimesse al giudice nazionale dalla Corte di Giustizia dopo il rinvio, non potrà configurarsi il presupposto della responsabilità risarcitoria e/o disciplinare[29].
Tale impostazione e argomentazione potrebbe tuttavia alimentare involontarie distorsioni in mancanza di un correttivo a livello europeo. Infatti, come noto, lo stesso richiamato principio della *rule of law* evoca la *pari dignità* di ogni persona di fronte alla legge e il diritto ad una tutela nei confronti di qualsiasi forma di arbitrio che ne possa ledere i diritti fondamentali. Secondo tale principio ogni cittadino ha il diritto di invocare il rispetto di determinati principi giuridici innanzi a giudici indipendenti e imparziali, e di godere di un trattamento uguale e non discriminatorio nei confronti dei poteri pubblici.
L'effetto discriminatorio nell'interpretazione e applicazione della disciplina europea al caso specifico è proprio ciò che vuole evitare il meccanismo di rinvio pregiudiziale alla Corte europea. Invece la decisione di una Corte nazionale di ultima istanza sul rinvio e sull'assenza di ogni ragionevole dubbio potrebbe, sia pure involontariamente, portare a conseguenze diverse rispetto a quella di un'altra Corte nel più ampio contesto europeo cui la disciplina europea si applica, producendo involontari effetti discriminatori tra cittadini europei di Paesi diversi. Ciò trova conferma in quanto riferito nella decisione del Cons. St. n. 490 del 25 gennaio 2022, al punto 17.1., secondo cui non è possibile dimostrare con certezza che l'interpretazione da dare alle pertinenti disposizioni si affermi con evidenza anche presso le Corti nazionali di altri Stati membri e presso la stessa Corte di Giustizia. L'effetto potrebbe essere aggravato dalla mancanza di un correttivo che consenta una potenziale condivisione dell'impostazione seguita e un confronto tra Stati membri nell'interpretazione e applicazione della disciplina europea.

7. Il ragionevole dubbio sulle norme nazionali applicabili in materia di "normativa Seveso" e alcune riflessioni ulteriori.

Con riferimento al caso specifico oggetto di valutazione, il Consiglio di Stato passa quindi all'analisi del terzo quesito, al fine di valutare e verificare, secondo le coordinate esegetiche esposte, se in relazione alla cd. "normativa Seveso" sussistano ragionevoli dubbi interpretativi che richiedono un nuovo rinvio alla Corte di Giustizia. Ritiene quindi necessario un pronunciamento espresso della C.G.U.E.
La normativa italiana di cui al d.lgs. n. 105/2015 e allegati esclude l'applicabilità della normativa Seveso per gli stabilimenti in cui le sostanze pericolose non eccedono la soglia inferiore. Ove invece la presenza di sostanze pericolose sia compresa tra la soglia inferiore e la soglia superiore, trovano applicazione le disposizioni relative ai

[29] Solo la sussistenza o meno dell'assolvimento dell'obbligo di motivazione secondo il Consiglio di Stato dovrebbe essere considerata nella individuazione di eventuali responsabilità del giudice per mancata motivazione della mancata rimessione alla C.G.U.E., ovvero per revocazione per mancata (considerazione, o motivazione sulla istanza di) rimessione alla C.G.U.E.

ISSN 2036-7821

c.d. *stabilimenti di soglia inferiore*; mentre nel caso si superi la soglia superiore, si procede ad applicare integralmente la normativa (c.d. *stabilimenti di soglia superiore*)[30].
La definizione di "*presenza di sostanze pericolose*" contenuta nella disciplina italiana richiama quella della direttiva 2012/18/UE[31] e il Collegio ritiene determinante l'interpretazione dell'obbligo previsto dalla normativa interna che rinvia espressamente alla direttiva e obbliga il gestore a trasmettere, con le specifiche modalità indicate, *"una notifica, redatta secondo il modulo riportato in allegato 5"*, contenente le informazioni previste[32].
La Corte nazionale, con la sentenza non definitiva n. 490 del 2022, al punto 17.1, aveva escluso la ricorrenza di ragionevoli dubbi interpretativi nella soluzione da fornire alla questione pregiudiziale rilevante nel caso di specie, ma chiarito che non era possibile dimostrare con certezza che l'interpretazione di una Corte sia condivisa anche da altre Corti di altri Stati membri e dalla Corte di Giustizia.
La Corte di Giustizia, con l'ordinanza del 15 dicembre 2022 ha escluso il ricorrere dell'obbligo del rinvio pregiudiziale se "*l'interpretazione corretta del diritto UE si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi*", ma ha puntualizzato che "*non risulta che un giudice nazionale ... debba 'dimostrare in maniera circostanziata' che la medesima evidenza si impone anche ai giudici degli altri Stati membri e alla Corte*". Ha quindi fornito una serie di criteri per escludere, eventualmente, la sussistenza del ragionevole dubbio (punti da 37 a 42).
Il Collegio, dopo aver percorso la strada indicata dalla C.G.U.E. nell'applicazione dei criteri forniti, consapevole della assoluta eccezionalità dell'ipotesi di un ulteriore rinvio nell'ambito dello stesso giudizio, decide di insistere nello specifico caso di specie per il ricorrere di un dubbio interpretativo.
Come evidenziato dalla stessa Corte di giustizia al punto 37 dell'ordinanza, la discrezionalità del legislatore è una caratteristica propria del diritto dell'Unione. Nel caso specifico, la direttiva pare lasciare un certo ambito di discrezionalità al legislatore nelle scelte applicative, concentrandosi solo sulla *effettività del sistema*, senza impedire allo Stato membro nemmeno di scegliere "una" ed "una sola modalità" di comunicazione delle informazioni. Infatti, l'art. 7 della direttiva 2012/18/UE, sull'obbligo di notifica, dispone che gli Stati membri provvedono affinché il gestore sia obbligato a trasmettere una notifica all'autorità competente contenente le seguenti informazioni *"le informazioni che consentano di individuare le sostanze pericolose e la categoria delle sostanze pericolose interessate o che possono essere*

[30] Cfr. art. 3, d.lgs. n. 105/ 2015.
[31] Art. 3, lett. n), del d.lgs. n. 105/2015.
[32] In particolare, il Collegio ritiene determinante l'interpretazione dell'obbligo previsto all'art. 13, co. 1 della normativa interna d.lgs. n. 105/ 2015, che richiama l'art. 7, par. 1 e 2, della direttiva 2012/18/UE e obbliga il gestore *"a trasmettere, con le modalità di cui al comma 5... una notifica, redatta secondo il modulo riportato in allegato 5"*, contenente le informazioni previste.

ISSN 2036-7821

presenti". In questo modo la disciplina europea consente a ciascuno Stato di scegliere la modalità più opportuna con la quale il gestore deve comunicare le informazioni che consentano di individuare le sostanze pericolose interessate o che possono essere presenti.

La direttiva pertanto consente al gestore di effettuare "una notifica" e l'espressione usata non sembrerebbe richiedere una modalità predeterminata. Ciò può indurre i legislatori nazionali a scelte diverse e le Corti ad interpretazioni diverse, alimentando divergenze giurisprudenziali nell'interno dell'Unione europea e di conseguenza trattamenti diversi e potenzialmente discriminatori. Ciò impatta sulla c.d. "effettività del sistema" cara alla Corte di giustizia e dovrebbe essere valutato attentamente al fine di favorire l'esplicarsi del *pan-european dialogue* attraverso la rete anche a monte del rinvio e in modo orizzontale tra Corti nazionali, oltre che verticale verso al C.G.U.E.

Il riferimento ad "*una notifica*", contenuto nella direttiva, potrebbe intendersi in senso restrittivo o riferibile ad una specifica modalità di comunicazione, oppure nel senso che il gestore puo` adoperare qualunque forma di comunicazione delle informazioni, facendo prevalere la terminologia più propria e nozioni autonome. In mancanza di particolari divergenze nelle varie versioni linguistiche della direttiva, deve tenersi conto del fatto che nell'ordinamento italiano è prevista una modalità specifica di notifica redatta secondo un modulo allegato e sottoscritta nelle forme dell'autocertificazione, con conseguente assunzione della responsabilità penale in caso di dichiarazioni false[33]. La mancata previsione di modalità di trasmissione alternative potrebbe essere ritenuta in contrasto con la lettera della direttiva. Permangono pertanto dubbi interpretativi in merito.

Si potrebbe sostenere che la disciplina europea, interpretata anche alla luce dei principi del Trattato in materia di concorrenza e di liberta` di stabilimento, non consenta al legislatore nazionale di escludere forme di verifica e di monitoraggio tecnologicamente più innovative e avanzate, meno restrittive della concorrenza nel territorio dell'Unione, altrettanto efficaci, ma più semplici e meno onerose per le imprese.

La tutela della concorrenza, d'altro canto va contemperata con la necessita` di tutela dell'ambiente e della sicurezza, particolarmente stringente nel settore in questione. Ogni giudice quale interprete, per quanto di propria competenza, è chiamato al bilanciamento degli interessi immanenti a livello europeo e nazionale. Tuttavia, il quesito posto dalla parte è ritenuto rilevante dal giudice amministrativo italiano ai

[33] L'unica modalita` indicata e` costituita dalla notifica dell'art. 13 redatta secondo il modulo specifico modulo riportato in allegato 5, sottoscritta nelle forme dell'autocertificazione (artt. 46, 47 e 76 del d.P.R. n. 445 del 2000 e, dunque, con l'assunzione della responsabilita` penale, in caso di dichiarazioni false), senza ammettere modalita` equivalenti di comunicazione (che, per l'appunto, non prevedono la responsabilita` penale).

ISSN 2036-7821

fini della definizione della controversia e permane un ragionevole dubbio cui è chiamata a fare chiarezza la Corte di giustizia.

Se questa deciderà che la direttiva 2012/18/UE "osta", oppure "non osta" ad una normativa nazionale che disciplina una sola modalità di comunicazione delle informazioni, il Consiglio di Stato valuterà se l'amministrazione italiana era tenuta a consentire o a non consentire all'impresa di comunicare le informazioni con modalità diverse e, in ragione di ciò, valuterà se la diffida impugnata è legittima oppure illegittima e se la disciplina italiana, che prevede un'unica modalità di notifica, presenta profili censurabili per difetto di proporzionalità, ragionevolezza o di altro tipo. Ne consegue che l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia attraverso il rinvio potrà aiutare a fare chiarezza in mancanza di un meccanismo formale che favorisca la condivisione tra Corti su casi analoghi.

Quali conclusioni a valle dell'analisi degli stimoli che pervengono dall'ordinanza del Consiglio di Stato che si colloca, come ricordato, in un più ampio contesto di riflessioni giuridiche sul senso e il ruolo della rete tra Corti posta a tutela della corretta interpretazione e applicazione del diritto unionale, nel processo di progressiva definizione e affinamento di un mercato unico europeo di cittadini, amministrazioni e imprese?

Il contributo interpretativo della Corte di giustizia da un lato e del giudice amministrativo dall'altro ha consentito di evidenziare alcuni elementi nel sistema che possono essere affinati al fine di rendere il modello più efficace. Se da un lato si chiede alle Corti nazionali di valutare e ponderare adeguatamente, maturando una "*convinzione*" che "*gli altri giudici di ultima istanza degli Stati membri e la Corte condividerebbero la sua analisi*", è necessario mettere le stesse nella condizione di farlo, a tutela non solo della magistratura nazionale, ma dell'intera comunità di cittadini ed operatori economici europei cui deve essere assicurata un'interpretazione e applicazione non discriminatoria dello *ius comune*.

Non può negarsi che anche i giudici, nel pieno rispetto dell'indipendenza e imparzialità del loro ruolo, nel contesto in cui esplicano le proprie funzioni sono da ritenersi esposti alla c.d. teoria degli incentivi e dei costi associati alla stessa[34].

[34] Come noto, nella letteratura economica, la teoria degli incentivi nasce dall'unione tra gli studi sulle asimmetrie informative e quelli sulla teoria dei giochi e la teoria delle organizzazioni, quale risposta al problema del conflitto di obiettivi legato alla delega di funzioni tra due soggetti, un delegante (*principal*) e un delegato (*agent*), tra cui vi sia informazione imperfetta. L'idea di fondo è che si possa condizionare il comportamento degli individui attraverso incentivi e sanzioni, attenuando eventuali distorsioni indotte da una distribuzione asimmetrica delle informazioni in un rapporto di delega di ruoli e funzioni. Nella letteratura internazionale sul tema, tra gli altri, J.J. LAFFONT-D. MARTIMORT, *The theory of incentives. The principal-agent model*, Princeton University Press, Princeton, 2002; G. AKERLOF, *The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and Market Mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics*, 84, 1970, p. 488 ss. Si rinvia anche a M. SPENCE, *Market Signaling: Informational Transfer in Hiring and Related Processes*, Harward University Press, Cambridge; M. ROTHS-CHILD, 1974 e J. STIGLITZ, *Equilibrium in Competitive Insurance Markets*, in *Quarterly Journal of Economics*, 93, 1976, p. 541 ss.

ISSN 2036-7821

Ne consegue che restano rilevanti i dubbi sollevati circa il rapporto tra disciplina nazionale in tema di responsabilità dei giudici e l'interpretazione del meccanismo europeo di rinvio fornita dalla C.G.U.E. Ciò perché i c.d. costi associati all'esplicarsi del meccanismo di incentivi e sanzioni, connessi al *timore* di incorrere in responsabilità, sono in grado di condizionare "*l'atteggiamento del giudice rimettente*" e quindi l'esplicarsi della funzione riconosciuta alla singola Corte nazionale all'interno della rete, quale anello di trasmissione, impulso e tenuta del sistema. Si tratta di questione evidentemente in grado di influire sull'efficacia dell'intero sistema, su cui varrebbe la pena fare chiarezza a livello europeo, cogliendo l'occasione per mettere a punto il sistema sulla base delle considerazioni esposte.

L'efficacia e la tenuta del modello di organizzazione e gestione della funzione giurisdizionale europea, supportato dall'esercizio della funzione nomofilattica delle singole Corti, dipende dalla fluidità del flusso di energia trasmesso attraverso la rete nella forma di *pan-european dialogue*.

Una fluidità che può essere involontariamente condizionata e limitata da forme di distorsione immanenti ai diversi ordinamenti parte del *patchwork* ordinamentale, che compone le trame dello *ius comune europeo*, inficiando il funzionamento del meccanismo.

È interesse comune europeo valorizzare il dialogo e, ove possibile, incoraggiare il confronto, agevolando la trasmissione degli impulsi attraverso la rete, nella prospettiva di una auspicabile sempre più ampia *condivisione* anche delle valutazioni connesse all'interpretazione e applicazione dello *ius comune*. Ciò può assicurare una migliore tutela giurisdizionale da un lato e favorire una attenuazione delle distorsioni, con connessa riduzione dei rischi di valutazione e delle conseguenti responsabilità in capo alle singole Corti.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Equo compenso e gare pubbliche per l'affidamento di servizi professionali nella prospettiva del risultato

di Giuseppe La Rosa

(Professore associato di diritto amministrativo)

Gianluigi Delle Cave

(Assegnista di ricerca in diritto amministrativo)

Sommario

1. Premesse e obiettivi dell'indagine. – 2. L'equo compenso: da principio… – 3. …a norma cogente. – 4. L'equo compenso nelle gare pubbliche: i controversi rapporti tra la l. n. 49/2023 e il d.lgs. n. 36/2023. – 5. Una possibile diversa ricostruzione. – 6. L'applicabilità dell'OEPV alle gare di servizi di ingegneria e architettura. – 7. Considerazioni conclusive: l'equo compenso e gli appalti pubblici nella convergenza di interessi.

Abstract

The essay deals with the relations between the provisions set forth by Law No. 49/2023, relating the *equo compenso* and the provisions provided by the new Code of Public Contract. It aims at evaluating the possibility for the Public Authority to derogate the binding provisions laied down by the aforesaid Law No. 49, assigning public contracts, for professional services, having a total fee amount below the threshold indicated in the national regulation.

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

ISSN 2036-7821

1. Premesse e obiettivi dell'indagine[1]

La questione circa la giusta remunerazione per le prestazioni professionali rese a favore di un terzo si colloca al centro di esigenze tra loro assai eterogenee e talvolta anche in – almeno apparente – antitesi. Si fa riferimento all'interesse di colui il quale è chiamato a rendere la prestazione professionale, di quello relativo alla categoria di riferimento e, infine, all'interesse del committente, che nel caso in cui sia una pubblica amministrazione risulta strettamente connesso all'interesse pubblico dalla stessa perseguito. Ciascuno di questi interessi ha una propria autonomia sostanziale e, spesso, anche normativa e si pone in rapporto, talvolta, antitetico rispetto agli altri, sebbene non manchino tentativi legislativi di riequilibrio dei valori: una chiara prova si ricava dall'art. 2233, comma 2, c.c. che nello stabilire che "in ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione" sottende l'obiettivo di considerare il compenso non solo nella prospettiva individuale del prestatore d'opera, ma anche nella più ampia prospettiva della tutela del decoro e della dignità della categoria di riferimento.

Quanto al primo degli interessi sopra richiamati, ossia quello del professionista, sembra di immediata evidenza come esso consista nella remuneratività della prestazione. Tale interesse, peraltro, sembra rilevare non tanto (o, quantomeno, non solo) in una prospettiva meramente soggettiva (potremmo dire, etica o morale) del prestatore d'opera intellettuale, assumendo più propriamente rilievo nella dimensione economico/imprenditoriale dello stesso. Al di là della ontologica formale distinzione tra la figura del libero professionista e quella dell'imprenditore, mancando nel primo la necessità circa la componente organizzativa e l'apporto di lavoratori subordinati, che invece rappresenta la cifra distintiva del secondo, ai sensi dell'art. 2082 c.c.[2], non può tacersi come, nei fatti, esse tendono sempre più a sovrapporsi. A fondamento di tale sostanziale avvicinamento si ritiene militi la profonda modifica che ha interessato, nel corso almeno degli ultimi anni, le libere professioni. La maggiore complessità dei servizi professionali resi e le specifiche, tempestive e altamente specializzate esigenze di supporto richieste dai committenti, infatti, spingono sempre di più la figura del libero professionista verso quella dell'imprenditore. In particolare, il libero professionista, da un lato, necessità in modo sempre più consistente di una organizzazione para-imprenditoriale e, dall'altro, è chiamato a svolgere l'attività in modo abituale e prevalente, e non meramente occasionale o saltuario. Prendendo a riferimento, a titolo esemplificativo,

[1] Sebbene il lavoro sia frutto di riflessioni e analisi congiunte degli Autori, i parr. 1, 5 e 7 sono da attribuire a Giuseppe La Rosa e i parr. 2, 3, 4, e 6 sono da attribuire a Gianluigi Delle Cave.

[2] Sul punto, si v., ad esempio «la nozione di imprenditore portata dall'art. 2082 c.c. non comprende il libero professionista in ragione dell'assenza, nell'attività da lui svolta, della necessaria componente organizzativa di un apparato stabile e complesso, formato da beni strumentali e lavoratori» (Cass. civ., sez. lav., 26 giugno 2013, n. 16092, in *Dir. e giust.*, 2013).

ISSN 2036-7821

la professione forense[3] non può sfuggire come in questo senso militino una pluralità di previsioni: quanto alla complessità della struttura organizzativa, si pensi alla disciplina delle associazioni tra avvocati e multidisciplinari ovvero all'esercizio della professione in forma societaria (di cui agli artt. 4 e 4 *bis* l. n. 247/2012), alla previsione che "l'attività professionale di consulenza legale e di assistenza legale stragiudiziale, ove connessa all'attività giurisdizionale, se svolta in modo continuativo, sistematico e organizzato, è di competenza degli avvocati" (art. 2, comma 6, l. n. 247/2012), al rilievo che l'organizzazione ha anche con riguardo all'attività di informazione del professionista legale (si veda l'art. 17 del Codice deontologico forense); quanto alla non occasionalità dell'attività, si veda l'art. 21 l. n. 247/2012 che subordina la permanenza dell'iscrizione "all'esercizio della professione in modo effettivo, continuativo, abituale e prevalente" e al Regolamento recante disposizioni per l'accertamento dell'esercizio della professione" emanato dal Ministero della Giustizia (decreto 25 febbraio 2016, n. 47), che, tra gli altri, ai fini di cui all'art. 21 cit., prevede che il professionista abbia la disponibilità di almeno un locale ove svolgere la professione, oltre che di un domicilio informativo PEC. Il descritto avvicinamento sostanziale tra la figura del libero professionista e quella dell'imprenditore comporta, dunque, una necessaria convergenza dell'interesse del primo verso il tipico interesse di cui è portatore il secondo, ossia l'economicità[4], intesa quale "attitudine dell'impresa a riprodurre o a creare continuamente le condizioni per la propria sopravvivenza nel tempo in condizioni di autonomia, rimunerando a condizioni di mercato tutti i fattori produttivi impiegati"[5]. In questa prospettiva, dunque, deve essere inteso il compenso per le attività professionali, quale remunerazione idonea a ripagare i fattori produttivi impiegati e, quindi, a garantire la sopravvivenza dell'attività nel mercato. In altre parole, il compenso per l'attività prestata sembra uscire dalla dimensione squisitamente soggettiva del singolo professionista per assumere una più ampia rilevanza, quale strumento necessario per garantire il costante mantenimento di tutti i fattori produttivi (e organizzativi) di cui il professionista si avvale.

Il compenso rileva anche in una prospettiva ultra-individuale, ossia quale strumento

[3] Cfr.voce *Avvocato e Procuratore*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, e, in particolare, la *Premessa* di F. CARNELUTTI (che richiama il passo di Cicerone secondo cui il "*iuris et legum consultus*" è chi "*ad cavendum, vel ad agendum, vel ad respondendum peritus est*", ricordando poi come la figura, con il passaggio all'età moderna, abbia abbandonato l'attività del respondere, ossia di risolvere casi giuridici con autorità).

[4] Sul concetto e la definizione di economicità si vedano G. AIROLDI, G. BRUNETTI, V. CODA, *Economia Aziendale*, Il Mulino, Bologna, 1994, cap. IX; sulla necessità di rispettare simultaneamente alcune condizioni perché si possa dire che l'azienda opera in economicità, si veda P. ONIDA, *Economia d'azienda*, UTET, 1965, p. 59 ss.

[5] L'espressione è tratta da M. MINOJA, *La valutazione dell'economicità di lungo periodo dell'impresa: il contributo informativo della nota integrativa al bilancio e della relazione degli amministratori sulla gestione*, in *Riv. dottori comm.*, 1996, 6, p. 1051 ss.

ISSN 2036-7821

idoneo a garantire la dignità e il decoro della categoria professionale di riferimento, nonché elemento dirimente per una corretta concorrenza. Del resto, già l'art. 2233, comma 2, c.c. nel consentire l'ingresso della *dignità della professione* tra i criteri cui il giudice deve attenersi nella determinazione del compenso per le prestazioni professionali, si fa carico della sua dimensione istituzionale, trascendendo i meri rapporti sinallagmatici tra le parti in contesa[6]. È vero che tale criterio, nella sistematica di cui all'art. 2233 cit., ha rilievo in tanto in quanto le parti non abbiano convenuto espressamente il compenso per la prestazione resa e che, quindi, non impedisce *ex se* che l'accordo tra le parti deroghi, anche sensibilmente, al ridetto parametro[7], ma è proprio in questo caso che si coglie, con ogni evidenza, la dimensione collettiva. E infatti, il quadro è completato, proprio a livello deontologico e, quindi, di categoria, dal necessario rispetto dei precetti contenuti nei codici deontologici, che impongono al professionista di non offrire la propria prestazione in cambio di compensi lesivi della dignità e del decoro professionale[8], nel rispetto dei principi della corretta e leale concorrenza. La dimensione collettiva del sotteso interesse, quindi, sul piano processuale radica la legittimazione dell'ordine professionale "ad impugnare il regolamento comunale per il conferimento di incarichi a professionisti esterni, con specifico riferimento alla misura dei compensi, poiché la parte ricorrente agisce al fine di tutelare l'interesse all'equo compenso della categoria rappresentata, nonché l'indipendenza e il decoro professionale"[9].

Da ultimo, il compenso è destinato ad assumere rilievo, seppur in una prospettiva meno diretta rispetto alle due ipotesi sopra viste, anche rispetto agli interessi della parte a beneficio della quale la prestazione viene resa. A tutta prima, sembrerebbe che in questa ipotesi il rapporto tra l'interesse del committente e il compenso si atteggi in modo opposto rispetto a quanto si verifica con riguardo al prestatore d'opera e alla intera categoria professionale, nel senso che l'interesse del committente sarebbe tanto più soddisfatto quanto minore fosse il compenso con cui è tenuto a

[6] Invero, Cons. Stato, sez. VI, 22 gennaio 2015, n. 238, in *www.giustizia-amministrativa.it* (qui sono consultabili tutte le pronunce richiamate nel presente scritto, ove non diversamente indicato) ha affermato che «non si può ritenere che la regola deontologica che impone di praticare compensi commisurati al decoro della professione possa trovare una copertura normativa nell'art. 2233, comma 2, cod. civ. che, occupandosi del contratto d'opera intellettuale, prevede espressamente che "in ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione". Tale norma, contenuta nel codice civile, si indirizza, infatti, al singolo professionista, disciplinando i suoi rapporti con il cliente nell'ambito del singolo rapporto contrattuale, senza attribuire alcun potere di vigilanza agli Ordini in merito alle scelte contrattuali dei propri iscritti».

[7] Infatti, secondo Cass. civ., sez. II, 22 novembre 1995, n. 12095 «qualora il compenso del professionista sia stato liberamente pattuito con il cliente, il giudice non ha il potere di modificarlo al fine di adeguarlo, ai sensi dell'art. 2233 comma 2 c.c. all'importanza dell'opera prestata ed al decoro della professione».

[8] Sul concetto di decoro e sulla sua rilevanza anche quale elemento necessario a garantire la dignità del professionista, si v. M. CHIARELLI, *Decoro e libera determinazione del compenso professionale: ordinamento francese e italiano a confronto*, in *Rassegna Forense*, 2012, 1-2, p. 89 ss.

[9] T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 14 marzo 2023, n. 815, in *Foro amm.*, 2023, 3, p. 509 ss.

ISSN 2036-7821

retribuire la prestazione d'opera resa a suo favore. Declinando tali generali considerazioni all'ipotesi in cui il committente sia una pubblica amministrazione, la questione si arricchisce delle *nuances* tipiche del diritto pubblico, laddove la scelta dell'operatore economico deve avvenire nel rispetto delle norme cogenti sull'evidenza pubblica e sulla base di criteri non limitati ai profili economici. In queste ipotesi, sebbene in via giurisprudenziale sia stato rilevato come, da un lato, "l'interesse dell'amministrazione al corretto adempimento delle prestazioni professionali non è certo garantito dall'importo del compenso, quanto, piuttosto, dal possesso dei requisiti professionali"[10] e, dall'altro, che il concetto di equo compenso rispetto alla pubblica amministrazione deve "ancorarsi a parametri di maggiore flessibilità legati ad esigenze di contenimento della spesa pubblica"[11], si ritiene che tali considerazioni debbano essere rimeditate alla luce del mutato contesto ordinamentale. La recente – ravvicinata e poco coordinata - entrata in vigore della l. n. 49/2023, che in modo sistematico disciplina l'equo compenso dei professionisti nei rapporti con i clienti c.dd. "forti", e del d.lgs. n. 36/2023, che, recando il nuovo codice degli appalti, richiama l'equo compenso unicamente all'art. 8, quale principio al cui perseguimento l'Amministrazione deve tendere e all'art. 41, comma 15, quale parametro per la individuazione della base d'asta per gli appalti relativi ai servizi di architettura e ingegneria, ha suscitato non poche difficoltà interpretative, conducendo anche a ipotizzare la inapplicabilità della disciplina posta dalla legge n. 49 agli appalti pubblici. Il presente studio si propone l'obiettivo di analizzare in modo sistematico le due discipline e, anche per il tramite della valorizzazione del principio del risultato in cui il d.lgs. 36/2023 rinviene uno dei suoi pilastri portanti, di supportare la tesi della loro piena compatibilità, con la conseguenza che in tutte le gare per l'affidamento di prestazioni professionali, quale che sia il criterio di aggiudicazione prescelto (o imposto dalla legge), il compenso offerto non potrà che essere in linea con i limiti imposti dalla legge n. 49.

2. L'equo compenso: da principio…

Il diritto a una retribuzione "equa" del professionista intellettuale per il servizio reso è un principio presente e regolamentato da tempo nel nostro ordinamento. Non a caso, l'art. 2233, comma 2, c.c., con precipuo riferimento alle prestazioni di siffatta natura, stabilisce che la misura del compenso deve essere "in ogni caso adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione"[12]. Proprio in virtù di tale

[10] T.A.R. Genova, sez. I, 17 febbraio 2022, n. 137.

[11] T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 17 novembre 2022, n. 919.

[12] Non a caso, detto inciso, prima delle modifiche intervenute a opera del d.l. n. 223/2006 e del d.l. n. 1/2012, è stato particolarmente valorizzato anche in via pretoria. In tema di liquidazione degli onorari di avvocato e procuratore in materia civile, ad esempio, la Cassazione ha evidenziato che, qualora le prestazioni siano state svolte in epoca antecedente all'introduzione della normativa di cui sopra, in applicazione del principio

ISSN 2036-7821

disposto, il sistema ordinistico si è a lungo contraddistinto per la determinazione della retribuzione attraverso il riferimento a parametri obbligatori - fissi o minimi - prestabiliti dal legislatore nazionale[13].

Senonché con il d.l. 4 luglio 2006, n. 223 (c.d. "Bersani")[14], il sistema ordinistico viene radicalmente modificato, ribaltando la prospettiva: si è proceduto, infatti, all'abrogazione dell'obbligo di adottare i tariffari minimi[15], passando all'opposto sistema di libera contrattazione tra il professionista e il committente[16]. In sostanza, si è proceduto alla eliminazione dei minimi tariffari inderogabili spingendo in direzione della determinazione consensuale e omnicomprensiva del prezzo della prestazione.

Questo impianto normativo è stato confermato anche successivamente dal d.l. 12 gennaio 2012, n. 1 (c.d. "Decreto Cresci Italia o Monti")[17], con cui sono state definitivamente abrogate le tariffe delle professioni regolamentate[18] lasciando

---

dell'inderogabilità dei minimi tariffari stabilito dall'art. 24 della l. n. 794 del 1942, «sono nulle le convenzioni stipulate tra una parte ed il proprio legale, ove esse contemplino una rinuncia totale o parziale ai suddetti minimi, salvo che sussistano motivi di rinuncia meritevoli di tutela che devono essere oggetto di accertamento da parte del giudice di merito»; Cass. civ., sez. VI, 30 marzo 2023, n. 9030, in *Giust. civ. mass.*, 2023.

[13] Si veda, a titolo esemplificativo, la l. n. 149/1943 per gli ingegneri e gli architetti.

[14] Decreto convertito, con modificazioni, in legge 4 agosto 2006, n. 248, "Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale".

[15] L'articolo 2 del d.l. cit., rubricato "Disposizioni urgenti per la tutela della concorrenza nel settore dei servizi professionali", prevede infatti che, in conformità al principio comunitario di libera concorrenza e a quello di libertà di circolazione delle persone e dei servizi, nonché al fine di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato, «dalla data di entrata in vigore del presente decreto sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali: a) l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime ovvero il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti».

[16] Circostanza bene evidenziata anche dalla giurisprudenza civile, ove si è affermato, quanto ai requisiti di detta contrattazione, che «ai sensi dell'art. 2233 c.c., come modificato dall'art. 2, d.l. n. 223 del 2006, conv., con modif., dalla l. n. 248 del 2006, l'accordo di determinazione del compenso professionale tra avvocato e cliente deve rivestire la forma scritta "ad substantiam" a pena di nullità, senza che rilevi la disciplina introdotta dall'art. 13, comma 2, l. n. 247 del 2012, che, nell'innovare il solo profilo del momento della stipula del negozio individuato, di regola, nella data del conferimento dell'incarico, ha lasciato invariato quello sul requisito di forma, con la conseguenza che, da un lato, l'accordo, quando non trasfuso in un unico documento sottoscritto da entrambe le parti, si intende formato quando la proposta, redatta in forma solenne, sia seguita dall'accettazione nella medesima forma e, dall'altro, che la scrittura non può essere sostituita con mezzi probatori diversi e la prova per presunzioni semplici, al pari della testimonianza, sono ammissibili nei soli casi di perdita incolpevole del documento ex artt. 2724 e 2725 c.c.»; Cass. civ., sez. II, 12 gennaio 2023, n. 717, in *Foro it.*, 2023, 4, p. 1189 ss.; Cass. civ., sez. II, 4 giugno 2015, n. 11597, in *Giust. civ. mass.*, 2015.

[17] Decreto convertito, con modificazioni, in legge 24 marzo 2012, n. 27, "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività".

[18] Il riferimento è all'art. 9, comma 1, il quale prevede che sono abrogate le tariffe delle professioni regolamentate nel sistema ordinistico. Il comma 2, poi, specifica che "ferma restando l'abrogazione di cui al comma 1, nel caso di liquidazione da parte di un organo giurisdizionale, il compenso del professionista è determinato con riferimento a parametri stabiliti con decreto del Ministro vigilante, da adottare nel termine di centoventi giorni successivi alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. Entro lo

massimo spazio alla libera determinazione privata del compenso per le prestazioni professionali[19].

L'abolizione del regime tariffario (in parte mitigato, per il settore dei contratti pubblici, da alcune disposizioni speciali relative alla predeterminazione dei compensi per l'assegnazione degli incarichi tecnici[20]) ha tuttavia generato, quale - apparentemente incontrollato - effetto collaterale, un preoccupante vuoto normativo, venendo meno per i soggetti interessati un parametro oggettivo per la negoziazione della retribuzione dovuta per l'esercizio dell'attività intellettuale e professionale.

Ebbene, nuovamente intervenendo sulla materia, il legislatore nazionale, con d.l. 16 ottobre 2017, n. 148 (c.d. "Decreto fiscale")[21], ha introdotto, sotto forma di principio, una regola volta ad assicurare anche al lavoratore autonomo una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro, pure in ossequio agli artt. 35 e 36 Cost. che tutelano il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni[22]. Nel dettaglio, il

---

stesso termine, con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono anche stabiliti i parametri per oneri e contribuzioni alle casse professionali e agli archivi precedentemente basati sulle tariffe. Il decreto deve salvaguardare l'equilibrio finanziario, anche di lungo periodo, delle casse previdenziali professionali".

[19] Si segnala, quanto alla previsione di "tariffe minime", C.G.U.E., sez. IV, 04 luglio 2019, C-377/17, in *curia.it*, ove si afferma che, in materia di compensi professionali, l'indicazione delle tariffe minime e massime è vietata in quanto incompatibile con il diritto dell'Unione Europea, ma sono comunque ammesse deroghe per motivi di interesse pubblico, come la tutela dei consumatori, la qualità dei servizi e la trasparenza dei prezzi. Sul punto, si veda Cons. Stato, sez. II, 22 gennaio 2015, n. 238, in *Foro amm.*, 2015, 1, p. 109 ss., con la quale si è menzionata criticamente la circostanza che «la prospettiva ordinistica è tesa a ritenere che un prezzo inferiore alla tariffa minima non risulterebbe decoroso per la professione, comportando di fatto una reintroduzione dei minimi tariffari, eludendo così l'abolizione degli stessi disposta dal legislatore». Nella predetta pronunzia, peraltro, si è affermato anche che il principio secondo cui «in ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione» è già insito nell'ordinamento ed è previsto nell'art. 2233 c.c. che espressamente si occupa del contratto d'opera intellettuale, precisando che tale norma, contenuta nel codice civile, si indirizza, infatti, al singolo professionista, disciplinando i suoi rapporti con il cliente nell'ambito del singolo rapporto contrattuale, senza attribuire alcun potere di vigilanza agli Ordini in merito alle scelte contrattuali dei propri iscritti. Per una accurata ricostruzione delle principali tappe normative e delle frizioni con il diritto europeo, si v. A. BURATTI, *Le professioni liberali nel diritto europeo*, in *Diritto e Società*, 2018, 2; seppur più risalente nel tempo, interessanti spunti critici si rinvengono in A. BERLINGUER, *Sulla vexata quaestio delle tariffe professionali forensi*, in *Mercato concorrenza regole*, 2011, 1, p. 65 e ss.

[20] Ci si riferisce, in particolare, all'art. 9, comma 2, del d.l. 1/2012 cit., ove si prevede, con riferimento al settore dei contratti pubblici (in specie gli affidamenti di servizi relativi all'architettura e all'ingegneria di cui alla parte II, titolo I, capo IV del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), che «ai fini della determinazione dei corrispettivi da porre a base di gara […], si applicano i parametri individuati con il decreto di cui al primo periodo, da emanarsi, per gli aspetti relativi alle disposizioni di cui al presente periodo, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti; con il medesimo decreto sono altresì definite le classificazioni delle prestazioni professionali relative ai predetti servizi. I parametri individuati non possono condurre alla determinazione di un importo a base di gara superiore a quello derivante dall'applicazione delle tariffe professionali vigenti prima dell'entrata in vigore del presente decreto».

[21] Decreto convertito, con modificazioni, in legge 04 dicembre 2017, n. 172, "Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili".

[22] In argomento, molteplici sono le riflessioni della dottrina, anche risalenti nel tempo. Tra i molti cotributi, si veda, C. LEGA, *Principi costituzionali in tema di compenso del lavoro autonomo*, in *Giur. it.*, 1960, 1, p. 343 e ss.; A.

ISSN 2036-7821

primigenio riconoscimento del c.d. "equo compenso" è da rinvenirsi nel suo art. 19 *quaterdecies*[23]: esso, da un lato, introduce l'art. 13 *bis* alla legge 31 dicembre 2012, n. 247, prevedendo che il compenso si intende "equo", con riferimento al settore legale, se è "proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale"[24]; dall'altro, quanto alla natura del compenso, stabilisce che la pubblica amministrazione, in linea con gli obiettivi di trasparenza, buon andamento ed efficacia delle proprie attività, garantisce il *principio* dell'equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi conferiti dopo la data di entrata in vigore della relativa legge di conversione[25]. Il medesimo art. 19 *quaterdecies* si premura, poi, di specificare che le disposizioni appena esaminate, checché immediatamente riferite al settore della professione forense, si applicano, in quanto compatibili, anche alle prestazioni rese dai professionisti regolamentati e autonomi[26], anche iscritti a ordini e collegi, rinviando a successivi decreti ministeriali [*i.e.* quelli citati dall'art. 9, comma 2, del d.l. 1/2012 per: *(i)* la determinazione dei parametri da utilizzarsi per il caso di liquidazione del compenso in sede giurisdizionale; *(ii)* i corrispettivi da porre a base di gara nelle procedure di affidamento di contratti pubblici dei servizi relativi all'architettura e all'ingegneria[27]] l'individuazione dei parametri per l'eventuale determinazione giudiziale dei compensi del professionista in presenza di una clausola *contra legem*.

Dette disposizioni, sebbene abbiano avuto l'innegabile merito di alzare

PALAZZO, *La prestazione d'opera professionale e l'art. 36 Cost.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 4, p. 1643 ss. Più recentemente, M. DELFINO, *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, Napoli, 2019; E. MINERVINI, *L'equo compenso degli avvocati e degli altri liberi professionisti*, Torino, 2018.

[23] In realtà, una traccia di tale principio è da rinvenirsi ben prima, ossia nella l. n. 233/2012 recante "equo compenso nel settore giornalistico" che, ha richiamato, quali parametri per la determinazione del compenso per i giornalisti, i principi di cui all'art. 36 Cost. In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. III, 16 marzo 2016, n. 1076, in *Foro amm.*, 3, 2016, 559 ss. Con specifico riferimento ai rapporti con la P.A., ancor più risalente, poi, è la trattazione, in via pretoria, del "principio dell'equo compenso" rispetto al personale degli enti pubblici o *ex* pubblici: si legge infatti in Cons. Stato, sez. VI, 01 agosto 1986, n. 616, in *Foro amm.*, 1986, 1409, che «in base al principio dell'equo compenso spettante ai sensi degli art. 3 e 97 cost. ed in esplicazione dei principi di uguaglianza sostanziale e di buon andamento amministrativo, ogni attività lavorativa, che, sia pure prestata in forza di un titolo di investitura non professionale, si risolva in vantaggio per l'amministrazione in vista della cura di interessi pubblici, deve essere correlata ad un giusto ristoro, secondo criteri di riferimento quantitativo desunti dal trattamento economico attribuito in situazioni identiche o simili e non rimessi alla mera discrezionalità dell'autorità vigilante».

[24] Nonché conforme ai parametri determinati dal decreto del Ministro della Giustizia per la determinazione del compenso dell'avvocato per ogni ipotesi di mancata determinazione consensuale e liquidazione giudiziale (art. 13 *bis* cit.).

[25] F. MANNA, *Gli onorari di avvocato nella giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte di giustizia della Comunità europea*, in *Giur. mer.*, 2012, 1, p. 269 ss.

[26] Si tratta delle figure di cui all'art. 1 della legge 22 maggio 2017, n. 81, vale a dire ai rapporti di lavoro autonomo di cui al titolo III del libro quinto del Codice civile, ivi inclusi i rapporti di lavoro autonomo che hanno una disciplina particolare ai sensi dell'art. 2222 c.c.

[27] Ora contenuti nell'Allegato I.13 del d.lgs. n. 36/2023, "Nuovo Codice dei Contratti Pubblici".

ISSN 2036-7821

definitivamente il sipario sul principio dell'equo compenso (rinverdendo il dibattito dottrinale in materia[28]), anche a costo di una stigmatizzata[29] frizione con le liberalizzazioni e con i sottesi meccanismi concorrenziali, hanno ricevuto una limitata e assai disarmonica applicazione, al punto da porre in discussione la loro concreta utilità. Tralasciando l'applicazione del principio in parola rispetto ai rapporti tra privati[30], con riferimento ai contratti affidati dalla pubblica amministrazione[31], la giurisprudenza amministrativa ha assunto posizioni non sempre univoche, non facendo sempre buon governo del principio in parola. Infatti, oltre a confermare la

[28] Cfr. M.R. FAVIA, *La disciplina dell'equo compenso nei rapporti con la P.A., in Lavoro Diritti Europa*, 2022, 3; G. IMPELLIZZIERI, *Sulla controversa questione della legittimità del lavoro gratuito per la Pubblica amministrazione*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2022, 3, pp. 294-299; G. ALPA, *L'equo compenso per le prestazioni professionali forensi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018; G. MUSOLINO, *L'equo compenso quale applicazione del principio di decoro professionale*, in *Riv. not.*, 2020, 6, p. 1203 ss.; A. CAROSI, *L'economicità dell'azione amministrativa con particolare riguardo alla gestione dei contratti passivi*, in *Riv. Corte conti*, 2006, p. 318 ss.; G. COGLIANDRO, *Appunti sulla nozione di economicità delle Pubbliche Amministrazioni*, in *Riv. Corte conti*, 2000, p. 177 ss.; S. MONTICELLI, *L'equo compenso dei professionisti fiduciari: fondamento e limiti di una disciplina a vocazione rimediale dell'abuso nell'esercizio dell'autonomia privata*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2018, 3, p. 300 ss.; G. DONZELLI, *La legittimita` delle tariffe minime nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1, p. 626 ss.; G. COLAVITTI, *"Fondata sui lavori". Tutela de lavoro autonomo ed equo compenso in una prospettiva costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2018, 1; B. DE MOZZI, *Le tariffe professionali: cosa rimane?*, in *Lav. dir. Eur.*, 2021, 4.

[29] Con riferimento all'articolo in commento, si evidenzia che - in data 24 novembre 2017 – l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'esercizio dei poteri di cui all'art. 22 della legge 10 ottobre 1990 n. 287, ha deliberato l'invio di una segnalazione ai presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, nonché al Presidente del Consiglio dei Ministri, avente ad oggetto alcune disposizioni previste nel d.l. 148/2017 (e nel DDL AC 4741 di conversione dello stesso). In primo luogo, è stata segnalata la contrarietà ai principi concorrenziali di quanto previsto dall'art. 19 *quaterdecies* in tema di "equo compenso" per le professioni, che introduce il principio generale per cui le clausole contrattuali tra i professionisti e alcune categorie di clienti, che fissino un compenso a livello inferiore rispetto ai valori stabiliti in parametri individuati da decreti ministeriali, sono da considerarsi vessatorie e quindi nulle. Secondo l'Autorità, la disposizione, nella misura in cui collega l'equità del compenso a parametri tariffari contenuti nei decreti anzidetti, reintroduce di fatto i minimi tariffari, con l'effetto di ostacolare la concorrenza di prezzo tra professionisti nelle relazioni commerciali con alcune tipologie di clienti c.d. "forti" e ricomprende anche la Pubblica Amministrazione. L'Autorità ha sottolineato come, secondo i consolidati principi antitrust nazionali e comunitari, le tariffe professionali fisse e minime costituiscano una grave restrizione della concorrenza, in quanto impediscono ai professionisti di adottare comportamenti economici indipendenti e, quindi, di utilizzare il più importante strumento concorrenziale, ossia il prezzo della prestazione. L'Autorità ha quindi concluso che «l'articolo 19-quaterdecies in quanto idoneo a reintrodurre nell'Ordinamento un sistema di tariffe minime, peraltro esteso all'intero settore dei servizi professionali, non risponde ai principi di proporzionalità concorrenziale, oltre a porsi in stridente controtendenza con i processi di liberalizzazione che, negli anni più recenti, hanno interessato il nostro ordinamento anche nel settore delle professioni regolamentate».

[30] Per i quali, tuttavia, non può farsi a meno di rilevare come secondo Cass. civ., sez. I, ord. 17 aprile 2020, n. 7904, in *Foro it.*, 2020, 9, p. 2737 ss., la disciplina trova applicazione esclusivamente ai rapporti del professionista con contraenti in posizione economica dominante, in grado di esercitare una pressione contrattuale abusiva e, in definitiva, di impedire al professionista l'esercizio di una propria influenza sul contenuto dell'accordo contrattuale.

[31] G. MANFREDI, *Appunti sull'affidamento degli incarichi legali nelle pubbliche amministrazioni: competenza, procedimento*, forma, in *Urb. e app.*, 2013, 8-9, p. 877 ss.; R. DANOVI, *L'onorario dell'avvocato tra parametri ed equo compenso*, in *Corr. giur.*, 2018, 5, p. 589 ss.; A. GRIECO, *Accordi amministrativi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestione e necessità di sistema*, *Dir. Amm.*, 2002, p. 423 ss.

ISSN 2036-7821

legittimità di bandi che prevedono quale base d'asta compensi meramente simbolici[32], la giurisprudenza amministrativa è giunta finanche a riconoscere, seppur con qualche voce contraria[33], la legittimità di bandi che prevedessero le prestazioni professionali a titolo gratuito, giustificando l'evidente antinomia con il ridetto principio discendente dalla legge del 2017 sul presupposto che «la normativa sull'equo compenso sta a significare soltanto che, laddove il compenso sia previsto, lo stesso debba necessariamente essere equo, mentre non può ricavarsi dalla disposizione l'ulteriore (e assai diverso corollario) che lo stesso debba essere sempre previsto (a meno di non sostenere, anche in questo caso, che non vi possa essere alcuno spazio per la prestazione di attività gratuite o liberali da parte dei liberi professionisti)»[34] e che l'equo compenso «esprime l'attenzione del legislatore ordinario per le libere professioni quando l'attività è esercitata al di fuori dei rapporti di lavoro dipendente, che di per sé ricadono sotto la copertura costituzionale dell'art. 36 Cost., in relazione alla necessità della congruità del compenso, qualora un compenso sia previsto, ferma rimanendo la possibilità che la prestazione sia resa anche gratuitamente»[35]. Sul versante del grado di vincolatività dei criteri di determinazione dell'equo compenso rispetto alla definizione del corrispettivo dell'affidamento pubblico, ad eccezione di qualche isolata pronuncia che ne ha valorizzato la imprescindibile inderogabilità[36], la giurisprudenza amministrativa ha piuttosto adottato un approccio elastico: quanto al profilo oggettivo, è stato osservato che il regime dell'equo compenso troverebbe applicazione unicamente laddove la pubblica amministrazione definisca unilateralmente la misura del compenso spettante al professionista, non trovando, invece, ragionevole applicazione ove la clausola contrattuale relativa al compenso per la prestazione professionale sia oggetto di trattativa tra le parti o, nella fattispecie di formazione della volontà dell'Amministrazione secondo i principi dell'evidenza pubblica, "ove l'Amministrazione non imponga al professionista il compenso per la

[32] Cons. Stato, sez. V, 03 ottobre 2017, n. 4614, in *Foro amm.*, 2017, 10, p. 2001 ss.

[33] Ad esempio, si v. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 02 agosto 2018, n. 1507, in *Dir. e giust.*, 2018, secondo cui «è illegittimo il bando del Comune con il quale si intende affidare la redazione del piano regolatore senza alcun compenso al professionista ma soltanto il rimborso spese, atteso che la configurabilità di un appalto pubblico di servizi a titolo gratuito si pone in disarmonia rispetto al quadro di riferimento normativo, tenuto conto che non ogni servizio prestato reca con se vantaggi curricolari e di immagine tali da garantire, sia pure indirettamente, vantaggi economici tali da soddisfare il diritto a un equo compenso».

[34] Cons. Stato, sez. IV, 09 novembre 2021, n. 7442.

[35] Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2023, n. 2084.

[36] Si v. T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 14 novembre 2022, n. 7037, in *Foro amm.*, 2022, 11, p. 1515 ss., secondo cui «la circostanza che il singolo professionista resti libero di valutare la convenienza dell'incarico e di rifiutarlo nel caso in cui ritenga non equo il compenso non esclude la violazione dell'art. 19-quaterdecies, comma 3, d.l. n. 148/2017, cioè la violazione dell'obbligo dell'Amministrazione di garantire un compenso equo. In altri termini, la disposizione violata impone all'Amministrazione di prevedere compensi equi e non consente la previsione di compensi non equi, anche se, ovviamente, il singolo professionista non è certo obbligato, ove inserito nell'elenco, ad accettare l'incarico e quindi di beneficiare di un compenso non equo».

ISSN 2036-7821

prestazione dei servizi legali da affidare"[37]; in ordine ai profili quantitativi, si è largamente diffusa una applicazione "morbida" dei criteri di determinazione del compenso, dichiarandone il carattere meramente indicativo e non cogente, a tal fine valorizzando, vuoi le esigenze di contenimento della spesa pubblica, vuoi la eterogeneità delle prestazioni da rendere a favore delle pubbliche amministrazioni[38].

3. …a norma cogente

L'intero apparato fin qui delineato è stato però oggetto di una profonda riforma. Il legislatore, infatti, ha mosso un deciso - e decisivo - passo in avanti sul tema, consacrando l'equo compenso da "mero" principio generale (volto alle tutele già sopra menzionate) a vera e propria norma cogente[39].

Tanto è possibile evincersi, infatti, dalla legge 21 aprile 2023, n. 49, volta proprio a tutelare con risoluto vigore normativo la posizione contrattuale del professionista, quale lavoratore e parte debole[40], esposta ad una crisi dovuta a mutamenti radicali del sistema sociale ed economico[41]. La legge, in altri termini, vuol costituire una sorta di "statuto del professionista intellettuale" che, se non raggiunge una completa organicità, comunque denota l'ambizione di intervenire su un arco articolato di profili come si dirà appena nel seguito.

Ebbene, superando la normativa previgente[42] e per perseguire l'obiettivo tratteggiato,

---

[37] T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 18 febbraio 2022, n. 1114, in *Foro amm.*, 2022, 2, p. 274 ss. In termini, T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 20 dicembre 2021, n. 1088.

[38] *Ex multis*, cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 14 marzo 2023, n. 815; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 17 novembre 2022, n. 919; T.A.R. Liguria, Genova, sez. I, 17 febbraio 2022, n. 137.

[39] M. GAZZARA, *La nuova disciplina sull'equo compenso delle prestazioni professionali, con particolare riguardo ai servizi legali*, in *Le nuovi leggi civili commentate*, 2023, 3, p. 556 ss.; P. ICHINO, *La nozione di giusta retribuzione nell'art. 36 Cost.*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, p. 719 ss.

[40] Il tema, peraltro, era stato già anticipato ed evidenziato in via pretoria. Secondo Cass. civ., sez. I, 30 novembre 2016, n. 24492, in *cortedicassazione.it*, il riequilibrio delle posizioni contrattuali, con riferimento alla figura del professionista autonomo, doveva necessariamente riavviarsi e basarsi su «ragioni sistematiche volte a tutelare il lavoro e il lavoratore anche nelle prestazioni d'opera intellettuale […], ribadendo il doveroso richiamo alla disciplina codicistica: esiste dunque un limite nell'articolo 2233, comma 2, c.c., che preclude di liquidare, al netto degli esborsi, somme praticamente simboliche, non consone al decoro della professione».

[41] Secondo il *dossier* 15 maggio 2023 predisposto dall'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale Forense ("La riforma dell'equo compenso. Osservazioni a prima lettura sulla legge 21 aprile 2023, n. 49"), la c.d. "povertà lavorativa" appare diffusa più nel lavoro autonomo (17,6%) che nel lavoro dipendente (10,3%), dove evidentemente il paradigma del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, seppur economicamente e sociologicamente meno diffuso che in passato, sembra ancora garantire soglie di tutela più alte rispetto a forme di avvalimento del lavoro apparentemente più libere, ma in realtà sempre più deboli e precarie. Per le professioni regolamentate, i dati delle Casse professionali segnalano come addirittura il 50% dei professionisti abbia un reddito inferiore alla media.

[42] L'art. 12 della legge cit. abroga l'art. 13 *bis* dell'ordinamento forense (legge n. 247/2012) e la lettera a) del comma 1 dell'art. 2 del decreto Bersani (d.l. 04 luglio 2006, n. 223). Sul punto, si precisa che l'abrogazione in esame non sembrerebbe far comunque "rivivere" le tariffe minime inderogabili, dal momento che resta immune dalle misure di cui all'art. 12 cit. l'art. 9 del d.l. n. 1 del 2012 (Decreto Monti), con cui si è disposta l'abrogazione *in toto* (e non solo relativamente ai minimi) delle norme tariffarie.

ISSN 2036-7821

la legge 49/2023 - che qui, senza pretese di completezza, verrà esaminate nelle sole disposizioni rilevanti ai fini del presente scritto[43] -, in vigore dal 20 maggio 2023 (G.U. n. 104 del 05 maggio 2023), prende le mosse da una nuova e, in parte, inedita definizione di equo compenso, ponendo due condizioni essenziali per la sua caratterizzazione; esso, cioè, dovrà necessariamente essere: *(i)* proporzionato alla quantità e qualità del lavoro svolto e al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale; e *(ii)* conforme ai parametri per la determinazione dei compensi previsti dalla legge[44] (art. 1).

Così disponendo la norma, quindi, si ottiene un duplice obiettivo: da un lato, argina l'apprezzamento discrezionale della parte contraente "forte" e del giudice nell'ipotesi di tutela della posizione "debole"; dall'altro, si determina il corrispettivo alla luce di parametri obiettivi, certi, nonché coerenti con i valori etici che devono necessariamente sorreggere l'attività del professionista (come, peraltro, è dato ricavarsi dall'art. 2233 c.c., in forza del quale "in ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione", di guisa che l'accettazione di compensi inferiori rappresenta, nei fatti, un illecito disciplinare del professionista medesimo). Proprio su quest'ultimo aspetto, peraltro, l'art. 5 della legge cit. prevede, *inter alia*, che gli ordini e i collegi professionali adottano disposizioni deontologiche volte a "sanzionare la violazione, da parte del professionista, dell'obbligo di convenire o di preventivare un compenso che sia giusto, equo e proporzionato alla prestazione professionale richiesta"[45] e determinato

[43] Per una disamina completa e puntuale degli articoli di legge, si rinvia, *inter alia*, alla circolare CNI n. 76/XX SESS/2023 del Contro Studi del Consiglio Nazionale degli Ingegneri recante "La disciplina dell'equo compenso e gli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura secondo il d.lgs. 36/2023". Si veda anche, più in generale, M. ZULIANI, *Professioni intellettuali ed equo compenso: che cosa viola il principio di concorrenza?*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 5, p. 1747 ss.; C. MUCIO, *Legittimità dell'affidamento del patrocinio legale senza gara*, in *Urb. e app.*, 2012, 11, p. 1181 ss.; P. CERBO, *L'affidamento dei "servizi legali" fra giurisprudenza nazionale e nuova direttiva appalti*, in *Urb. e app.*, 2015, 12, p. 1331 ss.; M. MANFREDI, *Le professioni legali nel mercato unico europeo tra libertà di circolazione e concorrenza*, in *Jus-Online*, 2017, p. 306 ss.; A. PASTORE, *Equo compenso e pareri dei consigli notarili*, in *Notariato*, 2018, 3, p. 266 ss.

[44] Vale a dire: a) per gli avvocati, dal decreto del Ministro della giustizia emanato ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247; b) per i professionisti iscritti agli ordini e collegi, dai decreti ministeriali adottati ai sensi dell'articolo 9 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27; c) per i professionisti di cui al comma 2 dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 2013, n. 4, dal decreto del Ministro delle imprese e del *Made in Italy* da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge e, successivamente, con cadenza biennale, sentite le associazioni iscritte nell'elenco di cui al comma 7 dell'articolo 2 della medesima legge n. 4 del 2013.

[45] Il ruolo fondamentale degli Ordini nell'applicazione della legge sull'equo compenso è stato evidenziato anche in via pretoria, ove i giudici amministrativi hanno evidenziato, con riferimento al caso della scelta dei difensori da parte di una società *benefit* cessionaria e della loro successiva remunerazione, che gli Ordini professionali, quali enti esponenziale della categoria, «hanno certamente interesse alla visione dei documenti, per la verifica del rispetto delle norme che presiedono all'attività professionale ed alla sua remunerazione nel rispetto della legge n. 49 del 2023»; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 29 novembre 2023, n. 2852, in *Guida al diritto*, 48, 2023. In punto di legittimazione processuale degli Ordini sul punto, si veda pure T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 14 marzo 2023, n. 543, in *Foro amm.*, 3, 2023, 509 ss., ove si chiarisce che «l'ordine professionale è legittimato ad impugnare il

ISSN 2036-7821

in applicazione dei parametri previsti. Gli illeciti deontologici sono dunque già prefigurati dal legislatore e consistono propriamente nella pattuizione e/o accettazione di compensi iniqui, in violazione dei parametri vigenti e nella violazione, allorquando le condizioni contrattuali siano predisposte dal professionista, dell'obbligo di avvertire il cliente che il compenso per la prestazione professionale deve rispettare in ogni caso, pena la nullità della pattuizione, i criteri stabiliti dalle disposizioni vigenti in materia di equo compenso[46].

Si assiste, quindi, a un cambio di scenario non di poco momento: il professionista non è più operatore di mercato esposto *tout court* alle regole della concorrenza, quantomeno sui profili economici, ma visto, valorizzato e tutelato come "lavoratore" a tutti gli effetti (tant'è che riecheggia nella definizione di equo compenso proprio la formulazione letterale dell'art. 36 Cost.[47]) e sottoposto pure a "sanzioni" disciplinari qualora deliberatamente frustri la finalità e la tutela - cogente - imposta dalla norma in parola. Da tale angolo visuale, peraltro, il profilo così brevemente riassunto già subito richiama, quasi fisiologicamente, la disciplina di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 c.d. "Nuovo Codice dei Contratti Pubblici" (sui cui meglio ci si soffermerà *infra*), laddove proprio l'assolutismo del principio di tutela della concorrenza[48] viene attenuato dal confronto comparativo con altri valori di pari rango (es. il

regolamento comunale per il conferimento di incarichi a professionisti esterni, con specifico riferimento alla misura dei compensi, poiché la parte ricorrente agisce al fine di tutelare l'interesse all'equo compenso della categoria rappresentata, nonché l' indipendenza e il decoro professionale».

[46] In applicazione di detto articolo, si veda, ad esempio, l'art. 25 *bis* del Codice Deontologico Forense (approvato nella seduta del 23 febbraio 2023, in G.U. n. 102 del 03.05.2024), ove si prevede, a rime obbligate con la l. n. 49/2023, che "l'avvocato non può concordare o preventivare un compenso che, ai sensi e per gli effetti delle vigenti disposizioni in materia di equo compenso, non sia giusto, equo e proporzionato alla prestazione professionale richiesta e non sia determinato in applicazione dei parametri forensi vigenti" (comma 1), obbligo sanzionato con "l'applicazione della sanzione disciplinare della censura. La violazione dell'obbligo di cui al secondo comma comporta l'applicazione della sanzione disciplinare dell'avvertimento" (comma 3).

[47] Art. 36, comma 1, Cost.: "Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa".

[48] Sulla concorrenza la dottrina è copiosa. Recentemente, con riferimento al d.lgs. n. 36/2023, alla concorrenza e ai suoi principi, si veda F. VETRÒ, G. LOMBARDO, M. PETRACHI, *L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione: l'equilibrio instabile dei contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2023, 1, p. 31 ss.; A.M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2023, 1, 141 ss.; F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023; F. SAITTA, *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giustizia Insieme*, 2023; L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, 2023; G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, in *Astrid*, 2023; S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici*, in *L'Amministrativista*, 2023; G. TULUMELLO, *Il diritto dei contratti pubblici fra regole di validità e regole di responsabilità: affidamento, buona fede, risultato*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023; M.A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustizia Insieme*, 2022. Sulla rilevanza dell'esecuzione del contratto anche in tema di concorrenza, cfr. R. CAVALLO PERIN, G. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 325 ss.

ISSN 2036-7821

raggiungimento del risultato, cui la concorrenza - nel Nuovo Codice - è funzionale[49]). Tornando, però, al dato normativo della l. n. 49/2023, l'art. 2 si occupa, poi, di tracciare l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina in commento[50]. Viene, in particolare, previsto - ampliando l'ambito applicativo rispetto alla normativa previgente - che essa trovi applicazione con riferimento a: *(a)* rapporti professionali che hanno ad oggetto la prestazione d'opera intellettuale (art. 2230 c.c.) regolati da convenzioni[51] aventi ad oggetto lo svolgimento, anche in forma associata o societaria, delle attività professionali svolte in favore di imprese bancarie e assicurative nonché delle loro società controllate, delle loro mandatarie e delle imprese che nell'anno precedente al conferimento dell'incarico hanno occupato alle proprie dipendenze più di cinquanta lavoratori o hanno presentato ricavi annui superiori a 10 milioni di euro; *(b)* per quanto qui di precipuo interesse, "prestazioni rese dai professionisti in favore della pubblica amministrazione e delle società disciplinate dal testo unico in

[49] Prendendo le mosse dall'art. 1 del d.lgs. n. 36/2023, per come illustrato nella Relazione di accompagnamento al Codice, si evince come la concorrenza sia "funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti". Si collega così il risultato, inteso come fine, alla concorrenza, intesa come metodo (sulla scorta di quanto avviene per l'art. 97 Cost., in cui il buon andamento è legato all'imparzialità, al punto da essere stati considerati per lungo tempo una vera e propria endiadi). Il nesso tra "risultato" e "concorrenza", la seconda in funzione del primo, è già rafforzato dalla dizione del comma 1, dove si specifica che non si persegue "un risultato purché sia", ma un risultato "virtuoso", che accresca la qualità, diminuisca i costi, aumenti la produttività, etc.

[50] Qui risiede, peraltro, la differenza tra equo compenso e "tariffe": ed infatti, mentre le tariffe comportavano *ab origine* restrizioni del mercato applicabili a qualunque rapporto contrattuale, la normativa sull'equo compenso conosce invece una significativa limitazione soggettiva fin dall'origine, in quanto può riguardare unicamente determinati soggetti (tra cui la P.A.) collocati su di una posizione economica di forza, tanto è vero che il criterio per stabilire l'equità o meno del compenso sono i parametri ministeriali, e di essi terrà conto anche il giudice nella eventuale fase contenziosa.

[51] Il profilo dei "rapporti professionali regolati convenzioni" ha suscitato non pochi dubbi interpretativi quanto alla sua esatta portata. Come evidenziato da A. CACCIATO, U. MALVAGNA, L. PURPURA, *Equo compenso dei professionisti: ambito applicativo della legge*, in *Diritto bancario*, 2023, nella pluralità di significati che sono astrattamente riferibili al lemma "convenzione" (incluso quello "aulico" che lo intende come sinonimo di contratto), la genesi della norma nonché del suo antecedente storico, come per l'appunto costituito dall'art. 13 *bis* della legge professionale forense, indicano che «il legislatore ragionevolmente intendeva, e intende, il termine "convenzione" nel senso, effettivamente più comune, dell'accordo di "convenzionamento", cioè dell'accordo inteso a disciplinare l'erogazione di una pluralità di prestazioni lungo un dato arco di tempo», trattandosi di accordi effettivamente sempre più in uso nella prassi, particolarmente utilizzati nei rapporti tra grandi (e forti) committenti e professionisti e ciò «al fine della disciplina omogenea di relazioni professionali di durata, in un quadro di tendenziale standardizzazione utile anche a radicare un principio di prevedibilità (prima ancora che di contenimento) dei costi a beneficio della stessa committenza, a fronte dell'attesa di volumi di lavoro (potenzialmente) continuativi da parte dei professionisti interessati». Secondo gli A., appare quindi ragionevole affermare, anche scorrendo il catalogo delle "pattuizioni nulle" di cui all'art. 3, comma 2, della l. n. 49/2023, che è «nella convergenza di un simile e particolare schema negoziale con la natura medio-grande dell'impresa cliente, che il legislatore ritiene di ravvisare l'esigenza di approntare una speciale tutela al professionista, per mantenere, in detto specifico contesto e tenuto conto degli obiettivi rischi di squilibrio che allo stesso possono associarsi, un ordine concorrenziale del mercato che non sfoci in una *race-to-the-bottom* tra i professionisti».

ISSN 2036-7821

materia di società a partecipazione pubblica, di cui al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175"[52], da qui evincendosi chiaramente la *voluntas* del legislatore di rafforzare la vincolatività[53] della riforma pure per le P.A., superando il richiamo del "mero" principio contenuto nel d.l. n. 148/2017 cit.

Rafforza il quadro sopra delineato la disposizione di cui all'articolo 3, comma 1, della legge in commento, che introduce inoltre uno speciale regime di nullità delle clausole[54] che prevedano un compenso inferiore agli importi stabiliti dai parametri per la liquidazione dei compensi dei professionisti iscritti agli ordini o ai collegi professionali, fissati con decreto ministeriale, o ai parametri determinati con decreto

[52] L'espresso riferimento alle Pubbliche Amministrazioni, ai fini dell'applicazione dell'equo compenso, costituisce un elemento di particolare rilevanza. Ed infatti, in passato, non sono mancati casi controversi con riferimento al (mancato) riconoscimento dei compensi ai professionisti autonomi per prestazioni rese nei confronti della P.A. È il caso di Cons. Stato, sez. V, 03 ottobre 2017, n. 4614 (avente, però ad oggetto la specifica fattispecie dei contratti di "sponsorizzazione") e Corte Conti, sez. reg. contr. Calabria, 10 febbraio 2016, ove si è affermato che una P.A. può «procedere alla indizione di un bando pubblico per il conferimento di incarico gratuito di redazione del nuovo piano di sviluppo comunale, con la previsione del mero rimborso delle spese sostenute. Tuttavia, il bando dovrà integrare tutti gli elementi necessari per l'esatta individuazione del contenuto della prestazione richiesta, onde consentire la valutazione oggettiva degli elaborati tecnici che vengono così prodotti, senza pretesa di corrispettivo, dai tecnici interessati a prestare appunto gratuitamente la propria opera professionale». Sul tema della "gratuità" delle prestazioni rese nei confronti di una P.A., si veda anche T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 30 settembre 2019, n. 11411, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2020, 1, p. 135 ss., ove si legge che «la disciplina dell'equo compenso di cui alla l. n. 172/2017 prevede che, laddove stabilito a favore del professionista, esso debba essere equo. Nulla impedisce, tuttavia, al professionista, di prestare la propria consulenza senza alcun corrispettivo in denaro. Il carattere gratuito di consulenze a favore della Pubblica Amministrazione non è escluso dalla fonte legale ed appare legittimo. Il professionista può trarre vantaggi di natura diversa, in termini di arricchimento professionale legato alla partecipazione ad eventuali tavoli, allo studio di particolari problematiche ed altro, nonché quale possibilità di far valere tutto ciò all'interno del proprio curriculum vitae». Cfr. sul punto P. STAROPOLI, *Il lavoro gratifica, quindi è gratuito*, in *Amministrazione in cammino*, 2018.

[53] Sull'equo compenso quale "mero principio", si è più volte espressa anche la giurisprudenza amministrativa, che ha rilevato, con riferimento ad esempio alla categoria degli avvocati, come «per la pubblica amministrazione trova applicazione il concetto di "equo compenso" degli avvocati, ma non entro i rigidi e ristretti parametri di cui al D.M. citato dall'art. 13, comma 6, della Legge n. 247/2012 (ora il D.M. 55/2014), dovendo ancorarsi a parametri di maggiore flessibilità legati ad esigenze di contenimento della spesa pubblica nonché alla natura ed alla complessità delle attività defensionali da svolgere in concreto»; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 17 novembre 2022, n. 919; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 27 agosto 2021, n. 9404, in *Dir. e giust.*, 2021 (con nota di F. VALERINI). Di tutt'altro tenore, invece, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 14 novembre 2022, n. 7037, in *Foro amm.*, 2022, 11, p. 1515 ss., ove si è rilevato che «la circostanza che il singolo professionista resti libero di valutare la convenienza dell'incarico e di rifiutarlo nel caso in cui ritenga non equo il compenso non esclude la violazione dell'art. 19-quaterdecies, comma 3, d.l. n. 148/2017, cioè la violazione dell'obbligo dell'Amministrazione di garantire un compenso equo. In altri termini, la disposizione violata impone all'Amministrazione di prevedere compensi equi e non consente la previsione di compensi non equi, anche se, ovviamente, il singolo professionista non è certo obbligato, ove inserito nell'elenco, ad accettare l'incarico e quindi di beneficiare di un compenso non equo».

[54] Ciò che rileva qui, quindi, è l'oggettiva presenza delle clausole "inique" elencate dalla norma, mentre è del tutto irrilevante la natura dell'atto contrattuale (convenzione, proposta contrattuale, accordo preliminare e/o definitivo) così come il ruolo assunto dal professionista nel procedimento di formazione del contrato (proponente o destinatario della proposta).

ISSN 2036-7821

del Ministro della giustizia[55]. Lo stesso articolo prevede poi una ampia serie di clausole vessatorie affette da una presunzione di nullità *iuris et de iure*, e quindi non superabile[56]. Si consideri, poi, che la disciplina della tutela reale opera quando lo squilibrio economico - dovuto alla clausola "fuori parametro" - nasca non solo da "contratti o convenzioni" (siano essi privatistici o pubblicistici), ma anche quando esso dipenda da un "esito della gara, affidamento, predisposizione di un elenco di fiduciari" (art. 3, comma 5, l. n. 49/2023), così estendendosi l'ambito di applicazione dell'equo compenso pure a quelle ipotesi di "contatti qualificati" di natura procedimentale tra professionista e P.A.

Infine, in punto di tutela giurisdizionale, si prevede che il giudice che accerta il carattere non equo del compenso pattuito "ridetermina" il compenso dovuto al professionista e condanna il cliente al pagamento della differenza tra l'equo compenso così determinato e quanto già versato al professionista[57]. Il giudice può altresì condannare il cliente al pagamento di un indennizzo in favore del professionista, fatto salvo il risarcimento dell'eventuale maggiore danno (art. 4). In sostanza, accanto al rimedio "demolitorio" (la nullità prevista dall'art. 3 della legge n. 49/2023) si prevede qui anche un contributo da parte del giudice in termini di "rideterminazione" del compenso per l'attività professionale prestata (art. 4 e art. 3, comma 5, l. cit.).

Dal quadro sopra delineato, e in particolare dal combinato disposto degli artt. 1, 2 e 3 della legge in esame, sembrerebbe, quindi, emergere una vera e propria norma imperativa[58], a maggior ragione laddove si consideri pure la previsione testuale della "nullità". Imperatività associata, quindi, non solo, come detto, alla previsione

[55] Ai sensi dell'art. 3 cit., sono nulle anche quelle clausole che vietano al professionista di pretendere acconti nel corso della prestazione, o che impongano l'anticipazione di spese, o che, comunque attribuiscano al committente vantaggi sproporzionati rispetto alla quantità del lavoro svolto o del servizio reso.

[56] Si tratta di casi tassativi che danno luogo a nullità relativa, anche se rilevabili d'ufficio dal giudice; la clausola *vitiatur sed non viziat*, quindi il rapporto contrattuale non viene travolto. Tale prescrizione sembrerebbe attingere all'esperienza normativa in tema di tutela del consumatore dove è prevista per le clausole vessatorie una forma di invalidità che sfocia nella nullità parziale (che dunque non si estende all'intero contratto) a prescindere dalla essenzialità della clausola.

[57] Con riferimento ai contratti pubblici, l'ANAC ha evidenziato che l'applicazione dell'articolo 3, comma 5, della l. n. 49/2023, che ammetterebbe il ricorso al giudice civile per contestare l'affidamento ad un prezzo inferiore rispetto a quello definito in ossequio all'allegato I.13 del d.lgs. n. 36/2023 ("determinazione dei parametri per la progettazione"), oltre a determinare una sovrapposizione con i poteri e le competenze delle stazioni appaltanti in termini di verifica della congruità delle offerte, produrrebbe una situazione di instabilità e incertezza sull'affidamento e sulle relative condizioni, con evidenti ripercussioni sulla spesa pubblica. In particolare, l'esito positivo del giudizio ordinario comporterebbe la necessaria modifica del quadro economico finanziario dell'intervento, con conseguenti ricadute, anche sulla capacità di spesa futura, che appaiono tanto più evidenti per gli interventi finanziati con i fondi del PNRR (cfr. la nota ANAC del 19 aprile 2024 inviata al Ministero dell'Economia e delle Finanze e al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti).

[58] Secondo orientamento pretorio consolidato, il *focus* dell'indagine sull'imperatività della norma violata «si appunta ora sulla natura dell'interesse leso che si individua nei preminenti interessi generali della collettività»; Cass. civ., sez. un., 15 marzo 2022, n. 8472, in *Foro it.*, 2022, 5, p. 1650 ss.

ISSN 2036-7821

testuale della nullità, ma anche al fatto che lo scopo del provvedimento è quello di assicurare al professionista un compenso proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale, sia in sostanziale attuazione dell'art. 36 Cost., sia per rafforzare la tutela dei professionisti nel rapporto contrattuale con specifiche imprese, che per natura, dimensioni o fatturato, sono ritenute contraenti forti, ovvero, per quanto in questa sede di interesse, con la P.A.

4. L'equo compenso nelle gare pubbliche: i controversi rapporti tra la l. n. 49/2023 e il d.lgs. n. 36/2023

Così inquadrata l'evoluzione normativa della disciplina sull'equo compenso, la questione giuridica su cui il presente Studio intende indugiare è rappresentata dal rapporto tra la legge n. 49/2023 e il d.lgs. n. 36/2023 (come noto entrato in vigore in data 01 aprile 2023 ma con efficacia al 01 luglio 2023[59]).

Come sopra rilevato, l'equo compenso, non più principio ma norma cogente, porta con sé una serie di precipitati di assoluta rilevanza operativa, e ciò se sol si consideri che esso, in primo luogo, si applica inderogabilmente pure alle P.A. (viste dalla norma, pacificamente, come "contraenti forti")[60] e, in secondo luogo, trova applicazione non solo nella fase squisitamente "contrattuale" ma anche nelle fasi "della gara e dell'affidamento" dei contratti medesimi. Peraltro, tale regola è stabilmente presidiata da una misura di tutela reale, tant'è che l'ordinamento fulmina con la nullità tutte quelle clausole che si pongono in violazione con i compensi individuati dai parametri sopra citati.

Così sintetizzate le principali coordinate dispositive, per quanto qui di interesse, della l. n. 49/2023, e prima ancora di interrogarsi sulla sua compatibilità - o meno -

[59] Cfr. art. 230 del d.lgs. n. 36/2023. Si è parlato, sul punto, di una attivazione "a tre velocità": una prima -con decorrenza 01 aprile e con scadenza 30 giugno 2023 - in cui il Nuovo Codice, praticamente, non ha efficacia in quanto il d.lgs. n. 50/2016 viene utilizzato sia per i procedimenti in corso che ai nuovi procedimenti; una seconda in cui - a partire dal 01 luglio e sino al 31 dicembre 2023 - il Nuovo codice ha efficacia "parziale", con salvezza di alcune disposizioni del d.lgs. n. 50 cit.; una terza in cui - a partire dall'01 gennaio 2024 - il Nuovo Codice ha compiutamente efficacia per tutti i nuovi procedimenti.

[60] Diversamente, prima dell'entrata in vigore della l. n. 49/2023, secondo T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 29 aprile 2021, n. 1071, in *Dir. e giust*., 2021 (con nota di G. MILIZIA), «la disciplina dell'equo compenso è rivolta a tutelare la posizione del professionista debole e non l'indipendenza, la dignità e il decoro della categoria professionale, la quale si realizza attraverso il rispetto dei precetti contenuti nel codice deontologico, che impongono al professionista di non offrire la propria prestazione in cambio di compensi lesivi della dignità e del decoro professionale, nel rispetto dei principi della corretta e leale concorrenza (articolo 9, comma 1, del Codice deontologico forense) e dei doveri di lealtà e correttezza verso i colleghi e le Istituzioni forensi (articolo 19 del codice deontologico forense)» di guisa che è «lecito derogare ai minimi tariffari ed all'equo compenso del legale che partecipa ad una procedura comparativa per il conferimento del mandato difensivo di una pubblica amministrazione. Infatti, secondo le linee guida n. 12 dell'ANAC sull'affidamento dei servizi legali, la natura degli stessi e l'importanza degli interessi coinvolti raccomandano di utilizzare in ogni caso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità-prezzo».

ISSN 2036-7821

con il d.lgs. n 36/2023[61], pare opportuno brevemente isolare i riferimenti principali del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici quanto alle prestazioni professionali rese nei confronti della P.A. e relativo trattamento economico in termini di compenso equo.
Rileva, anzitutto, il disposto di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 36/2023 ("Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito"), secondo cui le prestazioni d'opera intellettuale "non possono essere rese dai professionisti gratuitamente", salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione. Salvo i predetti casi eccezionali, la P.A. "garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso". Il divieto di prestazione gratuita[62] dell'attività sancito dal Codice[63] - qui perfettamente allineato, in principio, alla l. n. 49/2023 - si riferisce proprio alle prestazioni intellettuali/professionali[64] (cfr. art. 2229 c.c.) per le quali, quindi, stando al tenore letterale della disposizione, deve necessariamente operare la regola dell'equo compenso (art. 2233 c.c. e art. 19 *quaterdecies* d.l. 148/2017, già citati al §2).

---

[61] Si veda, in materia di equo compenso e appalti pubblici, A. SOLA, *Gare pubbliche ed equo compenso tra passato, presente e futuro*, in *Appalti&contratti*, 2023; A.E. BASILICO, *Equo compenso degli avvocati e Pubblica Amministrazione*, in *Urb. e app.*, 2021, 4, pp. 536-545; F. BRUNETTI, *Equo compenso e nuovo codice dei contratti pubblici*, in Dir. banc., 2023.

[62] M. CLARICH, *Sull'affidamento gratuito il rischio sotto tracciadi un rapporto di scambio*, in *Ediliziaeterritorio*, 2017; G. PIZZONIA, *Prestazioni gratuite e compensi virtuali. Criticità fiscali a margine di una sentenza del Consiglio di Stato*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2018, 1, p. 9 ss.; A. ROTA, *Lavoro gratuito per la P.A.: ''un'opportunita` per arricchire il curriculum''*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, p. 145 ss.

[63] La norma, *ante* Codice del 2023, era stata interpretata in maniera restrittiva dalla giurisprudenza amministrativa secondo cui «la normativa sull'equo compenso sta a significare soltanto che, laddove il compenso sia previsto, lo stesso debba essere necessariamente equo, mentre non può ricavarsi dalla disposizione l'ulteriore (e assai diverso corollario) che lo stesso debba essere sempre previsto […] La disposizione non esclude il (e nemmeno implica la rinuncia al) potere di discrezione dell'interessato, che resta libero di rinunciare al compenso, qualunque esso sia anche indipendentemente dalla equità dello stesso, allo scopo di perseguire o ottenere vantaggi indiretti o addirittura senza vantaggio alcuno, nemmeno indiretto, come tipicamente accade nelle prestazioni liberali (donazioni o liberalità indirette)»; Cons. Stato, sez. IV, 09 novembre 2021, n. 7442. Di segno opposto T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 02 agosto 2018, n. 1507, in *Dir. e giust*., 2018 (con nota di M. BOMBI), secondo cui è illegittimo «il bando del Comune con il quale si intende affidare la redazione del piano regolatore senza alcun compenso al professionista ma soltanto il rimborso spese, atteso che la configurabilità di un appalto pubblico di servizi a titolo gratuito si pone in disarmonia rispetto al quadro di riferimento normativo, tenuto conto che non ogni servizio prestato reca con se vantaggi curricolari e di immagine tali da garantire, sia pure indirettamente, vantaggi economici tali da soddisfare il diritto a un equo compenso». Cfr. anche T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 06 febbraio 2017, n. 334, ove si è disposta l'illegittimità di un bando di gara per l'affidamento del servizio giuridico-legale di un Comune nel caso in cui esso risulti violare non solo i principi in tema di equo compenso, ma anche le regole delle procedure selettive pubbliche, della massima partecipazione della leale concorrenza, comunque applicabili anche in ipotesi di procedure selettive nei settori esclusi dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici.

[64] L. CARBONE, *La disciplina dell'equo compensodelle prestazioni professionali*, in *Foro it.*, 2023, 5, p. 181 ss.; C. MAZZANTI, *Le tutele del lavoratore autonomo: equo compenso, invalidità delle clausoleabusive e risarcimento del danno*, in *Lav. dir. eu.*, 2022, 2; B. ALICE, *La pubblica amministrazione deve sempre garantire un equo compenso per leprestazioni rese dai professionisti?*, in *Arg. dir. lav.*, 2022, 2; M. GALLO, *L'equo compenso e la ratio della norma nel difficile equilibrio fra regole di mercato etutela degli interessi del legale*, in *Dir. it*., 2021.

ISSN 2036-7821

Ulteriore disposizione di interesse è contenuta nell'art. 41, comma 15, del Codice[65], ove si rimanda all'allegato I.13 al fine di stabilire le modalità di determinazione dei corrispettivi per le fasi progettuali da porre a base degli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura, mediante attualizzazione del quadro tariffario di cui alla tabella Z-2 del d.m. 17 giugno 2016. Inoltre, il medesimo comma 15 statuisce nel senso che i corrispettivi in esame sono utilizzati dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara dell'affidamento[66].

Ora, è indiscutibile come l'entrata in vigore, pure in tempi ravvicinatissimi, della l. n. 49/2023 (05 maggio 2023) e del d.lgs. n. 36/2023 (01 aprile 2023 ma con efficacia da 01 luglio 2023), ponga importanti interrogativi in termini di compatibilità, intersezioni e interferenze tra le due discipline.

Ebbene, un primo punto di confronto e dibattito riguarda l'applicabilità, o meno, delle disposizioni della legge 49/2023 al d.lgs. n. 36 cit. e ciò dal momento che l'art. 8 del Nuovo Codice, come visto, richiama sì il principio dell'equo compenso ma non le sue disposizioni applicative (*i.e.* la disciplina cogente sull'equo compenso).

La risposta, secondo parte delle opinioni espresse sul punto[67], parrebbe - astrattamente - affermativa, dato il tenore letterale dell'art. 2 della legge 49 (che, come detto, include nell'ambito soggettivo di applicazione anche le prestazioni rese nei confronti della P.A.) e dell'art. 5 della legge cit. (laddove si prevede la sanzione della nullità anche con riferimento a momenti tipicamente procedimentali della contrattualistica pubblica, ossia l'"esito della gara" e l'"affidamento", con quest'ultimo termine lasciando intendere l'applicabilità dell'equo compenso anche a procedure non tecnicamente "a competizione pubblica", come gli affidamenti

[65] Così recita il comma 15 cit: "Nell'allegato I.13 sono stabilite le modalità di determinazione dei corrispettivi per le fasi progettuali da porre a base degli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura, commisurati al livello qualitativo delle prestazioni e delle attività relative alla progettazione di fattibilità tecnica ed economica ed esecutiva di lavori, al coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, alla direzione dei lavori, alla direzione di esecuzione, al coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, al collaudo, agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla programmazione dei lavori pubblici. I predetti corrispettivi sono utilizzati dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara dell'affidamento".

[66] Viene superata, pertanto, la previgente disciplina di cui all'art. 24, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, secondo la quale i corrispettivi di cui al d.m. del 17 giugno 2016 venivano utilizzati dalle stazioni appaltanti quale mero parametro ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara, consentendo così alle P.A. di derogarvi (cfr., sul punto, ANAC, parere di precontenzioso n. 566 del 01 luglio 2020 e Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2019, n. 2094).

[67] È il caso del Consiglio Nazionale degli Ingegneri (cfr. circolare CNI n. 76 cit.), ove si rileva che a previsione dell'art. 8 del Codice dei contratti risponde ed è coerente con il quadro normativo vigente al 31 marzo 2023 (data della sua entrata in vigore) e dunque anteriore all'entrata in vigore della disciplina organica e generale dell'equo compenso, essendo la disposizione del Codice conforme a quanto prescriveva allora l'art. 19 *quaterdecies*, del d.l. 148/2017; articolo abrogato dall'art. 12 della l. n. 49/2023.

ISSN 2036-7821

diretti)[68].

Secondo una diversa posizione, invece, tutta la normativa del Nuovo Codice dovrebbe ritenersi pienamente vigente, anche nella parte dell'equo compenso quale mero "principio", dovendosi considerare invece abrogata, *in parte qua*, la l. n. 49/2023. Più nel dettaglio, si giungerebbe a tale conclusione attraverso il disposto di cui all'art. 15 delle Preleggi[69], per cui la prevalenza deve essere data a quella disciplina "entrata in vigore" successivamente (ossia, nel caso di specie, al d.lgs. n. 36/2023, che, sebbene entrato in vigore in data 01 aprile 2023, ha acquisito efficacia definitiva in data 01 luglio 2023, quindi successivamente al 20 maggio 2023, data di entrata in vigore, "piena", della l. n. 49/2023)[70].

Quindi, a seguire tale impostazione, l'interprete dovrebbe soffermarsi non tanto (e non più) sui rapporti tra d.lgs. n. 36/2023 e l. n. 49/2023, quanto piuttosto, e con specifico riferimento agli incarichi tecnici, solo sul disposto dell'art. 41, comma 15 cit. e dell'allegato I.13 (nel loro rapporto con l'art. 8 del Codice e quindi con l'equo compenso quale "principio"). Ciò a maggior ragione laddove si consideri, secondo detta posizione, la totale "incompatibilità" tra l. n. 49 cit. e Nuovo Codice dei Contratti con precipuo riferimento all'affidamento di servizi di ingegneria, ove da un lato (quello del d.lgs. n. 36) si ammetterebbe, attraverso la disciplina dei criteri di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (rapporto qualità/prezzo o solo prezzo), un compenso inferiore ai parametri del d.m. 2016 cit.; dall'altro (la disciplina equo compenso), si esclude *tout court* qualsiasi sforamento verso il basso, a pena di nullità del contratto o dell'affidamento[71].

Prendendo le mosse proprio da quest'ultimo profilo (ossia la questione degli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura), si giunge, poi, ad un secondo,

---

[68] Si veda, sul punto, la circolare n. 100 del 17.11.2023 del Consiglio Nazionale degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori, nella quale si invitano le stazioni appaltanti a non richiedere, proprio negli affidamenti diretti di servizi di architettura e ingegneria sotto soglia *ex* art. 50, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 36/2023, alcun ribasso all'operatore economico, in quanto «i corrispettivi - in ottemperanza alla legge sull'equo compenso e al nuovo Codice dei contratti - devono essere quelli fissati dal decreto Parametri».

[69] Art. 15 cit.: "Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore".

[70] Si veda sul punto F. BOTTEON, *L'equo compenso nei servizi tecnici affidati dalla pubblica amministrazione e l'individuazione del diritto vigente: entrata in vigore o efficacia del codice?*, in *LexItalia*, 2023, ove l'A. specifica che la legge "posteriore" è, agli effetti dell'art. 15 delle Preleggi, alla luce del comma 2 dell'art. 229, del d.lgs. n. 36/2023, quella del codice dei contratti e ciò dal momento che «è pacifico, invero, che prima del 1 luglio 2023, il codice dei contratti non ha prodotto alcun effetto, in nessuna norma. Nessun effetto giuridico è rilevabile come conseguenza dell'"entrata in vigore" del comma 1 dell'art. 229 d.lgs. 36/23. Tutto quello che ordinariamente produce l'"entrata in vigore" è ricollegabile, con riguardo alla disciplina concreta e sostanziale del d.lgs. 36, all' efficacia delle relative norme e non alla "formale", lessicale "entrata in vigore"»; peraltro, sottolinea l'A., «l'art. 15 delle preleggi non parla di entrata in vigore ma solo di "posteriorità", e tale concetto mobile può benissimo riferirsi al concetto innovativo di efficacia del corpo normativo introdotto dall'art. 229 d.lgs. 36».

[71] Sullo specifico punto, si veda la posizione espressa da L. PASSERI MENCUCCI per il Consiglio Nazionale degli Ingegneri pubblicato sul sito istituzionale del Consiglio citato il 01 agosto 2023.

ISSN 2036-7821

ulteriore, elemento controverso - segnalato in prima battuta da ANAC - legato alla interpretazione stessa dell'art. 41, comma 15, del Codice, ossia su come vadano trattati e considerati i corrispettivi dovuti ai professionisti. E ciò dal momento che: *(i)* la disposizione in parola sembrerebbe statuire che le tariffe del d.m. 17 giugno 2016 (riportate nell'allegato I.13) non possono più costituire un mero "criterio o base di riferimento ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara dell'affidamento" (come precedentemente previsto dall'art. 24, comma 8, del d.lgs. 50/2016[72]), ossia un mero parametro dal quale è consentito alle Stazioni appaltanti di discostarsi, ma assurgerebbero a parametro vincolante e inderogabile per la determinazione dei corrispettivi; *(ii)* alla luce della l. n. 49/2023, il legislatore sembrerebbe aver reintrodotto dei parametri professionali minimi di guisa che, accogliendo tale impostazione, non si comprenderebbe "quale possa essere il ribasso massimo che conduce a ritenere il compenso equo nell'ambito delle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e di architettura"[73].

L'Autorità Anticorruzione, sul punto, ha inizialmente fornito una lettura "originale" della questione, sostenendo, in sostanza che se dette tariffe assurgono a parametro inderogabile - e quindi è impossibile corrispondere un compenso inferiore a quello equo (*i.e.* quello stabilito dai parametri ministeriali) - allora ne discenderebbe, per gli affidamenti in esame, la non utilizzabilità dei criteri di aggiudicazione del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dovendosi preferire inedite gare costruite "a prezzo fisso" con competizione limitata alla componente qualitativa[74].

---

[72] Si veda l'irridente articolo *Equo compenso e aria fritta*, 2023, ove si rileva che «nell'articolo 24, comma 8, si disponeva che 'I predetti corrispettivi (le tariffe del decreto parametri - n.d.r.) sono utilizzati dalle stazioni appaltanti quale criterio o base di riferimento ai fini dell'individuazione dell'importo a porre a base di gara dell'affidamento', ebbene 'criterio o base di riferimento' non può significare conformità inderogabile, per cui legittimamente con opportuna motivazione ci si poteva discostare […] mentre nell'articolo 41, comma 15 recita 'Nell'allegato I.13 sono stabilite le modalità di determinazione dei corrispettivi per le fasi progettuali da porre a base degli affidamenti' cosi imponendo una sorta di inderogabilità del decreto parametri (sopprimendo la possibilità di discostarsene)».

[73] Cfr. nota ANAC del 07 luglio 2023, avente ad oggetto "Criticità attinenti al coordinamento tra la disciplina del c.d. equo compenso e il decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36", ove l'Autorità, ritenuto che «non può fornire indicazioni sulla percentuale legittima di ribasso, in quanto sussiste il rischio di individuazione di una nuova soglia minima per i compensi diversa da quella per i compensi fissati dai decreti ministeriali per i professionisti iscritti agli ordini e collegi, con l'ulteriore possibile effetto di trasformare la gara in una gara a prezzo fisso», ha segnalato la questione rimettendola alla competente Cabina di Regia presso la Presidenza del Consiglio, al fine di evitare pareri difformi e contenzioso, restando comunque a disposizione per ogni eventuale ulteriore approfondimento in un'ottica di collaborazione istituzionale.

[74] Il riferimento è alla delibera ANAC n. 343 del 20 luglio 2023, ove l'Autorità, sebbene con riferimento al d.lgs. n. 50/2016, ha rilevato che «diversamente opinando, non si spiegherebbe né la previsione della nullità, rilevabile anche d'ufficio, della clausola che fissi un compenso inferiore a quello stabilito dal decreto ministeriale né l'abrogazione dell'art. 2, comma 1, lettera a) del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223 che, come anticipato, aveva eliminato l'obbligatorietà delle tariffe minime». Si tratterebbe, quindi, a detta dell'Autorità «di una novità di assoluto rilievo che, volta a garantire una adeguata remunerazione per le attività libero professionali, risulta

ISSN 2036-7821

Successivamente, in sede di predisposizione dello schema di Bando tipo n. 2/2023 ("Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi di architettura e ingegneria di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo", in consultazione), l'ANAC ha individuato non più una ma tre soluzioni interpretative così brevemente riassunte: *(i)* necessità di svolgere gare a prezzo fisso, sulla base della inderogabilità del compenso individuato dalle tabelle ministeriali[75]; *(ii)* possibile ribasso limitato alle "spese generali", quale parte del corrispettivo a base d'asta che esula dal compenso professionale *tout court*[76]; *(iii)* non applicabilità della disciplina dell'equo compenso alle procedure di evidenza pubblica[77], in quanto in contrasto con il principio di concorrenzialità sancito a livello di normativa comunitaria[78].

---

indirettamente idonea anche a tutelare la qualità delle prestazioni, obiettivo di primaria importanza nel settore dei contratti pubblici».

[75] C.d. "Opzione 1: Necessità di svolgere gare a prezzo fisso". Si prevede che "sulla base del dato normativo, potrebbe sostenersi che il compenso professionale individuato sulla base delle tabelle ministeriali da porre a base di gara sia in ogni caso inderogabile e, pertanto, non possa essere assoggetto al ribasso in sede di offerta. Conseguentemente le gare che hanno ad oggetto esclusivamente prestazioni professionali devono essere aggiudicate a prezzo fisso, in applicazione delle indicazioni fornite dall'articolo 108, comma 5, del codice dei contratti pubblici. La competizione tra i concorrenti quindi potrà essere soltanto di tipo qualitativo ed avere ad oggetto specifiche caratteristiche del servizio, ferma restando la possibilità di premiare l'offerta di un tempo di esecuzione inferiore rispetto a quello previsto nel bando di gara".

[76] C.d. "Opzione 2: Possibile ribasso limitato alle spese generali". Si prevede che "fermo restando il divieto di sottoporre a ribasso il compenso professionale individuato sulla base delle tabelle ministeriali, si potrebbe mantenere ferma la possibilità di effettuare una gara con valutazione dell'offerta economica limitatamente alla parte di costo che esula dal compenso professionale e, pertanto, sostanzialmente, limitata alle spese generali. Con riferimento a tale possibilità, si evidenzia che consentendo il ribasso su una quota di tali spese, potrebbe verificarsi che i concorrenti più strutturati offrano il massimo ribasso sostenibile, attestandosi tutti su una quota fissa. In sostanza, ci sarebbe il rischio di attivare, anche in questo caso, ad una gara a prezzo fisso. Inoltre, si verificherebbe l'aspetto negativo che i professionisti singoli o le società di piccole dimensioni potrebbero essere costretti ad offrire un ribasso inferiore, non riuscendo ad abbattere nella stessa misura i costi. Quindi, sostanzialmente, la competizione verrà svolta sulle dimensioni dell'operatore economico o sulla capacità organizzativa e non sulla qualità del servizio".

[77] Recentemente, in via pretoria, si veda anche Cons. Stato, sez. III, 05 aprile 2024, n. 3176, ove si è specificato (checché senza alcun riferimento alla l. n. 49/2023) che l'applicazione della disciplina sull'equo compenso presuppone l'impossibilità di un'effettiva trattativa tra le parti, tenuto conto della diversa "forza contrattuale" tra professionista e cliente e "la sussistenza di un significativo squilibrio contrattuale" a carico del professionista ovvero "un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi", Ciò non ricorrerebbe «nell'ipotesi in cui vi sia libera adesione da parte del professionista ad un avviso (come nel caso di specie) o bando pubblico, predisposto dalla P.A., che contiene una disciplina che regola il rapporto convenzionale, ivi compreso il compenso; in questo caso, infatti, l'amministrazione pubblica non impone ai professionisti il compenso per la prestazione dei servizi legali da affidare, ma si limita a offrire loro la possibilità di svolgere un'attività professionale dietro un determinato compenso da essa prefissato; ogni singolo professionista può valutare liberamente se aderire o meno».

[78] C.d. "Opzione 3: Non applicabilità della disciplina dell'equo compenso alle procedure di evidenza pubblica". Si precisa che "i sostenitori di tale tesi affermano che la previsione di tariffe minime si pone in netto contrasto con il principio di concorrenzialità, con evidenti dubbi di compatibilità anche a livello di normativa comunitaria. Inoltre, occorre considerare che l'articolo 2, comma 1 della legge 49/2023 definisce il proprio ambito di applicazione in relazione ai rapporti professionali aventi ad oggetto prestazioni d'opera intellettuale di cui

ISSN 2036-7821

In attesa dell'esito della consultazione citata, l'ANAC ha espresso preferenza, in particolare, per la posizione *sub* (ii): in sostanza, a detta dell'Autorità, il "compenso", quale componente del corrispettivo posto a base d'asta, non sarebbe ribassabile (essendo precluso il ricorso al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso); il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (peraltro obbligatorio per le gare c.d. "sopra soglia", ossia di importo pari o superiore a Euro 140.000), quindi, dovrà essere applicato, sulla base di soli criteri qualitativi e comunque "a prezzo fisso", al netto della ribassabilità delle sole "spese" - elemento, in breve, che concorrerebbe sì alla determinazione del corrispettivo da porre a base d'asta[79] ma che non sarebbe da considerare elemento costitutivo della diversa voce "compenso" (e da qui la sua ribassabilità) -, con la precisazione che, però, detto ribasso non potrà comunque "incidere" sull'equità del "compenso" medesimo (a pena di nullità della clausola *ex* art. 3 della l. n. 49/2023).

Proprio con riferimento alla suddetta "ribassabilità", recentemente la stessa ANAC,

all'articolo 2230 del codice civile. Ciò significa che la relativa disciplina è circoscritta alle ipotesi in cui la prestazione professionale trova fondamento in un contratto d'opera caratterizzato dall'elemento personale, in cui il singolo professionista assicura lo svolgimento della relativa attività principalmente con il proprio lavoro autonomo. Resterebbero, quindi, escluse dall'applicazione della disciplina sull'equo compenso le ipotesi in cui la prestazione professionale viene resa nell'ambito di un appalto di servizi, attraverso una articolata organizzazione di mezzi e risorse e con assunzione del relativo rischio imprenditoriale. Altro argomento portato a favore di tale ricostruzione è l'espressa applicazione della normativa sull'equo compenso alle 'convenzioni' che sarebbero identificabili in particolari rapporti contrattuali caratterizzati da una posizione dominante del committente, con conseguente necessità di ristabilire gli equilibri contrattuali proprio attraverso l'introduzione di tariffe minime. Tale situazione non ricorrerebbe nell'ambito delle procedure di gara caratterizzate dalla presentazione di offerte libere e adeguatamente ponderate da parte degli offerenti e dalla previsione di adeguati meccanismi atti proprio ad evitare la presentazione di offerte eccessivamente basse e quindi non sostenibili (anomalia dell'offerta). Ulteriori considerazioni muovono dall'esigenza di interpretare le disposizioni appartenenti a diversi ordinamenti in modo sistematico, tenendo conto del contesto ordinamentale complessivo in cui si inseriscono, pena l'annullamento dei principi di concorrenzialità e di evidenza pubblica che governano l'affidamento dei contratti pubblici".

[79] Secondo il Consiglio Nazionale degli Ingegneri (cfr. circolare CNI n. 76 cit.), in aderenza all'opzione n. (ii) individuata dall'ANAC, l'Allegato I.13 al Nuovo Codice distingue il "compenso" dal "corrispettivo" che, ai sensi dell'art. 1 dell'Allegato *supra*, è costituito dal compenso e dalle spese ed oneri accessori. Tanto sarebbe evincibile pure dal d.m. del 2016 ove l'art. 4 individua, per l'appunto, il "compenso" ("determinato dalla sommatoria dei prodotti tra il costo delle singole categorie componenti l'opera 'V', il parametro 'G' corrispondente al grado di complessità delle prestazioni, il parametro 'Q' corrispondente alla specificità della prestazione distinto in base alle singole categorie componenti l'opera e il parametro base 'P', secondo l'espressione che segue: $CP= \sum(V \times G \times Q \times P)$", mentre le "spese" sono definite al successivo art. 5 ("l'importo delle spese e degli oneri accessori è stabilito in maniera forfettaria; per opere di importo fino a euro 1.000.000,00 è determinato in misura non superiore al 25 per cento del compenso; per opere di importo pari o superiore a euro 25.000.000,00 è determinato in misura non superiore al 10 per cento del compenso; per opere di importo intermedio in misura non superiore alla percentuale determinata per interpolazione lineare". Le "spese", quindi, andrebbero distinte dal "compenso" vero e proprio in quanto, congiuntamente, determinano il corrispettivo che determina la base d'asta. Secondo la circolare sopra citata, quindi, poiché oggetto della legge n. 49/2023 è quello di tutelare il "compenso" equo e non le spese, «sul piano generale non sembrerebbero frapporsi ostacoli alla ribassabilità di queste ultime. Qualora si ammettesse la ribassabilità delle spese, la Stazione appaltante potrebbe quindi individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa per le prestazioni professionali sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo».

ISSN 2036-7821

chiamata ad esprimersi se sia da considerare "anomala" (con susseguente esclusione dell'O.E. per violazione della normativa sull'equo compenso) un'offerta formulata con percentuale di ribasso impattante anche il compenso professionale (oltre alle spese), ha evidenziato, con non pochi dubbi applicativi, che - data l'incertezza circa le modalità applicative della normativa sull'equo compenso nelle procedure di gara dirette all'affidamento di servizi di ingegneria e architettura unitamente ai principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento e al principio dell'autovincolo - "non può operare l'eterointegrazione del bando di gara e che, per tale via, si commini a carico dei partecipanti una sanzione espulsiva per aver presentato un'offerta che, perfettamente aderente ai contenuti della *lex specialis*, risulti non conforme alla l. n. 49/2023"[80]. Secondo l'Autorità, in sostanza, i principi *supra* richiamati impedirebbero l'operatività dell'eterointegrazione del bando di gara di guisa che, per tale via, non può disporsi l'esclusione dei concorrenti per aver eventualmente formulato un ribasso incompatibile con le disposizioni di cui alla l. n. 49/2023 in commento.
Un terzo e ultimo profilo, derivante proprio dalla opzione *sub* (iii) evidenziata dall'ANAC e quindi con evidentissime ripercussioni in punto di applicabilità dell'equo compenso al d.lgs. n. 36/2023, riguarderebbe, invece, la compatibilità *ex se* della l. n. 49/2023 con le disposizioni eurounitarie a tutela della concorrenza[81]; e ciò

[80] Trattasi della delibera ANAC n. 101 del 28 febbraio 2024, ove l'Autorità ha pure evidenziato che, secondo il prevalente indirizzo giurisprudenziale, di regola, le condizioni di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici devono essere tutte indicate nel bando di gara, la cui eterointegrazione con obblighi imposti da norme di legge deve ritenersi ammessa in casi eccezionali, poiché l'enucleazione di cause di esclusione non conosciute o conoscibili dai concorrenti contrasta con i principi europei di certezza giuridica e di massima concorrenza (Cons. Stato, sez. V, 28 ottobre 2016, n. 4553, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 6, p. 1123 ss.); si è osservato, in particolare, che l'eterointegrazione del bando «costituisce - in relazione alla sua attitudine ad incidere in maniera significativa sull'affidamento che la platea dei potenziali concorrenti deve poter nutrire sulla chiarezza, precisione ed univocità delle condizioni richieste per l'accesso alle procedure evidenziali, la cui formulazione incombe alla stazione appaltante – dispositivo del tutto eccezionale, suscettibile di operare solo in presenza di norme di settore a generale attitudine imperativa, la cui deroga sia in principio preclusa alle opzioni programmatiche della stessa amministrazione aggiudicatrice»; Cons. Stato, sez. IV, 28 agosto 2019, n. 5922). Sul punto, anche la Corte di Giustizia ha riconosciuto che il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, consentendo allo stesso un termine per regolarizzare la posizione (C.G.U.E., sentenza 02 giugno 2016, C-27/15).

[81] Secondo C.G.U.E., sez. IV, 04 luglio 2019, C- 377/17, infatti, le tariffe minime e massime in materia di prestazioni professionali (in specie di progettazione fornite da architetti e ingegneri), rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2, lettera g), della direttiva 2006/123 se soddisfano le seguenti condizioni: (i) non essere discriminatorie e (ii) essere necessarie e proporzionate alla realizzazione di un motivo imperativo di interesse generale. Con riferimento a tale aspetto, si veda *Equo compenso e aria fritta*, 2023, ove si evidenzia che «nulla toglie alla necessità che i minimi tariffari per poter vantare la compatibilità col diritto unionale (semplificando al massimo l'alveo dell'articolo 15, paragrafo 1, paragrafo 2, lettera g), e paragrafo 3, lettera c), della direttiva Bolkestein) siano finalizzati all'obiettivo di assicurare un elevato livello di qualità delle prestazioni di progettazione e che il legislatore nazionale dimostri le ragioni per cui il fatto di mettere a disposizione dei clienti una misura meno restrittiva, non sia sufficiente a conseguire il suddetto obiettivo in modo adeguato; in assenza di tali presupposti la fissazione di tariffe obbligatorie per le prestazioni di progettazione degli architetti e

ISSN 2036-7821

anche alla luce di una recente sentenza della Corte di Giustizia Europea, ove è stata ritenuta illegittima, in violazione dell'art. 101 T.F.U.E.[82], la determinazione "orizzontale" (per il tramite, cioè, di "accordi" *infra* categoria, resi vincolanti dalle norme locali) dei prezzi fissati direttamente dal Consiglio forense bulgaro in quanto determina un grado sufficiente di dannosità nei confronti della concorrenza (a prescindere quindi dal livello a cui è fissato il prezzo minimo)[83]. *Mutatis mutandis*, poiché in Italia le tariffe sono, di fatto, determinate con decreto ministeriale "sentiti gli ordini professionali" o "su proposta" dei medesimi[84], le conclusioni della

degli ingegneri non può essere considerato proporzionato a tale obiettivo». Per cui secondo l'A., permane il dubbio circa la compatibilità della legge nazionale (l. n. 49/2023) con i requisiti di cui alla direttiva Bolkestein e cioè «a) è necessaria in quanto giustificata da un motivo imperativo di interesse generale? O solo l'interesse delle categorie professionali? b) garantisce la realizzazione dell'obiettivo perseguito o eccede quanto necessario per raggiungerlo e sia impossibile sostituirla con altre misure meno restrittive che permettono di conseguire lo stesso risultato?». Cfr. E. BERGAMINI, B. NASCIMBENE, *Libere professioni, servizi e concorrenza. norme nazionali e diritto UE a confronto*, in *Dir. comm. int.*, 2019, 1, p. 14 ss.; F. CASOLARI, *La Corte di giustizia torna a pronunciarsi sugli onorari (minimi) previsti per l'esercizio della professione forense e sulla loro compatibilità col diritto UE antitrust: un passo avanti e due indietro?*, in *Giur. comm.*, 2018, 3, p. 406 ss.

[82] Art. 101 T.F.U.E.: "Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno".

[83] Si tratta di C.G.U.E., sez. IV, 25 gennaio 2024, C-438/22, ove è stato rilevato che «l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE , in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, dev'essere interpretato nel senso che, nell'ipotesi in cui un giudice nazionale constati che un regolamento che fissa gli importi minimi degli onorari degli avvocati, reso obbligatorio da una normativa nazionale, è contrario a detto articolo 101, paragrafo 1, esso è tenuto a rifiutare di applicare tale normativa nazionale nei confronti della parte condannata a pagare le spese corrispondenti agli onorari d'avvocato, anche qualora tale parte non abbia sottoscritto alcun contratto di servizi d'avvocato e di onorari d'avvocato». La questione prende le mosse dalla possibilità o meno, per il giudice bulgaro, di fissare i compensi dell'avvocato in misura inferiore alla soglia determinata da un regolamento adottato da un'organizzazione professionale di avvocati (richiamato dalla normativa interna). In particolare il quesito posto alla Corte è riassumibile in questi termini cioè se una normativa nazionale, come quella bulgara relativa agli onorari degli avvocati, che, da un lato, non consente all'avvocato e al proprio cliente di pattuire un onorario d'importo inferiore al minimo stabilito dal regolamento (adottato dall'associazione di imprese costituita da un'organizzazione di categoria dell'ordine forense) e, dall'altro, non autorizza i giudici nazionali aditi a disporre la rifusione degli onorari d'importo inferiore a tale minimo, sia idonea a restringere il gioco della concorrenza nel mercato interno ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, T.F.U.E. La norma è stata ritenuta rilevante in quanto le tariffe in questione erano state determinate dal Consiglio superiore dell'ordine forense bulgaro, i cui membri sono tutti avvocati eletti da colleghi. Tale organo agisce in particolare, in assenza di qualsiasi controllo da parte delle autorità pubbliche e di disposizioni idonee a garantire che esso si comporti quale emanazione della pubblica autorità, come un'associazione di imprese quando adotta i regolamenti diretti alla fissazione degli importi minimi degli onorari forensi. Sulla natura del Consiglio bulgaro, C.G.U.E., sez. III, 23 novembre 2017, C-427/16 e C-428/16.

[84] Sulla natura degli ordini professionali, *inter alia*, si veda Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2016, n. 1164, ove, con riferimento al CNF e all'adozione del - diverso rispetto alla determinazione delle tariffe professionali - codice deontologico, si legge che «il Consiglio nazionale forense (CNF), a seconda degli ambiti in cui interviene, può svolgere 'attività amministrativa', 'giurisdizionale' e 'di impresa'. A tale ultimo proposito, la giurisprudenza europea e nazionale ha affermato che la nozione europea di impresa include anche l'esercente di una professione intellettuale, con la conseguenza che l'Ordine professionale può essere qualificato alla stregua di un'associazione di imprese ai sensi dell'art. 101 TFUE. In particolare, si è rilevato che un'organizzazione professionale, quando

ISSN 2036-7821

C.G.U.E., quanto alla violazione della concorrenza in siffatti casi, sarebbero astrattamente applicabili anche al piano nazionale[85] (*i.e.* alla l. n. 49/2023).
Dette, plurime, perplessità dell'Autorità Anticorruzione ben si evincono, del resto, pure nella Relazione annuale ANAC del 14 maggio 2024, ove la questione dell'equo compenso - posta suggestivamente tra le "regole restrittive della partecipazione alle gare"[86] - viene significativamente riassunta da ANAC come una "antinomia" tra la l. n. 49/2023, che attribuisce agli importi calcolati ai sensi del decreto ministeriale giugno 2016 un carattere inderogabile (con la conseguenza che non sarebbero ammessi riduzioni dell'importo a base di gara né ribassi in sede di gara inferiori al minimo tariffario) e il Codice dei contratti pubblici, che richiama i suddetti parametri ai fini della determinazione dell'importo a base di gara che, di regola, è invece soggetto a ribasso. Peraltro, secondo l'Autorità, il d.lgs. n. 36/2023 già perseguirebbe *ex se* la finalità sottesa alla l. n. 49/2023 (ossia tutelare il compenso "equo" del professionista) - pur dovendo naturalmente orientarsi nel rispetto del diritto europeo e dei principi generali in esso declinati, oltre che con modalità adeguate al meccanismo della gara pubblica[87] - di guisa che l'applicazione di quest'ultima alle procedure ad evidenza pubblica non riserverebbe alcuna utilità "pratica"[88].

---

adotta un atto come il codice deontologico, non esercita né una funzione sociale fondata sul principio di solidarietà né prerogative tipiche dei pubblici poteri. Essa appare come l'organo di regolamentazione di una professione il cui esercizio costituisce, peraltro, un'attività economica».

[85] Si segnala, però, che la peculiarità del sistema bulgaro è che la norma di legge - come detto - rende vincolante direttamente il regolamento adottato dal "*Visshia advokatski savet*" (Consiglio superiore dell'ordine forense bulgaro) mentre nel caso della legge italiana sull'equo compenso (l. n. 49/2023) sono i parametri a stabilire le tariffe, il che già renderebbe evidente una prima, dirimente, differenza: in Italia non vi è alcuna determinazione "orizzontale" delle tariffe (*i.e.* non sono figlie di un accordo di categoria) ma al più "verticale", essendo queste direttamente, immediatamente ed esclusivamente fissate dall'autorità pubblica, senza coinvolgimento "determinante" o ruolo fondamentale delle associazioni di categoria.

[86] Secondo l'Autorità, le problematiche più ricorrenti con riferimento al tema in esame sarebbero da rinvenire: (i) nella mancata corretta applicazione del decreto ministeriale giugno 2016; (ii) nell'indeterminatezza della quantificazione delle voci del corrispettivo, non sempre supportata dall'allegazione del computo della parcella e all'incompletezza delle voci del compenso computate in sede di gara, soprattutto nei casi di unificazione dei livelli progettuali; (iii) nella prassi di alcune stazioni appaltanti di operare una riduzione dell'importo determinato secondo le tabelle dei corrispettivi, mettendo in gara per il confronto concorrenziale un corrispettivo già scontato.

[87] Cfr., *amplius*, la nota del 19 aprile 2024 inviata dall'ANAC al Ministero dell'Economia e delle Finanze e al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ove si specifica, con riferimento a dette "modalità", che è prevista «l'applicazione di specifici meccanismi volti a scongiurare la presentazione di offerte eccessivamente basse e, quindi, non sostenibili (la disciplina sull'anomalia dell'offerta, la possibilità di prevedere un'appropriata ponderazione tra punteggio qualitativo ed economico, la possibilità di utilizzare formule per il punteggio economico che disincentivino eccessivi ribassi)».

[88] Specifica l'ANAC, inoltre, che la l. n. 49/2023 sarebbe comunque applicabile solo ai rapporti professionali aventi ad oggetto prestazioni d'opera intellettuale di cui all'art. 2230 c.c. (*i.e.* contratto d'opera caratterizzato dall'elemento personale nell'ambito di un lavoro autonomo) e più in generale a tutti quei rapporti contrattuali caratterizzati dalla posizione dominante del committente, in cui è necessario ripristinare l'equilibrio sinallagmatico. Secondo l'Autorità, i contratti pubblici aventi ad oggetto la prestazione di servizi di ingegneria e

ISSN 2036-7821

5. Una possibile diversa ricostruzione

Alla luce delle suddette, controverse, posizioni che emergono con riferimento al rapporto tra il d.lgs. n. 49/2023 e il d.lgs. n. 36/2023 (in specie circa l'applicazione della novella disciplina sull'equo compenso agli appalti di servizi di ingegneria e architettura), si evince, invero, chiaramente come il campo - "minato" - di indagine rischi di generare non poche perplessità e dubbi operativi su una disciplina, quella dell'equo compenso, che sembrerebbe invece reclamare con forza una sua primaria - e strettamente collegata - rilevanza[89] rispetto alla normativa sui contratti pubblici.

Contrariamente, quindi, a quelle tesi che vorrebbero le procedure ad evidenza pubblica, per servizi professionali, soggiacere solo ed esclusivamente alle regole cristallizzate nel d.lgs. 36 (con esclusione di tutto quello che, astrattamente, "ruota" intorno agli affidamenti di che trattasi), preme, anzitutto, evidenziare come la disciplina sull'equo compenso pone una netta e imprescindibile tutela, quale bene pure costituzionalmente protetto, nei confronti della "quantità" e della "qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale". Tutele che - sebbene, si badi, con riferimento ai lavoratori "dipendenti" - già *ex se* trovano dimora nel d.lgs. n. 36/2023, laddove, ad esempio, l'art. 11 del Codice dei Contratti Pubblici prevede, tra i principi generali, l'obbligo di applicazione del "contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro" attraverso disposizioni pregnanti e vincolanti (pure con riferimento alla scelta stessa del CCNL) che mirano a garantire al lavoratore le migliori tutele sia sotto il profilo normativo che economico[90].

Anzitutto, in punto di sistematica, la l. n. 49 costituisce, di fatto, norma di relazione a tutela di un diritto soggettivo (quello, cioè, all'equo compenso), di guisa che il diritto in questione, così perimetrato, risulterebbe immune dal potere amministrativo (tant'è che la legge stessa dispone, peraltro, la "nullità" di pattuizioni lesive del compenso "equo"). Ora, se è vero che le disposizioni della legge hanno, come evidenziato, carattere imperativo e cogente (quantomeno con riferimento ai rapporti tra privati),

---

architettura, invece, sono normalmente riconducibili ai contratti di appalto *ex* articolo 1655 c.c., con cui una parte assume l'organizzazione dei mezzi necessari e la gestione a proprio rischio.

[89] Rilevanza che si evince anche dalla recente giurisprudenza sul punto: si veda, ad esempio, quanto evidenziato da Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2024, n. 2694, ove i giudici amministrativi hanno riconosciuto il diritto di accesso all'Ordine degli Avvocati di Roma a una convenzione stipulata tra un'associazione di enti pubblici e una società privata per cedere a quest'ultima il contenzioso qualora emergano informazioni, anche a mezzo stampa, «potenzialmente idonee a consentire la violazione delle prescrizioni di legge che impongono di remunerare le prestazioni professionali con un equo compenso».

[90] La previsione, ovviamente, non è diretta a estendere *ex lege* ed *erga omnes* l'efficacia del contratto collettivo, ma si limita a indicare le condizioni contrattuali che l'aggiudicatario deve applicare al personale impiegato qualora, sulla base di una propria scelta imprenditoriale, intenda conseguire l'appalto pubblico, restando libero di applicare condizioni contrattuali diverse nello svolgimento dell'attività, purché consapevole, in caso di non accettazione della clausola dell'appalto pubblico, dell'esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica.

ISSN 2036-7821

se spostiamo l'angolo visuale alle procedure ad evidenza pubblica con la P.A. di cui al d.lgs. n. 36/2023, quest'ultima, nell'individuazione di una base d'asta per i servizi professionali (momento di esercizio del potere da parte dell'amministrazione), non potrà giammai violare il diritto *ivi* cristallizzato[91] (è evidente che l'auto-attribuzione di poteri a danno dell'equo compenso si porrebbe in insanabile contrasto pure con il principio di legalità).

Sul piano dei principi, poi, non può tacersi come lo stesso art. 12 del Nuovo Codice dei Contrati Pubblici preveda un "rinvio esterno" a quelle disposizioni che non trovano nel d.lgs. n. 36/2023 immediata dimora (sebbene il riferimento espresso sia alla l. n. 241/1990 e al Codice civile). Il Codice, però, si atteggia qui come "porta aperta" a tutte quelle norme che disciplinano, di fatto, aspetti specifici e inderogabili riferiti al rapporto tra privato e P.A. (come l'equo compenso, che, a maggior ragione, trova la sua genesi proprio nelle disposizioni del Codice civile, cfr. art. 2233 c.c.). Ingresso, quello dell'equo compenso nel Codice dei Contratti Pubblici, avvalorato pure dalla stessa l. n. 49/2023 che prevede, come detto all'art. 2, che "le disposizioni della presente legge si applicano altresì alle prestazioni rese dai professionisti in favore della pubblica amministrazione". Già solo da tale angolo visuale, adunque, risulterebbe sconfessata qualsiasi collisione tra la legge sull'equo compenso con le disposizioni del codice dei contratti pubblici.

Ora, posto che, come ampiamente rilevato, quella sull'equo compenso costituisce una disciplina a portata "obbligatoria e generale" oltre che cogente e imperativa (cfr. §3. del presente scritto), la chiave di lettura per sancire la compatibilità "piena" tra la l. n. 49/2023 e il d.lgs. n. 36/2023, anche con riferimento ai servizi di ingegneria e architettura per quanto qui di precipuo interesse, la si rinviene non solo tra i principi generali del Codice dei Contratti Pubblici ma pure nelle disposizioni immediatamente applicabili agli affidamenti di che trattasi (*i.e.* l'art. 41 del d.lgs. n. 36 cit.).

---

[91] Non è questa la sede per ripercorrere, anche in chiave evolutiva, l'alluvionale e denso dibattito dottrinario e giurisprudenziale con riferimento alle norme "di relazione" e "di azione". Per quanto qui di precipuo interesse, giova giusto rilevare che le norme di relazione hanno proprio la funzione di definire «i confini esterni dei poteri autoritativi della pubblica amministrazione», di determinare «l'assetto dei rapporti specifici fra soggetti pubblici e soggetti privati (delimitando) le rispettive situazioni dei soggetti in gioco, […] configurando la stessa capacità giuridica degli uni e degli altri». Le norme di relazione, in altri termini, determinano il modo di essere della pubblica amministrazione, ed in particolare il suo modo di essere nei rapporti di cui è parte. Talché, dicendo per metonimia ciò che essa può fare (quali sono i poteri di cui è titolare), «le norme di relazione individuano i tratti costitutivi dell'esistenza di una data pubblica amministrazione. E ciò, si badi bene, in un sistema delle fonti nel quale tali tratti costitutivi debbono essere determinati dalla legge ex art. 97 Cost.». M.A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1984, p. 648 ss.; ID., *Precisazioni in tema di mancanza di potere ed inesistenza dell'atto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1964, II, p. 200 ss.; ID., *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, in *Rass. Dir. pubb.*, 1949, p. 126 ss.; M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione (voce)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 261 ss.; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Giuffrè, Milano, 1975.

ISSN 2036-7821

Ed infatti l'asserita "antinomia" (pure richiamata da ANAC) tra le disposizioni di legge sopra citate - entrambi plessi "speciali" - ben può essere risolta attraverso una interpretazione letterale, teleologica e adeguatrice delle norme in apparente contrasto, al fine di determinarne il significato che è loro proprio, coordinandole anche in un più ampio sistema di norme, rappresentato dall'ordinamento giuridico.
Proprio da un'interpretazione così perimetrata si rinviene, invero, l'inequivoca applicabilità dell'equo compenso alla materia dei contratti pubblici e la loro piena compatibilità.
Al di là del fatto che già la l. n. 49/2023, come detto, espressamente prevede l'applicazione di detta legge anche con riferimento alla P.A., riconoscendo la legittimazione del professionista all'impugnazione del contratto, dell'esito della gara e dell'affidamento qualora sia stato determinato un corrispettivo qualificabile come "iniquo" dalla legge cit., sul piano dei principi, è chiaro anche il tenore letterale dell'art. 8, comma 2, del Codice dei Contratti, ove si prevede che "le prestazioni d'opera intellettuale non possono essere rese dai professionisti gratuitamente, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione". Salvo i suddetti casi eccezionali, "la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso"[92].
Sul piano letterale e teleologico, pertanto, già l'art. 8 cit. depone in maniera chiara per l'applicabilità delle previsioni della l. n. 49/2023; diversamente opinando, infatti, l'intervento normativo in questione risulterebbe privo di reale efficacia sul mercato delle prestazioni d'opera intellettuale qualora il legislatore avesse inteso escludere i rapporti contrattuali tra i professionisti e la P.A. che, nel mercato del lavoro attuale, rappresentano pure una percentuale preponderante del totale dei rapporti contrattuali conclusi per la prestazione di tale tipologia[93]. Quindi, se, da un lato, la l. n. 49/2023 prevede esplicitamente l'applicazione alle prestazioni rese in favore della P.A., senza esclusioni, dall'altro lato, l'art. 8 del d.lgs. n. 36/2023 impone chiaramente alle P.A. di garantire comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso nei confronti dei prestatori d'opera intellettuale (salvo che in ipotesi eccezionali di prestazioni rese gratuitamente)[94].

[92] Superando, quindi, quel filone giurisprudenziale restrittivo secondo cui, in breve, l'equo compenso, ove non espressamente previsto nella legge di gara, poteva essere obliterato (tra le altre, Cons. Stato, sez. IV, 09 novembre 2021, n. 7442), la legge delega ha imposto che il compenso non solo deve esserci ma deve anche essere "equo", in virtù dell'art. 2223 c.c. ma anche dell'art. 13 *bis* della l. n. 247/2012.

[93] ANAC, nel 2021, ha stimato in circa 70 miliardi di euro il valore totale degli appalti di servizi aggiudicati dalle P.A.

[94] Sul punto, si veda T.A.R. Lazio, Roma, sez. V *ter*, 30 aprile 2024, n. 8580, ove si legge, con riferimento all'applicabilità della l. n. 49/2023 alle procedure ad evidenza pubblica, che «la scelta di applicare la disciplina sull'equo compenso esclusivamente alle prestazioni di natura intellettuale rese in favore della P.A. dal singolo professionista, che non necessiti (o comunque non si avvalga) di un'organizzazione di mezzi e risorse, sarebbe difficilmente giustificabile dal punto di vista logico, considerata l'ontologica corrispondenza tra le prestazioni rese dal singolo e quelle rese nell'ambito di una società/impresa (tanto più che per 'servizi di natura intellettuale'

ISSN 2036-7821

Proprio con riferimento a tale ultimo aspetto, nemmeno sembrerebbero sussistere eventuali limiti all'applicazione della l. n. 49/2023, come detto legge speciale, collegati alla parimenti specialità delle norme di settore di cui al Codice dei contratti pubblici. Ed infatti, al di là degli aspetti squisitamente cronologici che legano i due plessi normativi oggetto di analisi (che vedono, peraltro, l'entrata in vigore della legge 49/2023 in data successiva a quella del d.lgs. n. 36/2023 in punto di deroga), è evidente, proprio ai sensi dell'art. 15 delle Preleggi, che tanto può sussistere una "abrogazione" (e quindi un conflitto) solo laddove vi sia: (i) una dichiarazione espressa del legislatore (assente nel caso di specie); (ii) una incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti (anche tale profilo, come visto, del tutto insussistente); (iii) una nuova legge che regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore (lì dove chiaramente si è visto come, *de contrario*, l'art. 8 del d.lgs. n. 36/2023 funge proprio da porta scorrevole per l'ingresso della disciplina sull'equo compenso, da principio a norma cogente).

Né sembrerebbero sussistere antinomie con riferimento alla disposizione di cui all'art. 8, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023 che, in ossequio ai criteri delega di cui all'art. 1 della l. n. 78/2022, prevede la possibilità da parte della P.A., in casi eccezionali e previa adeguata motivazione di prevedere la gratuità della prestazione; ed infatti, tanto si collega con l'art. 3, comma 3, della l. n. 49/2023, ai sensi del quale "non sono nulle le clausole che riproducono le disposizioni di legge ovvero che riproducono disposizioni o attuano principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione Europea o l'Unione Europea". Anche da tale angolo visuale, infatti, la norma non fa altro che confermare la natura eccezionale della gratuità della prestazione, rispetto alla sua equa onerosità che resta, invece, la regola generale.

Peraltro, a dipanare qualsiasi dubbio in merito alla compatibilità tra la l. n. 49/2023 e il d.lgs. n. 36/2023, militerebbe pure l'art. 1 stesso del Codice dei Contratti Pubblici laddove si prescrive, con riferimento al c.d. "principio del risultato"[95], che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto[96] e della sua esecuzione con la massima tempestività e il "migliore rapporto

---

oggetto di appalto, come i servizi di ingegneria e architettura, si intendono 'quelli che richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, costituenti ideazione di soluzioni o elaborazione di pareri, prevalenti nel contesto della prestazione erogata rispetto alle attività materiali e all'organizzazione di mezzi e risorse'».

[95] In via pretoria, sull'applicazione di detto principio, si veda T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *quater*, 25 marzo, 2024 n. 5834; Id., sez. I *bis*, 12 marzo 2024, n. 5004; Cons. Stato, sez. III, 05 marzo 2024, n. 2149; Id., sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 25 marzo 2024, n. 1910; Cons. Stato, sez. V, 12 aprile 2024, n. 1372; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 28 febbraio 2024, n. 541; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 12 febbraio 2024, n. 122.

[96] In dottrina, G. TERRACCIANO, *Una nuova configurazione della responsabilità erariale funzionale all'autonomia decisionale dei funzionari pubblici in coerenza con i principi del risultato e della fiducia*, in questa *Rivista*, 2023, 3, p. 1275 ss.

ISSN 2036-7821

possibile tra qualità e prezzo"[97], nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza[98]. È di interesse notare come la concorrenza, nel Nuovo Codice, è funzionale proprio a conseguire il migliore risultato[99] possibile nell'affidare ed eseguire i contratti; si collega, cioè, il risultato inteso come fine alla concorrenza[100] intesa come metodo. Il nesso tra "risultato" e "concorrenza" (la seconda in funzione del primo[101]), per quanto qui di precipuo interesse, risulta fondamentale con riferimento alle prestazioni professionali di che trattasi, dal momento che il Codice non prevede il perseguimento di "un risultato purché sia", ma un risultato "virtuoso"[102], che, per l'appunto, accresca la qualità in ragione del prezzo[103].
Orbene, con riferimento alle prestazioni professionali di che trattasi (e al di là del dato riferibile ai servizi di ingegneria e architettura), ciò che viene qui viene in rilievo è il fatto che l'equo compenso, con precipuo riferimento alle prestazioni professionali, non solo rappresenta il punto di caduta del sopra citato principio del risultato ma la stessa concorrenza è chiaramente tutelata dall'istituto qui in esame[104],

[97] Il tema della "qualità" della prestazione viene richiamato, peraltro, proprio dall'art. 1 della l. n. 49/2023, ove si legge, per l'appunto, che "per equo compenso si intende la corresponsione di un compenso proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto"

[98] Sulle diverse letture del principio di concorrenza si veda, in dottrina, A. BARONE, R. D'AGOSTINO, *Modalità di affidamento dei contratti pubblici (artt. 28-34 e artt. 44-58)*, in E. FOLLIERI (a cura di), *Corso sul codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2017, p. 273 ss.

[99] Ben prima della codificazione di detto principio nel Codice, si vedano i pregnanti contributi della dottrina tutti pubblicati in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004. Si v. M.R. SPASIANO, *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, V, Napoli, 2020, p. 4845 ss.

[100] A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007.

[101] Si veda anche Corte cost., n. 131/2020, in *cortecostituzionale.it*, dove si afferma che la concorrenza non è un fine ma uno strumento che può essere sacrificato se ci sono interessi superiori da realizzare. La "demitizzazione" della concorrenza come fine da perseguire ad ogni costo è anche alla base della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 177 del d.lgs. n. 50/2016 (cfr. sentenza n. 218/2021, in *cortecostituzionale.it*, che chiarisce come il perseguimento della tutela della concorrenza incontra pur sempre il limite della ragionevolezza e della necessaria considerazione di tutti gli interessi coinvolti).

[102] Non a caso si è affermato in via pretoria come il principio del risultato costituisce «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale ed è legato da un nesso inscindibile con la concorrenza, la quale opera in funzione del primo rendendosi funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. L'amministrazione, pertanto, deve tendere al miglior risultato possibile, in difesa dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento. Il miglior risultato possibile, che sia anche il più virtuoso, viene raggiunto anche selezionando operatori che dimostrino, fin dalle prime fasi della gara, diligenza e professionalità, quali sintomi di una affidabilità che su di essi dovrà esser riposta al momento in cui, una volta aggiudicatari, eseguiranno il servizio oggetto di affidamento»; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 12 dicembre 2023, n. 3738.

[103] In giurisprudenza si è pure affermato come «*sebbene il Codice abbia aumentato gli spazi di discrezionalità dell'Amministrazione,* […] *vi sono casi in cui invece la discrezionalità viene ridotta: ciò accade quando il legislatore ritiene necessario limitare detti spazi di discrezionalità rispetto all'interesse pubblico primario del Codice, e cioè rispetto al principio del risultato*»; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 15 marzo 2024, n. 386.

[104] Del resto, il risultato stesso si inquadra nel contesto della legalità e per l'appunto della concorrenza: tramite la codificazione del principio del risultato si vuole ribadire, come evidenziato nella Relazione al Nuovo Codice dei

ISSN 2036-7821

dal momento che, in assenza della retribuzione "equa" delle prestazioni, si andrebbe di fatto surrettiziamente a restringere la platea di operatori economici interessati alla partecipazione alla gara stessa[105] (si pensi, ad esempio, a soggetti con strutture organizzative e gestionali "complesse" e di grandi dimensioni, che, a vantaggio dell'elemento qualitativo, potrebbero però essere "discriminate" in punto di base d'asta non equa o addirittura sottostimata[106]). Da tale prospettiva, quindi, l'equo compenso si atteggia a vero e proprio collettore di interessi, privati certamente (in punto di equa retribuzione delle prestazioni) ma pure pubblici, dal momento che esso persegue quegli obiettivi di risultato (art. 1 del Codice dei Contratti Pubblici), di accesso al mercato (si veda l'art. 3 del Codice cit., nel senso della tutela della concorrenza e di non discriminazione tra O.E.[107]) e di equa remunerazione della prestazione (art. 8 del Codice) che devono sussistere *ex lege* nell'affidamento di commesse pubbliche[108].

Contratti Pubblici, che "legalità e concorrenza da sole non bastano, perché l'obiettivo rimane la realizzazione delle opere pubbliche e la soddisfazione dell'interesse della collettività".

[105] Si consideri, inoltre, che i professionisti i cui Ordini già prevedano sanzioni nel caso in cui il soggetto accetti contratti al di sotto di equo compenso (cfr., ad esempio, l'art. 25 *bis* del Codice Deontologico Forense) sarebbero pure discriminati rispetto a quei professionisti i cui Ordini (nazionali o territoriali) non abbiano previsto misure sanzionatorie a riguardo.

[106] Da diversa prospettiva, il professionista concorrente potrebbe pure essere "tentato" di abusare della nullità di protezione prescritta dalla l. n. 49/2023, volutamente presentando un'offerta "inferiore" ai minimi, per così ottenere l'aggiudicazione e, una volta stipulato il contratto far valere la nullità parziale al fine di attivare il "meccanismo" di cui al comma 6 dell'art. 3, ai sensi del quale, come ampiamente rilevato nei paragrafi precedenti, "il tribunale procede alla rideterminazione secondo i parametri previsti dai decreti ministeriali di cui al comma 1 relativi alle attività svolte dal professionista, tenendo conto dell'opera effettivamente prestata e chiedendo, se necessario, al professionista di acquisire dall'ordine o dal collegio a cui è iscritto il parere sulla congruità del compenso o degli onorari, che costituisce elemento di prova sulle caratteristiche, sull'urgenza e sul pregio dell'attività prestata, sull'importanza, sulla natura, sulla difficoltà e sul valore dell'affare, sulle condizioni soggettive del cliente, sui risultati conseguiti, sul numero e sulla complessità delle questioni giuridiche e di fatto trattate". Ciò con il non trascurabile rischio di giungere ad un aggiramento del principio di tendenziale immutabilità dell'offerta anche in sede di esecuzione del contratto pubblico. Sul punto, secondo T.A.R. Veneto, Venezia, sez. III, 03 aprile 2024, n. 632, «nell'ambito di gare […] dove la violazione della normativa sull'equo compenso non è imposta dalla P.A., ma dipende da una volontaria scelta dell'operatore economico al fine di ottenere l'aggiudicazione superando gli altri concorrenti, la natura "relativa" della nullità non può rivestire alcun rilievo, l'imperatività della normativa medesima imponendo, al contrario, un effetto escludente delle offerte con la stessa in contrasto».

[107] Il principio dell'accesso al mercato, codificato all'art. 3 del d.lgs. n. 36/2023 ("Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità"), mira, del resto, proprio a garantire la conservazione e l'implementazione di un mercato concorrenziale idoneo ad assicurare agli operatori economici pari opportunità di partecipazione e, quindi, di accesso alle gare pubbliche.

[108] Come evidenziato da T.A.R. Veneto, n. 632/2024 cit., in punto di piena compatibilità e applicabilità della l. n. 49/2023 al d.lgs. n. 36/2023, è chiaro come «non possono non venire in preminente rilievo anche i principi di imparzialità e buon andamento della P.a.: sarebbe irragionevolmente discriminatorio se i limiti imposti dalla normativa in esame non fossero rispettati, in modo particolarmente cogente, proprio dalla P.a. nell'ambito delle

ISSN 2036-7821

Peraltro, sempre con riferimento al tema della concorrenza, nemmeno sembrerebbero sorrette da ragionevoli basi quelle teorie volte a censurare l'equo compenso (per come perimetrato dalla l. n. 49/2023) in punto di compatibilità con il diritto eurounitario.

Ed infatti, vale la pena evidenziare come l'impostazione seguita dalla l. n. 49/2023 deriva dal dichiarato intento del legislatore italiano di preservare il professionista intellettuale nell'ambito dei rapporti con "contraenti forti" (inclusa la P.A.). Viste le peculiarità dei servizi professionali di che trattasi, la previsione dell'inderogabilità - al ribasso - dell'equo compenso, oltre a trovare applicazione omogenea nei confronti di ogni operatore economico, non sembrerebbe *ex se* in grado di ostacolare la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica. La legge in oggetto, infatti, mira "semplicisticamente" al riconoscimento, in favore del professionista aggiudicatario, di un compenso che sia proporzionato alla prestazione intellettuale eseguita (cioè "equo"), ridondando tali disposizioni, di fatto, in un rafforzamento delle tutele e dell'interesse alla partecipazione alle gare pubbliche, rispetto alle quali l'operatore economico, sia esso grande o piccolo, italiano o di provenienza UE, è consapevole del fatto che la competizione si svolgerà anzitutto sul profilo qualitativo e tecnico dell'offerta formulata, fermo restando l'elemento "prezzo" che comunque non potrà essere ribassato al di sotto di quanto stabilito dai decreti ministeriali di riferimento (e ciò, in punto pro-concorrenziale, sia a tutela dei piccoli operatori che di quelli di grandi dimensioni)

Visto quanto sopra, dunque, il meccanismo derivante dall'applicazione della l. n. 49/2023 è tale da garantire sia dei margini di flessibilità e di competizione anche sotto il profilo economico, sia la valorizzazione del profilo qualitativo e del risultato (in piena aderenza, quindi, alle ragioni che sottostanno al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa-OEPV, di cui meglio si dirà *infra*) in coerenza con il dettato normativo nazionale e eurounitario e con i principi di cui al T.F.U.E. (art. 101) e del T.U.E. (art. 4)[109].

Tanto è stato confermato, peraltro, anche in via pretoria, ove, proprio con riferimento alla citata pronuncia della C.G.U.E. (*i.e.* C-438/22 del 25 gennaio 2024, invocata "a supporto" dell'asserita incompatibilità della l. n. 49/2023 con le disposizioni a favore della concorrenza), si è evidenziato come, in detta fattispecie, gli importi minimi degli onorari degli avvocati, pur essendo stati recepiti dal legislatore nazionale, erano

---

gare, laddove vengono in gioco anche interessi generali ulteriori correlati alla tutela della concorrenza e della par condicio dei concorrenti in gara».

[109] Devesi necessariamente evidenziare, infatti, con riferimento alle ipotesi di restrizione della libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, che la "restrizione" è configurabile solo a fronte di misure che effettivamente vietino, ostacolino o scoraggino l'esercizio di tali libertà (cfr., *ex multis*, C.G.U.E., C-439/99 del 15 gennaio 2002; Id., C-442/02 del 05 ottobre 2004). Ciò si può configurare «a fronte di misure che, per quanto indistintamente applicabili, pregiudichino l'accesso al mercato per gli operatori economici di altri Stati membri».

ISSN 2036-7821

stati determinati dalla stessa associazione di categoria nel perseguimento di un proprio interesse specifico e settoriale, con una finalità, quindi, del tutto diversa dall'obiettivo perseguito dal legislatore italiano attraverso la novella in esame che, imponendo di preservare l'equo compenso di tutti i professionisti intellettuali nei rapporti con la P.A., nell'ambito delle procedure di gare, ove, evita l'offerta di prestazioni al ribasso e la possibile eliminazione, dalle pubbliche gare, degli operatori che offrono prestazioni maggiormente qualitative[110].
In buona sostanza, quindi, l'esistenza di una "restrizione" ai sensi del T.F.U.E. e del T.U.E. non può essere desunta dalla mera circostanza che i professionisti stabiliti in Stati membri diversi dall'Italia debbano, per il calcolo dei loro onorari, tenere necessariamente conto delle norme applicabili in tale Stato membro. Semmai verrebbe a crearsi detta restrizione - in contrasto, adunque, con i principi eurounitari richiamati - laddove detti professionisti fossero concretamente privati della possibilità di "entrare" nel mercato italiano in condizioni di concorrenza normali ed efficaci (concorrenza che la *ratio* stessa dell'equo compenso, per come ripercorsa, mira, invece, a tutelare).

6. L'applicabilità dell'OEPV alle gare di servizi di ingegneria e architettura

Così meglio esplicitate le ragioni che militano per una piena compatibilità tra la disciplina dell'equo compenso e le disposizioni di cui al d.lgs. n. 36/2023, pare opportuno soffermarsi pure sulle modalità procedurali di affidamento delle commesse pubbliche in esame (ossia quelle relative ai servizi professionali), con specifico riferimento a quelle inerenti ai servizi di ingegneria e architettura.
L'analisi non può che prendere le mosse dal chiaro tenore letterale dell'art. 108, comma 2, lett. b), del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, ove si prevede che "i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 140.000 euro" sono aggiudicati - si badi -"esclusivamente" sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. La disposizione in questione non abbisogna di delucidazione alcuna: l'OEPV rappresenta, per detti affidamenti, l'unica modalità procedurale perseguibile ai fini dell'aggiudicazione.
Il dettato normativo, quindi, già per come formulato mina *ex se* - e a tutta evidenza - le opzioni predicate da ANAC, *supra* riportate, con riferimento all'applicazione, per

[110] Si è evidenziato, peraltro, come un maggior onere per le finanze pubbliche potrebbe derivare non tanto dall'applicazione in sede di gara dalle previsioni della l. n. 49/2023, quanto dalla stipulazione di contratti nulli da parte delle P.A. che abbiano operato in contrasto con la norma imperativa, dal momento che non può ragionevolmente affermarsi che sia quest'ultima norma a dover stanziare le risorse economiche per far fronte alle possibili e indeterminate (sotto il profilo dell'*an* e del *quantum*) violazioni del suo contenuto (T.A.R. Veneto, n. 632/2024 cit.).

ISSN 2036-7821

gli affidamenti in esame, di inediti criteri del "prezzo fisso"; criterio che, da un lato, contrasterebbe *tout court* con il nitido disposto dell'art. 108 cit., e, dall'altro, si porrebbe in netta antitesi con la tutela concorrenziale posta non solo dall'equo compenso stesso (come detto) ma pure dal diritto eurounitario, dal momento che un "prezzo fisso" finirebbe per escludere quegli operatori economici che, a fronte di una qualità maggiore (dovuta, ad esempio, ad aspetti organizzativi, gestionali e dimensionali), non potrebbero partecipare, in punto economico, muovendo da una base d'asta già fissata al "minimo ribassabile" (ossia l'equo compenso).

Le medesime perplessità, quanto all'adozione di criteri di aggiudicazione "a prezzo fisso", derivano pure dalla lettura dell'art. 41, comma 15, del d.lgs. n. 36/2023 che, con riferimento ai servizi di ingegneria e architettura, stabilisce che "nell'allegato I.13[111] sono stabilite le modalità di determinazione dei corrispettivi per le fasi progettuali da porre a base degli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura, commisurati al livello qualitativo delle prestazioni e delle attività relative alla progettazione di fattibilità tecnica ed economica ed esecutiva di lavori, al coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, alla direzione dei lavori, alla direzione di esecuzione, al coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, al collaudo, agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla programmazione dei lavori pubblici". Si specifica altresì che "i predetti corrispettivi sono utilizzati dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara dell'affidamento".

La norma, anzitutto, non prevede che i corrispettivi di cui all'Allegato I.13 (ossia i valori del d.m. 17 giugno 2016 che costituiscono, di fatto, l'equo compenso a norma della l. n. 49/2023) costituiscano *de plano* la base d'asta per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura ma che gli stessi fungano da "parametri" per una più corretta individuazione dell'importo da porre a basa di gara. In buona sostanza, la disposizione *de qua* sembrerebbe spingere la P.A. a prevedere una base d'asta che non sia lo stesso equo compenso (importo non ribassabile, giuste le disposizioni imperative e cogenti di cui alla l. n. 49/2023[112]) ma semmai "in funzione" dell'equo compenso (quindi, necessariamente, più alta rispetto al *minimum* inderogabile del compenso in esame).

Ben lungi, quindi, dal frustrare il criterio dell'OEPV, una lettura di sistema dell'art. 41, comma 15, cit. e dell'art. 108 cit. non può che condurre alla conclusione che se certamente la competizione pubblica non può prescindere dall'elemento qualitativo

[111] Si badi che detto allegato riporta le aliquote previste dal d.m. 17 giugno 2016, ripartite in relazione alle fasi progettuali così come disciplinate dall'art. 41 del Codice dei Contratti Pubblici.

[112] Il ribasso sull'equo compenso, infatti, si risolverebbe, essenzialmente, in una proposta contrattuale volta alla conclusione di un contratto pubblico gravato da una nullità di protezione e contrastante con una norma imperativa.

ISSN 2036-7821

(tutelato pure *iuris et de iure* dalla l. n. 49/2023), tantomeno può farlo, però, con riferimento all'elemento quantitativo, lasciando quindi la possibilità all'operatore di differenziarsi anche sotto il profilo economico.

E ciò dal momento che l'equo compenso - ossia quello proporzionato ai parametri ministeriali in termini di giustezza della retribuzione - se da un lato, come detto, non è ribassabile, dall'altro nemmeno può essere previsto *ex se* quale base d'asta fissa per gli affidamenti dei servizi in oggetto, pena lo stravolgimento della sua natura - nell'economia della contrattualistica pubblica relativa ai servizi di ingegneria e architettura - da "parametro" di calcolo (per importi da porre a base di gara necessariamente superiori allo stesso, ai sensi dell'art. 41 *supra*) a "*standard*" statico per la giustificazione di gare a "prezzo fisso".

Da tale prospettiva, quindi, sorgono dubbi pure con riferimento a quelle posizioni, ANAC e giurisprudenziali[113], che vorrebbero limitare la competizione economica alle sole "spese" accessorie (in punto di ribassabilità delle stesse, così preservando l'OEPV), mantenendo però comunque il compenso quale parametro "fisso". Secondo tale tesi, in sintesi, il "compenso" del professionista sarebbe soltanto una delle componenti del "prezzo" determinato dall'Amministrazione come importo a base di gara, al quale si affiancano altre voci, relative in particolare alle "spese ed oneri accessori", queste sì ribassabili e quindi soggette alla competizione tra concorrenti.

Ebbene, anzitutto, detta "scomposizione" in due voci dell'elemento "prezzo" non sembrerebbe trovare dimora né nella l. n. 49/2023 (ove, però, si parla di compenso equo in termini di retribuzione proporzionata "alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale") né nel d.lgs. n. 36/2023, ove, all'art. 41, comma 15, cit., si parla espressamente di "corrispettivi" - intesi però quali compensi (quelli ministeriali[114]), tant'è che l'Allegato I.13, in chiave teleologica, si premura di richiamare le sole aliquote relative al calcolo dei compensi[115] - da porre a base d'asta per l'operatività dell'OEPV, non certamente di "spese accessorie". Ma vi è di più. A ben vedere, lo stesso fondamento normativo su cui si basa detta tesi (trattasi del d.l. n. 1/2012), presta il fianco a letture non univoche: ed infatti, l'art. 9, comma 2, del d.l. cit., prevede che "ai fini della determinazione dei corrispettivi da porre a base di gara nelle procedure di affidamento di contratti pubblici dei servizi relativi all'architettura e all'ingegneria di cui alla parte II, titolo I, capo IV del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, si

[113] Il riferimento è a TAR Veneto, n. 632/2024.

[114] Art. 1 dell'Allegato I.13 del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici: "Il presente allegato disciplina le modalità di determinazione dei corrispettivi dovuti per le fasi progettuali da porre a base degli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura, determinati, mediante attualizzazione del quadro tariffario di cui alla tabella Z-2 del decreto del Ministro della giustizia 17 giugno 2016, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 174 del 27 luglio 2016".

[115] Cfr. aliquota "Q" in specie, relativo alla specificità della prestazione, individuato per ciascuna categoria d'opera nella tavola Z-2 allegata al decreto ministeriale.

ISSN 2036-7821

applicano i parametri individuati con il decreto di cui al primo periodo, da emanarsi, per gli aspetti relativi alle disposizioni di cui al presente periodo, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti". Anche qui, dunque, ai fini dello svolgimento della competizione pubblica, il "prezzo" da porre a base d'asta altro non è che il "corrispettivo" calcolato secondo i parametri ministeriali (cioè il compenso), non rivenendosi alcun addentellato tale da giustificare l'operatività dell'OEPV con riferimento alle sole spese accessorie.

Ora, dal momento che l'Amministrazione è chiamata a quantificare il "corrispettivo" in applicazione dei d.m. di riferimento - per individuare l'importo da porre a base di gara ai fini dell'applicazione del criterio di selezione dell'OEPV -, va da sé come lo stesso sia costituito, di fatto, dal "compenso", che, ai sensi della l. n. 49/2023, non potrà che essere sempre equo (giammai al di sotto dello stesso). L'O.E. potrà, quindi, formulare la propria offerta economica ribassando non solo le voci, per l'appunto, "estranee" al compenso - cioè le spese e gli oneri accessori - ma, necessariamente e ai fini del rispetto di quanto disposto dall'art. 108, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023, pure il compenso stesso, negli ovvi limiti della soglia "equa" (inderogabile).

Del resto, la ribassabilità delle sole spese non garantirebbe, comunque, alcuna adeguata compatibilità tra i due plessi normativi qui esaminati, dal momento che, a ben vedere, le spese generali concorrono e impattano certamente sull'individuazione del compenso equo, considerato il fatto che esse attengono non già alla prestazione in sé da fornire ma ai costi di struttura e funzionamento degli O.E. medesimi, di guisa che la limitazione della competizione sul piano economico alle sole spese potrebbe, invero, generare effetti distorsivi non solo della concorrenza ma anche della *par condicio* tra concorrenti stessi (in piena violazione dei principi di cui all'art. 3 e 8 del d.lgs. n. 36/2023). Tanto è confermato, peraltro, pure dall'ANAC laddove l'Autorità - sebbene con riferimento all'asserita antinomia tra l. n. 49/2023 e d.lgs. n. 36/2023 - ha evidenziato proprio come la concorrenza sul prezzo "in ogni sua componente" rappresenta un elemento essenziale per il corretto dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali delle gare pubbliche, dal momento che «l'eventuale limitazione alle sole spese generali o all'elemento qualitativo rischierebbe di introdurre di fatto una barriera all'ingresso per gli operatori, più giovani, meno strutturati e di minore esperienza»[116].

Il riconoscimento, quindi, della piena competizione sul "corrispettivo" posto a base di gara (nei limiti anzidetti e prevedendo quindi una base d'asta sempre superiore

[116] Si veda la nota ANAC del 19 aprile 2024 inviata al MEF e al MIT. Sotto il profilo della spesa pubblica, peraltro, l'Autorità, smentendo di fatto quanto individuato nel bando tipo per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura, ha evidenziato che - ai sensi dell'articolo 13 della l. n. 49/2023 - dall'attuazione della stessa legge non devono derivare, nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, «circostanza che, invece, si realizzerebbe in caso di gare a prezzo fisso».

ISSN 2036-7821

all'equo compenso)[117] potrebbe assicurare allora la coerente e coordinata applicazione dei due testi normativi considerati (l. n. 49/2023 e d.lgs. n. 36/2023), permettendo di conseguire con la P.A. un corrispettivo mai al di sotto dei limiti dell'equità e della proporzionalità, che tenga in debita considerazione il corretto bilanciamento tra aspetti qualitativi e quantitativi[118]. Non a caso, infatti, la l. n. 49/2023, oltre a perseguire, come detto, obiettivi di protezione del professionista, mediante l'imposizione di un'adeguata remunerazione per le prestazioni da questi rese, contribuisce – quasi analogamente al giudizio di anomalia dell'offerta[119] - a evitare che il libero confronto competitivo comprometta gli *standard* professionali e la qualità dei servizi da rendere a favore della P.A.

7. Considerazioni conclusive: l'equo compenso e gli appalti pubblici nella convergenza di interessi.

L'analisi condotta ha dimostrato come i dubbi sulla compatibilità tra la legge n. 49/2023 e il d.lgs. n. 36/2023 siano frutto di una fraintesa esegesi delle disposizioni normative, che, se lette anche facendo buon governo dei principi su cui il Codice dei contratti si regge, invero militano verso una bilanciata convergenza tra interessi e finalità solo apparentemente contrapposti. Non osta certamente alla prospettata lettura coordinata l'art. 8 del d.lgs. n. 36/2023 laddove richiama l'equo compenso solo come principio (anziché come norma imperativa, cogente e inderogabile). Tale formulazione, invero, è semplicemente la conseguenza del contesto normativo vigente alla data di entrata in vigore del d.lgs. 36/2023 (e, ancora prima, della legge di delegazione 21 giugno 2022, n. 78). L'ordinamento giuridico allora vigente, infatti, con riferimento all'equo compenso si fondava, da un lato, sui contenuti di cui all'art. 19 *quaterdecies* del d.l. n. 148/2017 e, dall'altro, sulle morbide applicazioni che di questo la giurisprudenza amministrativa aveva fatto con specifico riferimento alla

[117] Tanto è confermato, sotto diverso profilo, anche da T.A.R. Lazio, Roma, sez. V *ter*, 30 aprile 2024, n. 8580, ove si afferma, seppure riconoscendo formule di competizione solo sulle "spese" a compenso fisso, che «imporre il rispetto della norma sull'equo compenso soltanto per le prestazioni rese dal professionista che operi (e partecipi a una procedura a evidenza pubblica) uti singuli avrebbe l'effetto di concretizzare una inammissibile disparità di trattamento tra quest'ultimo e i professionisti che, viceversa, operino (e concorrano) nell'ambito di società, associazioni o imprese, i quali ultimi potrebbero in ipotesi trarre vantaggio dalla mancata applicazione della normativa in materia di equo compenso e quindi praticare ribassi sui compensi (con la presentazione di offerte verosimilmente più 'appetibili')».

[118] Fermo restando il dovere dell'Amministrazione di sottoporre a controllo di anomalia quelle offerte non serie o che, per la consistenza del ribasso offerto sul "corrispettivo" e/o sulle componenti accessorie dello stesso, potranno apparire in buona sostanza abusive, ossia volte ad ottenere un vantaggio indebito traslando, all'occorrenza, su voci accessorie il ribasso economico che, in mancanza della l. n. 49/2023, sarebbe stato offerto sui compensi.

[119] Giudizio la cui finalità è proprio quella di evitare che offerte troppo basse espongano l'amministrazione al rischio di esecuzione della prestazione in modo irregolare e qualitativamente inferiore a quella richiesta e con modalità esecutive in violazione di norme, con la conseguente concreta probabilità di far sorgere contestazioni e ricorsi; cfr. da ultimo, in via pretoria, Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2022, n. 8330.

ISSN 2036-7821

materia dei contratti pubblici, giungendo finanche a legittimare prestazioni gratuite (si vedano gli orientamenti giurisprudenziali richiamati nel par. 2). Appare, quindi, del tutto comprensibile come l'esigenza espressa in materia dal legislatore delegante fosse piuttosto quella di introdurre la «previsione del divieto di prestazione gratuita delle attività professionali, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione» (lett. l), così arginando quel – discutibile – orientamento interpretativo che, come detto, aveva ritenuto pienamente legittima la previsione di affidamenti pubblici per servizi professionali a titolo gratuito. È, dunque, in questo contesto che deve essere inteso l'art. 8, comma 2, d.lgs. n. 38/2023, che, dopo avere confermato, in aderenza alla legge delega, che "le prestazioni d'opera intellettuale non possono essere rese dai professionisti gratuitamente, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione", ha cura di precisare che "la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso". La finalità su cui la disposizione fonda la sua formulazione è, peraltro, disambiguata dalla stessa relazione illustrativa, ove si legge che si "prevede che il compenso deve esserci (e, in base alla citata disposizione del 2017 e, più in generale, dell'art. 2223 c.c. dovrà essere equo)". In altre parole, sembra chiaro come l'intento del legislatore delegato sia quello di confermare la piena operatività della disciplina dell'equo compenso anche con riferimento agli appalti pubblici e che il riferimento al *principio* dell'equo compenso (anziché alla *disciplina*) non sia altro che il frutto dei tempi, ossia il riferimento al quadro normativo allora vigente. Anche per tale ragione non persuade affatto la tesi di chi[120], facendo leva sulla circostanza che il d.lgs. 36/2023 è divenuto efficace a luglio 2023 (ossia dopo l'entrata in vigore della legge n. 49/2023), avrebbe determinato la tacita abrogazione, nelle gare pubbliche, della legge n. 49/2023, per incompatibilità di disciplina. Infatti, a tacere della circostanza che ai fini della posteriorità della legge (rilevante ai sensi dell'art. 15 delle Preleggi, laddove determini la tacita abrogazione delle leggi preesistenti con la stessa incompatibili) non potrebbe che tenersi in considerazione la data in cui la stessa "entra" nell'ordinamento giuridico (con ogni irrilevanza della sua successiva efficacia) essendo quello il momento ultimo in cui il legislatore può apprezzarne i suoi rapporti con le norme già esistenti, non sembra riscontrabile alcuna incompatibilità tra le due discipline e tra gli interessi, apparentemente confliggenti, alle stesse sottesi. L'interesse (privato) del professionista, di cui la legge n. 49/2023 si fa carico, non si pone in alcun inconciliabile contrasto con gli interessi (pubblici) di cui la Stazione appaltante è portatrice e che, in buona parte, trovano dimora nelle maglie del d.lgs. n. 36/2023. Anzi tali interessi, nell'interpretazione che qui si è prospettata, trovano un adeguato e bilanciato componimento, consentito proprio dal principio del risultato di cui all'art. 1 d.lgs. n. 36/2023. Come si è meglio argomentato sopra, infatti, tale

[120] Si v. F. BOTTEON, *L'equo compenso nei servizi tecnici*, *op. cit.*

ISSN 2036-7821

principio assegna alle Stazioni appaltanti l'obiettivo di perseguire l'affidamento del contratto, non solo in modo tempestivo, ma in modo che sia garantito il "migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo". Laddove la prestazione abbia natura professionale, adunque, il principio del risultato, nella richiamata prospettiva anche qualitativa, trova un necessario aggancio nella legge n. 49/2023: essa, infatti, da un lato, prevede che il compenso deve essere equo, intendendosi tale solo laddove esso sia proporzionato alla "quantità e alla qualità del lavoro" (art. 1) e, dall'altro, con presunzione assoluta, stabilisce che il compenso non è equo se "inferiore agli importi stabiliti dai parametri per la liquidazione dei compensi dei professionisti iscritti agli ordini o ai collegi professionali" (art. 3). La necessaria puntuale applicazione del principio del risultato - sulla cui base, peraltro, l'intero impianto della disciplina codicistica deve essere interpretato (*ex* art. 4) -, in altre parole, comporta che, nelle gare per l'affidamento dei servizi professionali, la discrezionalità della Stazione appaltante nell'individuazione della base d'asta trova un invalicabile limite (minimo), così come non può procedersi all'aggiudicazione del contratto all'offerente che abbia offerto un ribasso al di sotto dell'equo compenso. Sebbene sia diverso l'atto che origina la illegittimità (dovendo esso individuarsi nel bando, nel primo caso, e nell'aggiudicazione, nel secondo caso), il punto di riferimento resta sempre il principio del risultato, nella prospettiva qui indicata.

Le considerazioni di sistema qui svolte, quindi, consentono di proporre una chiara linea interpretativa dell'art. 41, comma 15, del d.lgs. n. 36/2023, che con riferimento alle procedure per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura, prevede che la base d'asta sia individuata prendendo a riferimento i decreti ministeriali, che fissano le tariffe inderogabili. Orbene, tale norma, a parere di chi scrive, non può che essere interpretata nel senso che la base d'asta deve essere individuata in modo che l'equo compenso sia rispettato nella fase di offerta e che quindi su questa consenta un congruo ribasso. Ciò non può che portare alla individuazione di un valore quale base d'asta che non deve coincidere con l'equo compenso, ma che debba essere sensibilmente più alto di questo, così consentendo che la competizione tra i concorrenti si concreti effettivamente, tanto sul prezzo che sull'offerta tecnica.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Digital taxation prospectives. Cryptocurrencies taxation with regard of Germany and Austria. The possible way towards an international global minimum taxation

di Filippo Luigi Giambrone

(Ricercatore di tipo A di diritto tributario, facoltá di giurisprudenza, presso l'Universitá degli Studi del Sannio)

Sommario

1 Introduction into the subject matter; 2 Digital taxation future; 3 Cryptocurrency; 3.1 Crypto, digital or virtual currency?; 3.2 Emergence of cryptocurrency; 3.2.1 DLT and blockchain as technological basis; 3.3 Taxation of cryptocurrencies according to the German Income Tax Act (EStG); 3.4 Current taxation of income from tokens; 3.4.1 Lending of tokens according to the German Income Tax Act (EStG); 3.4.2 Income from Investment Tokens ; 4 Some remarks concerning Value added tax aspects of cryptocurrencies with regard of the Austrian legal order; 4.1 VAT assessment of cryptocurrencies: Exchange of Bitcoins into another currency; a. ECJ Hedqvist; 4.2 Influence of EU law on Austrian national taxation law; 4.2.1 Bitcoins as recognised currency and thus consideration within the meaning of the UStG ; 4.2.2 Scope of application of § 6(1)(8)(b) UStG; 4.3 No input tax deduction for input services pursuant to § 12 paragraph 3 UStG ; 4.3.1 Trading in Bitcoins for speculative purposes; 4.4 Concluding remarks regarding the taxation aspects of cryptocurrencies from a German and Austrian angle; 5 General conclusions and future perspectives.

Abstract

This study provides an in-depth analysis of the evolving landscape of digital and cryptocurrency economies within the European Union (EU), focusing on regulatory frameworks, taxation policies, and broader economic implications. With the introduction of the Directive on Administrative Cooperation (DAC8), the EU addresses the emergent tax challenges posed by cryptocurrencies. DAC8 seeks to enhance transparency in cryptocurrency earnings through expanded reporting and information exchange mandates for crypto service providers, aligning with the Markets in Crypto-assets Regulation (MiCA) and international standards. This move is aimed at combating tax evasion and fostering fair competition, particularly benefiting Small and Medium-sized Enterprises (SMEs).The paper also explores the implications of rapid technological advancements on taxation structures, emphasizing the need for comprehensive tax reform in light of digitalization and ecological sustainability. The discussion includes Italy's strategic responses to these challenges through its National Recovery and Resilience Plan.Further, the document examines the complex legal landscape surrounding cryptocurrencies like Bitcoin and Ethereum, delving into their classification, potential challenges to state currencies, and diverse tax treatments across EU and German laws. Additionally, the study investigates the Value Added Tax (VAT) aspects of cryptocurrencies in Austria, particularly in light of the European Court of Justice's Hedqvist ruling, which has significant implications for Bitcoin exchanges and mining activities.Conclusively, the paper underscores the EU's proactive stance in shaping a regulatory environment conducive to cryptocurrency innovation while safeguarding consumer interests and addressing environmental concerns. It highlights the importance of adapting to the digital transformation and the potential risks inherent in unregulated cryptocurrency markets. The study offers a comprehensive perspective on the current state and future trajectory of digital taxation and cryptocurrency regulation in the EU, emphasizing its impact on the economy and legal system.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduction into the subject matter.

The EU is updating the Directive on Administrative Cooperation (DAC) to tackle the taxation challenges posed by cryptocurrencies. The updated DAC, known as DAC 8[1], expands reporting and information exchange requirements among EU tax authorities to monitor cryptocurrency earnings. This is in response to the lack of information available to tax authorities regarding cross-border cryptocurrency transactions. While the Markets in Crypto-assets Regulation (MiCA) focuses on regulating the cryptocurrency market, it does not address tax reporting. DAC 8 aligns with MiCA's definitions and requirements to avoid additional administrative burdens for crypto service providers. It also aligns with international standards endorsed by the OECD and G20 to enhance tax transparency for cryptocurrencies. DAC 8 introduces provisions for reporting and information exchange to improve regulations and close tax evasion loopholes associated with cryptocurrencies.

The proposal requires all providers of crypto services, regardless of size or location, to report transactions of EU-based customers, including both domestic and cross-border transactions. In some cases, reporting obligations also apply to Non-fungible Tokens (NFTs). Financial institutions are also mandated to report transactions involving e-money and digital central bank currencies. Overall, DAC 8 strengthens member states' capabilities to detect and combat tax evasion and avoidance in the cryptocurrency space, promoting tax transparency and revenue generation for public investments and services. The expansion of automatic information exchange to include cross-border advance tax rulings for wealthy individuals is a significant development. This applies to individuals with a minimum wealth of EUR 1,000,000, excluding their primary residence. Member states will share information on these rulings issued, modified, or extended between 2020 and 2025. There is also a proposal to establish a standardized minimum penalty for serious non-compliance. Regarding the impact on small and medium-sized enterprises (SMEs), DAC 8 is not expected to impose a significant burden. Most of the required information is already used by cryptocurrency service providers in their daily operations. Having a consistent EU-wide regulatory framework will be easier for SMEs compared to varying reporting requirements across member states. This initiative aims to ensure fair competition, benefiting SMEs.[2] Concerns have been raised about EU-based cryptocurrency service providers moving to other countries to avoid EU reporting obligations. However, DAC 8 applies to all companies serving EU residents, regardless of their location. Moving to third countries would not provide any

[1] DELOITTE, MiCA and DAC8 – Council of the EU adopts regulatory framework and reporting requirements for crypto-assets, 2023, p. 1

[2] Cfr. EUROPEAN COMMISSION, A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital SingleMarket, 2017. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Warum brauchen wir eine weitere Aktualisierung der Richtlinie über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden (DAC)?, 2022, p. 1 ss.

ISSN 2036-7821

advantages. MiCA establishes a clear framework for the EU crypto asset market, requiring authorization and establishment within the EU for providers serving EU users. DAC 8 and MiCA have distinct purposes but are both relevant to the regulation of crypto services. DAC 8 applies to crypto service providers under MiCA as well as those not covered by it, providing provisions for reporting information. The inclusion of advanced tax rulings for wealthy individuals in DAC 8 aims to improve tax transparency and fairness among EU member states. While not all countries issue such rulings, they have significant tax implications, especially for corporate taxation. Failing to report and exchange this information can lead to exploitable loopholes for tax evasion. Regarding minimum penalties, the DAC aims for uniformity across the EU, as enforcement measures currently vary among member states. Establishing a minimum threshold through the Directive on Administrative Cooperation[3] ensures consistent enforcement while allowing member states to adapt within their legal frameworks.[4] Europe is confronted with both potential and challenges when it comes to cryptocurrencies.[5] The decentralized nature of these digital currencies makes it challenging to establish a uniform and consistent documentation system[6], with the blockchain often fragmented when assets are held in different locations. This decentralized and diverse crypto landscape presents significant hurdles for tax authorities, traders, and users alike. One of the key differentiating factors of cryptocurrencies like Bitcoin and Ethereum is their high volatility, with prices experiencing substantial fluctuations within short periods. This volatility poses significant financial risks for investors and businesses that accept cryptocurrencies as payment. The European Central Bank attributes these fluctuations to speculative trading activities and market psychology. Investors need to be aware of the potential losses resulting from such volatility, while businesses may face liquidity challenges when converting digital assets into fiat currencies efficiently. When it comes to e-commerce, using cryptocurrencies introduces considerable risks for consumers. Unlike traditional payment methods, there are no protective measures available, such as chargebacks, refunds, or dispute resolution procedures. Additionally, the pseudonymous nature of cryptocurrency transactions

[3] For an overview regarding the principles oft he italian administrative action cfr. P. FORTE, Principles of administrative action after the recent reforms in M.P. Chiti, (cur.) General principles of administrative action, Bononia University Press, Bologna, 2006.

[4] O. FEHRENBACHER, Steuerrecht, Bade-Baden 2019; K.VOGEL, M. LEHNER, Doppelbesteuerungsabkommen, München, 2021; K. TIPKE, M.LANG, Steuerrecht, 24. Aufl., Köln, 2021; EUROPÄISCHE KOMMISSION, cit., p. 2 ss.

[5] For an in depth overview of the digital taxation cfr. EY, Digital services tax: Jurisdiction activity summary, 2020; G. KOFLER - J. SINNIG, Equalization Taxes and the EU's 'Digital Services Tax', 47 Intertax 176, 2019, pp. 176–200.

[6] OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1–2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (2015). ; E- CLEAR, DAC-8 und ihre Auswirkungen auf Kryptowährungen, 2023.

ISSN 2036-7821

makes it more challenging to track and reclaim funds in cases of fraud or disputes. The environmental impact of cryptocurrencies is another crucial aspect to consider.[7] The energy-intensive mining of cryptocurrencies, particularly those utilizing the Proof-of-Work mechanism like Bitcoin, contributes to significant energy consumption and negative environmental consequences, including substantial CO_2 emissions. However, alternative consensus mechanisms like Proof-of-Stake have been developed to reduce energy consumption. Environmental sustainability remains a central concern in the cryptocurrency sphere. In conclusion, while cryptocurrencies offer potential benefits as alternative currencies and investment options, they also pose significant challenges and risks for European investors, businesses, and consumers. Addressing these issues necessitates further research, policy developments, and regulatory harmonization at both the European and global levels.[8]

2 Digital taxation future

The profound changes[9] in our civilization are driven by knowledge and innovation, especially through information and digital technologies. Unlike in the past, these changes are happening rapidly and discontinuously, far outpacing social structures and regulatory models. This mismatch, particularly in taxation, has allowed companies and multinational corporations in the new economy to accumulate significant wealth by exploiting the delayed adjustment of fiscal measures to technological advancements. Globalization, facilitated by new technologies, has worsened inequalities between regions and social classes, providing opportunities to shift wealth to low-tax countries through the digital and data-driven economy, resulting in additional tax advantages.[10]The strong relationship between the economy and technology is reshaping geopolitical balances and social structures, as well as impacting regulatory models and legal systems.[11] Recent events such as the

[7]E- CLEAR, DAC-8 cit., 2023.

[8] A. COMELLI, La "realtà economica e commerciale" quale "criterio fondamentale" per l'applicazione della disciplina dell'IVA, in Dir. prat. trib. int., 2022,pp. 99-117.

[9] For an overview regarding aspects of the digital heritage cfr. the P. FORTE, Il patrimonio culturale digitale: una enorme sfida per la comunità nazionale, in AA.VV., Impresa Cultura, XVI Rapporto Annuale Federculture, Gangemi, Roma, 2018.

[10] Cfr. KPMG, Taxation of the digitalized economy, 2021; A. F. URICCHIO, Fiscalitá e futuro digitale, in, F. GALLO - A. F. URICCHIO, La tassazione dell´economia digitale tra imposta sui servizi digitali, global minimum tax e nuovi modelli di prelievo, BARI 2022, p. 19 ss.

[11] OECD, Executive Summary of the Hearing on Blockchain and Competition Policy, Annex to the Summary Record of the 129th Meeting of the Competition Committee held on 6–8 June 2018, Dokument DAF/COMP/M(2018)1/ANN8/FINAL, https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2018)1/ANN8/FINAL/en/pdf, Nr. 3; P. PARDOLESI., Sostenibilitá cit., p. 399 ss; Cfr. A. F. URICCHIO, Fiscalitá e futuro digitale, in, F. GALLO , A. F. URICCHIO, La tassazione dell´economia digitale tra imposta sui servizi digitali, global minimum tax e nuovi modelli di prelievo, BARI 2022, p. 19 ss.

ISSN 2036-7821

coronavirus pandemic and political crises like the Ukraine-Russia war and rising energy prices have had severe effects on the economy, society, and employment, both domestically and globally.[12] A document from the Bank of Italy in May 2020 highlighted the significant impact of the COVID-19[13] pandemic on the Italian economy, with expectations of a sharp decline in economic activity, especially in the services sector, followed by a recovery in the second half of the year.[14]However, the timing and severity of the recovery remain uncertain due to various factors.[15] The growth projections for Italy in 2020 and 2021 show a wide range of estimates, with varying degrees of decline and recovery. The country's GDP is expected to decrease by an average of 9% this year, followed by a projected expansion of 4.8% in 2021. The COVID-19 crisis[16] has had a significant negative impact on human lives, well-being, and the economy, leading to a rapid contraction in world trade. Different sectors have been affected unevenly, with some industries facing suspensions while others continue to operate or even experience increased profits. To facilitate recovery and support struggling businesses, extraordinary financial and tax measures have been implemented. However, the acceptance of such measures has been hindered by opposition from member states.[17] It is important to prioritize targeted public spending on investments funded through debt to stimulate productivity and future growth. The National Recovery and Resilience Plan in Italy aims to address distributional equity and increase tax revenues through new measures, aligning with the Next Generation EU document.[18] However, a comprehensive tax reform should not solely rely on the recovery plan but should consider broader factors and adapt to

[12] Cfr. M. GREGGI, Rise and decline of the Westphalian Principle in taxation: The web tax case, in EC TAX Review, 2020. The article examines the significant influence of the digital economy on international taxation and contends that traditional tax regulations are insufficient to address how multinational enterprises conduct business and create value online. The central argument of this analysis is that, while the authority of states to tax is inherently linked to territoriality (and thus to physical elements), the Internet economy operates in a virtual space—a Terra Incognita—that remains largely unexplored in legal terms; S. ROMANO, Lo Stato moderno e la sua crisi, Pisa, 1910; essi, tuttavia, assumono nuovi contorni per effetto della deterritorializzazione del diritto propria del mondo globale e della diffusione delle nuove tecnologie. Su tali tematiche, cfr. M. Basciu, Crisi e metamorfosi della sovranità, Milano, 1996: L. FERRAJOLI, La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale, Roma - Bari, 1997; S. CASSESE, La crisi dello Stato, Roma - Bari, 2002.

[13] For an overview regarding the Italian legal order cfr.G. BERETTA – G. BIZIOLI, Covid 19 and fiscal policies: Italian´s tax and fiscal policy measures at time of Covid-19 Crisis: Tax peanuts without a New Deal, in Intertax, 8/2020, pp. 761-764.

[14]Cfr. A. F. URICCHIO, Fiscalitá e futuro digitale, in, F. GALLO - A. F. URICCHIO, La tassazione dell´economia digitale tra imposta sui servizi digitali, global minimum tax e nuovi modelli di prelievo, BARI 2022, p. 20 ss.

[15]O. FEHRENBACHER, Steuerrecht cit., 2019; K.VOGEL, M. LEHNER, Doppelbesteuerungsabkommen cit.,7, 2021; K. TIPKE, M.LANG, Steuerrecht cit., 2021

[16] For an overview regarding the Italian legal order cfr.G. BERETTA – G. BIZIOLI, Covid 19 cit., pp. 761-764.

[17] D. Hohenwarter, G. Kofler, G. Mayr, J. Sinnig, Qualification of the Digital Services Tax Under Tax Treaties, 2019, 47 Intertax 140; P. PARDOLESI, Sostenibilitá cit. e, p. 399 ss; Cfr. F. GALLO, Il tributo cit., 2021, n. 2.

[18] Cfr. M. GREGGI, Rise and decline cit., 2020, Cfr. F. GALLO, Il tributo quale indispensabile strumento di politiche ri-distributive, in Rass. trib., 2021, n. 2.

ISSN 2036-7821

the economic transformations brought about by the digital revolution.[19]President Draghi emphasizes the necessity and urgency of a comprehensive tax system reform, which should revise income taxation, combat tax evasion, and address the web tax issue. Ecological sustainability is a top priority for future challenges, compounded by the energy crisis and geopolitical changes resulting from the Russo-Ukrainian conflict. The Next Generation EU and the Italian PNRR stress the critical role of the ecological transition as the foundation for a new global development model. Drastic reduction of climate-altering gas emissions, enhancing energy efficiency, and effective management of green areas through reforestation and integration into urban territories are key steps. The agricultural and forestry sectors play a strategic role in mitigating greenhouse gas emissions. Italy should aim to become a producer of eco-friendly goods and services aligned with the ecological transition[20], including environmentally compatible materials and transitioning the automotive sector to electric vehicles. To avoid potential retaliation from the US and address unintended consequences, it might have been preferable to delay the implementation of the web tax or its collection. However, due to the previous government's determination and impending deadlines, it is crucial to address issues such as cascading application of the tax and unequal treatment of digital platforms and small businesses. The burden of the 3% tax on digital transactions may be shifted onto small and medium-sized enterprises.[21]Shifting towards a circular economy[22], where materials are reintroduced into production cycles without entering the biosphere, is crucial. Fiscal measures play a fundamental role in ensuring fair resource redistribution and promoting eco-friendly behaviors through incentives. Environmental taxation[23] and tax incentives for eco-friendly technological innovation are important tools. Recent measures, such as the approval of the Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM)[24], indicate increased awareness among European institutions. The digital revolution and environmental transition can contribute to finding solutions for social challenges,

[19] Cfr. G. PETRILLO, Next Generation UE e nuovo sistema di risorse pro-prie: un passaggio decisivo verso la costituzione di un nuovo modello fiscale europeo?, in Riv. Dir. Trib. On line, 2021.

[20] D. Hohenwarter, G. Kofler, G. Mayr, J. Sinnig, Qualification of the Digital Services Tax Under Tax Treaties, 2019, 47 Intertax 140; A. F. URICCHIO, Le prospettive di riforma della fiscalità ambientale in ambito UE nell'ottica della transizione ecologica e della fiscalità circolare, in Rivista di diritto tributario internazionale, 1, 2022.

[21]EUROPEAN COMMISSION, The EU Budget Powering the Recovery Plan for Europe, COM(2020) 442,p. 15 .

[22] A. COMELLI, La "realtà economica e commerciale" cit.,pp. 99-117.

Cfr. A.F. URICCHIO - G. SELICATO, Green deal e prospettive di riforma della tassazione ambientale. Atti della II summer school in circular economy and environmental taxation, BARI 2022.

[23] M. GREGGI, Frodi fiscali e neutralitá del tributo nella disciplina dell´IVA, in Diritto e pratica tributaria, 2016; Cfr. A. F. URICCHIO – G. SELICATO, op.cit.., 2022.

[24] G. SELICATO, The EU proposal for a carbon border adjustment mechanism: an advanced tool to combat carbon leakage , a new own resource or moral suasion for third countries? In Review of European and comparative law, Vol. 5, 2022.

ISSN 2036-7821

and data availability facilitates a more sustainable and responsible development model.[25]The pervasiveness of the goals of the European Green Deal highlights the importance of considering the ecological footprint of information and communication technologies (ICT). The ICT sector has various potential impacts, including increased global electricity consumption (estimated between 5% and 9% of total consumption), higher emissions, and the use of scarce or even rare raw materials (raising concerns about the recovery and disposal of digital waste in line with the circular economy framework). The close connection between the EU's digital strategy and environmental issues is acknowledged in the document "Shaping Europe's Digital Future," which proposes measures for the green transition of the ICT sector. Similarly, the cited white paper emphasizes the need to consider the environmental impact of AI systems throughout their lifecycle and supply chain, including resource usage for algorithm training and data storage. The taxation of the new digital and data-driven economy has been a long-debated topic, and this article explores it from multiple perspectives, especially from the cryptocurrency's angle. It offers a comprehensive collection of reflections, characterized by depth and awareness of the need for a fundamental reorganization of the digital taxation system. The aim is not only to modernize an outdated tax system that focuses more on the past than the future but also to broaden the tax base and restore greater distributive fairness to the fiscal system.[26]

3 Cryptocurrency

Money has various functional properties, such as a means of payment, a store of value or a unit of account, and can take on different forms. In the form of a currency[27], money is traditionally something sovereign, issued by a central bank and controlled by it with the aim of maintaining purchasing power (price stability). Virtual currencies, such as Bitcoin, Ethereum, and Libra/Diem, challenge the

[25] EUROPEAN COMMISSION, Time to Establish a Modern, Fair and Efficient Taxation Standard for the Digital Economy, COM (2018) 146.

[26] O. FEHRENBACHER, Steuerrecht cit., 2019; K.VOGEL, M. LEHNER, Doppelbesteuerungsabkommen cit.,7, 2021; K. TIPKE, M.LANG, Steuerrecht cit., 2021; Cfr. A. F. URICCHIO, op.cit., p. 30 ss

[27] M. GREGGI, Frodi fiscali e neutralitá cit., 2016; For a better overview concerning the digital economy taxation cfr. F. GALLO – A. F. URICCHIO, op.ult.cit, 2023, p. 30 ss.; For an overview concerning the italian windfall taxation because of the facing of crisis cfr. A. F. URICCHIO – P. MANNO, Le emergenze energetiche tra crisi geopolitica e questione ambientale, 2023, p. 120 ff. According to A. F. URICCHIO, The experience of extraordinary taxes in our country appears limited and circumscribed. In particular, the extraordinary tax on war profits and and assets was introduced by Royal Decree no. 2164/1919 on a taxable base formed by the increases in assets and income due to the war between 1 August 1914 and 31 December 1919. Immediately afterwards the extraordinary wealth was extended to the total assets of natural persons (Royal Decree-Law no. 78 of 5 February 1922) with the main purpose of procuring greater public revenue; More precisely, the tax affected both natural persons and collective entities, with the exception of joint stock companies, whose taxable assets, assessed on the fixed date of 1 January 1920, reached the value of 50,000 lire.

ISSN 2036-7821

traditional concept of centrally controlled currencies. The lack of comprehensive regulation has created legal uncertainty for individuals and companies interested in using these forms of financing. The debate on regulating virtual currencies has gained momentum at different regulatory levels, given their socio-economic relevance. Specific forms of project and company financing, like Initial Coin Offerings (ICO) or Initial Token Offerings (ITO), involve exchanging tokens for other virtual currencies or money, with the promise of increasing their value. However, the lack of a clear term for cryptocurrencies adds to the nebulous nature of the legal debate.

Understanding the technical functioning of virtual currencies is crucial for analyzing their special characteristics. The question of whether cryptocurrencies pose a threat to traditional state currencies, as they exist beyond the control of central banks, can only be addressed by considering specific legal systems and their conceptual frameworks. European Union law, including the role of the European Central Bank, and relevant national monetary laws, such as in Germany, are important factors to consider. Given the global nature of the token economy, it is necessary to approach legal issues related to cryptocurrencies within the multidimensional framework of European and national monetary laws.[28] The central question is whether cryptocurrencies can possess the characteristics of a "good currency," including value stability, security, redemption confidence, and efficiency. The risks associated with virtual currencies could potentially impact the stability of the euro and the role of the ECB.[29]Various regulatory scenarios are conceivable, ranging from prudential

[28] OECD, Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint, Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (2020); S. OMLOHR- M. LINK, Kryptowährungen cit., p. 410 ff; for an overvie regarding the italian and european digital taxation Cfr. A. F. URICCHIO, L´ imposizione della data economy tra proposte di nuove forme di prelievo, wex tax italiana e global minimum tax , p. 111 ff, in, F. GALLO – A. F. URICCHIO, La tassazione dell´ economia digitale tra imposta sui servizi digitali, global minimum tax e nuovi modelli di prelievo, 2023. According to A. F. URICCHIO, the so called Pillar One also colled Unified Approach rectius unified approach on the tax treatment of the digital economy) , performs a "reallocative" function, being preordained to review the criteria for linking and allocating income, through a modification of the provisions on the transfer of intra-group profits, also in derogation of the arm's length principle, and the preparation of new "nexus rules, based on the concepts of "user participation", "significant digital and economic presence", "distribution-based approach" so as to grant the power of taxation to the jurisdictions in whose territory consumers and users of digitised business models are located. It is evident that through this model, also the subject of a public consultation, it is intended to overcome the criterion of permanent establishment, dating back to the beginning of the twentieth century, subjecting to taxation, within a given territory, the profits achieved by multinational com-panies with revenues exceeding a certain amount) operating in it, even in the absence of a physical presence. The implementation of this model requires international rules on how to distribute corporate profit tax rights among the largest and most profitable multinationals among several countries, also taking into account the ability of companies to operate without a physical presence; Omlor, ZRP 2018, 85, 86; Lerch, ZBB 2015, 190, 194.

[29] A. COMELLI, La "realtà economica e commerciale" cit.,pp. 99-117; O. FEHRENBACHER, Steuerrecht cit., 2019; K.VOGEL, M. LEHNER, Doppelbesteuerungsabkommen cit.,7, 2021; K. TIPKE, M.LANG, Steuerrecht cit., 2021; S. OMLOHR- M. LINK, Kryptowährungen und Token, p. 410 ss.

ISSN 2036-7821

regulations for cryptocurrencies to the recognition of certain models as legal tender. Monetary authorities may also consider issuing their own central bank digital currencies, such as a digital euro, as a response to the phenomenon of virtual currencies.[30]

3.1 Crypto, digital or virtual currency?

To bring clarity to the understanding of cryptocurrencies, it is important to address the conceptual diversity and varying attributions of terms like crypto, digital, and virtual "currencies." While "cryptocurrency" is commonly used and synonymous with digital currency in colloquial language, the term "virtual currency" is consistently used in official statements by monetary and financial supervisory authorities at national, European, and international levels.The German Federal Financial Supervisory Authority (BaFin) acknowledges the use of different terms such as virtual, digital, alternative, or crypto currencies/money/foreign exchange to describe new forms of payment. BaFin itself refers to the term virtual currency based on the opinion of the European Banking Authority (EBA). A virtual currency is defined as a digital representation of value that is not created by a central bank or public authority and does not necessarily need to be linked to legal tender. It can be used by individuals and legal entities as a medium of exchange, electronically transferred, held, or traded.

The European Central Bank (ECB)[31] provides a broader definition of "virtual currency" and makes a clear distinction between the broader concept of crypto-assets, which can be accepted by central banks, and "central bank money based on DLT or in digital form," referring to digital central money.

The Directive (EU) 2018/843[32], known as the 5th Money Laundering Directive, exclusively uses the term "virtual currency." However, the specific definitional approach used in the directive will be examined in more detail. In summary, within the monetary and supervisory context, the terms virtual/digital and "crypto" are used interchangeably, with "virtual currency" being the term commonly employed by

[30] Vgl. EUROPÄISCHE BANKENAUFSICHTSBEHÖRDE, Report with advice for the European Commission on crypto-assets, 9.1.2019, p. 9. All other elements of the offense, starting with the monetary value, are generally denied as well CH. STEINER, Krypto-Assets und das Aufsichtsrecht, p. 103 ff.

[31] EUROPEAN CENTRAL BANK, Report on a digital euro, October 2020, p. 24.

[32] S. OMLOHR- M. LINK, Kryptowährungen und Token, 2023, p. 412 ss; Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering and terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU, OJ No. L 156, p. 43; for an italian overview regarding digital taxation cfr. A.F. URICCHIO – S.A. PARENTE, Data driven e digital taxation: prime sperimentazioni e nuovi modelli di prelievo, in Diritto e pratica tributaria internazionale, n. 2/2021.

ISSN 2036-7821

various authorities and organizations.[33]

3.2 Emergence of cryptocurrency

3.2.1 DLT and blockchain as technological basis

Cryptocurrencies represent the digitalization and privatization of payment methods, utilizing blockchain and distributed ledger technology (DLT). DLT operates on a decentralized database where network participants have shared read and write access, eliminating the need for a central authority. The blockchain, the most common form of DLT, stores transaction data in encrypted blocks linked together by digital fingerprints called hashes. These blocks are stored in a centralized database, while the data chain itself is decentralized within a peer-to-peer network connected via the internet. This peer-to-peer network allows for direct and transparent transactions without intermediaries like banks, reducing costs and transaction times. Bitcoin, created in 2008 by Satoshi Nakamoto[34], is the oldest and most economically significant cryptocurrency, aiming to provide a secure and independent means of payment separate from state-controlled monetary policies. Cryptocurrencies offer a counter-design to traditional state currencies and claim to be free from inflationary risks, challenging the expertise of central banks in managing monetary policy.[35]

3.3 Taxation of cryptocurrencies according to the German Income Tax Act (EStG)

The taxation of crypto tokens, especially currency tokens, is a complex and uncertain area of law. The significant price fluctuations of currency tokens raise questions about their classification and tax treatment for income tax purposes. The increasing importance of tokens has caught the attention of tax authorities, given the potential income tax implications for investors. Germany, for example, has the potential to generate a substantial amount of income tax revenue from the booming daily trading volume of tokens. It is crucial to consider the losses incurred through price collapses

[33] P. PARDOLESI, Sostenibilitá e proprietá nell´ottica europe, in, A. BUONFRATE – A.F. URICCHIO (a cura di), Trattato breve di diritto dello sviluppo sostenibile, 2023, p. 399 ss,; S. OMLOHR- M. LINK, Kryptowährungen cit., p. 412 ss.

[34] R. MASON - L. PARADA, The Legality of Digital Taxes in Europe, 40 Virginia Tax Rev., 2020, p. 175 S. OMLOHR- M. LINK, Kryptowährungen und Token, p. 413 ss.; S. NAKAMOTO, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, https://bitcoin.org/bit coin.pdf (zuletzt abgerufen am 3.3.2021); for an intalian overview regarding digital taxation cfr. A. F. URICCHIO –S.A. PARENTE, Data driven e digital taxation: prime sperimentazioni e nuovi modelli di prelievo, in Diritto e pratica tributaria internazionale, n. 2/2021.

[35] O. FEHRENBACHER, Steuerrecht cit., 2019; K.VOGEL, M. LEHNER, Doppelbesteuerungsabkommen cit.,7, 2021; K. TIPKE, M.LANG, Steuerrecht cit., 2021; J. SCHOLZ, Kryptowährungen – Zahlungsmittel, Spekulationsobjekt oder Nullum?, http:// telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/BeitraegeTWR/Heft%20162_1.pdf (zuletzt abgerufen am 3.3.2021), p. 6.

ISSN 2036-7821

when determining the tax treatment.[36] However, the ever-growing variety of tokens and their different functionalities necessitate a case-specific tax analysis. Grouping tokens and applying specific tax treatments based on their characteristics can be practical. The question of whether income from tokens is subject to German taxation depends on the residence, habitual abode, registered office, or place of management in Germany. German tax liability applies to the entire global income of individuals falling under these criteria, regardless of the source or location of token acquisition or the company issuing the tokens. Double taxation agreements aim to prevent multiple taxation in both the residence country and the source country of income. These agreements typically follow the OECD model and allocate the right of taxation to the state of residence or domicile for various types of token-related income, such as business profits, dividends, interest, or gains from asset disposal.[37] For individuals residing in Germany, the German right of taxation generally applies without restrictions. Any foreign taxes already paid can be credited against German taxes. The taxation of income from tokens in Germany is discussed, focusing on individuals with unlimited tax liability. Tokens are considered independent assets for tax purposes, and their valuation is relevant for tax accounting. Tax law follows an economic approach, meaning that the economic meaning of legal norms is considered rather than strictly adhering to civil or supervisory law classifications. Currency tokens have been classified by the tax authorities as a mere unit of account, not e-money, legal tender, foreign exchange, or physical currency.[38] In terms of income taxation, currency tokens fall under the category of "other assets" as specified in Section 23 (1) no. 2 of the German Income Tax Act. These assets can be independently valued and have longer-term use. This category includes not only property and rights but also tangible conditions and concrete possibilities that involve costs for the taxpayer.[39] Foreign currency assets are considered "other assets" under § 23 (1) no. 2 of the German Income Tax Act (EstG), and a similar classification may be applicable to currency tokens. Utility tokens, similar to currency tokens, can be treated as "other assets" and generate income from private sales transactions. Investment tokens are likely classified as capital assets under § 20 of the German

[36] PH. MAUME- L. MAUTE, Rechtshandbuch Kryptowerte, Blockchain, Tokenisierung, Initial Coin Offerings, 2022, p. 484 ss; A current overview of the agreements concluded by Germany is available at https:////www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Internationales_Steuerrecht/Staatenbezogene_Informationen/doppelbesteuerungsabkommen.html (zuletzt aufgerufen 28. 3. 2020).

[37] S. OMLOHR- M. LINK, Kryptowährungen und Token, p. 413 ss.; S. NAKAMOTO, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, https://bitcoin.org/bit coin.pdf (zuletzt abgerufen am 3.3.2021), S. 4 („completely inflation free").

[38] Antwort der Bundesregierung auf eine Anfrage des Abgeordneten Frank Schäffler (FDP), BT-Drs. 17/14530, 40; PH. MAUME- L. MAUTE, Rechtshandbuch cit. p. 486 ss.

[39] P. PARDOLESI, Sostenibilitá cit., 2023, p. 399 ss.; PH. MAUME- L. MAUTE, Rechtshandbuch Kryptowerte cit., p. 486 ss..; cfr. FG KÖLN EFG 10, 1216, rkr. zu Internet Domains.

ISSN 2036-7821

Income Tax Act. Depending on their characteristics, they can be categorized as shares in profits (§ 20 para. 1 no. 1), participation in a dormant partnership or participating loan (§ 20 para. 1 no. 4), or other types of capital claims (§ 20 para. 1 no. 7). The classification of equity and security tokens is not universally defined due to their diverse forms. § 20 para. 1 no. 1 of the Income Tax Act covers payments from participation relationships, including shares, profit participation rights, and limited liability company shares. Distributions from corporations and associations granting membership rights equivalent to capital participation are also covered.[40] If an investment token is structured as an equity token and provides distributions from a corporation or association, it is generally considered a share in profits under Section 20 (1) no. 1 of the German Income Tax Act (EStG). Income from investment tokens can also be included under Section 20 (1) no. 4 of the Income Tax Act if it originates from participation in a commercial enterprise as a silent partner or partnership loans. In such cases, the participation involves receiving interest on the provided capital based on the enterprise's profits. The silent partner or partnership lender should not be considered a co-entrepreneur and must not assume entrepreneurial risk or initiative. While participation in losses is common in a silent partnership, it is not necessary. Additionally, Section 20 (1) no. 7 of the Income Tax Act serves as a catch-all provision, covering capital gains not listed in Sections 20 (1) (1-6). For this provision to apply, the investment income must be derived from a capital claim representing a monetary claim, excluding claims in kind. This provision typically encompasses interest earned from capital loans. Debt tokens with fixed interest rates and no participation in losses are generally classified as other types of capital claims under Section 20 (1) No. 7 of the Income Tax Act.

3.4 Current taxation of income from tokens

3.4.1 Lending of tokens according to the German Income Tax Act (EStG)

As a rule, the transfer of tokens against payment (so-called lending, §6 marginal no. 152) is a self-employed and sustainable activity, so that it can be assumed to be

[40] A. COMELLI, La "realtà economica e commerciale" cit.,pp. 99-117; Vgl. E. RATSCHOW, § 20, in W. BLÜMLICH – Einkommensteuergesetz, Körperschaftssteuergesetz, Gewerbesteuergesetz: :Kommentar, in B.HEUERMANN – P. BRANDIS(edited by), Loose-leaf collection, 141st, update, Munich 2018, § 20 Rn. 61; for an overview on how the German federal court transposes the EU court of justices judgements compare F. L. GIAMBRONE, Transposition of the judgements of the European Court of Justice in Germany. Case note regarding the abnormal use of checks in the judgement of 5 may 2020 of the German Federal Constitutional court from a fiscal point of view, 2021; for an intalian overview regarding digital taxation cfr. A.F.URICCHIO – S.A.PARENTE, Data driven e digital taxation: prime sperimentazioni e nuovi modelli di prelievo, in Diritto e pratica tributaria internazionale, n. 2/2021; C.A. GIUSTI – F. L. GIAMBRONE, The Nomophylactic Function of the European Court of Justice in Tax Matters within the Italian and German Experience. Possible Dispute Settlement Solutions for the Member States, in comparative law review, 2019, p. 57 ss.

commercial. Commercial lending is considered a self-employed and sustainable activity, making it subject to taxation. Private lending, however, is not clearly defined in terms of income classification. There is uncertainty whether the income from token lending should be classified as income from capital assets. One possibility is to apply section 20 paragraph 1 number 7 of the Income Tax Act, which deals with the tax liability of investment income in private assets. However, this provision usually fails to apply because token lending does not fall under the category of income from capital claims directed towards monetary payment. Token lending involves claims directed towards tokens rather than money. Another alternative, section 23 paragraph 1 number 2 of the Income Tax Act, is relevant for the sale of tokens but does not apply to lending since it is not considered a sale. The consideration received for the lending is also not subject to taxation under section 23 of the Income Tax Act. However, section 22 paragraph 3 of the Income Tax Act is relevant for private mining of tokens and paid services in the private sector, such as the transfer of use. The form of remuneration, whether conventional currencies or in kind, is irrelevant for taxability. Tax liability under section 22 paragraph 3 of the Income Tax Act only arises if the exemption limit of EUR 265 per calendar year is exceeded.[41]

3.4.2 Income from Investment Tokens

In the case of investment tokens, depending on the structure of the tokens, current income can be generated in addition to gains from the sale. The exact income tax treatment depends on the characteristics of the investment token. If the token holder acquires real membership rights, the tokens are classified as equity tokens. Equity tokens can be, among other things, classic profit shares, income from a typical silent partnership, from a partial loan or simply from the provision of capital. As a rule, current income is subject to income from capital assets pursuant to Section 20(1) no. 1 or no. 4 or no. 7 EStG.[42] The issuer of the tokens is subject to the obligation to pay capital gains tax under § 43 para. 1 sentence 1 no. 1 EStG or § 43 para. 1 sentence 1 no. 3 EStG, § 43 a para. 1 sentence 1 no. 1 EStG, § 44 para. 1 sentence 1 EStG. If, on the other hand, the equity token is classified for tax purposes as an atypical silent partnership, or even as a share in a Civil law partnership (GbR) or General partnership (OHG), the token holder generates commercial income according to § 15

[41] P. PARDOLESI, Sostenibilitá cit. p. 399 ss,; Maume- Maute, Rechtshandbuch Kryptowerte, Blockchain, Tokenisierung, Initial Coin Offerings, 2022, p. 495 ss. ; H. WEBER-GRELLET ,§ 22, in, L. SCHMIDT, Einkommensteuergesetz, 2018, Rn. 142; Levedag in Schmidt EStG § 20 Rn. 115; C.A. GIUSTI – F. L. GIAMBRONE, The Nomophylactic Function cit., in comparative law review, 2019, p. 57 ff; A.F. URICCHIO, The Future of European Environmental Policy in Appreciation of German Federal Constitutional Jurisprudence, in The Italian Law Journal, 8, 2022, p. 332 ss.

[42] N. WIGHARDT- J. KREKELER, Die Besteuerung blockchainbasierter Vermögenswerte, in Zeitschrift der Steuerberater 2019, 16 (19).

ISSN 2036-7821

para. 1 no. 2 EStG.[43] In this case, the issuer has no obligation to pay capital gains tax, but the income must be taxed in accordance with § 179 para. 2. If the issuer merely grants the purchaser of the token claims under the law of obligations, the term investment token is used.[44]For investment tokens, taxation of income from other capital claims under section 20(1) no. 7 EStG comes into consideration. This also

[43] For an overview concerning the Corporate governance of companies with public participation: civil and comparative law profitables cfr. C.A. GIUSTI, La corporate governance della societá a partecipazione pubblica: proficili civilistici e di diritto comparato, 2018. According to C. A. GIUSTI, The phenomenon of investee companies, and more specifically that of their governance, has been one of the main topics on which the triad of traditional formants (legislative, jurisprudential and doctrinal) has been constantly engaged in order to provide adequate answers in terms of legal certainty given the definitional and systematic difficulties that have characterized these particular companies.

It is now an incontrovertible fact that of the blurring between public and private, and this is due precisely to the emergence of the corporate phenomenon in public hands, the subject of this volume, in which we intend to briefly examine the historical-normative evolution of the institution of public companies, their nature and the procedural and in terms of liability reflections that follow from this new public-private asset. The recent enactment of the Consolidated Text on Participated Companies then turns out to be a further suitable element to support the interest for a broad reflection on the subject thus selected. With a view to offering an initial, albeit brief, definition of the object of investigation, "public companies" constitute those entities,structured according to the civil law model, in which the participation of the public hand causes in the corporate governance a partial deviation from the rules of the private type. More correctly, in the opinion of some authors, the phrase should be used"companies with public participation," in order to distinguish mainly the latter from the other public company paradigm, i.e. "in-house companies": in general terms, the former recur when the public administration holds a position more or less comparable to that of any private shareholder, while the latter are characterized by being defined as a longa manus of the public administration, blurring the boundaries between private and public entity.There is no shortage of points for comparative reflection: to this end, the chapter is devoted to the discipline of the "golden share" (and other related institutions) provided for in various legal systems, such as the United Kingdom, France, Germany, Spain and Portugal, especially in light of the multiple decisions of the Court of Justice that have affected the regulation of the powers connected to the so-called "golden shares." Another delicate issue that seems to have recently reached a pivotal point concerns the "bankability" of the public entity in corporate form, where the recent Consolidated Act on participated companies seems to have put an end to jurisprudential oscillations.

It should be recalled, in fact, how the traditional orientation was in the sense of excluding the subjection of such companies to bankruptcy proceedings, moving in particular from the literal tenor of the provision in Article 1 of the Bankruptcy Law. The evolutionary path, both doctrinal and jurisprudential, has highlighted the critical aspects of the negationist thesis, eventually finding confirmation, precisely, in the new provisions introduced by the delegated legislature.

The formally private nature of the investee companies requires an analysis regarding the nature of the main corporate acts, starting from the incorporation of public companies, in accordance with the new prescriptions contained in the Consolidated Act, passing then to the acts of appointment and revocation of directors, and finally to those of personnel hiring, so as to also identify the respective areas of jurisdiction of any litigation. Finally, the author provides, a careful overview of the profiles of liability of corporate bodies within the companies under review. In this context, the jurisprudential contribution will be of primary importance, in order to also define the contours of the division of jurisdiction in cases of corporate damage and fiscal damage within public companies; C.A. GIUSTI – F. L. GIAMBRONE, The relationship between European law and German law regarding the protection of the right to be forgotten as a fundamental right: the right to oblivion in the judgement of the German Constitutional Court "Right to be forgotten I" from a comparative point of view, in rivista dei diritti dei media, 2/2022, p. 270 ss.

[44] PH. MAUME- L. MAUTE,, Rechtshandbuch Kryptowerte cit., p. 495 ss; H. WEBER-GRELLET ,§ 22 cit., Rn. 142.

ISSN 2036-7821

represents income from capital assets and is subject to final withholding tax.

4 Some remarks concerning Value added tax aspects of cryptocurrencies with regard of the Austrian legal order

4.1 VAT assessment of cryptocurrencies: Exchange of Bitcoins into another currency

In 2015, the ECJ ruled in the Hedqvist case on the VAT classification of the exchange or change of Bitcoins into a legal currency.

4.1.1 ECJ Hedqvist

In the Hedqvist case, the question was whether the exchange of Bitcoins (as a virtual currency) into a legal currency (Swedish krona) or vice versa - for which a remuneration is payable - is exempt from VAT. In answering this question, the ECJ stated that "the virtual, mutually tradable currency Bitcoin, which is exchanged for conventional currencies in the context of exchange transactions, cannot be classified as 'goods' within the meaning of Article 14 of the VAT Directive".This is because the purpose of these virtual currencies is exclusively to be used as a means of payment. The sale of Bitcoins therefore does not constitute a supply of goods. With regard to the question of tax liability, the ECJ held that the exchange of Bitcoins for a conventional currency was a transaction within the meaning of Article 135(1)(e) of the VAT Directive and thus exempt from tax. According to the EU legal basis in Art 135(1)(e) VAT Directive (in the German version), the following transactions are exempt from VAT: "Transactions, including brokering, relating to currency, banknotes and coins which are legal tender, with the exception of collectors' items... "This provision must be interpreted - despite the fundamental requirement of a narrow interpretation of tax exemption regulations - in light of the purpose and the systematics of the VAT Directive.[45] The purpose of Article 135 (1) of the VAT Directive is to eliminate, by means of the tax exemption, the difficulties associated with the determination of the taxable amount and the amount of deductible VAT in the case of transactions involving means of payment.[46]Therefore, contrary to the wording of the Directive in German, the VAT exemption also covers transactions that do not relate to conventional currencies (i.e. "legal tender") but to "contractual means of payment" - such as Bitcoins in the case at hand. According to the ECJ, the decisive factor for the scope of application of the tax exemption regulation is that this currency is accepted by the parties to the transaction as an "alternative means of

[45] S. KIRCHMAYR-SCHLIESSELBERGER – W. KLAS – M. MIERNICKI - S. RINDERLE-MA- A.WEILINGER, Kryptowährungen, Krypto-Assets, ICOs und Blockchain, Recht – Technik – Wirtschaft, 2019, p. 256 ss; C.A. GIUSTI – F. L. GIAMBRONE, The Nomophylactic cit., 2019, p. 57 ss.

[46] S. KIRCHMAYR-SCHLIESSELBERGER – W. KLAS – M. MIERNICKI - S. RINDERLE-MA- A.WEILINGER, Kryptowährungen cit., p. 256 ss.; EuGH 22.10.2015, C-264/14, Hedqvist, Rz 36.

ISSN 2036-7821

payment" to the legal means of payment and does not serve any purpose other than use as a means of payment.[47] With regard to the German wording of the Directive, this decision was surprising because the German wording reduces the scope of application of the tax exemption regulation to "legal means of payment".[48] However, the ECJ noted that in other language versions of the VAT Directive, such a concretisation and restriction to "legal" means of payment is not to be found.
Furthermore, in a teleological interpretation of the tax exemption regulation - in view of the purpose and the systematics of the Directive - no restriction of the tax exemption regulation to "legal means of payment" was required. For the ECJ it was undisputed in the decision that Bitcoins served no other purpose than the use as a means of payment and were accepted in this capacity by the economic operators.[49]Therefore, the exchange of Bitcoins into a conventional currency was to be subsumed under the VAT exemption regulation. The European Court of Justice (ECJ) ruling in Hedqvist (C-264/14) case[50] was a landmark decision that provided legal insight into the tax implications of cryptocurrency transactions[51] within the European Union jurisdiction. The crude distinction between traditional currencies and virtual currencies was reinterpreted in the light of the evolving realities of finance.This ruling established Bitcoin and similar cryptocurrencies as a 'means of payment' that are accepted by the economic operators of a transaction. The tax exemption was granted given the complexity involved in determining the taxable amount in transactions involving such means of payment.However, the ruling raised concerns as its interpretation of the VAT directive contradicted with the German version. The German version restricted the scope of tax exemption to legal means of payment (gesetzliche Zahlungsmittel). The ECJ, nevertheless, clarified that the

[47] EuGH 22.10.2015, cit.,Rz. 49; In this regard, the ECJ was bound by the findings of the referring court. In this regard, the ECJ was bound by the findings of the referring court; A. F. URICCHIO, The Future of European Environmental Policy cit., , p.330 ss.

[48] S. KIRCHMAYR-SCHLIESSELBERGER – W. KLAS – M. MIERNICKI - S. RINDERLE-MA- A.WEILINGER Kryptowährungen cit. p. 256 ss.; The Italian version, for example, refers to "banconote e monete con valore liberatorio" (i.e. banknotes and coins with debt-discharging effect), while the English version refers to "currency, bank notes and coins" without further restriction or specification; ECJ 22. 10.2015, C-264/14, Hedqvist, para 46; Opinion of the Advocate General, ECJ C-264/14, BeckRS 2015, 80964; also Pielke, UmsatzsteuerlicheBehandlung von Bitcoin nach dem Urteil des EuGH, MwStR 2016,150; for an analysis of the EU Court of justice jurisdiction cfr. C. Giusti and F. L. Giambrone, The Biffi judgement and the Suarez case. Judicial decisions of the European Court of Justice and possible reforms of the Italian Civil Code from an European point of view, 2020, p. 625 ff; for an intalian overview regarding digital taxation cfr. A. F. URICCHIO A. – S. A. PARENTE, Data driven cit., n. 2/2021.

[49] S. KIRCHMAYR-SCHLIESSELBERGER – W. KLAS – M. MIERNICKI - S. RINDERLE-MA- A.WEILINGER Kryptowährungen cit. p. 256 ss ; EuGH 22.10.2015, C-264/14, Hedqvist, Rz 52.

[50] COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION, PRESS RELEASE No 128/15. (October 2015). Bitcoin transactions are exempt from VAT. Retrieved from https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-10/cp150128en.pdf

[51] TOKENBOX, Taxation and Regulation of Cryptocurrencies in the European Union, 2020, Retrieved from https://tokenbox.io/en/blog/Taxation-and-Regulation-of-Cryptocurrencies-in-the-European-Union/

ISSN 2036-7821

determination should not be restricted to 'legal' means alone (ECJ Press Release No 128/15).

The broader scope and interpretation of Article 135(1)(e) of the VAT Directive, as per ECJ's decision in Hedqvist, expands the possibilities of interpretation for future decisions involving cryptocurrencies in the EU jurisdiction. This ruling has laid a significant precedent for other cases involving virtual currencies across Europe. For instance, in the judgment of the Skatteverket v David Hedqvist case (PTLR 2016,16(11)[52], 805-807), the Court ruled in alignment with the ECJ Hedqvist case that transactions to exchange a traditional currency for the 'Bitcoin' virtual currency, and vice versa, constitute the supply of services for consideration, so they are exempt transactions under Article 135(1)(e) of the VAT Directive. The judgement in Hedqvist bears substantial implications for future legal considerations involving cryptocurrency. Ensuing judgments might need to uphold this recognition of digital currencies as contractual means of payment to maintain coherence in EU jurisprudence. However, member States might also propose amendments to the VAT Directive in light of the increase in cryptocurrency transactions and to circumvent potential tax revenue losses.

4.2 Influence of EU law on Austrian national taxation law

4.2.1 Bitcoins as recognised currency and thus consideration within the meaning of the UStG

In the Hedqvist case, the ECJ not only commented on the question of tax exemption for exchange transactions, but also recognised Bitcoins in general as a currency and thus as a means of payment. Bitcoins are therefore consideration within the meaning of § 1 para 1 no 1 UStG.

This affects the determination of the basis of assessment for VAT purposes. Legal transactions in which the consideration is paid in Bitcoins are to be treated for VAT purposes as services for which the consideration consists of legal means of payment. This means that the value of the consideration - bitcoins (or another cryptocurrency with a corresponding payment function) - is the consideration and thus decisive for the basis of assessment (§ 4 para 1 UStG) for VAT.[53]

[52] SKATTEVERKET v DAVID HEDQVIST, European Court Reports 2015 – p. I-00000. Retrieved from http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-264/14.

[53] S. KIRCHMAYR-SCHLIESSELBERGER – W. KLAS – M. MIERNICKI - S. RINDERLE-MA- A.WEILINGER, Kryptowährungen cit., 2019, p. 256 ss; BUNDESMINISTERIUM FÜR FINANZEN (BMF), Steuerliche Behandlung von Kryptowährungen (virtuelle Währungen), https://www.bmf.gv.at/steuern/kryptowaehrung_Besteuerung.html (Stand 25.7.2017); cfr. A. F. URICCHIO, The Future cit., p. 329 ss.

ISSN 2036-7821

4.2.2 Scope of application of § 6(1)(8)(b) UStG

The decision of the ECJ in the Hedqvist case has clarified under EU law that the exchange of Bitcoins - as a means of payment - into a legal currency and vice versa is exempt from VAT within the meaning of Art 135 (1) (e) VAT Directive. Following this decision, however, the question still arises as to whether this tax exemption for exchange transactions also applies in Member States in which the national tax exemption regulation explicitly refers only to "legal means of payment"; this is the legal situation in Austria, cf. § 6 para 1Z 8 lit b UStG. Although this restriction in national law corresponds to the German wording of the Directive in Art 135(1)(e) VAT Directive, it does not correspond to the interpretation of the ECJ in the Hedqvist case law, taking into account the other language versions of the exemption provision in the VAT Directive and the purpose and systematics of the Directive.

The question of whether § 6 (1) 8 lit b UStG, contrary to its wording (restriction to "legal means of payment"), is to be interpreted in conformity with EU law in accordance with the case law of the ECJ to the effect that alternative - i.e. contractual - means of payment (such as bitcoins) also fall under the tax exemption regulation, is answered differently in the literature.[54]In principle, Art 288 TFEU in conjunction with Art 4 (3) TEU requires that regulations in the VAT Act be interpreted in accordance with the law. However, the wording of a national regulation is the limit for the interpretation. The wording of the tax exemption regulation clearly refers only to "legal tender". Some[55] therefore reject a Union-compliant interpretation of the Austrian provision to the effect that the tax exemption also applies to bitcoins. However, the wording of the national tax exemption provision dates back to a time when there were no alternative means of payment to legal tender.[56]Therefore, it cannot be assumed that the national legislator expressly intended to exclude virtual currencies with a payment function from the scope of application of the tax exemption regulation. Rather, there is a regulatory gap for this type of means of payment - which has only existed since the digital age. A regulatory gap can be closed by interpretation. The wording of § 6 (1) 8 (b) UStG, which has been too narrow up to now, therefore does not prevent an interpretation in conformity with

[54] S. KIRCHMAYR-SCHLIESSELBERGER – W. KLAS – M. MIERNICKI - S. RINDERLE-MA- A.WEILINGER, *Kryptowährungen cit.*, p. 259 ss.; P. HAUNOLD - CH. STANGL-M. TUMPEL, *News aus der EU*, in *Steuer und Wirtschaft International* Nr.12, 2015, p. 614ss. ; M. MAYR, *Umsatzsteuer-Update: Aktuelles auf einen Blick*, in *Steuer und Wirtschaftskartei* , 2016, Nr. 3 pp. 157 - 158.

[55] S. KIRCHMAYR- SCHLIESSELBERGER – W. KLAS – M. MIERNICKI - S. RINDERLE-MA- A.WEILINGER, *op.cit.*, p. 259 ff; M. MAYR, op.cit., pp. 157 -158.

[56] P. PARDOLESI, *Sostenibilitá* cit. p. 399 ss; for an analysis of the EU Court of justice jurisdiction cfr. C. Giusti and F. L. Giambrone, *The Biffi judgement cit.*, 2020, p. 625 ss.; S. KIRCHMAYR-SCHLIESSELBERGER – W. KLAS – M. MIERNICKI - S. RINDERLE-MA- A.WEILINGER, *op.cit.*, p. 259 ff; The provision is identical in the original version of the Turnover Tax Act 1994, Federal Law Gazette No. 663/1994, and the Turnover Tax Introduction Act 1972, Federal Law Gazette No. 224/1972, also speaks of "legal means of payment"; A. F. URICCHIO, *The Future of European Environmental Policy in Appreciation of German Federal Constitutional Jurisprudence*, in *The Italian Law Journal*, 8, 2022, p. 328 ff.

ISSN 2036-7821

EU law in accordance with the ECJ case law in the Hedqvist case.[57] Rather, according to Article 288 TFEU in conjunction with Article 4 (3) TEU, there is an obligation to interpret national law in accordance with the case law of the ECJ. Even if the Austrian legislator has not yet adapted the wording of the national VAT exemption, the exchange of Bitcoins into conventional currencies (as well as vice versa) is exempt from VAT.Whether the tax exemption also applies when bitcoins are exchanged for another cryptocurrency instead of a conventional currency has not yet been decided by the ECJ. However, it is likely that the decisive factor here is whether it is an alternative means of payment comparable to a legal tender. The cryptocurrency must therefore have no other purpose than use as a means of payment. Under this condition, the tax exemption regulation in § 6 para 1 no. 8 lit b UStG applies.

4.3 No input tax deduction for input services pursuant to § 12 paragraph 3 UStG

Since the exchange of Bitcoins for another legal or contractual currency with a payment function is not genuinely tax-exempt, there is no input tax deduction for input services pursuant to § 12 para 3 UStG.[58]The same applies to input services in connection with the exchange of other cryptocurrencies with a payment function into legal or contractual means of payment.

4.3.1 Trading in Bitcoins for speculative purposes

When trading in bitcoins for speculative purposes, it should first be clarified from a VAT perspective whether the person acting with speculative intent is to be regarded as an entrepreneur (§ 2 UStG). The mere purchase or sale of Bitcoins is a purely asset-managing activity that is not subject to VAT. However, commercial trading in Bitcoins - similar to commercial trading in securities - can justify entrepreneurial status if the intention is to generate income. However, in this case - at least for the continuous commercial exchange of Bitcoins into conventional currencies and vice versa - the tax exemption regulation in Art 135 (1) (e) VAT Directive or § 6 (1) 8 (b) VAT Act applies, as the ECJ clarified in the Hedqvist case. Accordingly, the commercial exchange of Bitcoins into other virtual currencies with a payment function must also be treated for VAT purposes. Based on the mining of gold, the mining of Bitcoins means the earning of Bitcoin units by solving cryptographic tasks. A so called miner provides validation and encryption services for the cryptocurrency network, for which he receives - in addition to transaction fees[59] - newly generated

[57]D. HOHENWARTER, G. KOFLER, G. MAYR, J. SINNIG, *Qualification of the Digital Services Tax Under Tax Treaties*, 2019, 47 Intertax 140.

[58] T. EHRKE – RABEL, *Kryptowährungen und Umsatzsteuer*, in S. KIRCHMAYER- G. MAYR- K. HIRSCHLER – T. EHRKE – RABEL – G. KOFLER(a cura di), *Digitalisierung im Konzernsteuerrecht*, pp. 145 - 155.

[59] S. KIRCHMAYR-SCHLIESSELBERGER – W. KLAS – M. MIERNICKI - S. RINDERLE-MA- A.WEILINGER *Kryptowährungen cit.*, p. 262 ss; Die umsatzsteuerliche Behandlung von Transaktionsgebühren bleibt vorliegendweitgehend außer Betracht, vgl dazu bereits: D. AIGNER- P. BRÄUMANN – G. KOFLER- M.

ISSN 2036-7821

units of Bitcoins.[60]

To participate in the peer-to-peer network for mining cryptocurrency, one needs to download client software from the internet.[61] Transactions are recorded in blocks and added to a blockchain, which serves as a database for all transactions. Miners, who run the blockchain algorithm on their computers, are rewarded with a certain number of bitcoins for solving the computational task. This decentralized process creates money. Pool mining involves multiple individuals combining their computer power to increase the chances of finding the correct solution and earning a share of the newly mined bitcoins based on the contributed computing power. Cloud mining, on the other hand, allows participants to invest capital with a cloud mining provider who performs the mining on their behalf.[62] Participants receive a portion of the mined cryptocurrency (minus a fee) from the mining provider, who charges a fee for their services.The VAT consequences of bitcoin mining only apply under specific conditions outlined in the relevant regulations. These conditions include the provision of a service by a taxable entity in Germany, with a clearly identifiable recipient of the service in an exchange relationship.[63]

Entrepreneurs within the meaning of VAT law can be natural persons, legal entities and other legal entities if they provide services for remuneration on a sustained, independent basis and with the intention of generating income. The decisive factor is that a person or a legal entity appears externally. A miner as a natural person can - depending on his concrete activity - appear externally, but a pool in which several persons bundle the services of their computers for the purpose of so-called pool mining is different. In this case, the individual miners do not appear externally. The pool is a non-taxable service association, usually in the form of a Civil law partnership,[64] which is not suitable as a taxable subject. In this respect, there is already a lack of a sufficient degree of organisation.The cloud mining provider appears externally. By providing its computing power, it renders another service to

---

TUMPEL, *Digitale Währungen im Steuerrecht – Beispielfall Bitcoin*, in E. FELTEN- G. KOFLER- M. MAYRHOFER – S. PERNER – M. TUMPEL (a cura di), *Digitale Transformation im Wirtschafts- & Steuerrecht*, 2019,Rz 13/31; A.F.URICCHIO, *The Future cit.*, 2022; Schlund/Pongratz, Distributed-Ledger-Technologie und Kryptowährungen–eine rechtliche Betrachtung, DStR 2018, 598 (602). Die Steuerbarkeit der Transaktionsgebührenwird überwiegend abgelehnt, weil sich ein Leistungsort nicht feststellenlässt, zB Pielke, Umsatzsteuerliche Behandlung von Bitcoins nach dem Urteildes EuGH, MwStR 2016, 150 (152). Andere stellen darauf ab, dass Transaktionsgebührenfreiwillig gezahlt werden und daher kein unmittelbarer Zusammenhang mitder Leistung des Miners bestehe, vgl dBMF 27.8.2018 – III C 3 – S 7160-b/13/10001,DStR 2018, 528.

[60] S. KIRCHMAYR-SCHLIESSELBERGER – W. KLAS – M. MIERNICKI - S. RINDERLE-MA- A.WEILINGER *Kryptowährungen cit.*, p. 262 ss; Dazu: Enzinger, *Mining von Kryptowährungen*, SWK 23/24 2017, 1013;

[61] Enzinger, Mining von Kryptowährungen, SWK 23/24 2017, 1013.

[62] Dietsch, Umsatzsteuerliche Behandlung von Bitcoin-Mining, MwStR 2018, 250 (251).

[63] S. KIRCHMAYR-SCHLIESSELBERGER – W. KLAS – M. MIERNICKI - S. RINDERLE-MA- A.WEILINGER *Op. cit.*, p. 262 ss.

[64] *Op.ult.cit.*, p. 263 ff.; Dazu: Behrendt/Janken, Kryptowährung – das digitale Fremdwährungskoto, DStZ2018, 342 (349).

ISSN 2036-7821

the respective client.

4.4 Concluding remarks regarding the taxation aspects of cryptocurrencies from a German and Austrian angle

In view of the procedural taxation question from a german angle it should be stated that the increased practical relevance of tokens is accompanied by increased attention from the tax authorities. Many detailed questions are still unclear. In terms of procedural taxation law, the question will arise as to who will take over the task currently assigned to the banks of providing tax-relevant account movements up to the deduction of the final withholding tax. The question also arises as to which options will be available to the tax authorities in the future to verify the declared tax data or to uncover false declarations. It seems to make the most sense to assign this task to intermediaries, since intermediaries can most reliably provide the data required by the tax administration. Such a reporting obligation usually does not only concern Germany. In order to avoid a multitude of confusing regulations, only a uniform European standard with a single point of contact for intermediaries can represent a practicable solution. For taxpayers, therefore, the question of the duty to cooperate arises in particular, which can affect them when submitting a personal income tax return. Due to the complex technical circumstances and the international nature of token trading, taxpayers may be subject to increased obligations to cooperate under Section 90 (2) of the Tax Code. This provision is generally applicable to foreign matters and imposes an obligation on the party involved to clarify the facts and obtain evidence.[65] Investors are not only confronted with complex technical issues when investing in crypto tokens, the tax treatment is also not yet clear. The German tax administration has so far only commented on the income tax treatment of income from purchases and sales as well as from mining of currency tokens. For other types of tokens and for ICOs, there is still considerable legal uncertainty, as there is still no case law on this topic. Until the legislator provides clarity, investors can apply for binding information pursuant to Section 89 (2) of the German Tax/Fiscal Code (AO) for legal questions on precisely defined issues. More precise legal provisions and thus more legal certainty would increase Germany's attractiveness as a trading center for tokens and as a location for ICOs, so that investors could also benefit from the high regulatory quality in Germany.

With regard of the Austrian value added tax aspects it should be remarked that, The VAT treatment of cryptocurrencies has been partially clarified by the ECJ, but is still subject to VAT uncertainties. According to the decision of the ECJ in the Hedqvist case, bitcoins are a recognised means of payment alternative to legal tender. Bitcoins

[65] G. KOFLER - J. SINNIG, *Equalization Taxes and the EU's 'Digital Services Tax'*, 47 *Intertax* 176, 2019, pp. 176–200.

ISSN 2036-7821

are recognised by the ECJ as currency and thus also as consideration in terms of VAT law. If a payment for a service subject to VAT is made in Bitcoins, this - as the relevant consideration - is decisive for the basis of assessment for VAT. Like other currency exchange transactions, the exchange of Bitcoins into a conventional currency is also exempt from VAT, even if this has not yet been sufficiently clarified in the national legal wording. The same applies when Bitcoins are exchanged for another cryptocurrency with a payment function.[66] If bitcoins are used as a means of payment, they are "remuneration" within the meaning of the VAT Act and the basis of assessment for VAT. It has also been clarified that the exchange of a virtual currency with a payment function into a legal tender is exempt from VAT. The decisive factor is the payment function of the (virtual) currencies exchanged. Therefore, the exchange of virtual currencies other than bitcoins is also tax-exempt if the exchanged currency is recognised as a means of payment.[67] The tax classification of mining has not yet been conclusively clarified. According to the opinion expressed here, bitcoin mining is generally not subject to VAT for several reasons: As a rule, the intention to generate income is lacking due to the gambling nature of the activity. Furthermore, in the absence of an exchange relationship, it is not possible to identify the recipient of the service and thus the place of performance cannot be determined. The only exception is the cloud mining provider. The latter provides electronic services to its contractual partners (clients) in return for a fee. This means that there are exchange relationships and identifiable recipients of services. The place of performance (at the recipient's location) is identifiable. If the recipient of a cloud mining provider domiciled abroad is an entrepreneur, the recipient domiciled in Austria is liable for VAT according to the reverse charge procedure (§ 19 para. 1 UStG).For other cryptocurrencies, or tokens, it depends on whether they are means of payment or confer other rights according to their function. While the same VAT consequences apply to means of payment as to bitcoins, a differentiation must be made for VAT purposes: Utility tokens are regularly treated as multi-purpose vouchers for VAT purposes. The transfer of the utility tokens is therefore not subject to VAT. Only the subsequent redemption triggers a VAT event. For equity tokens and deposit tokens, the tax exemption regulation for securities or company shares applies, depending on the specific structure of the rights associated with the tokens

[66] For an insight regarding VAT cfr. J. CARAGHER, *Global VAT GST on digital services to consumers*, 2023; EUGH 29.4.2004, C-77/01, EDM; D. AIGNER- P. BRÄUMANN – G. KOFLER- M. TUMPEL, *Digitale Währungen im Steuerrecht – Beispielfall Bitcoin*, in E. FELTEN- G. KOFLER- M. MAYRHOFER – S. PERNER – M. TUMPEL (a cura di), *Digitale Transformation im Wirtschafts- & Steuerrecht*, 2019, Rz 13/29; F. L. GIAMBRONE, *Protection in Germany oft he Fundamental Rights oft he European Union GRCH*; A. F. URICCHIO, *The Future of European Environmental Policy* cit., 8, 2022; Case note of the BVERF Constitutional Court 1ST SENATE, RESOLUTION OF 06.11.2019 # 1 BVR 16/13 concerning the interpretation of the importance of the fundamental rights within the basic law with regard to non fully harmonized EU law, , p. 523 ff.

[67] S. KIRCHMAYR-SCHLIESSELBERGER – W. KLAS – M. MIERNICKI - S. RINDERLE-MA- A.WEILINGER *Kryptowährungen cit.*, p. 270 ss

ISSN 2036-7821

(Art 135 (1) (f) VAT Directive or § 6 (1) (8) (f) or (g) VAT Act).[68]The EU Parliament proposes the introduction of a European tax on crypto assets[69], with the revenues raised going into the EU budget as new own resources. It points out that the global crypto market has grown rapidly (albeit unstably) since the 2008 crisis, with capitalisation reaching up to EUR 2 trillion in May 2021. It further notes that crypto assets are gradually being considered as a genuine means of payment and part of investment strategies and stresses that the regulation and taxation of crypto assets is more efficient at EU level than at national level, given their high mobility and cross-border dimension. [70]In this context, it is stressed that a European tax on crypto assets would foster the development of a harmonised tax framework for crypto assets, be more consistent with the cross-border nature of the crypto asset market and promote the adoption of tax standards at global level.[71]The EU stresses that several taxation options for crypto assets are possible, such as a tax on capital gains from crypto asset activities (based on a uniform tax rate for all EU Member States), a tax on crypto asset transactions or a tax on crypto asset mining and trading, determined according to their electricity consumption and environmental impact. Furthermore, Parliament calls on the Commission to assess the impact of these options on the European crypto market, estimate the potential revenue and present a concrete proposal.[72]

5 General conclusions and future perspectives

Considering the potential motivations and approaches behind the EU's endeavor to establish a regulatory framework for crypto assets, aiming to foster innovation and ensure user protection, it becomes important to understand the reasons behind these efforts. The utilization of crypto assets and their underlying technology has displayed significant promise alongside inherent challenges. Therefore, the EU is proactively formulating regulations to facilitate the progress of these technologies and their integration within the EU, all while enacting measures to safeguard users.[73]
The digital transformation is among the top priorities of the EU. The European Parliament contributes to shaping policies that strengthen Europe's capabilities in new digital technologies and create new opportunities for businesses and consumers. Additionally, the EU aims to advance its green transformation with the objective of

[68] S. KIRCHMAYR-SCHLIESSELBERGER – W. KLAS – M. MIERNICKI - S. RINDERLE-MA- A.WEILINGER *Kryptowährungen cit.*, p. 270 ss.
[69] EU PARLAMENT, Entwurf eines Berichts, über das Thema „ Ein Neubeginn für die Finanzen der EU, ein Neubeginn für Europa", p 9 ss.
[70] EU PARLAMENT, op.cit., p 9 ff.
[71] EU PARLAMENT, Op.ult.cit.,, p 9 ss; A. F. URICCHIO, *Die umweltsteuern und das umlaufsteuersystem*, in A.F.URICCHIO, F. GIAMBRONE, *Entwicklungen im italienischen Steuerrecht als Herausforderung des neuen europäischen Entwicklungsprozesses,* Bari 2020,p. 178 ss.
[72] For an insight regarding VAT cfr. J. CARAGHER, *Global VAT GST on digital services to consumers*, 2023; EU PARLAMENT Entwurf cit.,p 9 ff.
[73] EU PARLAMENT, *Die Gefahren von Kryptowährungen und der Nutzen der EU-Gesetzgebung*, 2023, p. 1 ss..

ISSN 2036-7821

achieving climate neutrality by 2050. The Parliament promotes policies that enhance the digital skills of citizens, encourage the upskilling of workers, and support the digitalization of public services. Throughout these efforts, Members of Parliament strive to uphold fundamental rights and European values. Promoting digitalization brings numerous benefits to society. The EU aims to strengthen its digital sovereignty and set its own standards instead of adhering to standards set by others, in order to make Europe fit for the digital age.[74]To steer the digital transformation in the EU, the European Commission has presented the policy program "Europe's Digital Decade," which outlines specific objectives and targets for 2030 in areas such as skills, secure and sustainable digital infrastructure, digital transformation of businesses, and digitization of public services.[75] In May 2021, the Parliament adopted a report on shaping Europe's digital future, urging the Commission to further address the challenges of digital transformation. Specifically, it calls for harnessing the opportunities of the digital single market, improving the use of artificial intelligence, and supporting digital innovation and skills. Cryptocurrencies also entail various risks. The absence of a central register and central authority, which allows for secure and direct transactions between two parties without an intermediary, constitutes part of the appeal of cryptocurrencies. However, significant risks arise from this, necessitating new EU regulations.[76]It is worth noting the risks that cryptocurrencies pose to consumers, businesses, and markets. The new regulations address many of the risks associated with crypto assets. Currently, trading in cryptocurrencies is not covered by EU consumer protection regulations. Individuals engaging in cryptocurrency trading often lack sufficient information about the risks involved, which can lead to financial losses. The widespread use of unregulated cryptocurrencies could result in financial instability, market manipulation, and financial crimes. Due to the largely anonymous nature of transactions, cryptocurrencies are frequently utilized for illicit activities. Since the beginning of the conflict in Ukraine, EU member states have restricted the trading of cryptocurrencies for use in Russia or with Russian entities.[77]The environmental

[74] G. KOFLER - J. SINNIG, *Equalization cit.*, pp. 176–200; EU PARLAMENT, *Den digitalen Wandel gestalten: EU-Strategie erklärt*, 2023.

[75] EU PARLAMENT, *op.cit.*, 2023; A. F. URICCHIO, *Die zwischen der Haushaltsaufsicht, den ausserordentlichen Finanzinstrumenten und der sogenannten windfall taxes anfallenden kosten der Sozialrechte*, in A.F. URICCHIO - F. L. GIAMBRONE, *Entwicklungen im italienischen Steuerrecht als Herausforderung des neuen europäischen Entwicklungsprozesses*, 2020, p.131-173, p. 138 ss; A. F. URICCHIO, *Die umweltsteuern und das umlaufsteuersystem*, in A. F. URICCHIO - F. L. GIAMBRONE, *Entwicklungen im italienischen Steuerrecht als Herausforderung des neuen europäischen Entwicklungsprozesses*, 2020,p. 178 ss; per un Commentario breve alla costituzione italiana si rimanda a P. DE GIOIA CARABELLESE - PAGLIARIN, *The Banking Bail in and Costitutional rights*, in *LUISS Law Review*, 2020, pp. 7 ss.

[76] EU PARLAMENT, *Die Gefahren von Kryptowährungen und der Nutzen der EU-Gesetzgebung, 2023*, p. 1 ss.

[77] G. KOFLER - J. SINNIG, *Equalization cit.*, pp. 176–200; EU PARLAMENT, *Op.cit.*, 2023, p. 1 ff.

ISSN 2036-7821

impact of cryptocurrencies is another crucial aspect to consider.[78]The technology consumes significant amounts of electricity, resulting in a large ecological footprint. Estimates suggest that the energy consumption of Bitcoin is equivalent to that of a small country.[79] This footprint generated by cryptocurrencies contradicts the priorities outlined in the European Green Deal of achieving net-zero emissions by 2050. In 2021, the EU legally committed to achieving climate neutrality, which means the goal of no net emissions by 2050, with an intermediate target of reducing emissions by 55 percent by 2030.[80]The goal of net-zero emissions is enshrined in the Climate Law, and the European Green Deal serves as the roadmap for the EU to become climate-neutral by 2050.The specific legislation enabling Europe to achieve the objectives of the Green Deal is outlined in the "Fit for 55" package, which the Commission presented in July 2021. This includes the revision of existing regulations on emissions reduction and energy, among other measures explained below. The EU is also working towards achieving a circular economy by 2050, creating a sustainable food system, and protecting biodiversity and pollinators. To ensure the financing of the Green Deal, the European Commission introduced the Investment Plan for a Sustainable Europe in January 2020, aiming to mobilize at least one trillion euros of public and private investments over the next ten years. As part of the Investment Plan, the Just Transition Fund will support regions and communities most affected by the green transition, such as regions heavily dependent on coal.[81] The efficacy of the new EU crypto regulation at this juncture is to be emphasized. The EU has undertaken efforts to establish new regulatory frameworks, known as Markets in Crypto-Assets (MiCA), in order to foster the potential of crypto-assets while simultaneously mitigating associated risks. In June 2022, the Parliament and the Council reached a provisional agreement, which received formal approval from the Parliament in April 2023 and from the EU member states in the Council in May 2023, thus culminating the legislative process. The objective of the newly introduced regulations is to provide legal certainty, facilitate innovation, safeguard the interests of consumers and investors, and ensure the stability of the financial system in support of the development and utilization of these technologies.

Ensuring financial stability and protecting consumers is a main objective pursued. Regulating the public offering of crypto-assets serves to uphold financial stability. The regulatory framework encompasses transparency, disclosure, authorization, and monitoring of transactions. The intention of the Members of Parliament is for the issuance of certain crypto tokens to fall under the oversight of the European Securities and Markets Authority and the European Banking Authority. Companies

[78] E- CLEAR, *DAC-8 und ihre Auswirkungen auf Kryptowährungen*, 2023.
[79] EU PARLAMENT, *Die Gefahren cit.*, 2023, p. 1 ss.
[80] EU PARLAMENT, D*ie Antworten auf den Klimawandel*,2023, p. 1 ss.
[81] EU PARLAMENT, *op.cit.*,2023.

ISSN 2036-7821

engaged in crypto-asset trading are required to enhance consumer awareness regarding risks, costs, and fees. In March 2022, the Parliament additionally enacted regulations pertaining to the utilization of distributed ledger technologies, such as blockchains, for trading crypto-assets. These technologies enable the recording of interactions and transfers involving crypto-assets. The purpose of this legislation is to promote the development of solutions for trading crypto-assets, while simultaneously maintaining a high degree of financial stability, transparency, and market integrity. Addressing the environmental implications of cryptocurrencies is a challenge, which is handeld by the EU.In order to reduce the considerable carbon dioxide emissions linked to cryptocurrencies, the MiCA regulations impose obligatory disclosure obligations on prominent providers of crypto-assets concerning their energy consumption.[82]In the European Council meeting in March 2021, it was emphasized that the digital transition, along with sustainability, would be the foundation for post-pandemic recovery. This would be achieved through a global solution agreed upon at the OECD level. This idea was further implemented in the G7 Finance Ministers' meeting in London on June 5, 2021, proposing a "global minimum tax" of 15% on the profits of large multinational corporations, regardless of their operating location. On October 8, 2021, 130 OECD member countries representing over 90% of global GDP committed to reforming international tax rules through a two-pillar model to combat tax avoidance and ensure profits are taxed where economic activities and value creation occur.[83]This measure received final approval at the G20 summit in Rome on October 30-31, 2021. Its aim is to establish fair tax rules by globally taxing large networked companies. On December 22, 2021, the European Commission proposed a directive based on the OECD agreement, introducing an effective minimum tax rate for global activities of large multinational groups, to be applied consistently and correctly throughout the European territory. The proposed global minimum tax would have a minimum rate of 15% on taxable income generated by multinational groups operating in the digital sector, subject to certain quantitative thresholds. Exceptions are provided for real economic activities (companies can exclude a portion of their revenues from taxation equal to 5% of tangible assets and 5% of wages) or for minimum profit amounts. These documents provide a more detailed explanation of the two pillars while also suggesting a tax moratorium on various forms of levies under study. Starting from 2023, the proposed provisions are expected to come into effect, which would entail the abolition of the European Digital Services Tax, which had faced criticism primarily from American

[82] G. KOFLER - J. SINNIG, *Equalization cit.,* pp. 176–200; P. PARDOLESI, *Sostenibilitá cit.*, 2023; for an intalian overview regarding digital taxation cfr. A. F. URICCHIO – S.A. PARENTE, *Data driven e digital taxation: prime sperimentazioni e nuovi modelli di prelievo*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, n. 2/2021.

[83] Cfr. M. GREGGI, *La tassazione dell´economia digitale nel contesto europeo: la proposta di direttiva sulla Digital Service tax*, in *Diritto Mercato tecnologia*, 2019, pp. 99-129; A. F. URICCHIO, *L´imposizione cit.*, p. 110 ss.

ISSN 2036-7821

internet giants. There is even a provision for a sort of tax credit to reimburse any excess amounts paid compared to the global tax. More specifically, the so-called "Pillar One," also known as the "Unified Approach," aims to revise income allocation and profit allocation criteria in the digital economy. This involves modifying transfer pricing rules within multinational corporations, deviating from the arm's length principle, and introducing new "nexus rules" based on concepts such as user participation and significant digital and economic presence. The objective is to establish a taxation power for jurisdictions where consumers and users of digital business models are located, moving away from the traditional concept of permanent establishment.[84]The implementation of this model requires international norms on how to allocate taxing rights among multiple countries for the profits of the largest and most profitable multinational corporations, even considering their ability to operate without a physical presence. The adoption of the second pillar of the OECD agreement, known as the "Global Anti-Base Erosion Proposal" (GloBE), is even more complex. It involves subjecting web-based multinational corporations to a minimum level of global taxation and requires modifications to domestic legislation and double tax treaties to counteract base erosion and profit shifting to low-tax or no-tax jurisdictions.[85]The "Pillar Two," also followed by a public consultation, consists of two closely related rules: the Income Inclusion Rule (IIR) and the Undertaxed Payment Rule (UTPR), which exclude deductions or require adjustments. The IIR allows states to tax income generated by permanent establishments or controlled foreign corporations if they are not subject to effective minimum taxation in the country where the income is earned. The UTPR assigns taxing rights to the source country to exclude withholdings or deductions for payments to related parties that are not subject to a minimum level of effective taxation in the recipient's country of residence, up to a certain threshold.[86]In addition to these domestic rules, there are other provisions based on multilateral instruments. These include the inclusion of a "switch-over rule" in double tax conventions, allowing a state to switch from exemption to the credit method if income from a permanent establishment or real estate asset is not subject to a minimum level of taxation in the source country. Another provision is the "subject to tax rule," which determines whether more favorable treaty provisions apply based on whether a component of income is subject to a minimum level of taxation. The challenges of implementation lie in translating the agreements reached into a stable and shared regulatory framework. The issue of revenue thresholds (20 billion euros, approximately 23.1 billion dollars) and a 10% profit requirement is particularly delicate. Moreover, the very high minimum

[84] Cfr. In this matter the documents of the OECD: OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, Action 1–2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015.
[85] Cfr. A. F. URICCHIO, *op.cit.*, p. 113 ss.
[86] Cfr. A. F. URICCHIO, *op.ult.cit.*, p. 114 ff.

ISSN 2036-7821

revenue threshold means that the proposed regime would only apply to a very limited number of multinational companies (in 2020, the OECD estimated that only 350 multinational companies would exceed the consolidated threshold of 10 billion euros). The proposed solution, considering the acknowledged burden and complexity, along with the necessary coordination among tax administrations, seems to indicate an intention to limit its application to the highest tier of digital multinational corporations. This could inhibit the introduction of new forms of taxation by tax legislators, which could target the new and ever-evolving manifestations of wealth in the new economy.[87] However, the digital landscape is not only populated by large network-based companies that generate substantial untaxed profits, but also by digital enterprises of various sizes that provide services to both private clients and the "masters of the network" themselves. The agreed-upon block on new taxes may appear entirely inadequate in the face of emerging modes of network access and utilization (such as the Internet of me) and even for exercising fiscal control over the dark web and deep web. It is known that these terms refer to obscure networks not accessible through regular private networks, often associated with illegal economic activities. According to the reached agreement, starting from October 2021, none of the participating countries can unilaterally introduce new taxes or charges on digital services. Existing taxes should (or rather, should) be repealed for all companies subject to them by the end of 2023.[88] It is evident that the agreement reached is just the first step towards the introduction of a global minimum tax and the overall consolidation of the regulatory framework outlined. In the coming months, both domestic regulations and new bilateral agreements are expected to be adopted, along with a multilateral instrument, in addition to the aforementioned directive proposal, which should be approved by the Council, subject to unanimous agreement, following the advisory opinion of the European Parliament. The path is not straightforward, as Hungary announced in June 2022 its intention to veto the new tax, and the position of Poland is still unclear.[89]

[87] Cfr. M. GREGGI, *La tassazione cit.*, pp. 99 ss; A. F. URICCHIO, *L´imposizione della data economy tra proposte di nuove forme di prelievo, web tax italiana e global minimum tax*, in, F. GALLO - A. F. URICCHIO, *La tassazione dell´economia digitale tra imposta sui servizi digitali, global minimum tax e nuovi modelli di prelievo*, 2022, p. 116 ss

[88] Cfr. A. F. URICCHIO, *op.cit.*, p. 117 ff.

[89] Cfr. A. F. URICCHIO, *op.ult.cit.*, p.117 ss.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Disciplina sui servizi digitali erogati dai fornitori di piattaforme e motori di ricerca on line di dimensioni molto grandi e ruolo della Commissione europea

di Alessandro Chiappini

(Dottore di ricerca in diritto e economia presso la LUISS Guido Carli)

Sommario

1. Introduzione. – 2. Oggetto ed ambito di applicazione del Regolamento europeo. – 3. obblighi a carico dei fornitori di piattaforme e motori di ricerca on line di dimensioni molto grandi. – 4. Competenze e poteri della Commissione europea e diritti delle parti. – 5. Conclusioni.

Abstract

The so-called digital service act was presented by the European Commission on 15 December 2020 as part of the Digital Services Act package together with the digital market act, as announced in the communication of 19 February 2020 entitled "Shaping Europe's digital future" and in accordance with the strategy for the digital single market in Europe outlined in the communication of 6 May 2015.

In the context of digital constitutionalism, the Regulation represents an expression of the digital sovereignty of the European Union which attempts to democratize the internet by limiting the excessive power of platforms as private censors.

After having identified the object and scope of the Regulation applicable from 17 February 2024, this contribution, after identifying the providers of platforms (infra VLOP) and very large online search engines (infra VLOSE), analyzes the respective obligations characterized by an early application to 25 August 2023, also investigating the corresponding competence and powers of the European Commission.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

Il cosiddetto *digital service act* è stato presentato dalla Commissione europea il 15 dicembre 2020 nell'ambito del pacchetto relativo alla legge sui servizi digitali insieme al *digital market act*[1], come preannunciato dalla comunicazione del 19 febbraio 2020 intitolata "*Plasmare il futuro digitale dell'Europa*" ed in conformità con la strategia per il mercato unico digitale in Europa delineata dalla comunicazione del 6 maggio 2015[2].

Nell'ambito del filone del costituzionalismo digitale[3], il Regolamento rappresenta espressione della sovranità digitale dell'Unione europea che tenta la democratizzazione della rete limitando lo strapotere delle piattaforme quali censori privati[4].

Dopo aver rilevato l'oggetto e l'ambito di applicazione del Regolamento applicabile dal 17 febbraio 2024, il presente contributo, previa individuazione dei fornitori di piattaforme (*infra* VLOP) e motori di ricerca *on line* di dimensioni molto grandi (*infra* VLOSE), analizza i rispettivi obblighi caratterizzati da un'applicazione anticipata al

[1] Sul *digital market act* si veda il dossier n. 52 del 18 maggio 2021 dell'ufficio rapporti con l'Unione europea della Camera dei deputati; sull'argomento si confronti anche A. DE STREEL, P. LAROUCHE, *The European Digital Markets Act proposal: How to improve a regulatory revolution*, in "Concurrences", 2021, n. 2, p. 46-63.

[2] La proposta della Commissione europea, che era stata anticipata da tre risoluzioni del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 (P9_TA(2020)0272; P9_TA(2020)0273 e P9_TA(2020)0274), è confluita nel regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (*infra* Regolamento), pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea del 27 ottobre 2022 ed entrato in vigore il 16 novembre 2022. Al riguardo, si veda G. M. RUOTOLO, *Le proposte di disciplina di digital services e digital markets della Commissione del 15 dicembre 2020*, in DPCE on line, 2020, p. 5419 ss.; L. WOOD, *Overview of Digital Services Act*, in EU Law Analysis, 16 dicembre 2020; BUREAU EUROPÉEN DES UNIONS DE CONSOMMATEURS, *The Digital Services Act Proposal - BEUC position paper*, 2021; F. ERIXON, *"Too Big to Care" or "Too Big to Share": The Digital Services Act and the Consequences of Reforming Intermediary Liability Rules*, ECIPE Policy Brief n. 5/2021; G. CAGGIANO, *La proposta di Digital Service Act per la regolazione dei servizi e delle piattaforme online nel diritto dell'Unione europea*, in I Post di AISDUE, III (2021), aisdue.eu, Focus "Servizi e piattaforme digitali", n. 1, 18 febbraio 2021; V. GOLUNOVA, *The Digital Services Act and Freedom of Expression: Triumph or Failure?*, 8 marzo 2021; A. SAVIN, *The EU Digital Services Act: Towards a More Responsible Internet*, Copenhagen Business School Law Research Paper Series No. 21-04; S. F. SCHWEMER, *Digital Services Act: A Reform of the e-Commerce Directive and Much More*, prepared for A Savin, Research Handbook on EU Internet Law, october 2022, p. 1 ss..

[3] Così L. GILL, D. REDEKE, U. GASSER, *Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights*, Berkman Center Research Publication No. 2015-15, 2015, che definivano il costituzionalismo digitale "*una costellazione di iniziative che hanno provato ad articolare un insieme di diritti politici, norme di governance, e limitazioni all'esercizio del potere su Internet*". Si veda più di recente E. CELESTE, *Digital constitutionalism: a new systematic theorisation*, in International Review of Law, Computers & Technology, 2019, p. 81. In relazione a tale approccio da parte dell'Unione europea G. DE GREGORIO, *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, in International Journal of Constitutional Law, 2020, vol. 19, issue 1, p. 41 ss.; dello stesso autore G. DE GREGORIO, *The Digital Services Act: A Paradigmatic Example of European Digital Constitutionalism*, in Diritti Comparati, 17 maggio 2021; A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Il Digital Markets Act e il ruolo dell'Unione Europea verso un costituzionalismo digitale*, in Giurisprudenza costituzionale, 2022, 1867 ss..

[4] Con riferimento alla sovranità digitale si veda tra gli altri M. Mueller, *Will the Internet Fragment? Sovereignty, Globalization, and Cyberspace*, Polity Press, 2017; European Parliament, *Digital sovereignty for Europe*, luglio 2020.

ISSN 2036-7821

25 agosto 2023, indagando altresì la corrispondente competenza ed i poteri della Commissione europea.

2. Oggetto ed ambito di applicazione del Regolamento europeo.

In base all'articolo 3 del Regolamento, s'intende per "*servizio della società dell'informazione*" un servizio quale definito all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), della direttiva (UE) 2015/1535, che considera tale "*qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario*"[5].

Ebbene, il Regolamento in esame si applica ai prestatori di "*determinati*" servizi della società dell'informazione (Considerando 5); nello specifico, l'ambito di applicazione è costituito dai seguenti "*servizi intermediari*" (articoli 2 e 3):

- un servizio di semplice trasporto (*mere conduit*) diretto a trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni provenienti da un destinatario del servizio o a fornire accesso ad una rete di comunicazione[6];
- un servizio di memorizzazione temporanea (*caching*) diretto a trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni provenienti dal destinatario del servizio, che implica la memorizzazione automatica, intermedia e temporanea delle stesse con l'obiettivo di maggior efficienza nel successivo inoltro ad altri destinatari su loro richiesta[7];
- un servizio di memorizzazione di informazioni (*hosting*) diretto a memorizzare informazioni fornite da un destinatario del servizio su richiesta dello stesso (c. d. *user generated content*)[8].

Ai fini dell'applicabilità del Regolamento, è necessario un collegamento sostanziale del prestatore di servizi intermediari con l'Unione europea[9]; sulla base di tale premessa, l'ambito di applicazione è costituito dai servizi intermediari offerti a destinatari il cui luogo di stabilimento si trova nell'Unione o che sono ubicati nell'Unione, indipendentemente dal luogo di stabilimento dei prestatori di tali servizi

[5] Il riferimento è in particolare alla direttiva (UE) 2015/1535 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 settembre 2015, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione.

[6] Il Considerando 29 considera i punti di interscambio internet, i punti di accesso senza fili, le reti private virtuali, i risolutori e servizi di sistema dei nomi di dominio (*Domain Name System*), i registri dei nomi di dominio di primo livello, i *registrar*, le autorità di certificazione che rilasciano certificati digitali, il *Voice over Internet Protocol* (IP) e altri servizi di comunicazione interpersonale (servizi di posta elettronica e messaggistica basati sul web).

[7] Il Considerando 29 include la fornitura di reti per la diffusione di contenuti, *proxy* inversi o *proxy* di adattamento dei contenuti.

[8] Il Considerando 29 menziona categorie di servizi quali nuvola informatica (*cloud computing*), memorizzazione di informazioni di siti web (*web hosting*), servizi di referenziazione a pagamento o servizi che consentono la condivisione di informazioni e contenuti *on line*, compresa la condivisione e memorizzazione di file.

[9] Il Considerando 8 ritiene che il collegamento sostanziale con l'Unione europea sussista quando il prestatore di servizi intermediari è stabilito nel territorio europeo.

ISSN 2036-7821

intermediari (articolo 2, paragrafo 1)[10]. Per destinatario del servizio s'intende "*qualsiasi persona fisica o giuridica che utilizza un servizio intermediario, in particolare per ricercare informazioni o renderle accessibili*" (articolo 3), ritenendo tali gli utenti commerciali, i consumatori e gli altri utenti (Considerando 2).

Dopo aver inquadrato i servizi rilevanti, si rammenta che sono passati oltre venti anni dalla direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (*infra* direttiva 2000/31/CE)[11].

E' utile sottolineare che nelle ultime decadi, anche a causa della trasformazione digitale, i predetti servizi costituiscono una componente significativa dell'economia dell'Unione europea e della vita quotidiana dei cittadini, generando nuovi rischi che i singoli Stati membri contrastano in modo divergente (Considerando 1 e 2) come emerge dal caso *Cambridge Analytica*[12].

Secondo i principi generali enunciati dal Trattato dell'Unione europea (*infra* TUE), nei settori che non sono di competenza esclusiva l'Unione europea interviene, sulla base del principio di sussidiarietà, laddove gli Stati membri non siano in grado di conseguire in modo sufficiente l'obiettivo (articolo 5 TUE).

---

[10] Per A. MICHINELLI, *Digital Services Act: questioni tecnico-giuridiche ancora aperte sulla sua applicazione*, in Cybersecurity 360, 7 novembre 2022, l'obiettivo è "*Creare uno spazio digitale più sicuro in cui siano tutelati i diritti fondamentali di tutti gli utenti dei servizi digitali, oltre a creare condizioni di parità per promuovere l'innovazione, la crescita e la competitività, sia nel mercato unico europeo che a livello mondiale. A livello mondiale perché – similmente a quanto già tentato con il GDPR – si vuole ambire sia a regolamentare soggetti extra-UE/SEE sulla base del criterio dell'offerta di servizi a destinatari/utenti ubicati nel territorio dell'Unione, sia a innalzare uno standard per analoghe iniziative estere (c.d. "Brussels effect"). Stessa visione sposata con il testo del discusso AI Act*".

[11] Si veda L. ROZENFELDOVA, P. SOKOL, *Liability regime of online platforms new approaches and perspectives*, in T. PETRASEVIC, D. DUIC, A. NOVOKMET. (eds.), EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC), Vol. 3, 2019, p. 871; A. DE STREEL, M. HUSOVEC, *The E-commerce Directive as the Cornerstone of the Internal Market - Assessment and options for reform*, Study requested by the European Parliament's committee on Internal Market and Consumer Protection, maggio 2020; in particolare, G. MORGESE, *Proposta di digital service act e rimozione dei contenuti illegali online*, in Verso una legislazione europea sui mercati e servizi digitali, a cura di G. CAGGIANO, G. CONTALDI, P. MANZINI, 2021, evidenzia i limiti della vigente direttiva 2000/31/CE che, in primo luogo, non definisce gli aspetti sostanziali e procedurali delle misure di rimozione e disabilitazione con conseguente frammentazione delle discipline statali; in secondo luogo, si è affidata all'autoregolamentazione degli *hosting providers* la moderazione dei contenuti; infine, la disciplina europea non delinea obblighi di trasparenza e diligenza dei prestatori intermediari né poteri di controllo delle autorità europee e nazionali sulla relativa attività.

[12] In generale sulle conseguenze dell'evoluzione tecnologica in ambito regolatorio e garanzia dei diritti, S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, 1997; V. ZENO ZENCOVICH, *Informatica ed evoluzione del diritto*, in Diritto dell'informazione e dell'informatica, n. 1, 2003; T.E. FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in Diritto dell'informazione e dell'informatica, n. 3, 2003, 487 ss.; P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, in Rassegna parlamentare, n. 4, 2012, 811 ss.; M. AINIS, *Democrazia digitale*, in Rassegna parlamentare, n. 2, 2013; M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, 2019; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali e nuove tecnologie. Una mappa del dibattito italiano*, in Revista Estudos Institucionales, vol. 6, n. 2, 395-430, maio/ago 2020; G. E. VIGEVANI, *Piattaforme digitali private, potere pubblico e libertà di espressione*, in Diritto Costituzionale, n. 1, 2023, 41 ss..

ISSN 2036-7821

Ciò premesso, ex articolo 26, paragrafo 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (*infra* TFUE) "*2. Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati*"; al fine di realizzare il predetto obiettivo, il successivo articolo 114 dispone che il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. Il Regolamento in esame evita pertanto la frammentazione del mercato interno attraverso l'adozione di norme armonizzate sull'esenzione dalla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari, su specifici obblighi in materia di *due diligence* e sull'attuazione ed esecuzione[13]; l'obiettivo è un funzionamento corretto del mercato interno dei servizi intermediari che garantisca un ambiente *on line* sicuro, prevedibile ed affidabile in cui il contenuto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (*infra* Carta) sia effettivamente tutelato (articolo 1 e Considerando 9)[14].

In conformità con il menzionato TUE (articolo 5), il Regolamento disciplina la materia, nel rispetto del principio di proporzionalità, nei limiti di quanto necessario allo scopo (Considerando 155)[15]. In questo senso, sebbene non applicabile alle VLOP designate di cui si dirà nel prosieguo, il Regolamento esclude da alcuni obblighi le microimprese e le piccole imprese quali definite nella raccomandazione 2003/361/CE

---

[13] Sugli obblighi di *due diligence* si veda M. HUSOVEC, I. ROCHE LAGUNA, *Digital Services Act: A Short Primer*, July 5, 2022 in M. HUSOVEC, I. ROCHE LAGUNA (eds.), Principles of the Digital Services Act, Oxford University Press, 2023, in https://ssrn.com/abstract=4153796 o http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4153796. Per G. ABALDO, *Una prospettiva di regolamentazione degli ISP attraverso il Digital Service Act*, in MediaLaws.eu, 3 febbraio 2022, un sistema di *due diligence* è gia` previsto nel GDPR, riferendosi in particolare al *risk assessment*.

[14] P. BILYANA; O. TUOMAS, *Fundamental Rights Protection Online – The Future Regulation of Intermediaries*, 2020; M. BETZU, *I baroni del digitale*, Napoli, 2022, 22; G. ALPA, *La legge sui servizi digitali e la legge sui mercati digitali,* in Contratto e Impr., 2022, 1, richiama a monte del Regolamento la menzionata comunicazione della Commissione europea intitolata "*Plasmare il futuro digitale dell'Europa*" in base alla quale "*la Commissione non intende rallentare lo sviluppo tecnologico del continente, ma adeguarlo ai valori fondanti l'Unione. Si tratta, ancora una volta, della definizione del modello europeo di economia sociale di mercato in cui la libertà economica è temperata dalla protezione dei diritti fondamentali dei cittadini*". In proposito, R.BUCCA, M.SABATINI, *Digital Services Act, la Ue a una svolta: cosa cambia per utenti, aziende e big tech*, in Agenda Digitale, 19 maggio 2022, affermano che "*l'era del "Too Big to Care" ("troppo grande per preoccuparsene") stia assumendo gradualmente i colori rossastri del tramonto*"; in effetti, l'intenzione del legislatore europeo è la protezione del cittadino nel cyberspazio ed un rapporto equo ed equilibrato tra utente e piattaforme con regole che "*secondo Ursula von der Leyen, garantiranno che "ciò che è illegale offline sarà effettivamente illegale online nell'Ue" ai fini della tutela dei diritti fondamentali degli utenti*".

[15] S. BRASCHI, *Il nuovo regolamento sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli internet service provider?*, in Dir. Pen. e Processo, 2023, 3, ritiene che il Regolamento segua un principio di proporzione affermando che "*il legislatore europeo mira, in altri termini, ad evitare che l'obiettivo perseguito dall'Unione, di creare un ambiente digitale rispettoso dei diritti e del principio di dignità personale, sia realizzato tramite l'imposizione di sacrifici insostenibili per i singoli operatori*".

ISSN 2036-7821

(articoli 15, 19 e 29)[16]. Al contempo, il Regolamento disciplina l'intensità degli obblighi in base alla categoria di prestatore di servizio intermediario e alla dimensione, imponendo la massima regolazione per le VLOP e i VLOSE[17].

Con specifico riferimento all'esenzione dalla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari, questi ultimi non sono in generale responsabili delle informazioni trasmesse o memorizzate (articoli 4, 5 e 6), sancendo la disciplina europea l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza (articolo 8)[18].

In effetti, i destinatari del servizio dovrebbero essere ritenuti responsabili dei contenuti illegali diffusi attraverso i servizi intermediari, laddove per contenuto illegale si intende "*qualsiasi informazione che, di per sé o in relazione a un'attività, tra cui la vendita di prodotti o la prestazione di servizi, non è conforme al diritto dell'Unione o di qualunque Stato membro conforme con il diritto dell'Unione, indipendentemente dalla natura o dall'oggetto specifico di tale diritto;*" (articolo 3)[19]; in questo senso, i terzi interessati dai

[16] M. BROADBENT, *The Digital Services Act, the Digital Markets Act, and the New Competition Tool*, in Center for strategic and international studies, November 20 2021, p. 8, available at: https://www.csis.org/analysis/digital-services-act-digital-markets-act-and-new-competition-tool, afferma che "*regarding the DSA section, supporters note its potential to create legal certainty and deepen the European internal market while making liability and consumer-protection requirements more robust. Other voices have raised concerns over where the burden of liability and safety will fall and worry that illegal content would migrate to smaller, less regulated platforms*".

[17] In questo senso G. RUOTOLO, *Le proposte europee di riforma della responsabilità dei fornitori di servizi su Internet*, in Rivista italiana di informatica e diritto, fasc. 1/2022, p. 19.

[18] L. FABIANO, *Le potenzialità manipolative della democrazia digitale fra interessi pubblici e poteri privati*, in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (Il), fasc. 4, 2023, precisa che "*Il Digital Services Act ed il Digital Market Act seguono ad una fase nel corso della quale l'Unione Europea ha tentato, tenendo fermo l'impianto normativo della direttiva e-commerce, di responsabilizzare maggiormente gli Internet service providers attraverso l'elaborazione di strumenti di Soft Law*". In tal senso, la Commissione europea era inizialmente intervenuta mediante la raccomandazione (UE) 2018/334 del 1° marzo 2018, atto non vincolante che invitava gli *hosting providers* ad intraprendere misure per contrastare i contenuti illegali, che aveva trovato parziale attuazione attraverso differenziate condizioni generali di servizio. B. MAZZOLAI, *Hate speech e comportamenti d'odio in rete. Casapound vs Facebook: atto III* 1, in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (Il), fasc. 2, 2023, specifica che il *digital service act* costituisce "*il punto di arrivo del quadro regolatorio europeo che negli anni è oscillato tra un sistema di autoregolazione cd. di "soft law" e un modello di co-regolamentazione*" sulla base di codici di condotta adottati relativamente ai fenomeni dell'*hate speech online* e della disinformazione rispettivamente nel 2016 e nel 2018; in particolare, l'autore afferma che il legislatore europeo è intervenuto attraverso uno strumento normativo vincolante di *hard law* che delinea, tra l'altro, un sistema di "*procedimentalizzazione*" dell'attività di moderazione dei contenuti.

[19] Soccorre, in proposito, il Considerando 12 secondo cui a titolo esemplificativo rientrano nella categoria i discorsi d'odio (*hate speech*), i contenuti terroristici e discriminatori, la vendita di prodotti non conformi o contraffatti e l'utilizzo non autorizzato di materiale protetto dal diritto d'autore. Al riguardo, A. NICITA, *Le piattaforme online tra moderazione e autoregolazione: verso il Digital Services Act*, in Medialaws.eu, 25 novembre 2020, afferma che "*la stessa definizione di 'contenuto illegale', e la certezza giuridica della stessa e del suo grado di enforcement, variano in funzione del tipo di contenuto: dal copyright all'hate speech, dal cyberbullismo alla disinformazione, da contenuti violenti all'online advertising ingannevole*"; M. R. ALLEGRI, *Il futuro digitale dell'Unione europea: nuove categorie di intermediari digitali, nuove forme di responsabilità*, in Rivista italiana di informatica e diritto, 2/2021, p. 14 ss., ritiene che si "*dovrà tener conto di un corpus normativo assai vasto di livello tanto europeo quanto nazionale, cosa che può rivelarsi piuttosto complicata, se si considera [...] la natura transfrontaliera dell'attività di gran parte degli intermediari digitali*".

ISSN 2036-7821

contenuti illegali dovrebbero rivalersi sui destinatari piuttosto che sui prestatori di servizi intermediari (*hosting exemption*)(Considerando 27)[20].

Ad ogni modo, qualora i prestatori di servizi intermediari siano effettivamente a conoscenza di contenuti illegali o non appena ne vengano a conoscenza non agiscano immediatamente per la rimozione o la disabilitazione dell'accesso, la disciplina europea configura un'apposita responsabilità (articolo 6)[21]; al riguardo, il prestatore dei servizi intermediari può tra l'altro acquisire tale conoscenza o consapevolezza circa i contenuti illegali tramite indagini volontarie di propria iniziativa *ex* articolo 7 o le segnalazioni di cui all'articolo 16 (Considerando 22).

Se il meccanismo di segnalazione sarà analizzato più avanti, sulle indagini volontarie il legislatore europeo prevede una disciplina apparentemente favorevole per i prestatori di servizi intermediari affermando che "*non sono considerati inammissibili all'esenzione dalla responsabilità prevista agli articoli 4, 5 e 6 per il solo fatto di svolgere, in buona fede e in modo diligente, indagini volontarie di propria iniziativa*" (c. d. clausola del buon samaritano)[22]. In proposito, sebbene emerga l'intendimento del legislatore europeo di esonerare da responsabilità il prestatore di servizi intermediari che svolga indagini di propria iniziativa (c. d. *safe harbour*), è comunque ravvisabile un duplice rischio derivante sia dalla potenziale conoscenza di contenuti illegali a seguito delle indagini volontarie che dall'applicazione di concetti come la buona fede e la diligenza; tali circostanze potrebbero disincentivare i prestatori di servizi

[20] B. SAETTA, *Entra in vigore il Digital Services Act, la principale normativa europea che regolamenta il mondo digitale*, in Valigia blu, 15 gennaio 2023, afferma che "*È significativo, comunque, che il DSA prenda atto che il problema dei contenuti illegali non è risolvibile scaricando l'onere solo sulle piattaforme [...] In sostanza un diffamato dovrebbe, se possibile, prendersela con diffamante e non con la piattaforma.*". Al riguardo G. FINOCCHIARO, *Digital Services Act: la ridefinizione della limitata responsabilità del provider e il ruolo dell'anonimato*, in MediaLaws.eu, 12 gennaio 2021, ritiene che "*è il momento giusto per chiedersi se non sia possibile anche rafforzare un'ulteriore responsabilità, quella del soggetto che agisce sul web attraverso il provider, ossia [...] quella del soggetto che l'illecito compie [...]*", ritenendo che "*la soluzione migliore non sia quella di prevedere un divieto di anonimato, soluzione che sarebbe impercorribile per moltissime ragioni sia di natura etica che normativa, ma di prevedere, in taluni casi, un doppio livello, ossia un anonimato nei confronti del pubblico e un "non anonimato" – una personalizzazione, una responsabilità – nei confronti del provider, di modo che il soggetto che commette l'illecito sia identificabile, quantomeno se si soddisfano determinate condizioni normativamente poste attraverso il provider*".

[21] O. RAFFAELLI, *La tutela del marchio nel metaverso*, in Rivista di Diritto Industriale, fasc.4-5-6, 2022, dopo aver affermato che il *digital services act* aggiorna la disciplina della direttiva 2000/31/CE, configura gli intermediari di servizi di *marketplace* di *Non Fungible Token* quali prestatori di servizi di *hosting* obbligati "*alla tempestiva rimozione dei contenuti illegali (quali ad esempio gli NFT prodotti in pregiudizio ai diritti di proprietà industriale altrui) ovvero alla immediata disabilitazione dell'accesso ai medesimi, non appena ne vengano a conoscenza attraverso l'espletamento di indagini volontarie o le segnalazioni degli utenti lesi*".

[22] Per A. LA ROSA, M. G. MAZZILLI, *DSA: La Protezione europea del "buon samaritano" e il regime di safe harbour*, in Studio Previti.it, 11 marzo 2022, le azioni del buon samaritano "*devono essere intraprese su base volontaria, a seguito di indagini autonomamente svolte dagli intermediari di servizi online e che, dunque, non sono rese obbligatorie da ordini ricevuti dall'autorità giudiziaria e/o amministrativa, ma che potrebbero essere sollecitate da notifiche/segnalazioni dei titolari dei diritti lesi*".

ISSN 2036-7821

intermediari allo svolgimento di indagini volontarie o qualora effettuate incentivare gli stessi a rimuovere i contenuti dubbi[23].

Rimane ferma la possibilità di azioni inibitorie nei confronti dei prestatori di servizi intermediari, attraverso gli ordini di contrasto dei contenuti illegali emessi dalle autorità giudiziarie o amministrative nazionali (articoli 4, 5 e 6, ultimo paragrafo e articolo 9)[24].

Per concludere sull'argomento, si fa presente che il Regolamento da un lato sopprime i corrispondenti articoli da 12 a 15 della direttiva 2000/31/CE, dall'altro afferma che i riferimenti ai predetti articoli si intendono fatti rispettivamente agli articoli 4, 5, 6 e 8 del Regolamento (articolo 89)[25].

3. Obblighi a carico dei fornitori di piattaforme e motori di ricerca on line di dimensioni molto grandi.

[23] J. BARATA, *Positive Intent Protections: Incorporating a Good Samaritan principle in the EU Digital Services Act*, in Center for Democracy & Technology, 29 luglio 2020; A. KUCZERAWY, *The Good Samaritan that wasn't: voluntary monitoring under the (draft) Digital Services Act*, in Verfassungblog, 1 gennaio 2021, secondo cui "*voluntary monitoring could be tricky, as it could lead to awareness of facts or circumstances from which an illegal activity or information is apparent, and therefore to obtaining constructive knowledge [...] As a result, voluntary monitoring could lead to loss of the liability exemption for hosting providers*". G. VASINO, *Censura "privata" e contrasto all'hate speech nell'era delle Internet Platforms*, in Federalismi, 8 febbraio 2023, paventa "*un blocco sistematico dei contenuti sospetti*".

[24] Premesso che l'ordine deve contenere, tra le altre cose, la base giuridica a norma del diritto dell'Unione o nazionale, la motivazione circa l'illegalità dei contenuti e i meccanismi di ricorso utilizzabili, localizzando al contempo i contenuti illegali (*Uniform Resource Locator*), i prestatori di di servizi intermediari informano poi l'autorità ed il destinatario del servizio del seguito dato all'ordine (articolo 9). M. ALOVISIO, *Rimozione delle recensioni false su Google: accolto il ricorso di un ristoratore di Genova*, in Diritto & Giustizia, fasc. 206, 2022, p. 5, commenta la sentenza del Tribunale di Genova del 2 agosto 2022 in cui a seguito di un ricorso cautelare *ex* art. 700 c.p.c. di un ristorante, il giudice emetteva il 6 giugno 2022 un decreto *inaudita altera parte* con cui ordinava a Google di rendere inaccessibili le recensioni denunciate come false e di ripristinare il punteggio assegnato antecedentemente alla pubblicazione dei commenti. Dopo che Google provvedeva alla rimozione delle false recensioni, il giudice ha dichiarato cessata la materia del contendere e ha condannato Google al pagamento delle spese processuali a favore di parte ricorrente. Per quanto riguarda il profilo della conoscenza legale dell'illecito perpetrato dal destinatario del servizio, Google era stato destinatario di una segnalazione sulle recensioni false e diffamatorie e aveva omesso la cancellazione dei contenuti, nonostante secondo il giudice, usando l'ordinaria diligenza, avrebbe potuto facilmente riconoscere la falsità delle recensioni e avrebbe potuto provvedere quindi autonomamente alla loro eliminazione.

[25] In proposito, R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolazione: note ricostruttive*, in Osservatorio sulle fonti, n. 3/2021, in: http://www.osservatoriosullefonti.it, secondo cui le previsioni regolamentari "*non sostituiscono, ma innovano, in parte, la disciplina già racchiusa nella Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, riproducendo, per altri versi, le norme ivi contenute (in specie agli artt. 12-15), relative alla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari, come interpretate dalla Corte di giustizia*".

Oltre alla citata direttiva sul commercio elettronico, si rammenta che il Regolamento non pregiudica l'applicazione delle altre normative settoriali europee, con particolare riferimento ai servizi di media audiovisivi, al diritto d'autore, alla protezione dei dati personali, al c. d. regolamento (UE) 2019/1150 (*platform to business* P2B) ecc. (articolo 2). Con riferimento a quest'ultimo regolamento europeo si veda F. FOLTRAN, *Professionisti, consumatori e piattaforme online: la tutela delle parti deboli nei nuovi equilibri negoziali*, in MediaLaws.eu, 2019, n. 3, pp. 162-176.

ISSN 2036-7821

Prima di effettuare una disamina degli specifici obblighi europei, dopo aver delimitato l'ambito di applicazione del Regolamento ai prestatori di servizi intermediari è necessario inquadrare la specifica categoria dei VLOP eVLOSE.

Alla luce della definizione europea (articolo 3), con il termine piattaforma *on line* s'intende "*un servizio di memorizzazione di informazioni che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde informazioni al pubblico, tranne qualora tale attività sia una funzione minore e puramente accessoria di un altro servizio o funzionalità minore del servizio principale e, per ragioni oggettive e tecniche, non possa essere utilizzata senza tale altro servizio e a condizione che l'integrazione di tale funzione o funzionalità nell'altro servizio non sia un mezzo per eludere l'applicabilità del presente regolamento;*"[26]. Si tratta, pertanto, come rimarcato dal Considerando 13, di una sottocategoria dei prestatori di servizi di memorizzazione di informazioni, rientrando nella fattispecie sia le reti sociali (*social network*) che le piattaforme che consentono ai consumatori di concludere contratti a distanza con gli operatori commerciali.

Per motore di ricerca (*search engine*) *on line* si considera "*un servizio intermediario che consente all'utente di formulare domande al fine di effettuare ricerche, in linea di principio, su tutti i siti web, o su tutti i siti web in una lingua particolare, sulla base di un'interrogazione su qualsiasi tema sotto forma di parola chiave, richiesta vocale, frase o di altro input, e che restituisce i risultati in qualsiasi formato in cui possono essere trovate le informazioni relative al contenuto richiesto*" (articolo 3).

Fatte le dovute premesse definitorie, l'indagine rivolge lo sguardo alle VLOP e ai VLOSE che, a causa del loro significativo raggio d'azione, comportano rischi sistemici con effetti potenzialmente sproporzionati sull'Unione europea (Considerando 75 e 76); tale significativo raggio d'azione sussisterebbe quando le piattaforme e i motori di ricerca *on line* raggiungono una quota pari al 10% della popolazione dell'Unione europea (Considerando 76). Per questa ragione, il Regolamento attribuisce obblighi supplementari alle piattaforme e motori di ricerca *on line* che "*hanno un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione pari o superiore a 45 milioni*"[27] e che sono designati VLOP e VLOSE con decisione della

[26] La risoluzione del Parlamento europeo del 15 giugno 2017 sulle piattaforme *on line* e il mercato unico digitale (2016/2276(INI), sottolineava la difficoltà di una definizione unitaria "*a causa di fattori quali la grande varietà di tipi delle piattaforme online esistenti e dei loro settori di attività nonché del mondo digitale in rapido cambiamento*". Al riguardo, S.RUDOHRADSKÁ -D.TREŠČÁKOVÁ, *Proposals for the digital markets act and digital services act: broader considerations in context of online platforms*, in EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC), 5/2021, p. 495 ss., dopo aver affermato che le piattaforme possono essere classificate secondo differenti prospettive, precisa che "*according to the criterion of target persons, referring to OECD sources, prof. Bejček divides platforms into connecting peers (P2P), traders with traders (B2B), or consumer with traders (B2C). According to the functionality, we can divide platforms to the so-called search engines (GoogleSearch, TripAdvisor), electronic online markets (Amazon, Booking.com, eBay), common economic networks in a shared or interconnecting economy (Uber, Airbnb), social networks (LinkedIn, Instagram, Facebook), or app stores (Apple´s App Store, Google Play)*".

[27] Al fine di determinare se le piattaforme e i motori di ricerca *on line* soddisfino il requisito numerico per la designazione a VLOP e VLOSE (Considerando 65), i medesimi soggetti sono tenuti a pubblicare entro il 17

ISSN 2036-7821

Commissione europea (articolo 33)[28]. Ebbene, nel caso delle piattaforme *on line* per destinatari attivi si intendono "*tutti i destinatari che effettivamente ricorrono al servizio almeno una volta in un determinato periodo di tempo*" (Considerando 77). Nell'ipotesi, invece, dei motori di ricerca, i destinatari attivi sono "*coloro che visualizzano informazioni sulla loro interfaccia online*" (Considerando 78).

Delimitato il perimetro soggettivo rilevante per l'analisi, è utile sottolineare che gli obblighi a carico della categoria descritta sono supplementari rispetto agli altri; in effetti, il Regolamento precisa che "*se i servizi offerti da un prestatore sono contemplati da diverse sezioni del presente regolamento, le pertinenti disposizioni del presente regolamento dovrebbero applicarsi solo in relazione ai servizi che rientrano nel loro ambito di applicazione*" (Considerando 15).

Pertanto, premesso che i soggetti obbligati sono in un rapporto di genere a specie, le VLOP e i VLOSE applicano, oltre agli obblighi esclusivi della relativa categoria (Capo III, Sezione 5), anche gli obblighi previsti per i prestatori di servizi intermediari (Sezione 1), per i prestatori di servizi di memorizzazione (Sezione 2) e per i fornitori di piattaforme *on line* (Sezione 3) anche quando consentono ai consumatori di concludere contratti a distanza con gli operatori commerciali (Sezione 4)[29].

Infine, il Regolamento dispone alcuni obblighi a contenuto variabile a seconda della categoria di appartenenza, prevedendo la massima estensione per le VLOP e i VLOSE.

Prestatori di servizi intermediari (*Internet service providers*)

---

febbraio 2023 e di seguito almeno ogni sei mesi il numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione europea, comunicando, su richiesta, le medesime informazioni al DSC del luogo di stabilimento e alla Commissione europea (articolo 24, paragrafi 2 e 3). Al riguardo, in attuazione del Regolamento, in data 8 marzo 2024 l'AGCOM pubblicava un avviso in cui richiedeva ai prestatori di piattaforme *on line* e di motori di ricerca *on line* stabiliti in Italia di comunicare il numero medio mensile di destinatari attivi del servizio. Secondo A. F. FERRARIS, *In vigore il Digital Service Act: Innovazione, Sicurezza e Trasparenza UE*, in Altalex, 19 febbraio 2024, la "d*isposizione è finalizzata non soltanto all'identificazione delle piattaforme di ampia dimensione, ma anche al monitoraggio dell'andamento del mercato dei servizi intermedi, consentendo così alla Commissione Europea di ottenere una visione sempre aggiornata dello stesso*".

[28] In relazione alla designazione di cui all'articolo 33, paragrafo 4, del Regolamento, la Commissione europea ha effettuato 24 designazioni esprimendosi in data 25 aprile 2023, 20 dicembre 2023, 26 aprile 2024 e 31 maggio 2024. Secondo il dettato regolamentare (articolo 33, paragrafo 6), la Commissione europea pubblica (ed aggiorna) l'elenco delle VLOP e dei VLOSE nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea. Considerato che era prevista un'applicazione anticipata alle VLOP e ai VLOSE designate dalla Commissione europea a decorrere da quattro mesi dalla relativa notifica qualora anteriore al 17 febbraio 2024, il Regolamento è stato applicabile dal 25 agosto 2023 alle piattaforme designate in data 25 aprile 2023.

[29] A. L. RUM, *Le nuove frontiere della normativa sui servizi digitali nel mercato unico europeo: si rafforza la protezione dei diritti fondamentali degli utenti online con la garanzia pubblicistica delle Authorities. Il Digital Services Act.*, in Il diritto amministrativo, marzo 2024, afferma che viene messo a punto un articolato sistema di obblighi differenziati e asimmetrici a seconda della categoria di servizi di intermediazione e anche in funzione della dimensione dell'operatore digitale.

ISSN 2036-7821

Ciò premesso, tutti i prestatori di servizi intermediari dovranno designare punti di contatto unici raggiungibili per via elettronica sia per la Commissione, il Comitato europeo per i servizi digitali (*infra* Comitato)[30] e gli Stati membri che per i destinatari del servizio, garantendo che le relative informazioni siano facilmente accessibili ed aggiornate (articolo 11 e 12)[31] .
Al contempo, i prestatori di servizi intermediari stabiliti in Paesi terzi possono (per il Considerando 44 "*dovrebbero*") nominare un rappresentante legale in uno degli Stati membri in cui offrono servizi (articolo 13); al riguardo, è opportuno precisare che la nomina è un atto dovuto, come emerge dalla versione inglese del Regolamento la quale afferma che i fornitori di servizi intermediari "*shall designate*" un rappresentante legale, paventando al riguardo un obbligo piuttosto che una facoltà. La predetta scelta è notificata al coordinatore dei servizi digitali (*infra* DSC) dello Stato membro in cui il rappresentante legale risiede o è stabilito; il DSC è il punto di contatto unico per tutte le questioni relative all'applicazione del Regolamento per la Commissione, il Comitato, i coordinatori dei servizi digitali degli altri Stati membri nonché per le altre autorità competenti dello Stato membro (Considerando 110)[32].
La designazione del rappresentante legale "*dovrebbe consentire una vigilanza efficace e, se necessario, l'esecuzione*" del Regolamento in relazione ai prestatori che ottemperano al relativo obbligo (Considerando 44). In effetti, nelle predette ipotesi il Regolamento delinea poteri condivisi tra Commissione e Stati membri in cui il rappresentante legale risiede o è stabilito (articolo 56, paragrafo 6)[33].

Prestatori di servizi di memorizzazione (*Hosting providers*)
Oltre a notificare i sospetti di reati che minacciano la vita o la sicurezza di una persona alle autorità dello Stato membro interessato (articolo 18), i prestatori di servizi di memorizzazione di informazioni (incluse le piattaforme *on line*) predispongono meccanismi di segnalazione e azione (*notice and action* o *notice and take down*) esclusivamente per via elettronica che consentono a persone o enti (o

[30] Il Comitato, presieduto dalla Commissione europea, è composto dai coordinatori dei servizi digitali e fornisce consulenza alla Commissione europea e ai coordinatori dei servizi digitali al fine di un'applicazione coerente del Regolamento (articolo 61 ss.).
[31] In attuazione dell'articolo 11 del Regolamento, in data 8 marzo 2024 la Direzione servizi digitali dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (*infra* AGCOM) pubblicava un avviso per la comunicazione del punto di contatto unico designato dai prestatori di servizi intermediari per i rapporti con la Commissione, il Comitato e gli Stati membri.
[32] In conformità all'articolo 49 del Regolamento, l'articolo 15 del decreto legge 15 settembre 2023, n. 123, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 novembre 2023, n. 159, designava quale DSC per l'Italia l'AGCOM; di seguito, in data 8 marzo 2024, la Direzione servizi digitali dell'AGCOM pubblicava un avviso per la comunicazione del rappresentante legale da parte dei prestatori di servizi intermediari stabiliti in un Paese terzo, attuando in tal modo l'articolo 13 del Regolamento.
[33] Ad ogni modo, anche in assenza della nomina del rappresentante legale, il Regolamento prevede una competenza concorrente della Commissione europea e di tutti gli Stati membri (articolo 56, paragrafo 7).

ISSN 2036-7821

segnalatori attendibili[34]) la notifica di contenuti illegali (articolo 16)[35]. Un'interpretazione letterale induce a considerare inutilizzabili i meccanismi di segnalazione per le informazioni incompatibili con le condizioni generali, individuate, invece, dai prestatori di servizi intermediari tramite un'attività di moderazione dei contenuti svolta anche volontariamente[36].

Le segnalazioni sono sufficientemente precise e adeguatamente motivate, da un lato spiegando i motivi per cui le informazioni costituiscono contenuti illegali, dall'altro indicando l'esatta ubicazione elettronica delle informazioni stesse (indirizzi *Uniform Resource Locator*). In tali casi "*qualora consentano a un prestatore diligente di servizi di memorizzazione di informazioni di individuare l'illegalità della pertinente attività o informazione senza un esame giuridico dettagliato*", il prestatore di servizi di memorizzazione acquisisce quella conoscenza o consapevolezza circa i contenuti illegali, a seguito della quale si ritiene responsabile delle informazioni memorizzate se non agisce immediatamente per la rimozione dei contenuti o la disabilitazione dell'accesso[37].

Il prestatore del servizio è altresì tenuto a notificare la relativa decisione ai segnalanti, e nel caso di restrizioni, ai destinatari interessati[38], garantendo la possibilità di ricorso in merito alla decisione motivata (articoli 16 e 17)[39].

---

[34] I fornitori di piattaforme *on line* trattano prioritariamente e senza indebito ritardo le segnalazioni provenienti dai *trusted flagger* (articolo 22). Considerato che la qualifica di segnalatore attendibile è riconosciuta ad un ente dal corrispondente DSC che può revocarla previo contraddittorio, AGCOM, con delibera n. 40/24/CONS del 14 febbraio 2024, ha avviato una consultazione pubblica sullo schema di regolamento di procedura per il riconoscimento della qualifica di segnalatore attendibile ai sensi dell'articolo 22 del Regolamento; i DSC degli Stati membri comunicano i segnalatori attendibili alla Commissione europea che procede alla pubblicazione (e all'aggiornamento) delle informazioni in una banca dati accessibile al pubblico.

[35] Per quanto riguarda la funzione degli utenti quali "platform prosecutors"si veda Q. WEINZIERL, *Institutionalizing Parallel Governance: The Digital Services Act, Platform Laws, Prosecutors, and Courts*, in Verfassungsblog, 18 dicembre 2020.

[36] In base alle definizioni del Regolamento (articolo 3), le condizioni generali sono "*tutte le clausole, comunque denominate e indipendentemente dalla loro forma, che disciplinano il rapporto contrattuale tra il prestatore dei servizi intermediari e il destinatario del servizio*", includendo le informazioni riguardanti la moderazione dei contenuti (articolo 14). I *terms and conditions* sono pubblicati nei casi di VLOP e VLOSE in tutte le lingue degli Stati membri in cui offrono i servizi affiancati da una sintesi dei principali elementi (articolo 14).

[37] S. RUGGIERO, *NFT e proprietà intellettuale: problemi e prospettive*, in Medialaws.eu, 21 febbraio 2023, precisa che ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 4, le esenzioni di responsabilità lasciano impregiudicati "*i provvedimenti inibitori emanati da autorità giurisdizionali o amministrative volte a porre fine alle violazioni contestate, anche mediante rimozione dei contenuti illegali o disabilitazione dell'accesso a tali contenuti*".

[38] In caso di decisioni che impongono restrizioni, il contenuto minimo della motivazione riferisce, tra le altre cose, sulla base giuridica o sulla clausola contrattuale rispettivamente fondamento di un contenuto illegale o dell'incompatibilità delle informazioni con le condizioni generali. In proposito, si veda E. CREMONA, *Le piattaforme digitali come public utilities: perchè non applicare alcuni principi di servizio pubblico*, in Giurisprudenza Costituzionale, fasc. 1, 1° febbraio 2023, pag. 467, secondo cui al soggetto, ancorché privato, in posizione di potere è attribuito "*l'onere di spiegare decisioni complesse, quasi sempre automatizzate e spesso impattanti su diritti e libertà fondamentali*". E. SPILLER, *Il diritto di comprendere, il dovere di spiegare. Explainability e intelligenza artificiale costituzionalmente orientata*, in BioLaw Journal, fasc. 2/2021, 419 ss..

ISSN 2036-7821

Ebbene, le predette decisioni sono collegate all'attività di moderazione dei contenuti che è svolta in modo automatizzato o meno "*dai prestatori di servizi intermediari con il fine, in particolare, di individuare, identificare e contrastare contenuti illegali e informazioni incompatibili con le condizioni generali, forniti dai destinatari del servizio, comprese le misure adottate*" (articolo 3)[40]; a quest'ultimo proposito, si distinguono le restrizioni alla visibilità di informazioni specifiche fornite dal destinatario del servizio (la rimozione di contenuti, la disabilitazione dell'accesso ai contenuti o la retrocessione dei contenuti), la sospensione, la cessazione o altra limitazione dei pagamenti in denaro, la sospensione o la cessazione totale o parziale della prestazione del servizio ed infine le misure che incidono sulla capacità dei destinatari del servizio di fornire tali informazioni (la sospensione o la chiusura dell'*account* del destinatario del servizio) (articolo 17).

Nel rispetto dei diritti fondamentali della Carta, a seguito della ricezione di una segnalazione l'azione del prestatore di servizi di memorizzazione "*dovrebbe essere rigorosamente mirata, nel senso che dovrebbe servire a rimuovere o disabilitare l'accesso alle informazioni specifiche considerate come contenuti illegali*" (Considerando 51), contemperando la propria libertà di impresa sia con la libertà di espressione e di informazione dei destinatari del servizio che con i diritti (dignità umana e principio di non discriminazione, tutela dei minori, tutela della proprietà intellettuale ecc.) delle parti interessate dai contenuti illegali[41]. Il predetto obiettivo regolamentare

---

[39] Il Regolamento si riferisce, in particolare, ai meccanismi interni di gestione dei reclami, alla risoluzione extragiudiziale delle controversie e al ricorso per via giudiziaria; si ritiene, tuttavia, attivabile anche il diritto di reclamo al DSC competente. Per O. POLLICINO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione: l'ora zero*, in Lavoce.info, 19 gennaio 2021, "*se il costituzionalismo analogico è quello dei diritti sostanziali, quello digitale si fonda invece sulla dimensione procedurale*". Secondo F. MARCHETTI, *Esiste una "azione inibitoria europea"? La tutela dei diritti in rete tra vecchi problemi e nuove declinazioni rimediali all'alba del Digital Services Act,* in Il Processo, fasc.1, 1° aprile 2023, l'emanazione del Regolamento "*lungi dal costituire frutto e approdo della ricerca di un nuovo equilibrio, appare, per parte qua, piuttosto dettato da esigenze di chiarezza; fare ratio scripta dell'aquis giurisprudenziale, insomma, con piena conferma dell'impalcatura rimediale che regge la tutela dei diritti in Rete. Il quid novi albergherebbe più propriamente nel rafforzamento dei meccanismi dialogico-partecipativi, preludio di una procedimentalizzazione dell'intervento dei grandi players di Internet — nel che taluni scorgono una fase di legificazione del "data due process" —, e, più in generale, nella moltiplicazione delle possibilità di risolvere la lite prima che giunga "alle soglie del Tempio di Temi", anche con l'intervento di una autorità indipendente neo-istituita*".

[40] Le condizioni generali includono anche le regole di moderazione dei contenuti, compreso il processo decisionale algoritmico e la verifica umana (articolo 14). Circa la trasparenza agli utenti dei sistemi di *content moderation*, G. DE GREGORIO, *Democratising online content moderation: A constitutional framework*, in Computer law & security review, vol. 36, 2020, p. 1 - 17. Quanto alla censura privata in generale si veda M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in Rivista italiana di informatica e diritto, 1/2019. Si veda altresì, The European Law Students' Association (ELSA), *Comparative Report on Internet Censorship: International Focus Programme on Law and Technology: Final Report of the International Legal Research Group on Internet Censorship*, 2020.

[41] In materia di bilanciamento della libertà di espressione con altri diritti, E. A. BERTONI, *The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: a dialogue on freedom of expression standards*, in European Human Rights Law Review, 2009; J. F. FLAUSS, *The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression*, in Indiana Law Review, 2009; J. M. BALKIN, *The Future of Free Expression in a Digital Age*, in

ISSN 2036-7821

corrispondente all'effettiva tutela dei diritti fondamentali della Carta (articolo 1, paragrafo 1) emerge anche dall'applicazione proporzionata richiesta ai prestatori di servizi intermediari sulle restrizioni imposte in base alle condizioni generali, considerando anche nell'attività di moderazione dei contenuti svolta volontariamente i diritti di tutte le parti coinvolte (articolo 14, paragrafo 4).
In proposito, appare *prima facie* un grande passo in avanti la considerazione espressa della Carta nell'attività di moderazione dei contenuti, ancorando il *far west* digitale ai valori riconosciuti dall'articolo 6 del TUE che, oltre al riconoscimento da parte dell'Unione europea della Carta, afferma che i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (*infra* CEDU) e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri "*fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*". In questo senso, la Carta da un lato dispone che le relative disposizioni non sono interpretabili quale limite ai diritti umani riconosciuti dal diritto costituzionale degli Stati membri, dal diritto europeo e internazionale (articolo 53), dall'altra in caso di diritti della Carta corrispondenti a quelli della CEDU "*il significato e la portata*" sono identici a quelli conferiti da quest'ultima (articolo 52)[42].

I fornitori di piattaforme on line

I fornitori di piattaforme *on line* garantiscono altresì un sistema interno di gestione per via elettronica di reclami gratuiti ed entro sei mesi contro tutte le decisioni adottate nei confronti dei destinatari del servizio (incluse le persone o gli enti segnalanti), garantendo, a seguito di decisione motivata, la possibilità di ricorso (articolo 20).
A quest'ultimo proposito, fermo restando il diritto di contestare di fronte ad un organo giurisdizionale le decisioni dei fornitori di piattaforme *on line* anche successive a segnalazioni e reclami, i destinatari del servizio (incluse le persone o gli

---

Pepperdine Law Review, 2009, vol. 36, no. 2, p. 427-444; I. RORIVE, *What Can Be Done against Cyber Hate - Freedom of Speech versus Hate Speech in the Council of Europe*, in Cardozo Journal of International and Comparative Law. 2009, vol. 17, no. 3, p. 417-426; D. VOORHOOF, H. CANNIE, *Freedom of Expression and Information in a Democratic Society*, in The International Communication Gazette, 2010, vol. 72(4–5), p. 407-423; G. LANE, *Human Rights and the Internet in Europe*, in Human Rights and the Internet,, 2014. p. 116-129; A. OOZER, *Internet and Social Networks: Freedom of Expression in the Digital Age*, in Commonwealth Law Bulletin. 2014, vol. 40, no. 2, p. 341-362; B. WAGNER, *Global Free Expression – Governing the Boundaries of Internet Content*, 2016.; D. KEATS CITRON, N. M. RICHARDS, *Four Principles for Digital Expression*, in Washington University Law Review. 2018, vol. 95, no. 6, p. 1353-1388; R. RACOLTA, A. VERTES-OLTEANU, *Freedom of Expression. Some Considerations for the Digital Age*, in Jus et Civitas: A Journal of Social and Legal Studies. 2019, vol. 6, no. 1, p. 7-16; W. BENEDEK, M. C. KETTEMAN, *Freedom of Expression and the Internet. Strasbourg: Council of Europe*, 2020; R. L. WEAVER, *Free Speech in an Internet Era*, University of Louisville Law Review, 2020, vol. 58, no. 2, p. 325-348.

[42] Si veda il sito della European Union Agency for fundamental rights (https://fra.europa.eu/it) in cui per ogni singolo diritto della Carta è possibile verificare, tra le altre cose, il diritto costituzionale, europeo ed internazionale e la giurisprudenza correlata, con indicazione specifica dei paragrafi delle sentenze che si riferiscono alla Carta.

ISSN 2036-7821

enti segnalanti) hanno comunque la possibilità di rivolgersi gratuitamente (o per un importo simbolico) ad un organismo certificato per una risoluzione extragiudiziale delle controversie (articolo 21)[43].

Il Regolamento attribuisce comunque ai fornitori di piattaforme *on line* la possibilità di emanare, previo avviso preventivo, misure di protezione temporanea contro gli abusi, sospendendo la prestazione dei servizi ai destinatari che forniscono frequentemente "*contenuti manifestamente illegali*"(articolo 23)[44]; anche nella fattispecie, le decisioni "*dovrebbero poter essere sempre oggetto di ricorso*" (Considerando 64).

Inoltre, i fornitori di piattaforme *on line* progettano le interfacce *on line* in modo trasparente, evitando di pregiudicare i destinatari dei servizi nelle loro decisioni (articolo 25)[45].

Infine, i fornitori di piattaforme *on line* adottano misure adeguate e proporzionate per la protezione dei minori attraverso una mirata progettazione delle interfacce *on line*, l'adozione di specifiche norme o l'adesione a codici di condotta (articolo 28 e Considerando 71); a quest'ultimo proposito, la Commissione incoraggia l'elaborazione di codici di condotta a livello dell'Unione europea per la corretta applicazione del Regolamento (articolo 45) ed in particolare per la pubblicità *on line* e l'accessibilità (articoli 46 e 47). Al riguardo, fermo restando il carattere volontario dei codici e la libertà di adesione (Considerando 103)[46], la Commissione e il Comitato

[43] Considerato che il DSC del luogo di stabilimento è competente a certificare l'organismo (e a revocare tale certificazione previo contraddittorio), AGCOM, con delibera n. 39/24/CONS del 14 febbraio 2024, ha avviato una consultazione pubblica concernente il regolamento sulla procedura di certificazione degli organismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra fornitori di piattaforme *on line* e destinatari del servizio ai sensi dell'articolo 21 del Regolamento. I DSC degli Stati membri comunicano gli organismi certificati alla Commissione europea che pubblica (ed aggiorna) il relativo elenco su un sito web dedicato facilmente accessibile. Ad ogni modo, in base al Regolamento (articolo 21, paragrafo 2), il predetto organismo "*non ha il potere di imporre una risoluzione della controversia vincolante per le parti*". Al riguardo, A.M. FELICETTI, *La risoluzione extragiudiziale delle dispute nei mercati digitali: alcune novità dall'Europa*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2023, fasc. 1, secondo cui "*La procedura intrapresa, che seguirà in alternativa il modello di uno strumento autonomo o eteronomo di composizione della lite, non potrà comunque giungere — diversamente da quanto inizialmente proposto dalla commissione — ad una decisione che vincola le parti*". Si veda altresì D. HOLZNAGEL, *The Digital Services Act wants You to "sue" Facebook over Content Decisions in Private De Facto Courts*, in Verfassungsblog, 24 giugno 2021.

[44] Allo stesso modo, i fornitori di piattaforme *on line* sospendono temporaneamente il trattamento di segnalazione e reclami, quando sono presentati frequentemente "*segnalazioni o reclami manifestamente infondati*".

[45] In questo senso V. FALCE, *Piattaforme ed ecosistemi digitali. Scelte pro-concorrenziali*, in Rivista di Diritto Industriale, fasc. 4-5-6, 1° agosto 2022, pag. 172, si riferisce al "*divieto di utilizzare i cosiddetti percorsi oscuri ("dark pattern") sull'interfaccia delle piattaforme online*"; al riguardo, i percorsi oscuri sono "*pratiche che distorcono o compromettono in misura rilevante, intenzionalmente o di fatto, la capacità dei destinatari del servizio di compiere scelte o decisioni autonome e informate*" (Considerando 67).

[46] G. CALIMA', *Il Codice di Condotta dell'Unione Europea contro l'incitamento all'odio online*, in Ius in itinere, 21 settembre 2020, ritiene che "*il Codice non ha un valore obbligatorio né vincolante, il che significa che l'adesione è del tutta volontaria, così come volontaria è l'applicazione degli impegni in esso cristallizzati. Ciò comporta, tra le tante cose, l'impossibilità di impugnare eventuali violazioni tanto dinanzi ai giudici nazionali quanto dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione Europea*".

ISSN 2036-7821

esercitano poteri di monitoraggio e valutazione, invitando i firmatari, in caso di inottemperanza sistematica, ad emanare le misure necessarie (articolo 45, paragrafo 4)[47].

I fornitori di piattaforme on line che consentono ai consumatori di concludere contratti a distanza con gli operatori commerciali

Al fine di concorrere ad un ambiente *on line* sicuro, affidabile e trasparente (Considerando 72), i fornitori provvedono sia alla tracciabilità degli operatori commerciali (dati di contatto, numero di iscrizione nel registro delle imprese ecc.) che alla progettazione dell'interfaccia *on line* idonea a fornire determinate informazioni (ad esempio identificative di prodotti e servizi) propedeutiche all'utilizzo della piattaforma *on line* (articoli 29 e 30).

Sebbene siano richiesti "*sforzi ragionevoli*" ai fornitori di verificare l'offerta di prodotti e servizi illegali, non sussiste alcun obbligo di sorveglianza generale a carico degli stessi (Considerando 74), imputando il Regolamento la responsabilità agli operatori commerciali. Ciò non toglie che qualora il fornitore venga a conoscenza di prodotti o servizi illegali, il Regolamento impone l'obbligo di informare i consumatori (per gli acquisti fino a sei mesi prima) circa l'illegalità, l'identità del produttore e i mezzi di ricorso (articolo 32)[48].

VLOP e VLOSE

Le VLOP e i VLOSE effettuano, almeno una volta l'anno, una valutazione dei "*rischi sistemici*" derivanti dal funzionamento del servizio, tenendo conto, in particolare, delle condizioni generali, dei sistemi di raccomandazione e di altri sistemi algoritmici[49], dei sistemi di moderazione dei contenuti e delle pratiche relative ai dati

[47] M.BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in Rivista "Gruppo di Pisa", fasc. 2/2021, pp.180-181, non valuta positivamente l'articolo 45 sui codici di condotta che "*legittima sul piano positivo l'assunzione da parte delle big tech di inediti compiti para-normativi*".

[48] In mancanza dei recapiti di tutti i consumatori interessati, il fornitore della piattaforma *on line* pubblica le informazioni previste sull'interfaccia *on line*.

[49] In materia di algoritmi tra gli altri si veda M. HILDEBRANDT, *The Dawn of a Critical Transparency Right for the Profiling Era*, in J. Bus (ed.), Digital Enlightenment Yearbook, 2012, 41 ss.; D. K. CITRON, F. PASQUALE, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in Wash. L. Rev., 89, 2014, 1 ss.; K. CRAWFORD, J. SCHULTZ, *Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms*, in B.C. L. Rev., 55, 2014, 93 ss.; N.M. RICHARDS, J.H. KING, *Big Data Ethics*, in Wake Forest L. Rev., 49, 2014, 393 ss.; M. ANANNY, K. CRAWFORD, *Seeing without Knowing: Limitations of the Transparency Ideal and its Application to Algorithmic Accountability*, in New Media & Soc., 1, 2016; D. R. DESAI, J. A. KROLL, *Trust But Verify: A Guide to Algorithms and the Law*, in Harv. J.L. & Tech., 31, 2017, 1 ss.; J. A. KROLL, J. HUEY, S. BAROCAS, E. W. FELTEN, J. R. REIDENBERG, D. G. ROBINSON, H. YU, *Accountable Algorithms*, in U. Pa. L. Rev, 165, 2017, 633 ss.; P. KIM, *Auditing Algorithms for Discrimination*, in U. Pa. L. Rev. Online, 166, 2017, 189 ss.; W. NICHOLSON PRICE II, *Regulating Black Box Medicine*, in Mich. L. Rev., 116, 2017, 421 ss.; M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità, accountability. Verso nuovi paradigmi?*, in F. PIZZETTI (ed.), Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione, Torino, 2018, 141 ss.; A.I. NICOTRA, V.

ISSN 2036-7821

(articolo 34), ma anche di altre variabili come i sistemi pubblicitari (Considerando 84)[50].

Quanto ai rischi sistemici si identificano quattro ipotesi.

La prima ipotesi è costituita dalla diffusione dei contenuti illegali tramite i servizi erogati, riferendosi a materiale pedopornografico, incitamento all'odio e vendita di prodotti o servizi vietati (Considerando 80).

La seconda ipotesi riguarda gli effetti negativi sull'esercizio dei diritti fondamentali della Carta, richiamando nello specifico la dignità umana (articolo 1 della Carta), il rispetto della vita privata e familiare (articolo 7 della Carta), la tutela dei dati personali (articolo 8 della Carta), la libertà di espressione e informazione (articolo 11 della Carta), la non discriminazione (articolo 21 della Carta), i diritti del minore (articolo 24 della Carta) e l'elevata tutela dei consumatori (articolo 38 della Carta).

La terza ipotesi si riferisce agli effetti negativi sul dibattito civico e sui processi democratici ed elettorali, nonché sulla sicurezza pubblica[51].

Infine, l'ultima ipotesi considera gli effetti negativi sulla violenza di genere, la protezione della salute pubblica e dei minori ed il benessere fisico e mentale della persona, rischi derivanti anche da campagne di disinformazione coordinate (Considerando 83).

Di seguito, le VLOP e i VLOSE dispongono misure di attenuazione ragionevoli, proporzionate ed efficaci, dei rischi sistemici, adeguando, eventualmente, i medesimi fattori che influenzano i rischi sistemici (condizioni generali, moderazione dei

---

VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in Rivista AIC, 4, 2019; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019; G. PESCE, *Il Consiglio di Stato ed il vizio della opacità dell'algoritmo tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in Giustizia-amministrativa.it, 2020; L. VIOLA, *Attività amministrativa e intelligenza artificiale*, in Ciberspazio e Diritto, 1-2, 2019, 65 ss.; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in BioLaw Journal, 1, 2019, 63 ss.; G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in Pol. Dir. 2, 2019; F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in Rivista AIC, 1, 2020; R. BIN, *L'algoritmo e l'autonomia privata*, in BioLaw Journal, fasc. 4/2021, 466.

[50] C.A. DE MICHELIS, *Il Digital Services Act: i nuovi obblighi volti a migliorare la lotta alla contraffazione ed i temi aperti*, in Dir. ind., 2022, afferma che "*se il principio guida è che ciò che è illegale off-line è illegale anche online, allora non si vede per quale ragione siano solo le piattaforme, e solo quelle molto grandi, a dover far fronte ad obblighi di analisi e prevenzione del rischio sistemico collegato al loro business model, di implementazione di misure di mitigazione, e ad essere sottoposte ad un penetrante controllo esterno circa l'ottemperanza e l'implementazione dei suddetti obblighi e misure*".

[51] Si confronti E. PARISER, *Il filtro. Quello che Internet ci nasconde*, Milano, 2012; C. CEPERNICH, *Le campagne elettorali al tempo della networked politics*, 2017; G. GORI, *Social media ed elezioni. I limiti del diritto e il rischio di una modulated democracy*, in Informatica e diritto, n. 1-2, 2017, 203 ss.; B. RABAI, *I Big Data nell'ecosistema digitale: tra libertà economiche e tutela dei diritti fondamentali*, in Amministrare, n. 3, 2017, 407; G. GIACOMINI, *Verso la neointermediazione. Il potere delle grandi piattaforme digitali e la sfera pubblica*, in Iride, n. 3, 2018, 457-468; E. ASSANTE, *Cosa ci può insegnare il caso Cambridge Analityca*, in Federalismi.it, 25 aprile 2018; E. LONGO, *Dai big data alle "bolle filtro": nuovi rischi per i sistemi democratici*, in Percorsi costituzionali, n. 1, 29-44, 2019; M. BIANCA, *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, in MediaLaws.eu, n. 2, 2019, 39 ss.; O. GRANDINETTI, *La par condicio al tempo dei social, tra problemi "vecchi" e "nuovi" ma, per ora, tutti attuali*, in MediaLaws.eu, n. 3, 2019, 92; P. NORRIS, R. INGLEHART, *Cultural Backlash, Trump, Brexit and Authoritarian Populism*, Cambridge, 2019. A. VENANZONI, *Cyber-costituzionalismo: la società digitale tra silicolonizzazione, capitalismo delle piattaforme e reazioni costituzionali*, in Rivista italiana di Informatica e Diritto, n. 1, 2020, 5 ss..

ISSN 2036-7821

contenuti, sistemi di raccomandazione e di pubblicità)[52]; ad ogni modo, in caso di rischi concreti, previa consultazione pubblica la Commissione può elaborare, in cooperazione con i DSC, orientamenti sull'attenuazione dei predetti rischi (articolo 35, paragrafo 3)[53].

Nel caso di circostanze eccezionali che configurano una minaccia grave alla sicurezza pubblica o alla salute pubblica nell'Unione europea (o in una parte significativa) derivanti da atti di terrorismo, conflitti armati, catastrofi naturali e pandemie, il Regolamento prevede un apposito meccanismo di risposta alla crisi mediante decisione della Commissione europea, su raccomandazione del Comitato, che impone, per un periodo non superiore a tre mesi, una valutazione e/o l'adozione di misure specifiche scelte da VLOP e VLOSE e/o una relazione (articolo 36 e Considerando 91)[54]. Successivamente, la Commissione europea svolge un'attività di monitoraggio circa l'applicazione delle misure specifiche, riferendo sia al Comitato che al Parlamento europeo e al Consiglio[55].

Ai fini della valutazione, tra l'altro, della conformità agli obblighi regolamentari fino ad ora esaminati (Capo III), le VLOP e i VLOSE si sottopongono a revisioni indipendenti che confluiscono nella "*relazione di revisione*" motivata contenente, tra le altre cose, un giudizio di revisione (articolo 37)[56]. A questo proposito, il giudizio può

[52] Il Regolamento elenca, a titolo non esaustivo, le misure di attenuazione dei rischi (articolo 35), precisando che il Comitato, in cooperazione con la Commissione europea, pubblica relazioni annuali che elencano i rischi sistemici e le *best practices* relative alle misure di attenuazione.

Ad ogni modo, le VLOP e i VLOSE dovrebbero coinvolgere una serie di *stakeholders* (rappresentanti dei destinatari del servizio ecc.) ai fini della valutazione dei rischi sistemici e dell'adozione delle corrispondenti misure di attenuazione (Considerando 90).

Relativamente ai codici di condotta adottabili nell'ambito delle misure di attenuazione dei rischi in cooperazione con altri fornitori (articolo 35), L. AMMANATI, *Regolatori e supervisori nell'era digitale: ripensare la regolazione*, in Giurisprudenza costituzionale, fasc. 3, 1° giugno 2023, riporta che "*Oltre il regolamento 'Platform to business' una interessante evoluzione del modello è nel Digital Services Act che riserva una maggiore attenzione alla costruzione di codici di condotta attraverso una strategia di "cooperazione" (co-regolazione) finalizzata a definire misure, impegni e successiva misurazione dei risultati*"; in particolare, l'autrice rileva che in caso di rischi sistemici "*significativi*" (articolo 45, paragrafo 2), la Commissione europea "*può allargare la partecipazione alla co-definizione dei codici a piattaforme o motori di ricerca molto grandi, a fornitori di piattaforme online, a prestatori di servizi intermediari nonché ad autorità competenti, ad organizzazioni della società civile e ad altre parti interessate*".

[53] Si veda la comunicazione della Commissione europea recante gli orientamenti per le VLOP e i VLOSE sull'attenuazione dei rischi sistemici per i processi elettorali, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea 26 aprile 2024, Serie C.

[54] In base all'evoluzione della crisi, la Commissione può, a seconda dei casi, prorogare il periodo di ulteriori tre mesi o revocare la decisione. Inoltre, sebbene le misure specifiche siano scelte dalle VLOP e dai VLOSE, qualora si ritenga che le misure adottate non siano proporzionate o efficaci, la Commissione europea, previa consultazione del Comitato, adotta una decisione che richiede il riesame delle stesse.

[55] A titolo di completezza, si precisa che il Regolamento prevede che il Comitato possa raccomandare alla Commissione europea l'avvio dell'elaborazione di protocolli di crisi volontari per fronteggiare situazioni di crisi riferite a circostanze straordinarie relative alla sicurezza pubblica o salute pubblica (articolo 48).

[56] Si veda in proposito il regolamento delegato della Commissione europea 20 ottobre 2023, n. 2024/436/UE, che integra il regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio, stabilendo norme relative all'esecuzione delle revisioni per le VLOP e i VLOSE. V. C. CAUFFMAN, C. GOANTA, *A New Order:The Digital*

ISSN 2036-7821

essere positivo, positivo con osservazioni e negativo, prevedendo, in quest'ultimo caso, raccomandazioni operative sulle misure specifiche da adottare; nella predetta fattispecie, le VLOP e i VLOSE predispongono una "*relazione di attuazione*" che dia conto delle misure specifiche adottate o delle eventuali misure alternative[57].

Inoltre, le VLOP e i VLOSE permettono, entro un determinato termine, alla Commissione europea e al DSC competente, l'accesso ai dati necessari a verificare il rispetto degli obblighi regolamentari (articolo 40)[58]; i dati sono utilizzati dall'ente richiedente al solo fine di valutare la conformità al Regolamento, rispettando comunque le informazioni riservate ed in particolare i segreti commerciali delle VLOP e dei VLOSE.

Al contempo, le VLOP e i VLOSE istituiscono un'apposita funzione di controllo della conformità al Regolamento che, oltre a fornire consulenza sugli obblighi regolamentari, collabora con la Commissione e il DSC competente (articolo 41); il capo della funzione (*compliance officer*), i cui riferimenti sono comunicati alla Commissione europea e al DSC competente, riporta direttamente all'organo di gestione del fornitore che, a sua volta, garantisce risorse sufficienti.

Infine, sulla base dei costi stimati tenendo conto dei costi sostenuti nell'anno precedente, il Regolamento dispone a carico delle VLOP e dei VLOSE un contributo annuale per le attività di vigilanza espletate dalla Commissione europea non superiore allo 0,05% del reddito netto annuo mondiale, proporzionato al numero medio mensile di destinatari attivi nell'Unione europea per ciascun fornitore (articolo 43)[59].

Gli obblighi supplementari attribuiti alle VLOP e ai VLOSE secondo un criterio di proporzionalità, si giustificano in base all'ampio raggio d'azione su una quota significativa della popolazione dell'Unione europea caratterizzante i soggetti obbligati; conseguentemente, i potenziali effetti significativi sull'Unione europea sono controbilanciati dall'attribuzione di specifici obblighi che, oltre a richiedere una valutazione *ex ante*, conferiscono a soggetti interni (*compliance officer*) ed esterni indipendenti l'*audit* sugli obblighi in materia di dovere di diligenza. A quest'ultimo proposito, è fondamentale che il Regolamento abbia inserito la relazione di revisione

---

Services Act and Consumer Protection, in European Journal of Risk Regulation, vol. 12, issue 4, 2021, p. 758 ss., ritiene che "*A reliable framework for "auditing the auditors" is therefore required. [...] However, a specific supervisory framework for the auditors involved seems to be lacking*".

[57] Ad ogni modo, le relazioni dovrebbero essere trasmesse al DSC competente, alla Commissione europea e al Comitato (Considerando 93).

[58] Il DSC competente può altresì chiedere alle VLOP e ai VLOSE l'accesso ai dati ai ricercatori abilitati per ricerche relative all'individuazione dei rischi sistemici e alla valutazione dell'adeguatezza delle misure di attenuazione.

[59] Al riguardo, in conformità con l'articolo 43, paragrafo 4, è stato emanato il Regolamento delegato (UE) 2023/1127 della Commissione europea del 2 marzo 2023 che integra il *digital service act* con le metodologie e le procedure dettagliate relative ai contributi per le attività di vigilanza addebitati ai VLOP e ai VLOSE.

ISSN 2036-7821

(e l'eventuale relazione di attuazione) all'interno degli obblighi di trasparenza, garantendo ai titolari della *governance* di conoscere lo stato dell'arte prima ancora dell'eventuale utilizzo dei poteri di accesso ai dati, ispezione e monitoraggio.

Obblighi a contenuto variabile

Esistono altresì obblighi trasversali ai differenti soggetti il cui contenuto si espande nel passaggio da una categoria all'altra.

In primo luogo, al fine di garantire un adeguato livello di trasparenza, il Regolamento prevede a carico dei prestatori di servizi intermediari l'obbligo di pubblicare relazioni annuali sulle attività di moderazione dei contenuti, precisando, al contempo, se avviate di propria iniziativa o a seguito di segnalazione o reclami o ordini emessi dalle autorità nazionali o con utilizzo di strumenti automatizzati (articolo 15)[60]; il contenuto delle "*relazioni di trasparenza*" si espande, per i fornitori di piattaforme *on line* (articolo 24), con le controversie sottoposte agli organismi di *alternative dispute resolution* e le misure di protezione contro gli abusi e per le VLOP e i VLOSE (articolo 42), con l'indicazione delle risorse umane utilizzate e delle qualifiche, competenze linguistiche e formazione del personale addetto alla moderazione dei contenuti[61].

Si precisa che nell'ambito degli obblighi in materia di trasparenza, le VLOP e i VLOSE trasmettono al DSC competente ed alla Commissione europea la valutazione del rischio, le conseguenti misure di attenuazione, la relazione di revisione e di attuazione, mettendo a disposizione del pubblico l'intero materiale (articolo 42, paragrafo 3).

A proposito di pubblicità presentata dai fornitori di piattaforme *on line* attraverso le interfacce *on line*, oltre alle informazioni sui parametri (e modalità di modifica) utilizzati per individuare i destinatari, essi garantiscono, tra le altre cose, ai destinatari di identificare sia la pubblicità (anche mediante contrassegni visibili) che la persona per la quale è presentata e che paga la pubblicità al fornitore, fornendo comunque ai medesimi destinatari una funzionalità che permette di segnalare eventuali loro comunicazioni commerciali ai fornitori, che rendono edotti gli altri

[60] A quest'ultimo proposito, M. R. ALLEGRI, *Il futuro digitale dell'Unione europea: nuove categorie di intermediari digitali, nuove forme di responsabilità*, cit., afferma che "*la proposta di DSA sembra allinearsi all'opinione, oggi generalmente condivisa, secondo cui il ricorso a filtri di ricerca automatizzati, soprattutto per le piattaforme di grandi dimensioni, sia in concreto l'unico strumento praticabile per garantire, da una parte, una tutela effettiva della vita privata e dei diritti della personalità degli utenti e, dall'altra parte, per non imporre oneri economici straordinari a carico del gestore del servizio, a patto di assicurare un adeguato livello di trasparenza dei parametri di funzionamento degli algoritmi di filtraggio*".

[61] Per le VLOP e i VLOSE le relazioni sono semestrali piuttosto che annuali, aggiungendo al contempo le informazioni sul numero medio mensile di destinatari del servizio per ciascuno Stato membro.

ISSN 2036-7821

destinatari anche mediante contrassegni visibili (articolo 26)[62]. Con riferimento alle VLOP e ai VLOSE, è prevista una maggiore trasparenza della pubblicità *on line* attraverso l'adozione di un registro contenente, tra le altre cose, l'oggetto, la durata e i gruppi destinatari (e i parametri utilizzati), accessibile al pubblico per facilitare la vigilanza su eventuali rischi emergenti dalla distribuzione pubblicitaria (articolo 39 e Considerando 95).

In ultimo, premesso che un sistema di raccomandazione è "*un sistema interamente o parzialmente automatizzato che una piattaforma online utilizza per suggerire informazioni specifiche, tramite la propria interfaccia online, ai destinatari del servizio o mettere in ordine di priorità dette informazioni anche quale risultato di una ricerca avviata dal destinatario del servizio o determinando in altro modo l'ordine relativo o l'importanza delle informazioni visualizzate*" (articolo 3), il Regolamento prevede un obbligo di trasparenza a carico dei fornitori di piattaforme *on line* che specificano nelle condizioni generali sia i parametri utilizzati che le opzioni di modifica a disposizione dei destinatari (articolo 27). Per quanto riguarda, invece, le VLOP e i VLOSE, è assicurata anche un'opzione per la non ricezione (*opt-out*) di suggerimenti sui contenuti basati sulla profilazione accessibile dall'interfaccia *on line* (articolo 38 e Considerando 94)[63].

Si ritiene che i menzionati obblighi a contenuto variabile rivestano un'importanza fondamentale, garantendo un'ampia trasparenza in settori rilevanti come la moderazione dei contenuti, i sistemi di raccomandazione e la stessa pubblicità.

Come sempre la trasparenza è utile agli attori della *govenance* ed agli *stakeholders* per esercitare in modo corretto gli obblighi istituzionali e i diritti garantiti dalla Carta.

4. Competenze e poteri della commissione europea e diritti delle parti

Competenze

Il Regolamento predispone una struttura di *governance* complessa che prevede la "*stretta cooperazione*" tra Commissione europea e Stati membri in cui sono situati gli stabilimenti principali delle VLOP e dei VLOSE, al fine della vigilanza ed applicazione degli obblighi europei (articoli 56 e 57)[64].

---

[62] A parte gli obblighi di trasparenza rispetto alla pubblicità mirata, il Regolamento prevede anche un divieto di pubblicità ai destinatari basata sulla profilazione che utilizza particolari categorie di dati personali (articolo 26, paragrafo 3). In proposito, si veda D. SBORLINI, *Profilazione elettorale e protezione dei dati personali: prospettive di soluzione in ambito europeo*, in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (Il), fasc.6, 1° dicembre 2022, pag. 1173.

[63] V. E.GARZONIO, *L'algoritmo trasparente: obiettivi ed implicazioni della riforma dello Spazio digitale europeo*, in Rivista italiana di informatica e diritto, 2/2021, valuta positivamente la trasparenza dei sistemi di raccomandazione e il correlato diritto di *opt-out* da parte degli utenti, ritenendo che "*la conoscibilità dell'algoritmo [...] rappresenta un'importante riappropriazione di coscienza e di modalità con cui controbattere alla predeterminazione dei contenuti e dell'informazione con cui entriamo in contatto*".

[64] B. WAGNER, H. JANSSEN, *A First Impression of Regulatory Powers in the Digital Services Act*, in Verfassungsblog, 4 gennaio 2021; P. CARDILLO, *Digital Services Act, ecco chi verifica che venga rispettato*, in Agenda digitale, 28 febbraio 2023, afferma che "*Si delinea ancor più, in questo caso, una specifica e articolata Governance del*

ISSN 2036-7821

In relazione agli obblighi supplementari a carico delle VLOP e dei VLOSE (Capo III, Sezione 5), si prevede una competenza esclusiva della Commissione europea[65].
Per tutti gli altri obblighi regolamentari a carico della medesime categorie soggettive (VLOP e VLOSE), si prevedono poteri di vigilanza ed applicazione della Commissione europea condivisi con gli Stati membri i quali, per il tramite dei DSC, agiscono solo nell'ipotesi in cui l'istituzione europea non abbia avviato procedimenti per la medesima infrazione[66].
E' evidente che una siffatta ripartizione dei poteri necessita di un sistema di condivisione delle informazioni in tempo reale (articolo 85 e Considerando 148) attraverso il quale la Commissione europea e i DSC degli Stati membri si informano reciprocamente circa l'intenzione di esercitare i relativi poteri, evitando duplicazioni sanzionatorie nel rispetto del principio del *ne bis in idem* (Considerando 123 e 125)[67].
Per tutte le altre fattispecie, il Regolamento prevede poteri esclusivi degli Stati membri[68]; in particolare, la competenza è del DSC in cui è situato lo stabilimento del fornitore di servizi intermediari o, in mancanza, del luogo in cui risiede o è stabilito il rappresentante legale[69].

---

mercato dei Servizi Digitali laddove accanto al principio della competenza connessa alla localizzazione territoriale dell'azienda si affianca e prevale il principio della dimensione aziendale correlata al numero di utenti forniti.".

[65] La Commissione europea agisce anche a seguito di richiesta del DSC presentata mediante il sistema di condivisione delle informazioni (articolo 65, paragrafo 2).

[66] D. HOLZNAGEL, *All Member States should contribute to the Supervision of Very Large Online Platforms under the Digital Services Act*, in Verfassungsblog, 27 aprile 2021, afferma che "*the role of the Commission would be crucial to counterbalance the not-so-unrealistic scenario that the country of origin (for most Big Tech companies that is Ireland) fails to fulfill its oversight role for the whole Union and all its citizens*". Ferma restando un'azione di propria iniziativa (ad esempio per violazioni transfrontaliere riguardanti più Stati membri secondo il Considerando 125), la Commissione europea può intervenire quando, per il tramite del sistema di condivisione delle informazioni, il DSC segnala la sospetta "*sistematica*" violazione di una disposizione regolamentare da parte delle VLOP e dei VLOSE con "*gravi ripercussioni*" per i destinatari del servizio all'interno dello Stato membro (articolo 65, paragrafo 2).

Qualora la Commissione europea non abbia avviato un'indagine, il Comitato può richiedere al DSC del luogo di stabilimento di valutare la condotta di un fornitore di servizi intermediari sulla base della richiesta di almeno tre DSC del luogo di destinazione, raccomandando, eventualmente, indagini comuni transfrontaliere (articolo 58 e 60); al riguardo, in caso di omessa risposta nei termini o di disaccordo, il Comitato è altresì titolare di un potere di deferimento alla Commissione europea, che può a sua volta chiedere il riesame della questione (articolo 59).

[67] In proposito, si veda il regolamento di esecuzione della Commissione europea 15 febbraio 2024, n. 2024/607/UE, relativo alle modalità pratiche e operative per il funzionamento del sistema di condivisione delle informazioni, che istituisce il sistema AGORA.

[68] D. HOLZNAGEL, *All Member States should contribute to the Supervision of Very Large Online Platforms under the Digital Services Act*, cit., rileva che il *digital service act* si basa sul *country of origin principle*.

[69] Fermo restando il diritto al risarcimento dei danni (articolo 54), i destinatari del servizio (e associazioni rappresentative) hanno il diritto di presentare un reclamo al DSC dello Stato membro in cui sono situati o stabiliti, al fine di evidenziare una violazione del Regolamento da parte dei fornitori di servizi intermediari (articolo 53); previa valutazione del reclamo, il DSC trasmette, eventualmente, lo stesso al DSC del luogo di stabilimento del fornitore, affiancando, qualora lo ritenga utile, un parere (facoltativo). Premessa la titolarità di poteri di indagine e di esecuzione, anche sanzionatori (articolo 51), i DSC pubblicano una relazione annuale sulle attività svolte, inserendo, tra le altre cose, il numero di reclami ed il relativo seguito, comunicando la stessa alla Commissione

ISSN 2036-7821

In sostanza, con riferimento alle oltre venti VLOP e VLOSE designate, la Commissione europea è l'unica istituzione pubblica competente relativamente agli obblighi supplementari; nulla esclude che la medesima istituzione europea intervenga riguardo agli altri obblighi regolamentari in capo ai medesimi soggetti, sebbene in tal caso gli Stati membri possano esercitare i relativi poteri fino all'intervento della Commissione europea[70].
Non bisogna trascurare che la maggior parte dei soggetti designati ha la propria sede in uno Stato membro (Irlanda); si dubita, pertanto, che un serio *enforcement* sia ipotizzabile ad opera del corrispondente DSC, anche considerato che il medesimo organo è competente per tutte le altre ipotesi regolamentari non connesse alle VLOP e ai VLOSE.
Alla luce delle predette considerazioni, si ritiene rilevante il ruolo attivo della Commissione anche per gli obblighi non supplementari, ipotizzabile solo attraverso un importante supporto alla competente Direzione "Piattaforme" della DG *Connect*.

Poteri
Dopo aver delineato il sistema di *governance* progettato dal Regolamento, si rappresenta che la Commissione, d'ufficio o su richiesta del DSC, si avvale dei poteri di indagine anche prima dell'avvio del procedimento istruttorio (articolo 65); si tratta di una pre istruttoria effettuata dall'istituzione europea, a seguito della quale la Commissione può discrezionalmente decidere di avviare un'indagine formale o adottare misure provvisorie (Considerando 138 e 139).
A tal proposito, quando la Commissione europea, in base alle proprie valutazioni discrezionali, sospetta la violazione del Regolamento ad opera della condotta delle VLOP e dei VLOSE, l'avvio del procedimento istruttorio è notificato, oltre che al fornitore interessato, anche ai DSC e al Comitato per il tramite del sistema di condivisione delle informazioni, evitando potenziali violazioni del principio del *ne bis in idem* (articolo 66)[71].
I poteri di indagine utilizzabili dalla Commissione, anche per il tramite dei DSC interessati, sono le richieste di informazioni, i poteri di audizione, le ispezioni e le

europea ed al Comitato (articolo 55). Con riferimento ai reclami, AGCOM, con delibera n. 41/24/CONS del 14 febbraio 2024, avviava un procedimento istruttorio finalizzato all'adozione delle procedure per la presentazione dei reclami.

[70] Per F. PIZZETTI, *Accordo sul DSA*, in Agenda digitale, 26 aprile 2022, uno degli aspetti più importanti del nuovo pacchetto normativo è l'attribuzione di un potere rilevante alla Commissione chiamata a vigilare direttamente sul rispetto delle nuove regole.

[71] In base ad un comunicato stampa del 14 marzo 2024, si apprende che la Commissione europea ha aperto un procedimento formale nei confronti di AliExpress al fine di verificare la violazione del Regolamento, ed in particolare, delle disposizioni sull'organizzazione e mitigazione dei rischi, la moderazione dei contenuti e il sistema interno di trattamento dei reclami, la trasparenza della pubblicità e i sistemi di raccomandazione, la tracciabilità degli operatori commerciali e l'accesso ai dati per i ricercatori.

ISSN 2036-7821

azioni di monitoraggio, le cui informazioni raccolte sono funzionali "*esclusivamente*" all'applicazione del Regolamento (articolo 66, paragrafo 3 e 79, paragrafo 5)[72].
Riguardo alle richieste di informazioni che devono essere evase "*entro un termine ragionevole*" (articolo 67)[73], la Commissione europea può acquisirle, oltre che dalle VLOP e dai VLOSE interessate, anche da qualsiasi altra persona fisica o giuridica che agisce per fini connessi alla propria attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale (ad esempio le organizzazioni che effettuano le revisioni); la Commissione europea, inoltre, dovrebbe poter chiedere informazioni anche a "*qualunque autorità pubblica, organismo o agenzia negli Stati membri*" inclusi i DSC (Considerando 141).
Con riferimento, invece, al potere di audizione (articolo 68), previo consenso la Commissione europea può ascoltare qualsiasi persona fisica o giuridica, registrando al contempo l'audizione. Al pari della richiesta di informazioni, l'obiettivo è la raccolta di informazioni pertinenti alla presunta violazione; tuttavia, nella fattispecie l'ambito soggettivo sembra più ampio, necessitando, altresì, il consenso della persona, motivo per il quale il Regolamento non prevede alcuna sanzione. L'istituto in esame rientra comunque nei poteri di indagine della Commissione europea, differenziandosi strutturalmente dal diritto di essere ascoltati (*right to be heard*) delle parti che se espletato oralmente comporta un'audizione di fronte alla Commissione europea.
In relazione ai poteri di ispezione espletati nei confronti dei medesimi soggetti sottoposti a richieste di informazioni (articolo 69), la Commissione europea può accedere ai locali e sigillarli, esaminare libri e documenti su qualsiasi supporto (estraendo eventualmente copia), accedere al sistema informatico, agli algoritmi e alla gestione dei dati, effettuando al contempo domande al personale con contestuale verbalizzazione[74].
Infine, la Commissione europea può effettuare, anche tramite esperti e revisori esterni, un'azione di monitoraggio dell'attuazione degli obblighi regolamentari da

[72] Anche nella fattispecie, la Commissione europea informa sia il Comitato che il DSC del luogo di stabilimento (articolo 66, paragrafo 4).
[73] Fermo restando il diritto di adire la Corte di giustizia dell'Unione europea per il controllo di legittimità sulle decisioni della Commissione europea, l'omessa risposta nei termini o la comunicazione di informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti è potenzialmente oggetto di sanzioni pecuniarie (articolo 74) e penalità di mora (articolo 76).
[74] Fermo restando il diritto di adire la Corte di giustizia dell'Unione europea per il controllo di legittimità sulle decisioni della Commissione europea, il rifiuto di sottoporsi ad un'ispezione è potenzialmente oggetto di sanzioni pecuniarie (articolo 74) e penalità di mora (articolo 76). Si veda inoltre l'articolo 2 ("*Spiegazioni fornite durante le ispezioni*") del Regolamento di esecuzione (UE) 2023/1201 della Commissione europea del 21 giugno 2023 relativo alle modalità dettagliate di attuazione da parte della Commissione di determinate procedure a norma del *digital service act* (*infra* Regolamento di esecuzione (UE) 2023/1201).

ISSN 2036-7821

parte di VLOP e VLOSE (articolo 72), ordinando, eventualmente, l'accesso a banche dati e algoritmi (e relative spiegazioni) e la conservazione dei documenti necessari[75].
Quanto ai poteri di esecuzione esercitabili a seguito dell'avvio del procedimento, la Commissione europea si avvale dei medesimi poteri attribuiti ai DSC[76].
Preliminarmente, al fine di evitare il "*rischio di danni gravi*" per i destinatari del servizio, la Commissione ha il potere di adottare misure provvisorie senza attendere l'esito del procedimento avviato (articolo 70); le predette misure cautelari sono possibili solo se l'istituzione europea constati *prima facie* la sussistenza di un'infrazione agli obblighi regolamentari da parte della VLOP e del VLOSE (Considerando 142).
Inoltre, la Commissione europea può rendere vincolanti gli impegni offerti dalle VLOP e dai VLOSE, purché garantiscano la conformità alle disposizioni regolamentari (articolo 71); in tal caso, la decisione dell'istituzione europea termina il procedimento avviato a carico delle parti.
Infine, l'avvio del procedimento da parte della Commissione europea in caso di sospetto di violazione regolamentare è collegato, salva eventuale decisione di archiviazione, alla successiva decisione di non conformità (*non-compliance*) con potere di ordinare l'adozione delle misure necessarie (correttive) e/o di irrogare sanzioni pecuniarie non oltre il 6% o l'1% del fatturato annuo (articoli 73 e 74)[77]. Qualora la potenziale violazione riguardi gli obblighi supplementari, l'ordinamento europeo prevede una "*vigilanza rafforzata*" delle misure correttive (articolo 75); in particolare, le VLOP e i VLOSE comunicano un piano di azione dettagliato contenente le misure necessarie ai DSC, al Comitato ed alla Commissione europea. Dopo aver deciso l'idoneità delle misure rispetto alla violazione tenendo in massima considerazione il parere del Comitato, la Commissione europea monitora l'attuazione del piano anche attraverso le relazioni di revisione trasmesse, informando al contempo i DSC ed il Comitato.

[75] Si veda, inoltre, l'articolo 3 del Regolamento di esecuzione (UE) 2023/1201 sulle azioni di monitoraggio.

[76] La Commissione europea informa il DSC del luogo di stabilimento ed il Comitato qualora adotti misure provvisorie o renda vincolanti gli impegni (articolo 66, paragrafo 4).

[77] Oltre che alle violazioni delle disposizioni regolamentari, la soglia del 6% del fatturato annuo è collegata agli altri poteri decisori della Commissione europea; il riferimento è in particolare sia al non rispetto delle misure provvisorie che alla non conformità agli impegni vincolanti.

Quanto alla soglia dell'1%, si ricollega alla violazione dei poteri di indagine della Commissione europea; il riferimento è nella fattispecie all'omessa, inesatta, incompleta o fuorviante risposta alla richiesta di informazioni, al rifiuto di sottoporsi ad un'ispezione e all'inottemperanza ai provvedimenti adottati nelle azioni di monitoraggio.

ISSN 2036-7821

Al contempo, al fine di imporre alle VLOP e ai VLOSE il rispetto dei poteri decisori, la Commissione europea ha il potere di imporre penalità di mora periodiche non oltre il 5% del reddito giornaliero medio (articolo 76)[78].
Ad ogni modo, in coerenza con l'articolo 261 del TFUE, è previsto un controllo giurisdizionale di merito ad opera della Corte di giustizia dell'Unione europea nei confronti delle decisioni della Commissione europea che irrogano sanzioni pecuniarie e penalità di mora (articolo 81).
Infine, il Regolamento prevede una clausola residuale in base alla quale, qualora una violazione non sia terminata, nonostante i poteri decisori, causando danni gravi, la Commissione europea, previo invito alle parti a presentare osservazioni scritte, domanda al DSC del luogo di stabilimento di chiedere all'autorità giudiziaria una restrizione temporanea dell'accesso al servizio interessato dalla violazione da parte dei destinatari o, in via residuale, all'interfaccia *on line* della VLOP e del VLOSE (articolo 82)[79].
Sull'argomento non si può comunque sottacere la mancanza di coordinamento tra i poteri di indagine e l'obbligo previsto a carico delle VLOP e dei VLOSE di fornire l'accesso ai dati entro un termine ragionevole su richiesta della Commissione europea funzionale alla verifica della conformità regolamentare (articolo 40). Quest'ultima ipotesi contempla altresì la spiegazione dei sistemi algoritmici, come esplicitato sia per le ispezioni che nelle azioni di monitoraggio. Ad ogni modo, si ritiene che l'accesso ai dati costituisca un obbligo supplementare a carico delle VLOP e dei VLOSE la cui violazione comporti una potenziale decisione di non conformità e/o sanzionatoria ad opera della Commissione; al contrario, le altre ipotesi rappresentano un'esplicazione dei poteri di indagine attribuiti dal Regolamento alla Commissione per lo svolgimento dei compiti assegnati.

Diritti delle parti

Si è visto fino ad ora che la Commissione europea è titolare di una serie di poteri che utilizza nell'ambito del procedimento amministrativo avviato in caso di sospetta violazione delle disposizioni regolamentari di relativa competenza, anticipato eventualmente dalla cosiddetta preistruttoria nell'ambito della quale utilizza i poteri di indagine a disposizione.
Ciò premesso, la Commissione europea emana le constatazioni preliminari (*preliminary findings*), punto di partenza per l'eventuale successivo esercizio dei

[78] Nello specifico, l'irrogazione di penalità di mora periodiche tende ad imporre la fornitura di informazioni corrette e complete, la sottoposizione ad ispezioni, la conformità alle misure provvisorie, agli impegni vincolanti e alle *non compliance decisions* della Commissione europea.
[79] Considerato il richiamo all'articolo 51, paragrafo 3, del Regolamento, si ritiene che la fattispecie sia applicabile solo alle violazioni che integrino un reato grave che comporti una minaccia per la vita o la sicurezza delle persone.

ISSN 2036-7821

poteri di adottare decisioni di non conformità, sanzioni o penalità di mora; in sostanza, al pari della *statement of objections* nel diritto della concorrenza, si tratta di un atto formale in cui la Commissione europea prende una posizione preliminare ufficiale, sollevando obiezioni su specifiche questioni.
Oltre ad informare il DSC del luogo di stabilimento ed il Comitato sulle constatazioni preliminari, tenendo in massima considerazione il relativo parere del Comitato nella successiva decisione (articolo 66), la Commissione europea garantisce i diritti di difesa delle parti interessate sia mediante accesso al fascicolo che tramite il diritto di essere ascoltati (articolo 79 e Considerando 146).
Ebbene, la Commissione europea può emanare decisioni legittime solo se le relative obiezioni provenienti dalle constatazioni preliminari siano state garantite da un corretto esercizio del *right to be heard* ad opera delle parti interessate (articolo 79, paragrafo 3).
Propedeutico al *right to be heard* è il diritto di accesso al fascicolo della Commissione europea.
Nel fascicolo confluiscono, oltre ai documenti della Commissione e di altre autorità, anche le informazioni provenienti dall'esercizio dei poteri di indagine nei confronti di VLOP, VLOSE e di qualsiasi altra persona fisica o giuridica che agisce per fini connessi alla propria attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale (ad esempio le organizzazioni che effettuano le revisioni).
Sebbene il Regolamento non definisca le "*parti interessate*", dal Considerando 146 si deduce che siano tali le VLOP e i VLOSE e le "*altre persone soggette all'esercizio dei poteri della Commissione i cui interessi possono essere lesi da una decisione*"; in proposito, l'articolo 5 del Regolamento di esecuzione (UE) 2023/1201 prevede che la Commissione conceda l'accesso al fascicolo all'istante destinatario delle constatazioni preliminari tramite la fornitura di tutti i documenti ivi citati.
In base al Regolamento, il diritto di accesso al fascicolo si svolge secondo una "*divulgazione negoziata*"; tuttavia, in caso di disaccordo tra le parti, la Commissione europea impone la procedura di divulgazione in base ad una decisione (articolo 79, paragrafo 4)[80].
Ad ogni modo, il Regolamento prevede che siano protetti i segreti commerciali (articolo 79, paragrafo 4); in questo senso, il Regolamento di esecuzione (UE) 2023/1201 dispone che dai documenti citati nelle constatazioni preliminari siano

[80] In base al Regolamento di esecuzione (UE) 2023/1201, la divulgazione di tutti i documenti del fascicolo senza espunzioni "*può essere effettuata per via elettronica o (per alcuni o per tutti i documenti) presso i locali della Commissione*" (articolo 5, paragrafo 3, lettera e). Tuttavia, in circostanze eccezionali, l'istituzione europea effettua un bilanciamento tra i benefici ai fini del diritto di essere ascoltati dell'ostensione di un documento ed il danno potenziale per colui che ha presentato lo stesso; a seguito di tale analisi, è possibile escludere l'accesso a determinati documenti o permettere un accesso parziale (articolo 5, paragrafo 4, del Regolamento di esecuzione (UE) 2023/1201).

ISSN 2036-7821

espunti parti connesse alla protezione dei segreti aziendali o altre informazioni riservate (articolo 5, paragrafo 2), come individuate dalle VLOP, dai VLOSE e da qualsiasi altra persona fisica o giuridica che agisce per fini connessi alla propria attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale, che forniscono, al contempo, una versione non riservata (*non-confidential version*) con descrizione sintetica delle parti espunte (articolo 6).
La Commissione europea può comunque ritenere che eventuali ipotesi non costituiscano segreti commerciali o, sebbene siano ritenute tali, sussista un interesse prevalente alla divulgazione, informando, al riguardo, gli interessati che, in assenza di opposizione, si disporrà l'accesso; al contrario, nel caso di opposizione, la Commissione europea emana una decisione motivata (articolo 6, paragrafo 6).
Infine, il diritto di accesso al fascicolo non include le informazioni riservate e i documenti interni della Commissione europea, del Comitato, dei DSC e di altre autorità pubbliche, inclusa la corrispondenza (articolo 79, paragrafo 4).
Si rammenta, in proposito, che il Regolamento prevede un potere sanzionatorio pecuniario della Commissione europea in caso di violazione ad opera delle parti interessate delle condizioni di accesso al fascicolo (articolo 74, paragrafo 2, lettera f).
Sulla base delle conoscenze acquisite con l'esercizio dell'accesso agli atti, le parti interessate esercitano eventualmente il diritto di essere ascoltati in merito alle constatazioni preliminari della Commissione europea (articolo 79, paragrafo 1 e Considerando 146).
Primariamente, il *right to be heard* consiste nella presentazione di osservazioni scritte (non oltre cinquanta pagine) entro un termine ragionevole (non inferiore a quattordici giorni) stabilito dalla Commissione europea in una delle lingue ufficiali dell'Unione europea (articolo 4 del Regolamento di esecuzione (UE) 2023/1201).
A seguito di un'interpretazione sistematica derivante dalla lettura degli articoli 79 e 83 del Regolamento, si poteva ampliare la nozione del *right to be heard* anche alle audizioni orali come avviene nel campo del diritto europeo della concorrenza; in effetti, da un lato l'articolo 79 parla genericamente di osservazioni, dall'altro l'articolo 83 si riferisce alle "*audizioni previste dall'articolo 79*". Tuttavia, il Regolamento di esecuzione (UE) 2023/1201 emanato dalla Commissione europea si focalizza sulle sole osservazioni scritte, limitando il *right to be heard* rispetto alla potenziale apertura regolamentare. L'eventuale riconoscimento delle osservazioni orali avrebbe garantito, oltre ad una più completa esplicazione del diritto di essere ascoltati per le parti interessate, anche una maggiore possibilità per la Commissione europea di verificare in modo diretto la consistenza delle constatazioni preliminari. Tuttavia, l'istituzione europea avrebbe avuto una posizione parziale in assenza di una figura più indipendente come il consigliere auditore (T*he Hearing Officer*) istituito

ISSN 2036-7821

al di fuori della DG Competition nel diritto della concorrenza europeo in cui si occupa anche di garantire il diritto di accesso al fascicolo e la riservatezza.

5. Conclusioni.

Si è effettuata un'analisi teorica della disciplina regolamentare delineata dal Parlamento europeo e dal Consiglio dei ministri dell'Unione europea che rappresenta l'esito del costituzionalismo digitale e della sovranità digitale nell'Unione europea[81]; in particolare, la regolazione sembra rappresentare un giusto punto intermedio tra il modello privatistico americano (*digital liberalism*) ed il modello pubblicistico ed antidemocratico dei regimi autoritari[82].

La Commissione europea, *dominus* nella *governance* per lo meno sulle VLOP e i VLOSE e titolare di atti delegati[83] e di esecuzione[84], dovrà presentare una relazione, eventualmente corredata di proposte di modifica, agli organi legislativi dell'Unione europea ed al Comitato economico e sociale europeo sull'applicazione delle disposizioni relative, tra le altre, ai rappresentanti legali, al meccanismo di segnalazione e azione, al sistema interno di gestione dei reclami, alla risoluzione extragiudiziale delle controversie, ai VLOP e VLOSE, al contributo per le attività di vigilanza, sull'efficacia dei meccanismi di vigilanza ed applicazione, sul funzionamento del Comitato e sull'impatto nei confronti del diritto alla libertà di espressione e di informazione.

E' evidente, pertanto, che l'applicazione pratica in gran parte espletata a livello decentrato decreterà il successo o meno dell'impianto normativo attuale, motivo per cui la Commissione europea nell'ambito del "*riesame*" si avvale anche delle relazioni

---

[81] G. DE MINICO, *Fundamental rights, european digital regulation and algorithmic challenge*, in Medialaws.ue, 1/2021, p. 21, si sofferma "*on the perspective of the offline constitutional acquis of democratic countries being transported online, in order that a better protection of fundamental rights and liberties be achieved [...]*", precisando poi che "*a binding regulation, although held to a minimum, will be able to draw an algorithm in accordance with the European Constitutional values*".

[82] M. SANTANIELLO, *Sovranità digitale e diritti fondamentali: un modello europeo di Internet governance*, in Rivista italiana di informatica e diritto, 1/2022, pp. 47-48, parla di "*terza via alla governance di Internet, alternativa tanto al modello di private self-regulation promosso dagli USA quanto al modello statocentrico a guida governativa sostenuto dai regimi autoritari*". In senso contrario T. E. FROSINI, *L'ordine giuridico del digitale*, in Giurisprudenza Costituzionale, fasc.1, 1° febbraio 2023, pag. 377, il quale afferma che "*non è da condividere la scelta della UE, peraltro opposta a quella adottata negli USA, di regolare gli sregolati con un profluvio di norme di dettaglio, alcune delle quali di difficile attuazione e pertanto rimandate alla concreta applicazione da parte dei singoli Stati*".

[83] In conformità all'articolo 290 TFUE, l'articolo 87 del Regolamento prevede il potere di adottare atti delegati (in parte, come visto, esercitato) per gli articoli 24 ("*Obblighi di comunicazione trasparente per i fornitori di piattaforme on line*"), 33 ("*Piattaforme online di dimensioni molto grandi e motori di ricerca online di dimensioni molto grandi*"), 37 ("*Revisioni indipendenti*"), 40 ("*Accesso ai dati e controllo*") e 43 ("*Contributo per le attività di vigilanza*").

[84] In conformità all'articolo 291 TFUE, il Regolamento prevede atti di esecuzione ad opera della Commissione europea (in parte, come visto, emanati) per gli articoli 15 ("*Obblighi in materia di relazioni di trasparenza per i prestatori di servizi intermediari*"), 24 ("*Obblighi di comunicazione trasparente per i fornitori di piattaforme on line*"), 43 ("*Contributo per le attività di vigilanza*"), 83 ("*Atti di esecuzione relativi all'intervento della Commissione*") e 85 ("*Sistema di condivisione delle informazioni*").

ISSN 2036-7821

annuali dei DSC. Conseguentemente, il prossimo futuro sarà utile a comprendere se la disciplina europea attuale possa fungere da punto di riferimento a livello globale, procedendo, in caso contrario, ad effettuare gli appositi correttivi alla luce delle indicazioni della Commissione europea. Durante la trattazione è emersa comunque l'opportunità di correggere l'articolo 13 del Regolamento nella versione italiana, laddove paventa la facoltà piuttosto che l'obbligo di nomina del rappresentante legale. Al contempo, si potrebbe valutare l'inserimento espresso delle audizioni orali insieme all'istituzione di una figura indipendente che tuteli anche il diritto di accesso e la riservatezza, garantendo con maggiore efficacia il *right to be heard* delle VLOP e dei VLOSE, anche considerate le potenziali sanzioni irrogabili.

Ad ogni modo, l'impianto normativo costituisce una vera e propria rivoluzione nel campo del digitale che regolamenterà nel prossimo futuro i servizi digitali nello spazio europeo[85]. L'Unione europea è intervenuta sul mercato interno dei servizi intermediari attraverso un atto di *hard law* direttamente applicabile, prevedendo una funzionalizzazione del potere privato al perseguimento di un interesse pubblico costituito da un ambiente *on line* fondato sui diritti della Carta[86].

Nella sostanza, è importante comprendere la reale implementazione della clausola del buon samaritano, valutando in termini più generali l'attività di moderazione dei contenuti dei prestatori di servizi intermediari ed in particolare delle piattaforme[87].

Nella fattispecie emerge da un lato un problema di concentrazione delle piattaforme digitali[88], dall'altro un "*power to disseminate*" informazioni assai diffuso rispetto al

[85] In questi termini F. G. MURONE, *Il Digital Service Act e il contrasto ai contenuti illeciti (pt. II)*, in Ius in itinere, 28 febbraio 2022.

[86] Nel senso di una funzionalizzazione del potere privato ad un interesse pubblico diretto alla tutela dei diritti di libertà E. CREMONA, *Le piattaforme digitali come public utilities: perchè non applicare alcuni principi di servizio pubblico*, cit. Quanto ai poteri privati in generale G. DI GASPARE, *Poteri privati e Corporation nella globalizzazione*, 847-869, in Rivista Diritto Pubblico, n. 3/2021; R. PARDOLESI, *Piattaforme digitali, poteri privati e concorrenza*, 941-960, in Rivista Diritto Pubblico, n. 3/2021; M. R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Bologna 2022, 138 ss.; E. CREMONA, *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato*, tutela dei diritti, Napoli 2023. M. Betzu, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in P. Costanzo-P. Magarò -L. Trucco, Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica, Napoli 2022, 39-68.

[87] Secondo L. ALBERTINI, *Sulla responsabilità civile degli internet service provider per i materiali caricati dagli utenti (con qualche considerazione generale sul loro ruolo di gatekeepers della comunicazione*, in MediaLaws, Law and Media Working Paper Series, 2019, n. 4, pp. 1-182, sebbene "t*utti i grandi provider si riservino questa facoltà, probabilmente poi nei fatti non controllano alcunché: a meno che ciò venga in via automatica tramite i filtri oppure dopo denuncia di illecito*".

[88] L. M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, in The Yale Law Journal, 2017, 710 ss.; S. MANNONI, G. STAZI, *Is Competition a Click Away? Sfida al monopolio nell'era digitale*, Napoli 2018; N. SMYRNAIOS, *Internet Oligopoly. The Corporate Takeover of Our Digital World*, Bingley, 2018, spec. 83 ss.; M. MOORE, D. TAMBINI, *Digital Dominance. The Power of Google, Amazon, Facebook and Apple*, New York 2018; F. BASSAN, *Innovazione tecnologica e regolazione nell'Unione Europea, I mercati dell'algoritmo tra concorrenza e protezione dei dat*i, in S. DOMINELLI, G. L. GRECO, *I mercati dei servizi fra regolazione e governance*, Torino 2018, 20-21; L. ZINGALES, F. M. LANCIERI, *Committee on Digital Platforms: Policy Brief. Chicago Booth*, 2019, Stigler Center for the Study of the Economics and the State; F. DUCCI, *Natural Monopolies in Digital Platform Markets*, Cambridge 2020, 24 ss.; N. PETIT, *Big Tech and the Digital*

ISSN 2036-7821

passato[89]. Ciò significa che pochi soggetti dovranno moderare una moltitudine di informazioni, senza considerare che la stessa individuazione dei contenuti illegali sarà problematica per piattaforme che operano all'interno di plurimi Stati con potenziali differenti ordinamenti giuridici.

In tale ambito, oltre all'iniziativa dei fornitori di servizi intermediari, sarà fondamentale il ruolo svolto dai cittadini che se attivi nell'esercizio dei propri diritti tramite il meccanismo di segnalazione e gli altri istituti potranno dare un forte impulso all'implementazione della Carta e della legalità; grazie anche ad una maggiore trasparenza all'interno delle condizioni generali, l'iniziativa dei destinatari sarà altresì utile per contrastare i processi di selezione delle informazioni ad opera delle piattaforme nei sistemi di raccomandazione.

In proposito, saranno utili le relazioni di trasparenza con le decisioni adottate, sia di iniziativa, che a seguito di segnalazioni/reclami, dai fornitori di servizi intermediari nell'attività di moderazione dei contenuti, nonché i provvedimenti adottati dagli attori istituzionali nazionali ed europei coinvolti nella *governance* del *digital service act* e gli eventuali correlati contenziosi giurisdizionali instaurati.

Con specifico riferimento alle VLOP e ai VLOSE, sarà utile verificare l'applicazione della valutazione dei rischi sistemici e delle conseguenti misure di attenuazione riguardanti qualsiasi sistema algoritmico anche nella moderazione dei contenuti[90]; non è infatti casuale che a parte un potere di accesso ai dati necessari a verificare la conformità regolamentare (articolo 40), la Commissione europea, sia nell'ambito del potere di effettuare ispezioni (articolo 69) che nelle azioni di monitoraggio (articolo 72), possa accedere e richiedere chiarimenti/spiegazioni sugli algoritmi[91].

Economy: The Moligopoly Scenario, Oxford 2020; A MANGANELLI, *Il regolamento Eu per i mercati digitali: ratio, criticità e prospettive di evoluzione*, in Mercato Concorrenza Regole fasc. 3/2021, 473-500.

[89] I. A. HARTMANN, *A new framework for online content moderation*, Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice, in https://doi.org/10.1016/j.clsr.2019.105376, precisa che "*There is far less concentration in the power to disseminate information. Whereas before there was a very small number of people capable of making judgement calls on the circulation of specific instances of information that would reach a wide audience, now billions of people make decisions on what to share, forward or give visibility to on a daily basis*", aggiungendo poi che "*if problems with the quality of speech arise as a collateral damage of the Internet, we should not hurry to blame it on the fact that access to media is more democratic.*". L. FABIANO, *Le potenzialità manipolative della democrazia digitale fra interessi pubblici e poteri privati*, cit., ritiene che "*le tecnologie informatiche della comunicazione (ICT) presentano delle evidenti differenze con i media tradizionali in primo luogo con riguardo al c.d. "modello comunicativo" giacché i media precedenti (tanto la stampa quanto radio e televisione) erano improntati ad un modello c.d. "one to many" ed orientati ad una comunicazione unidirezionale (ove è ben distinto il ruolo di coloro che esprimono il messaggio e di coloro che lo ricevono); diversamente le ICT sono strumenti di comunicazione c.d. "many to many" e si caratterizzano per il fatto che tutti gli utenti che li utilizzano sono allo stesso tempo produttori e riceventi dell'informazione*".

[90] In proposito, D. DESAI, J. KROLL, *Trust but Verify: A Guide to Algorithms and the Law*, in Harward Journal of Law and Technology, 2017; M. PEREL, N. ELKIN-KOREN, *Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement*, in Stanford Technology Law Review, 2016. Si riferisce agli obblighi di trasparenza algoritmica O. POLLICINO, *Contraddizioni americane, europee e la ricerca di un terreno comune*, in Medialaws.eu, 17 giugno 2021.

[91] Secondo F. PASQUALE, *The black box society*, 2015, considerato che "*The Power to include, exclude, and rank is the power to ensure which public impressions become permanent and which remain fleeting*", è tempo "*for us as citizens to*

ISSN 2036-7821

In proposito, è opportuno rilevare che l'attuale sistema di *governance* per le VLOP e i VLOSE basato su poteri esclusivi della Commissione e poteri condivisi con gli Stati membri sulla base del principio del paese d'origine suscita perplessità.
Anche considerata l'attuale dislocazione geografica degli stabilimenti delle VLOP e dei VLOSE, si concentra l'intero sistema di vigilanza su uno o pochi altri Stati membri e sulla Commissione europea; pertanto, il ruolo futuro della Commissione europea ed in particolare dell'ufficio europeo per l'intelligenza artificiale all'interno della DG Connect sarà fondamentale per compensare le difficoltà dei DSC degli Stati membri coinvolti dal principio del paese d'origine.
Nel caso in cui il sistema non regga sarà utile considerare eventuali alternative quali il coinvolgimento, oltre alla Commissione, di altri Stati membri estranei al perimetro del principio del paese d'origine, come avviene attualmente, ai sensi dell'articolo 56, paragrafo 7, del Regolamento, per le ipotesi in cui un fornitore di servizi intermediari, non avendo uno stabilimento nell'Unione europea, abbia omesso di nominare un rappresentante legale.

demand that important decisions about our financial and communication infrastructures be made intelligible, soon, to independent reviewers— and that, over the years and the decades to come, they be made part of a public record available to us all". Sul tema della creazione di una agenzia si veda anche A. TUTT, *An FDA for Algorithms,* in Administrative Law Review, 2017.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il Public Interest Disclosure Act alla prova del tempo. Ipotesi di riforma nel diritto inglese per rafforzare la protezione dei whistleblower

di Valentina Maria Donini

(Ricercatore confermato di Diritto Privato Comparato presso la "Scuola Nazionale dell'Amministrazione" di Roma)

Sommario

1. Il contesto storico e normativo - 2. Il *Public Interest Discloure Act (PIDA)* - 3. Principali problemi e criticità del PIDA - 4. L'esigenza di una riforma e modelli di riferimento - 5. Premiare o non premiare: questo è il problema - 6. Considerazioni conclusive.

Abstract

This paper examines the evolution and impact of the Public Interest Disclosure Act within the framework of English law. It explores the challenges encountered over time and describes reform hypotheses to strengthen whistleblower protection, addressing current shortcomings and gaps in the regulatory system. The analysis draws on comparative perspectives with EU Directive 2019/1937, which could be considered a comprehensive and detailed model also for English legislation. Given that 25 years have passed since the enactment of PIDA, reform measures are needed to enhance the effectiveness and security of whistleblowing in the United Kingdom.

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

ISSN 2036-7821

1. Il contesto storico e normativo.

È noto che il whistleblowing sia nato nell'esperienza giuridica anglosassone, dall'evoluzione di un istituto della *common law* medievale, il *writ of qui tam*[1], un'azione che consentiva al privato cittadino di agire in giudizio in nome e per conto del re, fungendo quindi da precursore, in un certo senso, dell'attuale concetto di segnalazione di illeciti.

Il *writ of qui tam* rappresentava un utile espediente per garantire il rispetto della legge anche nelle periferie del regno, dove il re non poteva intervenire direttamente e di conseguenza l'applicazione delle leggi veniva demandata a pubblici ufficiali locali che, però, non erano sempre corretti, onesti o capaci. Questa situazione innestava quindi una dialettica, che a volte sfociava in vero conflitto, tra la Corona e i notabili locali.

Per risolvere il problema della difficoltà di controllo delle periferie del regno, il *writ of qui tam* consentiva quindi al re di ricorrere al privato cittadino che, davanti all'inerzia del pubblico ufficiale, interveniva per difendere gli interessi della corona. Il cittadino, che in questa funzione assumeva il nome di *common informer*, non si limitava quindi a segnalare eventuali fatti illeciti, ma agiva in giudizio per conto del re. Di conseguenza, visto il considerevole impegno richiesto, che non si esauriva quindi nella segnalazione, al *common informer* veniva riconosciuta una percentuale su quanto veniva infine recuperato grazie al suo intervento.

Se in una prima fase l'attività del *common informer* era circoscritta prevalentemente all'ambito commerciale[2], successivamente l'evoluzione del sistema permise la segnalazione di illeciti non solo allo scopo di prevenire e contrastare corruzione e malaffare, ma anche di limitare il potere delle autorità locali. Il *writ of qui tam*, divenne così uno strumento con una duplice funzione: da un lato garantire la sottomissione dei funzionari pubblici alla legge e alla Corona, dall'altro promuovere, indirettamente, *accountability* e integrità[3].

---

[1] Azione che si ispira al brocardo latino: "Qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur", cioè "colui che agisce tanto per il sovrano quanto per sé stesso". Per un excursus storico, cfr. R. BECK, *The False Claims Act and the English Eradication of Qui Tam Legislation*, in *North Carolina Law Review*, 78, 3, 2000, pp. 539-641.

[2] Un primo riferimento normativa in materia è lo *Statute of York* del 1318, riguardante il prezzo del vino e dei prodotti alimentari fissato dal parlamento, ma spesso non rispettato dalle autorità locali. Con un contenuto simile lo *Statute of Northampton*, del 1328, che riguardava la durata delle fiere e prevedeva un incentivo al cittadino che segnalava eventuali violazioni della norma. Ma si vedano anche altri testi, quali il *Sale of Wares Act* (1331) o il *Wine Licences Act* (1743).

[3] D'altronde, anche oggi è evidente il legame tra *accountability* e *whistleblowing*: un sistema che tutela adeguatamente il *whistleblower* è in grado, infatti, di garantire un buon livello di *accountability* di un'amministrazione. Il *whistleblowing* è quindi uno strumento che produce l'*accountability* di un'organizzazione dal momento che rappresenta un particolare clima etico interno all'organizzazione che pone particolare attenzione al tema dell'integrità. Inoltre il *whistleblowing* protegge l'*accountability* che potrebbe essere violata da un fenomeno di natura corruttiva o da un episodio di *maladministration* all'interno dell'organizzazione, perché consente di non ignorare o, peggio, occultare tale episodio, ma al contrario, grazie alla segnalazione l'amministrazione è chiamata a svolgere un intervento correttivo e ristabilire la fiducia e l'*accountability* violata.

ISSN 2036-7821

Tuttavia, nel corso del tempo questo sistema mostrò tutti i suoi limiti, dal momento che si prestava facilmente ad abusi e storture: il *writ of qui tam*, infatti, dava al privato il cittadino il potere di rappresentare l'interesse pubblico (l'interesse del re) in giudizio, "pubblicizzando" in questo modo il ruolo del singolo. Ma allo stesso tempo, la previsione di una ricompensa rappresentava per il cittadino un interesse privato di tipo economico. Questo potenziale conflitto tra tutela dell'interesse pubblico e perseguimento di un fine economico privato poteva sfociare in segnalazioni false, pretestuose od opportuniste da parte di *common informer* senza scrupoli che denunciavano (o minacciavano di denunciare) irregolarità e illeciti, non più per contribuire all'applicazione della giustizia, ma solo per tornaconto personale e avidità.

La degenerazione dell'istituto e la conseguente trasformazione del *common informer* da onesto cittadino interessato a promuovere legalità e integrità, a *turbidum hominum genus*[4], comportò un crescente malcontento e un diffuso discredito nei confronti dell'azione *qui tam*, che si avviò così verso un lento e graduale declino[5]. Nonostante la pessima reputazione di cui godeva l'istituto, però, ci volle molto tempo prima che venisse definitivamente abbandonato, dal momento che comunque consentiva alla Corona di recuperare importanti somme di denaro.

Il declino fu però accelerato in seguito dallo sviluppo della macchina amministrativa e del sistema giudiziario inglese che, con la centralizzazione della giustizia, non aveva più bisogno di subappaltare al privato cittadino la gestione degli interessi della Corona.

2. Il Public Interest Discloure Act (PIDA).

L'istituto del *qui tam*, che intanto era stato esportato negli Stati Uniti[6], venne quindi

---

Cfr. J.R. BECK, *Promoting Executive Accountability Through Qui Tam Legislation*, in *Chapman Law Review*, 21, 1, pp. 41-55; E. CEVA, M. BOCCHIOLA, *Personal Trust, Public Accountability, and the Justification of Whistleblowing*, in *Journal of Political Philosophy*, 27, 2, 2019, pp. 187-206; G. HUNT, *The Principle of Complementarity: Freedom of Information, Public Accountability and Whistleblowing*, in R.A CHAPMAN, M. HUNT, *Open Government in a Theoretical and Practical Context*, London 2006; L. VALLI, *Whistleblowing, verità e democrazia: una riflessione*, in *Rivista semestrale di diritto*, 1, 2019, pp. 49-61. Cfr. anche V.M. DONINI, *La simbiosi tra accountability e whistleblowing nel quadro del governo aperto: un'analisi delle dinamiche e delle interazioni*, in *Federalismi.it*, in corso di pubblicazione.

[4] Come lo definì Edward Coke nel celebre *Third Part of the Institutes of the Laws of England* (1644). Dello stesso tenore il giudizio del celebre scrittore Jonathan Swift, che descriveva il *common informer* come il rappresentante di una categoria di persone detestabili.

[5] Il *Bill for the Ease of the Subject concerning the Informations upon Penal Statute* del 1618 iniziava a gradualmente restringere l'ambito di attività del *common informer*. Per l'evoluzione successiva dell'istituto cfr. J. WARNER, F. IVIS, A. DEMERS, *A Predatory Social Structure: Informers in Westminster, 1737-1741*, in ***The Journal of Interdisciplinary History***, 30, 4, 2000, pp. 617–634.

[6] Sia per l'applicazione diretta della *common law* inglese nei tribunali coloniali, sia per le legislazioni coloniali che riproducevano al loro interno espresse disposizioni *qui tam*. Il sistema fu poi ulteriormente definito con la promulgazione del *False Claims Act* nel 1863 che legittimava il cittadino, che assumeva la qualifica di *relator*, ad agire per conto dello Stato, anche in assenza di un danno diretto, quindi in deroga alle regole dello *standing* che

ISSN 2036-7821

gradualmente abbandonato, ma solo nel 1951 fu espressamente abrogato dal *Common Informers Act*[7]. Una volta eliminato questo retaggio storico con il suo ingombrante passato di abusi e storture[8], restava però ancora aperto il problema di come incentivare il singolo a segnalare eventuali fatti illeciti e collaborare quindi con lo Stato nella lotta alla corruzione e alle frodi, pur senza farsi carico dell'onere di agire in giudizio.

Tale problema negli Stati Uniti veniva risolto attraverso la complessa ed eterogena disciplina sviluppata lungo due diverse linee direttrici: da una parte la tutela del cittadino che segnala illeciti e agisce in giudizio, come previsto dal *False Claims Act* e quindi deve essere in qualche modo ricompensato per il suo sforzo con una percentuale su quanto effettivamente recuperato, e dall'altra la tutela del dipendente, pubblico o privato, che segnala illeciti e deve essere protetto da ritorsioni, oltre che eventualmente "ringraziato", come previsto da una serie di diversi interventi del legislatore che si sono succeduti nel corso del tempo[9].

Nel Regno Unito, invece, si è escluso aprioristicamente qualunque riferimento a eventuali ricompense, per concentrarsi sulla tutela del segnalante, considerato sempre più come un necessario presidio anticorruzione, anche alla luce dei numerosi scandali che contribuirono a richiamare l'attenzione sulla necessità di una normativa moderna, completa e dettagliata a tutela dei whistleblower. Si pensi ad esempio all'esplosione della piattaforma petrolifera Piper Alpha nel Mare del Nord, che nel 1988 uccise 167 persone: l'inchiesta diretta ad accertare le responsabilità, la *Public Inquiry into the Piper Alpha Disaster*[10], fece emergere una cultura organizzativa che di fatto impediva ai dipendenti di sollevare dilemmi o questioni, anche se riguardanti aspetti fondamentali come la salute o la sicurezza. Questo stesso atteggiamento intimidatorio fu riscontrato in altri disastri, quali il naufragio della nave mercantile Herald Free Entreprise che, nel 1987, costò la vita a 193 persone, o il disastro

---

disciplina l'accesso dei privati al giudice. Cfr. J.R. BECK, *Qui Tam Litigation Against Government Officials: Constitutional Implications of a Neglected History*, in *Notre Dame Law Review*, 93, 3, 2018, pp. 1235-1316; C. PONCIBÒ, *Interesse collettivo. Modelli di tutela giurisdizionale in diritto comparato*, Torino, 2010. Vedi anche V.M. DONINI, *La tutela del whistleblower tra etica e pragmatismo. La logica premiale del diritto statunitense: un modello da seguire?*, in *Amministrativ@mente, rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo*, n. 1, 2022, p. 230.

[7] Cfr. M.W. BERESFORD, *The Common Informer, the Penal Statutes and Economic Regulation,* in *The Economic History Review*, vol. 10, no. 2, 1957, pp. 221–238 che descrive l'istituto come il matrimonio della giustizia con la malizia e la cupidigia (p. 221).

[8] Come scrisse Edwards quando l'istituto venne finalmente abolito, scrivere un necrologio è normalmente qualcosa di triste e doloroso, ma se il soggetto della dipartita è il *common informer*, allora questo dovere diventa un compito estremamente piacevole. J. Ll. EDWARDS, *Common Informers Act*, in *The Modern Law Review*, 14(4), 1951, p. 462.

[9] Quali il *Lloyd-La Follette Act* del 1912, il *Whistleblower Protection Act* del 1989 (poi riformato nel 1994 e nel 2012), il *Sarbanes-Oxley Act* del 2002 e il *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* del 2010.

[10] Altrimenti nota come *Cullen Inquiry* dal nome del magistrato titolare dell'inchiesta, Lord William Douglas Cullen. I due volumi che contengono la *Cullen Inquiry* sono disponibili on line: https://www.hse.gov.uk/offshore/piper-alpha-disaster-public-inquiry.htm.

ISSN 2036-7821

ferroviario di Claphalm del 1988 in cui morirono 35 persone, per non parlare dei numerosi gravissimi episodi in ambito sanitario. In tutti questi casi, le inchieste che seguirono accertarono che, sebbene alcuni dipendenti fossero a conoscenza dei rischi e dei pericoli per la sicurezza, non avevano denunciato la propria organizzazione per negligenza o irregolarità perché avevano paura di ritorsioni. Gli incidenti si sarebbero potuti quindi evitare, e molte vite umane si sarebbero salvate, se solo chi era conoscenza delle gravi criticità o irregolarità avesse avuto il coraggio di segnalarle all'interno delle organizzazioni.

Tutto ciò, insieme alle forti pressioni della società civile impegnata sul fronte dell'*advocacy*[11] finalmente portava a maturare la convinzione, anche a livello parlamentare, dell'urgenza di una normativa che non solo proteggesse i whistleblower ma che in qualche modo potesse incoraggiarli a segnalare, proprio per evitare ulteriori tragedie.

Così, in un contesto politico trasversale (per cui la proposta di legge è stata avanzata da un deputato conservatore durante un governo laburista) si è arrivati all'approvazione, nel 1998, del *Public Interest Disclosure Act* (PIDA), la prima normativa in Europa in materia di tutela del *whistleblower* che, secondo Lord Borrie, rappresentava addirittura "the most far reaching piece of whistleblowing legislation in the world[12]".

Al di là delle criticità che poi sono emerse nella normativa, tanto da rendere oggi urgente e inevitabile una riforma, va riconosciuto al PIDA (entrato in vigore il 2 luglio 1999) il merito di aver creato nel Regno Unito un nuovo approccio al problema. Soprattutto, il PIDA ha contribuito a modificare l'atteggiamento verso i *whistleblower*, inizialmente ancora ostile, liberando l'istituto del whistleblowing da ogni legame con la vecchia disciplina del *common informer*[13].

Scopo del PIDA, che modifica l'*Employment Rights Act* del 1996, è proteggere il *whistleblower* "responsabile", che agisce, cioè, mosso da virtù civica e dalla volontà di perseguire l'interesse pubblico e non da un tornaconto personale[14]. Proprio per evitare ogni collegamento con l'ingombrante passato del *writ of qui tam*, viene esclusa qualunque forma di premialità per il dipendente, pubblico o privato, che faccia una segnalazione.

Per ottenere la protezione, però, è necessario rientrare nella categoria delle "persone

[11] In particolare la Fondazione *Public Concern at Work*, che oggi ha assunto il nome di *Protect* (https://protect-advice.org.uk/).

[12] Lord Borrie durante il dibattito alla House of Lords, citato in J. BOWERS QC, M. FODDER, J. LEWIS, J. MITCHELL, *Whistleblowing: Law and Practice*, Oxford, 2007.

[13] Cfr. L. VICKERS, *Whistling in the wind? The Public Interest Disclosure Act 1998*, in *Legal Studies*, 20(3), 2000, pp. 428-444. Vedi anche J. GOBERT, M. PUNCH, *Whistleblowers, the Public Interest, and the Public Interest Disclosure Act 1998*, in *Modern Law Review*, 2000, pp. 25-54.

[14] Espressamente viene riconosciuto il *diritto del dipendente di non subire alcuna conseguenza negativa da parte del datore di lavoro a seguito di una segnalazione.* (Section 47B dell'*Employment Rights Act*).

ISSN 2036-7821

protette", avere quindi lo status di lavoratore secondo la nozione introdotta dal PIDA, definizione comunque più ampia rispetto a quella più limitata prevista dall'*Employment Rights Act*[15].

Come specificato poi dal successivo *Enterprise and Regulatory Reform Act* del 2013, per essere meritevole di tutela, la segnalazione deve essere effettuata esclusivamente nell'interesse pubblico[16]; mentre il requisito della buona fede (previsto dalla Section 43C, 43E, 43F, 43G, 43H) è stato invece eliminato successivamente dall'*Enterprise and Regulatory Reform Act* nel 2013 che considerare la buona fede rilevante solo ai fini della corresponsione del risarcimento danni[17].

Ulteriore requisito della segnalazione è che questa possa essere considerata una *qualifying disclosure*, deve riguardare, cioè, una lista precisa di fattispecie quali: reati, illeciti civili o amministrativi, errori giudiziari, danni alla salute, alla sicurezza pubblica, all'ambiente, oppure deve riguardare l'occultamento di informazioni relative alle fattispecie elencate.

In tutti questi casi il *whistleblower* deve avere la ragionevole consapevolezza della verità di quanto asserito[18]. Ciò vuol dire che il contenuto della segnalazione non deve essere necessariamente vero, ma deve essere *ragionevolmente* ritenuta come tale dal *whistleblower*, e questo cosiddetto *reasonable belief* dipende da variabili personali quali il livello di istruzione e l'esperienza del dipendente.

Se sono presenti tali condizioni si attiva il meccanismo di protezione, che però interviene solo *ex post*: il dipendente, infatti, è tutelato eventualmente solo dopo aver subito le misure ritorsive ma non prima, in un'ottica preventiva, come accade invece nel nostro ordinamento. Ciò dipende dal fatto che, pur incoraggiando i datori di lavoro a dotarsi di procedure per la gestione della segnalazione e la tutela dei *whistleblower*, a differenza del sistema previsto dalla Direttiva 2019/1937 e dal nostro d.lgs. 24/2023, nel PIDA non è previsto un esplicito obbligo in tal senso[19]. La non

---

[15] A questo proposito cfr. la sentenza della Supreme Court, *Gilham v Ministry of Justice*, 2019, che ha esteso le tutele anche a categorie come ad esempio i giudici, che normalmente non rientravano nella nozione di *worker*. Per quanto riguarda invece le forze di polizia, originariamente escluse dall'ambito di applicazione del PIDA, queste rientrano oggi nella protezione dei whistleblower ai sensi del *Police Reform Act* del 2002.

[16] O quello che ragionevolmente si possa ritenere interesse pubblico. Tale requisito può essere soddisfatto anche dalla presenza di un interesse di un gruppo indipendente dal suo valore numerico, come precisato dalla Corte di Appello nel caso *Chesterton Global Ltd & Anor v Nurmohamed & Anor* del 2015.

[17] Sono quindi irrilevanti i motivi per cui viene fatta la segnalazione, purché questa continui a riguardare l'interesse pubblico. Cfr. J. ASHTON, *15 Years of Whistleblowing Protection under the Public Interest Disclosure Act 1998: Are We Still Shooting the Messenger*?, in *Industrial Law Journal*, 44, 2015, pp. 29-52.

[18] Ciò vuol dire, come affermato nel caso *Babula vs Waltham Forest College, 2007*, che la segnalazione si basa su ciò che il segnalante ha effettivamente compreso, e non sui fatti concreti. Di conseguenza, la tutela prevista dal PIDA è applicabile anche al caso del *whistleblower* che ha effettuato una segnalazione non corretta, purché avesse il *reasonable belief* della verità di quanto affermato.

[19] Una guida ufficiale per implementare i sistemi di gestione delle segnalazioni è il *Whistleblowing Arrangements Code of Practice* del 1998, promosso dal British Standards Institute, e il documento non vincolante *Whistleblowing:*

ISSN 2036-7821

obbligatorietà delle misure rappresenta indiscutibilmente una grave criticità che toglie fiducia nel sistema[20] e scoraggia i potenziali *whistleblower* qualora nelle loro organizzazioni tali procedure non siano implementate.

Un'ulteriore significativa criticità concerne il destinatario della segnalazione. Se nel nostro ordinamento la segnalazione può essere indirizzata internamente a una figura "neutrale"[21] o esternamente[22], nel sistema del PIDA la segnalazione deve essere diretta normalmente al datore di lavoro, anche se non viene individuata una figura *ad hoc* all'interno dell'organizzazione. E già questo rappresenta un grave problema, dal momento che non è detto che il datore di lavoro (di difficile individuazione poi nelle strutture pubbliche) non sia coinvolto nell'illecito segnalato, o che comunque riesca a garantire la necessaria imparzialità e integrità nella gestione della segnalazione. Tutte criticità che nel nostro ordinamento sono state risolte introducendo il ruolo del Responsabile per la Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza (RPCT): figura terza rispetto al superiore gerarchico (che era invece inizialmente indicato come destinatario della segnalazione), e soprattutto persona alla quale viene assegnato il ruolo di garante dell'integrità e legalità dell'organizzazione.

Tale ruolo non viene invece introdotto nel sistema del PIDA, che si limita a indicare come destinatario della segnalazione il generico "*employer*", il datore di lavoro[23], con tutte le difficoltà che possono derivare in termini di fiducia e attrattività del sistema.

Solo in alcuni ambiti specifici (ad esempio nella *Financial Conduct Authority* o nella *Prudential Regulation Authority*) è stata istituita la figura del cosiddetto *Whistleblowing Champion*, un dirigente incaricato di supervisionare l'efficacia della gestione delle procedure di segnalazione all'interno dell'organizzazione.

---

guidance and code of practice for employers realizzato dal Department for Business, Energy and Industrial Strategy nel 2015.

[20] Si veda, D. LEWIS, T. BOYLIN, *Results of a FTSE Top 100 Website Survey on Whistleblowing Arrangements*, Department of Law and Politics at Middlesex University, 2018. La ricerca ha messo in evidenza come la non obbligatorietà dei meccanismi di gestione delle segnalazioni produca l'effetto non solo di scoraggiare la diffusione dell'istituto, ma anche impedisce l'individuazione di best practices. Inoltre, anche dove sono presenti tali procedure spesso manca ancora la formazione necessaria ai dipendenti, che quindi non sono consapevoli dei loro diritti.

[21] Nelle pubbliche amministrazioni tale ruolo spetta al Responsabile per la Prevenzione della Corruzione e Trasparenza (RPCT).

[22] All'ANAC, anche se il d.lgs. 23/2024 ha reso l'accesso alla segnalazione esterna più complesso, allo scopo di incentivare (conformemente alle indicazioni contenute nella Direttiva) il canale interno di segnalazione, considerato più efficace per effettuare poi un tempestivo intervento correttivo. Va detto però che, se la Direttiva lascia comunque l'ultima parola al *whistleblower*, che deve essere libero, come specifica il Considerando 33, di poter scegliere il canale di segnalazione più adeguato in funzione delle circostanze specifiche del caso, il d.lgs. 23/2024 subordina l'accesso alla segnalazione esterna a precise condizioni e presupposti, forse troppo severi. Sul punto cfr. V.M. DONINI, *Il decreto legislativo 24/2023: reale innalzamento delle tutele del whistleblower oppure un'occasione mancata? Un'analisi critica e comparatistica*, in *Lavoro, Diritti, Europa,* in corso di pubblicazione.

[23] Cfr. Section 43C PIDA.

ISSN 2036-7821

Inoltre, solo se espressamente previsto dalla *policy* interna, il datore di lavoro può autorizzare la segnalazione a una parte terza, esterna all'organizzazione o a un consulente legale.
Altrimenti, e questo rappresenta un'ulteriore criticità dal momento che parcellizza eccessivamente il sistema, il *whistleblower* può indirizzare la sua segnalazione a una serie di *prescribed persons*, identificate dal *Prescribed Persons Order* del 2014. Rientrano in questo elenco di possibili destinatari delle segnalazioni, ad esempio, la magistratura contabile, i membri del Parlamento, la Banca d'Inghilterra, l'ispettorato del lavoro, l'agenzia ambientale, le varie Autorità (per il mercato e concorrenza, finanziarie o per l'elettricità e il gas, o per l'acqua) e così via. Si tratta di una lista molto lunga, composta da circa una settantina di enti[24]: se in astratto questa possibilità di segnalare esternamente a un'autorità indipendente può rassicurare il *whistleblower*, soprattutto quando nella sua organizzazione non sono previsti meccanismi interni di protezione, dall'altra, tuttavia, ciò crea un sistema estremamente frammentato, eterogeneo e poco coordinato.
Tutto ciò contribuisce a creare un quadro normativo molto complesso, ma forse poco efficiente: appare evidente, infatti, come il meccanismo di tutela previsto dal PIDA si attivi solo a determinate condizioni. Di conseguenza non ha una portata ampia e generale ma si limita a prevedere una protezione (parziale) solo per alcune categorie di persone (che rientrano, cioè, nella specifica nozione di *worker*), che rivelano informazioni di un certo tipo (*qualifying disclosure*) e lo fanno secondo una certa specifica procedura.
Di conseguenza il PIDA, che nel 1998 rappresentava un importante passo avanti nel panorama mondiale della tutela del *whistleblower*, tanto da essere comunemente considerata come una delle migliori normative in materia, nel corso del tempo ha mostrato tutti i suoi limiti[25].

3. Principali problemi e criticità del PIDA.

A 25 anni ormai dall'entrata in vigore del PIDA è corretto quindi domandarsi se il sistema non debba essere sottoposto a una revisione, dal momento che gli interventi di riforma del 2013 con l'*Enterprise and Regulatory Reform Act* e del 2017, quando è stato introdotto l'obbligo delle *Prescribed Persons* di riferire annualmente al governo e poi pubblicare il numero delle segnalazioni ricevute e gli esiti[26], non hanno prodotto

[24] Nel 2022, con il *Public Interest Disclosure (Prescribed Persons) (Amendment) Order* 2022 è stata ulteriormente ampliata la lista delle *prescribed persons* con particolare attenzione all'ambito ambientale.
[25] J. ASHTON, *15 Years of Whistleblowing Protection under the Public Interest Disclosure Act 1998: Are We Still Shooting the Messenger?*, in *Industrial Law Journal*, 44, 2015, pp. 29-52.
[26] Cfr. *Prescribed Persons (Reports on Disclosures of Information) Regulations* 2017. Proprio quest'obbligo di pubblicazione ha fatto emergere in modo palese il fallimento del sistema, dal momento che la maggior parte delle segnalazioni ricevute da questi enti vengono respinte come *non qualifying disclosure*. (Cfr. All Party Parlamentary Group, *Whistleblowing: The personal cost of doing the right thing and the cost to society of ignoring it*, 2022, p. 15).

ISSN 2036-7821

significativi miglioramenti in termini di protezione del segnalante.
Permangono, infatti, le numerose problematiche che rendono ancora oggi estremamente rischiosa la segnalazione nel Regno Unito: il *whistleblower* si trova esposto a una serie di conseguenze e misure ritorsive, oltre che a una forte stigmatizzazione sociale[27]. Di conseguenza, persiste ancora oggi grande sfiducia e timore nei confronti dell'istituto.
Una prima criticità riguarda l'ambito di applicazione soggettivo che, nonostante le riforme citate, è ancora limitato e non consente di tutelare tutta una serie di soggetti, sia nel settore pubblico che privato[28].
Inoltre, il fatto che l'impianto normativo del PIDA preveda che eventuali controversie derivanti dalla segnalazione rientrino nella competenza dell'*Employment Tribunal* (i tribunali del lavoro), rende la tutela decisamente inefficace.
Questo perché nel sistema inglese non è istituita un'Autorità indipendente (come, ad esempio, l'ANAC in Italia), che abbia il potere di dichiarare nulle le misure ritorsive. Quindi il *whistleblower* che perde il lavoro a seguito della segnalazione potrà solamente adire il giudice del lavoro, con conseguenti lunghe attese, ed esiti incerti, mentre i costi sono non solo certi, ma anche molto alti. Di conseguenza, anche nei rari casi in cui il *whistleblower* riesce a vincere la causa, si tratta in realtà di una vittoria di Pirro, dal momento che i danni, fisici, mentali e relazionali (tanto da parlare di un vero e proprio stress post traumatico[29]) rimangono nel tempo e difficilmente verranno risarciti[30].

---

[27] Cfr. E. GOFFMAN, *Stigma: Notes on the management of spoiled identity*, Englewoood Cliffs, 1963, che considera che sono stigmatizzati gli individui quando vengono percepiti come anormali rispetto al contesto generale o comunque *persona non grata*, e di conseguenza subiscono screditamento e isolamento. Cfr. anche K. KENNY, M. FOTAKI, *Post –Disclosure Survival Strategies: Transforming Whistleblowing Experiences*, Galway 2019; D. WARREN, *Corporate scandals and spoiled identities: how organisations shift stigma to employees*, in *Business Ethics Quarterly*, 17(3), 2007, pp. 477-496; B. BJORKELO, M. MACKO, *The stigma of reporting wrongdoing at work: when doing right is perceived as wrong*, in *Polish Psychology Bulletin*, 43, 2012, pp. 70-75. Sullo stigma che si traduce in una *exit* forzosa dall'organizzazione, cfr. A. VANNUCCI, *Costi e benefici morali del whistleblowing. Uno schema analitico e le implicazioni di policy*, in V.M. DONINI, *Whistleblowing e cultura dell'integrità*: *riflessioni di istituzioni e società civile per una nuova narrazione*, SNA, 2023, p. 232.

[28] Sebbene ai sensi del PIDA la nozione di *worker* è comunque più ampia rispetto a quella di altre normative in materia di diritto del lavoro: vengono infatti ricompresi collaboratori, stagisti e fornitori di servizi medici, odontoiatrici, oftalmici o farmaceutici. Ma non vengono inclusi ad esempio i candidati a un colloquio di lavoro, volontari o lavoratori autonomi.

[29] Non a caso il rapporto promosso dall'APPG nel 2022, *Whistleblowing: The personal cost of doing the right thing and the cost to society of ignoring it*, promosso dall'All Party Parliamentary Group, parla addirittura di una *weaponization* del contenzioso, usato come arma per ottenere il ritiro della segnalazione (p. 9).

[30] Secondo i dati pubblicati dalla Fondazione *Protect*, solo il 4% dei casi presentati agli *Employment Tribunal* hanno un esito positivo per il whistleblower: sulla base di questo dato, secondo la deputata Mary Robinson, autrice di diverse proposte di legge, "our world-leading legislation, is now seen as a discredited and distrusted law that has failed to protect whistleblowers or the public against wrongdoing and harm. Where we once led the way, we now lag behind". Mary Robinson, intervento alla House of Commons, 26 aprile 2022 (https://hansard.parliament.uk/commons/2022-04-26/debates/9CD2DC9F-2DB8-4781-AAF0-A3B7DCF4A710/Whistleblowing).

ISSN 2036-7821

Ma il problema più grave connesso con il ricorso al tribunale del lavoro è l'oggetto dell'accertamento. Nella discussione davanti all'*Employment Tribunal*, infatti, l'attenzione si concentra non su quanto segnalato dal *whistleblower*, ma sul comportamento del *whistleblower* stesso, rischiando in questo modo di delegittimarlo, ma soprattutto di non ascoltarlo: la segnalazione, infatti, viene ignorata, e lo sforzo del whistleblower perde ogni utilità ed efficacia.

D'altronde nel sistema del PIDA non è previsto alcun dovere di riscontro al *whistleblower*[31], e manca addirittura l'obbligatorietà di qualsiasi attività di verifica. Di conseguenza, la segnalazione diventa sostanzialmente inutile perché non è seguita da alcuna attività istruttoria o correttiva. Sappiamo bene, invece, che sapere di essere presi sul serio e che alla segnalazione verrà dato il giusto seguito, è fondamentale per incoraggiare il segnalante a non perdere fiducia nel sistema.

La realtà dei fatti dimostra, invece, che l'unica conseguenza quasi certa rimane la ritorsione: sebbene il PIDA affermi il principio astratto che "where a worker, as defined in section 43K of the 1996 Act makes a protected disclosure he/she has a right not to be subjected to any detriment by his/her employer, a fellow employee or an agent of the employer for making that protected disclosure" a tale diritto di non essere sottoposto a misure ritorsive non corrisponde nella pratica una tutela efficace.

Il *whistleblower* che lamenti l'applicazione della misura ritorsiva potrà infatti ricorrere all'*Employment Tribunal* ai sensi dell'*Employment Rights Act* (section 48(1)(a)), entro tre mesi dall'applicazione della misura. Se il termine di tre mesi appare forse eccessivamente breve, è sicuramente positivo che nell'adire il tribunale, il *whistleblower* non debba dimostrare un'anzianità minima di servizio[32], perché la tutela a seguito di una segnalazione è applicabile sin dal primo giorno di lavoro. Tuttavia, anche qualora dovesse ottenere una decisione in suo favore (ad esempio un ordine di risarcimento o di reintegro sul posto di lavoro), questa non sarà azionabile, dal momento che sul datore di lavoro non grava l'obbligo di adempiere a tale ordine (cfr. section 113 e 117). Quindi difficilmente il *whistleblower* sarà risarcito o reintegrato sul suo posto di lavoro, nonostante questo sia il suo desiderio principale: secondo una ricerca promossa da Whistleblowers UK[33], nel settore pubblico (ma i dati non sono tanto diversi per il settore privato), il *whistleblower* ha meno del 50% di probabilità di tornare al suo lavoro originario. E chi ha la possibilità di farlo, spesso

[31] Come dispone invece la Direttiva 2019/1937 (e di conseguenza il sistema italiano riformato dal d.lgs. 24/2023) per cui destinatario della segnalazione non solo deve dare un avviso di ricevimento al segnalante entro sette giorni dalla data del suo ricevimento, ma deve poi mantenere interlocuzioni con il segnalante per acquisire, se necessario, ulteriori informazioni e infine, dopo aver dato diligente seguito alle segnalazioni ricevute deve dare un riscontro al segnalante entro tre mesi.

[32] Si consideri che nei casi di licenziamento senza giusta causa che non riguardano però il *whistleblowing* la tutela è applicabile solo dopo due anni di servizio.

[33] Whistleblowers UK (2023), *Whistleblowing Awareness Week 2023: The Data*, in https://www.wbuk.org/whistleblowing-awareness-week.

ISSN 2036-7821

rientra a un livello inferiore a quello precedente la segnalazione[34].
Ulteriore criticità è rappresentata dalla pratica molto diffusa, soprattutto nel settore privato, dei *non disclosure agreement* (NDA), o *gagging clauses*, accordi di riservatezza che prevedono il pagamento di una somma di denaro al dipendente alla fine del suo rapporto di lavoro, per evitare la diffusione di informazioni sensibili. Per quanto in astratto tali accordi siano legittimi, spesso vengono utilizzati per impedire ai dipendenti di trasformarsi in potenziali *whistleblower* e rivelare all'esterno illeciti interni all'organizzazione. Ben si comprende la problematicità di questa pratica, e soprattutto la contraddizione con un sistema che dovrebbe invece incoraggiare l'emergere di illeciti e irregolarità. Nonostante il PIDA contenga una previsione normativa diretta a regolarizzare tali accordi[35], la sua formulazione risulta troppo vaga e suscettibile di diverse interpretazioni. Questo è stato evidenziato anche da un'inchiesta governativa del 2019 che, rispondendo a una consultazione pubblica[36], sottolineava come l'attuale uso distorto delle clausole di riservatezza richieda un intervento riformatore del legislatore. Tale intervento è necessario per chiarire i contenuti e i limiti dei *non disclosure agreement* e garantire che questi non impediscano eventuali segnalazioni. Tuttavia, nonostante siano trascorsi quasi sei anni, la riforma auspicata non è stata ancora attuata.

4. L'esigenza di una riforma e modelli di riferimento.

Tutte queste criticità non fanno che accrescere la sfiducia nel sistema e mettono in luce l'inefficacia del PIDA che, di fatto, non consente effettivamente di esaminare i contenuti delle segnalazioni, e inibisce la possibilità di dare un diligente seguito e poi un intervento correttivo a quanto segnalato.
In questo contesto, e sulla scia dei numerosi scandali in particolare in ambito sanitario che negli ultimi tempi hanno messo ancora più in evidenza il ruolo cruciale dei *whistleblower* nel Regno Unito, la società civile si è mobilitata per promuovere delle riforme che vadano nella direzione di un innalzamento della tutela del segnalante. Si percepisce infatti come urgente, in primo luogo, chiarire in maniera

[34] Questo perché le ritorsioni nei confronti dei *whistleblower* sono sempre più frequenti e non terminano con la perdita del posto di lavoro, ma proseguono con l'inserimento del nome del *whistleblower* in liste nere "informali" per cui il rientro non avviene prima di una media di tre anni e mezzo (K. KENNY, M. FOTAKI, *The Costs and Labour of Whistleblowing: Bodily Vulnerability and Post disclosure Survival*, in *Journal of Business Ethics*, 182, 2023, p. 349). Va anche detto che, sebbene sia comprensibile il desiderio del *whistleblower* di rientrare nel suo posto di lavoro, si comprende anche il desiderio opposto di chi, ritenendo ormai tossico l'ambiente lavorativo, vorrebbe avere la possibilità di essere trasferito altrove. Questa possibilità, tuttavia, non è prevista nel sistema del PIDA, ma nemmeno nel nostro ordinamento, incentrato sul diritto del dipendente di essere reintegrato sul posto di lavoro, ma non di averne un altro.

[35] Cfr. Section 43J che prevede la nullità di tali accordi qualora impediscano al dipendente di effettuare una segnalazione protetta.

[36] Department for Business, Energy & Industrial Strategy, *Confidentiality Clauses, Response to the Government consultation on proposals to prevent misuse in situations of workplace harassment or discrimination*, July 2019.

ISSN 2036-7821

inequivocabile il significato del *whistleblowing* nel sistema inglese[37]; inoltre è imprescindibile definire concretamente l'obbligo delle organizzazioni pubbliche e private di prevedere meccanismi per la gestione delle segnalazioni e per la tutela dei whistleblower[38].

Un primo risultato, anche se confinato in ambito sanitario[39], è stato raggiunto nel 2016 con la creazione del *National Guardian's Office*. A seguito di gravi scandali, il rapporto *The Freedom to speak up*[40] aveva messo in evidenza tutta una serie di problematiche a partire dal fatto che il contesto generale non incoraggiava le segnalazioni, e che il *whistleblower* veniva considerato negativamente: non come colui che risolve un problema, ma come colui che lo pone. Di conseguenza era difficile far emergere e poi arginare i drammatici episodi di malasanità che avevano causato ingenti costi umani. Allo stesso tempo si rivelava tutta l'inadeguatezza del PIDA nel proteggere chi invece provava ad attirare l'attenzione su queste vicende.

L'istituzione del *National Guardian's office* che assiste, forma e sostiene una rete di "guardiani delle voci coraggiose" (*Freedom to Speak Up Guardians*), ha rappresentato quindi sicuramente un importante passo in avanti in termini di sensibilizzazione e consapevolezza, grazie anche alla pubblicazione di dati e report sul tema. Non avendo però alcun potere di intervento o sanzionatorio nei confronti dei datori di lavoro, il *National Guardian's office* non riesce a offrire un sostegno concreto a chi subisce misure ritorsive.

Di conseguenza, nonostante i passi in avanti, dal punto di vista operativo il contesto non è cambiato sostanzialmente e permane un clima di paura che impedisce ai potenziali *whistleblower* di segnalare episodi di negligenza, corruzione e malaffare[41].

---

[37] D'altronde crea una certa confusione anche il fatto che nel PIDA la parola *whistleblower* o *whistleblowing* non venga mai menzionata.

[38] O. NWOHA, *Whistleblower Protection in the UK: A Case for Reform*, in *Business Law Review*, 42, 5, 2021, pp. 240-251.

[39] Già lo *Small Business, Enterprise and Employment Act* del 2015, alla Section 149 aveva attribuito al Secretary of State il potere di emanare regolamenti diretti a proibire al datore di lavoro in ambito sanitario di discriminare un candidato che era già stato autore di segnalazione. Cfr. *Employment Rights Act 1996 (NHS Recruitment – Protected Disclosure) Regulations*, 2018.

[40] L'inchiesta, realizzata dal Consigliere della Regina sir Robert Francis e pubblicata nel 2015, esplicitamente sottolinea come: "At best the legislation provides a series of remedies after detriment, including loss of employment, has been suffered. Even these are hard to achieve, and too often by the time a remedy is obtained it is too late to be meaningful". (p. 9). Cfr. http://freedomtospeakup.org.uk/wp-content/uploads/2014/07/F2SU_web.pdf.

[41] Solo per fare un esempio, si pensi alle gravi negligenze del reparto maternità dello Shrewsbury and Telford Hospital NHS Trust Maternity che, come accertato dal rapporto Ockenden tra il 2000 e il 2019 hanno causato la morte di 12 madri e la morte o danni cerebrali gravi di 1486 neonati. Cfr. https://www.gov.uk/government/publications/final-report-of-the-ockenden-review/ockenden-review-summary-of-findings-conclusions-and-essential-actions#our-findings-following-the-review-of-family-cases. Si veda anche il caso di Lucy Letby, l'infermiera che ha assassinato 7 neonati, e tentato di ucciderne altri 6: diversi medici e infermieri avevano cercato di attirare l'attenzione sulla correlazione tra la presenza di Letby e quelle morti sospette, ma erano stati tutti ignorati.

ISSN 2036-7821

Per questi motivi, l'esigenza di un nuovo intervento riformatore è stata riconosciuta anche dal governo[42] che nel marzo 2023 ha avviato un programma di revisione della regolamentazione in materia di *whistleblowing*, per valutare l'efficacia (o meglio, inefficacia) dell'attuale normativa, e considerare le possibilità di modifica.
Purtroppo, finora la *Review* non ha prodotto risultati concreti; tuttavia, non si possono ignorare gli sforzi compiuti da società civile e gruppi parlamentari per proporre delle soluzioni concrete all'inefficacia del PIDA, attraverso diversi progetti o disegni di legge.
Tali progetti rappresentano un interessante materiale di studio, per il comparatista, non tanto per l'esito, dal momento che nessuno di questi si è trasformato in legge, ma per il modello di ispirazione, cioè la Direttiva UE 2019/1937.
Sebbene la Direttiva non sia formalmente applicabile nel Regno Unito, questa rappresenta comunque un imprescindibile punto di riferimento, poiché innalza significativamente lo standard di protezione del *whistleblower* e promuove un ambiente in cui le segnalazioni di illeciti possano essere fatte, almeno secondo la cosiddetta *law in the books*, in sicurezza e senza timore di ritorsioni. Di conseguenza, nel confronto con la Direttiva, sotto il profilo contenutistico, il PIDA rivela ancora di più i suoi limiti e la sua inadeguatezza.
In quest'ottica, è interessante citare l'attività di *Protect*, che con la campagna *Let's fix UK Whistleblowing Law* ha elaborato una proposta di riforma molto articolata, il *Whistleblowing Bill. A Bill to strengthen whistleblowing protection*, che si ispira chiaramente alla Direttiva UE 2019/1937.
La proposta di *Protect* mira proprio a colmare le lacune esistenti nel sistema di protezione britannico, allineandolo ai più elevati standard europei, con l'obiettivo di creare un quadro normativo che non solo protegga efficacemente i *whistleblower* dalle ritorsioni, ma che li incoraggi attivamente a segnalare comportamenti illeciti, contribuendo così a prevenire corruzione, scandali e tragedie future. In particolare, il *Whistleblowing Bill* propone una modifica della Section 43K del PIDA, nella parte in cui presenta una definizione considerata ancora limitata di *worker*, per recepire sostanzialmente l'art. 4 della Direttiva 2019/1937 che, come è noto, offre una nozione molto ampia di dipendente, fino a estendere la tutela anche a chi non è ancora, o non è più, dipendente. Il progetto di riforma propone inoltre l'introduzione nelle organizzazioni di canali di segnalazioni interni in grado di assicurare riservatezza e confidenzialità (anche qui riprendendo gli standard previsti dalla Direttiva), e sancisce espressamente alcuni obblighi in capo al datore di lavoro, tra cui l'implementazione di specifiche misure di protezione per il *whistleblower*, la

[42] Cfr. K. BOULOY, *The Public Interest Disclosure Act 1998: Nothing More than a Cardboard Shield*, in Manchester Review of Law, Crime & Ethics, 1, 2012, pp. 1-18, che sottolinea come la principale criticità sia l'assenza di obbligatorietà nell'attuazione delle misure e procedure per tutelare i whistleblower sul luogo di lavoro, e l'assenza di chiarezza nell'individuare i destinatari della segnalazione.

ISSN 2036-7821

designazione di una persona alla quale il *whistleblower* possa comunicare l'eventuale applicazione di misure ritorsive (una figura quindi intermedia che corrisponderebbe nel nostro ordinamento al ruolo del RPCT e dell'ANAC), e la formazione specifica per tutti i dipendenti su come si effettua una segnalazione.

In conformità alle modalità procedurali previste dalla Direttiva UE 2019/1937, e per colmare le lacune del PIDA, la proposta di *Protect* recepisce anche l'esigenza di un riscontro tempestivo: entro 7 giorni dalla segnalazione il *whistleblower* deve ricevere un avviso di ricevimento, ed entro tre mesi deve avere un riscontro definitivo sugli esiti della segnalazione. A questi requisiti, il progetto aggiunge (specificando quello che nella Direttiva è definito come un "diligente seguito") che ogni 14 giorni il *whistleblower* deve essere informato delle azioni intraprese o delle ragioni per cui non sono state intraprese alcune azioni.

Ulteriore allineamento con il modello unionale è rappresentato dalla proposta di inversione dell'onere della prova, in modo che non sia il *whistleblower* a dover dimostrare il collegamento tra misura ritorsiva e segnalazione[43], ma siano invece le organizzazioni a dover dimostrare che la misura percepita come ritorsiva non abbia in realtà nulla a che vedere con la segnalazione[44].

In merito alla *vexata quaestio* dei *non-disclosure agreements*, il progetto di *Protect* prevede una riforma dell'attuale Section 43J del PIDA, per esplicitare il divieto di stipulare clausole di lealtà che impediscano al potenziale *whistleblower* di effettuare una segnalazione[45], in linea anche con l'approccio contenuto nella Direttiva 2019/1937[46].

Per quanto riguarda i tempi di prescrizione troppo brevi, il progetto propone inoltre un'estensione da tre a sei mesi per adire l'*Employment Tribunal* in caso di applicazione di misure ritorsive.

Infine, viene proposta l'istituzione di un nuovo organismo indipendente, il *Whistleblowing Commissioner*, incaricato di effettuare un'attività di verifica e dare un

[43] Come prevede attualmente il sistema inglese dal momento che, nel silenzio del PIDA su questo tema, si applicano le norme generali disposte dall'*Employment Rights Act*.

[44] Come d'altronde è già previsto nel nostro ordinamento, anche da prima del recepimento della Direttiva.

[45] "No agreement made before, during or after employment between a person and an employer may preclude that person from making a protected disclosure. This includes contracts, workplace policies, and any other agreements or requirements, be they verbal or written. Any settlement agreement must contain:

(a) a clear statement that nothing in the agreement affects the rights of a person to make a protected disclosure and stipulate the types of disclosures that can be made and to which categories of authorities; and

(b) certification by the independent adviser that the effect of any requirements of confidentiality and the limitations on those requirements have been explained to the employee."

[46] Cfr. il Considerando 91 della Direttiva che contiene questo principio anche se in forma di raccomandazione, non di *hard law*: "Non dovrebbe essere possibile far valere obblighi giuridici o contrattuali degli individui come le clausole di lealtà dei contratti o gli accordi di riservatezza o non divulgazione per impedire di effettuare una segnalazione, negare la protezione o penalizzare le persone segnalanti per aver effettuato una segnalazione o aver divulgato informazioni, se fornire le informazioni che rientrano nell'ambito di applicazione di tali clausole e accordi è necessario per rivelare la violazione".

ISSN 2036-7821

seguito a quanto segnalato, in modo da superare la criticità della mancata efficacia della segnalazione sul piano sostanziale. Il *Whistleblowing Commissioner* dovrebbe essere altresì dotato di poteri di intervento e sanzionatori, proprio per risolvere una delle maggiori problematiche del sistema inglese di protezione del *whistleblower*, cioè l'assenza di un'autorità indipendente con i poteri e le funzioni che, ad esempio nel nostro ordinamento, sono attribuite all'ANAC.

L'esigenza di istituire un'Autorità indipendente è al centro anche di altri progetti presentati in Parlamento tra il 2020 e il 2024, come ad esempio il *Public Interest Disclosure Protected Bill*, presentato dallo Scottish National Party nel febbraio 2020, incentrato sulla creazione della *Whistleblowing Commission*, un'autorità indipendente e sull'introduzione del reato di ritorsione ai danni del *whistleblower*.

Sia la proposta di legge elaborata dal gruppo parlamentare misto espressamente dedicato al *whistleblowing* (*All Party Parliamentary Group for Whistleblowing*)[47] presentata dalla deputata conservatrice Mary Robinson alla House of Commons nel 2022, sia la proposta presentata alla House of Lords dalla Baronessa Kramer (laburista), si focalizzavano prevalentemente sulla creazione di un *Office of the Whistleblower*. Ma entrambe le proposte non hanno avuto il sostegno necessario per trasformarsi in legge.

Un ulteriore tentativo, il *Whistleblowing Bill*[48], è invece attualmente ancora in lettura, dopo essere stato presentato alla House of Commons la prima volta nel febbraio 2024. Promosso sempre dall'*All Party Parliamentary Group for Whistleblowing* insieme all'organizzazione della società civile *WhistleblowersUK*[49], questo testo risulta particolarmente interessante, perché pur differenziandosi in alcuni significativi ambiti, presenta comunque delle importanti analogie con il modello unionale.

Il *Whistleblowing Bill* mira, in primo luogo, a rivoluzionare l'impianto legislativo, prevedendo precisi obblighi a carico delle organizzazioni per assicurare trasparenza, *accountability* e integrità nelle procedure di gestione della segnalazione. Prevede altresì sanzioni anche penali ai datori di lavoro responsabili di ritorsione, e sanzioni amministrative per non aver dato seguito alla segnalazione. L'obiettivo è quindi creare un nuovo contesto organizzativo e culturale, favorevole alla diffusione della

[47] Istituito nel 2018. All Party Parliamentary Group for Whistleblowing, https://www.appgwhistleblowing.co.uk/.

[48] Il titolo complete è *Whistleblowing Bill. A Bill to establish an independent Office of the Whistleblower to protect whistleblowers and whistleblowing in accordance with the public interest; to make provision for the Office of the Whistleblower to set, monitor and enforce standards for the management of whistleblowing cases, to provide disclosure and advice services, to direct whistleblowing investigations and to order redress of detriment suffered by whistleblowers; to create offences relating to the treatment of whistleblowers and the handling of whistleblowing cases; to repeal the Public Interest Disclosure Act 1998; and for connected purposes.*

[49] In particolare, l'associazione Whistleblowers UK, https://www.wbuk.org/ si è fatta promotrice di ben quattro progetti di legge relativi alla creazione di questa nuova autorità: *The Office of the Whistleblower Bill*, *The protection of Whistleblowing Bill*, *Whistleblowing within the Economic Crime Bill*, e *Amendment to the National Security Bill*.

ISSN 2036-7821

segnalazione come strumento per aumentare la capacità delle organizzazioni di scoprire, e quindi prevenire, la corruzione. Se sotto il profilo organizzativo occorre quindi attuare specifiche *policy* e meccanismi di gestione, dal punto di vista culturale diventa centrale la formazione dei dipendenti, per renderli consapevoli dei loro diritti e delle loro responsabilità.
Palesando però una certa diffidenza nei confronti dei meccanismi interni di segnalazione, a differenza del modello incarnato dalla Direttiva UE 2019/1937 che di fatto incoraggia il canale interno rispetto a quello esterno, il *Whistleblowing Bill* sollecita invece la collaborazione con enti esterni, considerati come garanti di maggiore riservatezza e imparzialità[50].
Il tema della necessità di istituire un'autorità indipendente in questo ambito è presente anche in questa proposta, che chiede la creazione del cosiddetto *Office of the Whistleblower*, competente per esaminare le segnalazioni e procedere ad accertamenti e verifiche.
In questo modo si centralizzerebbe finalmente la gestione del *whistleblowing* che, come si è visto, grazie al sistema delle *prescribed persons* è eccessivamente parcellizzata e frammentaria. Ma soprattutto si alleggerirebbe la posizione del *whistleblower*, che non sarebbe più costretto a rivolgersi all'*Employment Tribunal*, con tutti i limiti evidenziati finora, ma avrebbe un interlocutore, autorevole e competente, cui segnalare e a cui chiedere protezione da eventuali ritorsioni.
Non solo: andando anche oltre il modello della Direttiva, questa autorità dovrebbe supportare i *whistleblower* non solo fornendo assistenza legale, ma anche un concreto sostegno finanziario per far fronte alle spese legali.

5. Premiare o non premiare: questo è il problema.
Come si è visto, per motivi anche storici e culturali, nel Regno Unito non si è optato per una premialità, a differenza ad esempio del sistema statunitense.
Nel Regno Unito, attualmente, le uniche esperienze di premialità riguardano l'ambito delle frodi fiscali (ma si tratta di ricompense irrisorie) e i programmi promossi dalla *Competition and Marckets Authority*. In questo caso è semplicemente fissata una sorta di *fair price* per chi denuncia eventuali cartelli tra aziende concorrenti: si tratta quindi non tanto di un recupero delle azioni *qui tam* (dato che è esclusa la possibilità del cittadino di agire in giudizio per conto dello Stato) come invece è previsto negli USA dal *False Claims Act*, quanto invece di un avvicinamento al modello del *bounty reward* statunitense come previsto dal *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, che introduce il meccanismo del *cash for*

[50] Cfr. D. LEWIS, *The motivations of external whistleblowers and their impact on the intention to blow the whistle again*, in *Business Ethics: A European Review*, 28(3), 2019, pp. 379-390.

ISSN 2036-7821

information[51].

Nel dibattito pubblico e politico però il tema della ricompensa continua a essere centrale, e la società civile chiede a gran voce un cambiamento legislativo, perché la premialità contribuirebbe al processo di normalizzare e togliere stigma sociale all'istituto.

Tuttavia, appare evidente come il contesto generale forse non sia ancora pronto alla previsione di una premialità. D'altronde su questo tema la stessa Direttiva 2019/1937 ha scelto di rinviare ai singoli diritti nazionali, e nel caso italiano, ad esempio, la soluzione adottata non prevede alcuna ricompensa ai segnalanti, continuando quindi ad allontanare l'Italia dal modello statunitense.

Se si possono comprendere le obiezioni di chi vede nella ricompensa un rischio di "monetizzazione" della virtù, e di chi, per normalizzare l'istituto, promuove semplicemente la sua concettualizzazione formale come dovere di ogni dipendente[52], non appare corretto però scaricare tutto il peso e le conseguenze negative della segnalazione sul *whistleblower*. D'altronde, come spiegare altrimenti la premialità che viene sostanzialmente riconosciuta ai collaboratori di giustizia, i quali, pur implicati in azioni criminali, ottengono dei benefici concreti nel momento in cui decidono di confessare e collaborare? Al contrario, il *whistleblower* (che non è implicato in alcun reato o fatto illecito, non è complice o membro di un'organizzazione criminale, ma semplicemente sceglie di farsi carico dell'interesse pubblico) non solo non è premiato ma subisce addirittura ritorsioni e discriminazioni[53].

Dal momento che è evidente che dalla segnalazione derivano gravi danni al *whistleblower*, come l'esperienza non smette di dimostrare tanto nel sistema inglese quanto in quello italiano, è giusto che sia il *whistleblower* da solo, tenuto a sopportare le conseguenze negative derivanti dall'aver anteposto al suo interesse personale quello collettivo? O, piuttosto, considerando il whistleblowing come fenomeno collettivo, non sarebbe più corretto *restituire* al *whistleblower* almeno in parte quello che ha perso, dal momento che si è sacrificato per l'interesse collettivo? Non sarebbe giusto che la collettività (beneficiaria della scelta del *whistleblower*) prendesse in carico, in qualche modo, una parte di questa sofferenza, alleggerendo così il *whistleblower*?

---

[51] Con riferimento alle informazioni che il *whistleblower* fornisce alla SEC, *Securities and Exchange Commission*. Cfr. C. HICKEY, *Incentivizing Whistleblowing in the United States: Qui Tam, Anti-Retaliation and Cash For-Information*, in *Neue Kriminalpolitik*, 27(4), 2015, pp. 388–398); A. ELMORE, *The State Qui Tam to Enforce Employment Law*, in DePaul Law Review, vol. 69, 2, 2019-2020, pp. 357-418; T. R. LEE, *The Standing of Qui Tam Relators under the False Claims Act*, in *The University of Chicago Law Review*, 57(2), 1990, pp. 543–571. Vedi anche A.R. PETTY, *How Qui Tam Actions Could Fight Public Corruption*, in *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 39, 2006, pp. 851-888.

[52] Cfr. Ad esempio M. BOCCHIOLA, E. CEVA, *Is Whistleblowing a Duty?*, Cambridge, 2019; D. Lewis, *Stigma andwhistleblowing: Should punitive damages be available in retaliation cases?*, in *Industrial Law Journal*, 51(1), 2022, pp. 62-83.

[53] Cfr. K. BOULOY, *op. cit.*, p. 9.

ISSN 2036-7821

Magari, potrebbe essere sufficiente anche una ricompensa meramente simbolica o reputazionale[54], delle forme di riconoscimento sociale "che abbiano ricadute positive sulla carriera del dipendente così da premiarlo indirettamente, innalzando la sua reputazione, per essersi esposto in prima persona a vantaggio di un bene collettivo"[55], come d'altronde si era provato a proporre anche in Italia durante il dibattito parlamentare che aveva preceduto la legge 179/2917.

Su un piano concettuale completamente diverso dalla ricompensa, si colloca poi l'esigenza di risarcire il *whistleblower*, che si trova suo malgrado a subire conseguenze negative, ritorsioni e discriminazioni, ma attualmente il sistema del PIDA rende molto difficile il riconoscimento dei danni morali al *whistleblower* che ha subito misure ritorsive[56]. E decisamente impossibile, allo stato attuale, sembrerebbe anche l'applicazione dei *punitive damages* ai casi portati davanti agli *Employment Tribunals*.

Certamente, una soluzione del genere rappresenterebbe la risposta a un problema fondamentale presente anche nel nostro ordinamento[57]: se le conseguenze negative delle segnalazioni (cioè le ritorsioni) sono drammaticamente evidenti, non sono altrettanto evidenti, soprattutto in termini di esposizione e reputazione, le conseguenze per chi attua tali ritorsioni (e questo vale nel nostro ordinamento anche nei casi in qui l'autore della misura ritorsiva venga poi effettivamente sanzionato[58]). Invece, una punizione esemplare avrebbe il merito di indurre i potenziali autori di misure ritorsive a pensarci bene prima di applicarle ai *whistleblower*[59].

---

[54] Chiaramente ciò creerebbe dei problemi relativi alla tutela della riservatezza, ma considerando che, quando vengono applicate le misure ritorsive la riservatezza è di fatto già stata violata, un riconoscimento morale rappresenterebbe un minimo bilanciamento a una situazione di grande ingiustizia. Cfr. D. LEWIS, *op. cit.*, p. 75. D'altronde, veder riconosciuto il proprio valore sul piano etico produce sicuramente un effetto positivo. In questo ambito va citato ad esempio il supporto sociale e l'empatia che può essere prodotto da un premio prestigioso come il Premio Giorgio Ambrosoli. A questo proposito si veda la ricerca realizzata dall'Osservatorio Premio Giorgio Ambrosoli, *Gli italiani virtuosi* (2019), in collaborazione con Università Cattolica del Sacro Cuore, a cura di Paolo Bertaccini, Toni Giorgi, Caterina Gozzoli, Amalia De Leo. Basandosi sulle interviste ai premiati ha consentito di acquisire dati e informazioni sui processi di evoluzione culturale nella società italiana in merito al ruolo dei cittadini per il contrasto alle mafie e alla corruzione. Cfr. P. BELLOLI, M. FERRARIO, *Il ruolo delle comunità nel percorso del whistleblower*, in V.M. DONINI, *Whistleblowing cit.*, p. 264.

[55] N. PARISI, *Tutele, incentivi e premialità anche in prospettiva comparata*, in V.M. DONINI, *op. cit.*, p. 297.

[56] Si colloca come eccezione alla tendenza generale, ad esempio, la sentenza *Virgo Fidelis School v Boyle*, 2004, che ha riconosciuto anche il risarcimento dei danni causati dallo stigma subito a seguito della segnalazione.

[57] D'altronde il valore dei danni punitivi come deterrente però solo con riferimento alle violazioni delle normative in materia di uguaglianza è stato riconosciuto anche dal *House of Commons Women and Equalities Committee* nel documento *Enforcing the Equality Act: the Law and the Role of the Equality and Human Rights Commission*, House of Commons, London, 2019, https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmwomeq/1470/1 470.pdf.

[58] Cfr. G. FRASCHINI, *Il ruolo delle organizzazioni della società civile*, in V.M. DONINI, *op. cit.*, p. 261.

[59] Cfr. D. LEWIS, *op. cit.*: "By making those who victimize whistleblowers responsible for all financial losses resulting from this behaviour and adding a punitive element, potential retaliators might be made to think more carefully about how they respond to disclosers of information".

ISSN 2036-7821

6. Considerazioni conclusive.

A venticinque anni dall'entrata in vigore del PIDA, i tempi sono ormai decisamente maturi non solo per fare un bilancio e verificare le lezioni apprese in questo lungo periodo, ma anche e soprattutto per promuovere una riforma generale sul tema della tutela del whistleblower nel Regno Unito.

Ciò può sembrare paradossale, dal momento che per anni il modello inglese ha rappresentato una normativa pioneristica, quando nel panorama europeo (e ancora di più italiano) mancava anche solo la consapevolezza della necessità di proteggere i *whistleblower*, come strumento fondamentale per aumentare la capacità di prevenzione della corruzione.

Questa esigenza di riforma nel Regno Unito mette in evidenza però un altro aspetto. Come è noto, il *whistleblowing* non è un concetto radicato nella cultura giuridica e sociale italiana. Pertanto le resistenze, soprattutto sul piano culturale che rendono difficile la diffusione del *whistleblowing* nel nostro paese[60], rimangono ancora molto forti, nonostante il recente processo di definizione normativa attraverso d.lgs. 24/2023.

Per molto tempo quindi l'Italia ha guardato al mondo anglosassone in generale, e inglese in particolare, come un modello prestigioso di riferimento, scontando, soprattutto sul piano socio-culturale un grande senso di inferiorità. Tuttavia, non è sbagliato sottolineare come sul piano tecnico, la normativa italiana che attua la Direttiva 2019/1937 offre oggi sicuramente un livello di protezione maggiore rispetto a quello inglese.

La maggiore tutela è evidente sotto il profilo dell'ambito soggettivo di applicazione, nell'indicazione puntuale dei destinatari della segnalazione (RPCT e ANAC), ma soprattutto in merito alla tutela contro le ritorsioni grazie alla presenza, nel nostro ordinamento, dell'Autorità Nazionale Anticorruzione che è dotata di poteri sanzionatori e di intervento in merito all'annullamento delle misure ritorsive e all'irrogazione di sanzioni a carico del responsabile delle misure ritorsive[61]. Inoltre, va valutato positivamente il recente riconoscimento e istituzionalizzazione del ruolo delle organizzazioni della società civile nella loro attività di accompagnamento e

[60] Su questo tema si veda la ricerca "Formare per trasformare: Amministrazione aperta e modelli formativi innovativi per una più efficace attuazione dell'istituto del whistleblowing", realizzata dalla Scuola Nazionale dell'Amministrazione nell'ambito delle iniziative di Open Government Partnership, in attuazione del Quinto Piano d'Azione nazionale per il governo aperto. Obiettivo della ricerca è proprio rilevare le opinioni dei dipendenti pubblici in merito al whistleblowing e verificare se è corretto considerare un impatto trasformativo della formazione specialistica in materia. Per una presentazione del progetto e l'analisi dei primi risultati, cfr. V.M. DONINI, V. LOSTORTO, N. ZAMARO, *Formare per trasformare: l'impatto trasformativo della formazione sulla prevenzione della corruzione. Prime riflessioni*, in *Amministrativ@mente, rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo*, n. 4, 2022, pp. 244-268.

[61] Opportuno specificare che questo assetto di tutela era già stato disciplinato dalla legge 179/2017, quindi prima dell'adeguamento interno alla Direttiva.

ISSN 2036-7821

sostegno ai whistleblower nel processo della segnalazione[62], a dimostrazione che una sinergia costruttiva tra amministrazioni e società civile, come auspicata ad esempio dalle iniziative per il governo aperto[63], possa contribuire efficacemente a migliorare i servizi pubblici e ad aumentare la fiducia nelle istituzioni.
E di conseguenza a valorizzare la figura del whistleblower come importante alleato delle istituzioni, ma anche delle stesse organizzazioni, e accrescere la fiducia nei confronti di un istituto, il *whistleblowing*, che risponde a un'esigenza precisa: combattere la corruzione e il malaffare e diffondere una cultura dell'integrità.

[62] Cfr. art. 18 d.lgs. 24/2023.

[63] Si pensi ad esempio alle iniziative promosse da Open Government Partnership Italia, che si sono tradotte nella realizzazione all'interno della Scuola Nazionale dell'Amministrazione, di una Comunità di pratica dei RPCT, https://sna.gov.it/home/attivita/comunita-di-pratica/comunita-di-pratica-per-rpct/, luogo virtuale ma anche fisico di incontro tra i responsabili anticorruzione che oltre a ricevere una formazione specialistica e innovativa sui temi dell'integrità e lotta alla corruzione, possono scambiare informazioni, esperienze e buone pratiche. Proprio per rafforzare le competenze sul whistleblowing e sensibilizzare sul tema, la SNA ha pubblicato delle buone pratiche (https://sna.gov.it/home/attivita/comunita-di-pratica/comunita-di-pratica-per-rpct/buone-pratiche/) e il volume *Whistleblowing e cultura dell'integrità*: *riflessioni di istituzioni e società civile per una nuova narrazione*, SNA, 2023, liberamente accessibile a questo link: https://sna.gov.it/home/attivita/comunita-di-pratica/comunita-di-pratica-per-rpct/in-evidenza-rpct.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Alla ricerca del diritto alla casa

di Fabio Cusano

(Assegnista di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Roma "La Sapienza")

Sommario

1. Introduzione. 2. Il diritto alla casa nella Costituzione, negli ordinamenti sovra-statali e nell'interpretazione della Corte costituzionale. 3. Il diritto alla casa nel riparto di competenze legislative. 4. L'assistenza abitativa tra pubblico e privato. 5. Conclusioni.

Abstract

This paper, in light of the recent re-emergence of the housing emergency, questions the legal qualification of the right to housing, in terms of social law and public service, to suggest, in the conclusions, some reflections on the existing tools in the legal system to deal with it , among which the most important is the huge economic deployment allocated by the National Recovery and Resilience Plan, which pushes housing policies towards partnership solutions between public entities and private citizens, also with a view to pursuing urban regeneration.

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

1. Introduzione.

Secondo gli ultimi dati ISTAT disponibili (risalenti al 2021), in Italia ci sono circa 100.000 senza-tetto e senza-fissa dimora. Dall'altra parte, sussiste il problema opposto del sovraffollamento, inteso come mancanza di un numero minimo di stanze per abitante dell'immobile; a livello nazionale, le famiglie che vivono in tale condizione sono il 20 % del totale (pari a circa 5 milioni di famiglie su 25 milioni). Nello stesso periodo, risultano esistenti 35 milioni di abitazioni, di cui circa 25 milioni occupate a vario titolo (proprietà, affitto, etc.), e circa 10 milioni non occupate. Per abitazioni non occupate l'ISTAT intende le abitazioni vuote o occupate esclusivamente da persone non dimoranti abitualmente (come le c.d. seconde case, case vacanza, etc.). Dunque, le case non occupate risultano circa il 30 % dell'intero parco immobiliare nazionale. Da questi pochi dati emerge la stringente attualità dell'emergenza abitativa in Italia. E del tema ha cominciato ad occuparsene Paolo Urbani sin dagli albori della sua carriera accademica, ripercorrendo costantemente nel corso degli anni le politiche (per lo più assenti da decenni), la legislazione (deficitaria e a vantaggio delle logiche imprenditoriali di mercato) e soprattutto la tutela delle fasce più deboli della popolazione prive del *bene primario della vita*, del *diritto sociale*, del *servizio pubblico casa*[1].

Occorre da subito sottolineare che la ricerca di una casa non è fenomeno che tocca solo soggetti indigenti; essa coinvolge anche studenti universitari, lavoratori fuori sede, famiglie in difficoltà di fronte a canoni di locazione o prezzi degli immobili in continuo aumento.

Come noto, da diversi anni (con il tramonto dell'edilizia residenziale popolare pubblica sancita dal c.d. Piano Casa) lo Stato non è in grado di assicurare una adeguata risposta all'emergenza abitativa. Paolo Urbani rappresenta così la questione «Le grandi politiche pubbliche per la casa dal piano INA casa alla legge 865/1971, al piano decennale per la casa della l. 478/1978 sembrano non essere più riproponibili in quelle forme per la difficoltà del bilancio statale … Quella complessa legislazione ci conferma tuttavia un punto: che rientra tra i compiti dello stato ordinamento la cura degli interessi pubblici relativi alla soddisfazione del bisogno di abitazioni a basso costo soprattutto per ceti alla soglia di povertà … Se il diritto all'abitazione si pone come requisito minimo nell'ambito dei diritti di cittadinanza e

[1] Si vedano *La legge di riforma della casa: tra rendita fondiaria e sistemi urbani*, con F. Merloni, in *Foro amministrativo*, 1972, n. 6, 663 ss.; *La casa di carta. Il problema delle abitazioni in Italia tra rendita urbana e squilibri territoriali tra Regione e capitalismo avanzato*, con F. Merloni, Officina, 1974; Riforma della casa: regioni, attuazione della legge 865 del 1971 e nuova legislazione in materia, in Politica del diritto, 1976, n. 1, 83 ss.; *L'organizzazione centrale dell'intervento pubblico nell'edilizia residenziale*, in Consiglio Nazionale del Notariato, *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive. Volume I – Aspetti costituzionali e amministrativi*, Giuffrè, 1986, 325 ss.; *Le politiche abitative per le fasce più deboli, nuove modalità per assicurare il servizio pubblico casa*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2006, n. 2, 388 ss.; *L'edilizia residenziale pubblica tra Stato e autonomie locali*, in *Istituzioni del federalismo*, 2010, n. 3, 249 ss.; *L'edilizia abitativa tra piano e mercato*, in *Democrazia e diritto*, 2010, n. 1.

ISSN 2036-7821

spetta ai pubblici poteri la cura e soddisfazione del servizio pubblico alla casa, dobbiamo ricordare che l'art. 117, comma 1, lett. m) del Titolo V Cost. attribuisce alla competenza esclusiva statale "*la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*": tra questi vi rientra certamente il diritto all'abitazione sia come diritto sociale … sia come prestazione ovvero come servizio pubblico alla casa … Vi è quindi ampio spazio perché il legislatore statale, vincolando il legislatore regionale, assicuri sul territorio nazionale livelli adeguati di abitazioni popolari per le fasce sociali più esposte al mancato soddisfacimento del diritto all'abitazione»[2].
Di qui la scelta di proseguire l'indagine di Paolo Urbani e interrogarsi sulla qualificazione giuridica di tale bisogno, per avanzare, in conclusione, alcune riflessioni sugli strumenti esistenti nell'ordinamento per farvi fronte.

2. Il diritto alla casa nella Costituzione, negli ordinamenti sovra-statali e nell'interpretazione della Corte costituzionale

La nostra Costituzione non sancisce in maniera espressa un diritto soggettivo all'abitazione[3] quale posizione giuridicamente rilevante in capo al cittadino. Tuttavia, è possibile rinvenirvi una indiretta attenzione, ad esempio nell'affermazione della promozione del pieno sviluppo della persona umana, che – in base all'art. 3 – deve essere assicurato dalla Repubblica attraverso la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che limitino la libertà e l'eguaglianza.
Autorevole dottrina[4] – in modo scettico – definiva il diritto alla casa un «obiettivo del programma del legislatore e dei pubblici poteri … implicitamente imposto … dalla Costituzione», negando allo stesso la natura di posizione o situazione giuridica individuale. Altra autorevole dottrina, invece, ha affermato[5] che il diritto alla casa costituisce una situazione di diritto rilevante giuridicamente. Sempre più ricorrente è, anche nella giurisprudenza, il riferimento all'abitazione come diritto umano o come diritto fondamentale, sancito rispettivamente nel diritto internazionale e nella Carta dei diritti dell'Unione europea e, in quanto tale, limite per il legislatore italiano

[2] P. URBANI, *Le politiche abitative per le fasce più deboli*, cit. 388 ss., in cui riecheggiano le lezioni di M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1957, n. 1, 118 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Giuffrè, 1996, 706 ss., e di G. PERULLI, *Casa e funzione pubblica*, Giuffrè, 2000.

[3] Esso è invece riconosciuto espressamente nelle Costituzioni di altri Stati in Europa; si vedano M.G. DELLA SCALA, *Il social housing come servizio d'interesse generale tra tutela multivello del diritto sociale all'abitare e imperativi della concorrenza*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*,2019, n. 2, 179 ss., e C. PREVETE, *Housing sociale: problemi e prospettive*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2018, n. 4, 514 ss.

[4] F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, 1995, 63 ss.; D. SORACE, *A proposito di "proprietà dell'abitazione", "diritto all'abitazione" e "proprietà (civilistica) della casa"*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. III, Giuffrè, 1977, 1037 ss.

[5] T. MARTINES, *Il "diritto alla casa"*, in N. LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Laterza, 1974, 391 ss.; G. BERTI, *Aspetti costituzionali*, in Consiglio Nazionale del Notariato, *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, cit., 3 ss.

ISSN 2036-7821

in base all'art. 117 Cost.

Verificare se al diritto alla casa possa riconoscersi propriamente la qualificazione di una posizione giuridicamente rilevante nel nostro ordinamento assume un rilievo determinante, laddove il legislatore o la Corte costituzionale siano chiamati a bilanciare tale diritto con altri diritti espressamente riconosciuti nel testo costituzionale (come, ad esempio, il diritto di proprietà)[6].

Il diritto all'abitazione ha senza dubbio una tutela a livello sovranazionale; come descritto all'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti umani, il benessere dell'individuo si compone anche della garanzia all'abitazione; il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali richiede agli Stati di adottare misure idonee ad assicurare l'attuazione del diritto di ogni individuo ad un livello di vita adeguato, che si riferisce anche all'adeguatezza dell'alloggio. Attenta dottrina, tuttavia, ha posto più di un interrogativo quanto all'effettività di questo diritto, sia a livello verticale nei confronti dei pubblici poteri, sia a livello orizzontale nei rapporti interprivati[7].

Anche l'art. 8 CEDU riconosce nel domicilio un ambito riservato ad ogni persona, di regola sottratto all'ingerenza dell'autorità pubblica. Tuttavia, la Corte EDU ha precisato, nel noto caso Chapman[8], che esistono molte persone senza domicilio e, tuttavia, «la questione relativa alla messa a disposizione da parte dello Stato dei fondi necessari a soddisfare il bisogno abitativo deve ricondursi alla sfera politica e non a quella giurisdizionale». La Corte interviene, pertanto, rimette alla competenza degli Stati le scelte relative alla distribuzione delle risorse pubbliche e alla loro destinazione alle esigenze abitative. Inoltre, la Corte ammette eventuali limitazioni ai diritti di proprietà soltanto nel rispetto del principio di proporzionalità[9].

Per affermare che il bisogno abitativo consista in una posizione di diritto nell'ordinamento europeo è ricorrente il richiamo all'art. 34, comma 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, c.d. Carta di Nizza, ove si dispone che «*Al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali*».

---

[6] A.V.A. DIVARI, *De Social Housing, diritto sociale all'abitazione o all'abitazione sociale?*, in *Istituzioni del federalismo*, 2019, n. 1, 207 ss.; R. ROLLI, *Il diritto all'abitazione nell'Unione europea*, in A. BUCELLI (a cura di), *L'esigenza abitativa. Forme di fruizione e tutele giuridiche. Atti del Convegno in onore di Gianni Galli. Firenze 19-20 ottobre 2012*, CEDAM, 2013, 45 ss.

[7] P. DURET, *Nuove sinergie nel crocevia dell'hounsing sociale*, in P. DURET (a cura di), *Nuove sinergie per il social housing*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, 3 ss.

[8] Corte EDU, 18 gennaio 2001, Chapman c. Regno Unito, in particolare par. 99. F. BESTAGNO, *La dimensione sociale dell'abitazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale. Liber Fausto Pocar*, vol. I, Giuffrè, 2009, 19 ss.

[9] Corte EDU, 28 giugno 1999, Immobiliare Saffi c. Italia; Corte EDU, 28 settembre 1995, Scallo c. Italia.

ISSN 2036-7821

Altresì, la Carta sociale europea, all'art. 31, si occupa del diritto all'abitazione, limitandosi tuttavia a indicare che gli Stati s'impegnino a adottare misure idonee «*1) a favorire l'accesso ad un'abitazione di livello sufficiente; 2) a prevenire e ridurre lo status di "senza tetto" in vista di eliminarlo gradualmente; 3) a rendere il costo dell'abitazione accessibile alle persone che non dispongono di risorse sufficienti*».

È evidente che si tratta di mere esortazioni utili a rafforzare la contestazione dell'inerzia del legislatore e la mancanza di sufficienti risorse nel bilancio pubblico destinate a rispondere a quell'esigenza vitale[10].

D'altro canto, la nostra Corte costituzionale più volte è stata chiamata a pronunciarsi sulla legislazione nel settore abitativo e ha richiamato il citato contesto internazionale ed europeo, ma, soprattutto, ha riconosciuto che implicitamente la dignità dell'individuo e la sua partecipazione alla vita sociale garantite dalla Costituzione passino attraverso la soddisfazione del suo bisogno abitativo.

La Corte costituzionale non solo ha riconosciuto l'importanza assunta dalla casa, ma ha anche affermato l'esistenza di un dovere collettivo, che si collega alle fondamentali regole della civile convivenza, atto a «impedire che delle persone possano rimanere prive di abitazione»[11]. In particolare, la Corte ha precisato che «concorrere a garantire al maggior numero di cittadini possibile un fondamentale diritto sociale, quale quello all'abitazione, contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana, sono compiti cui lo Stato non può abdicare in nessun caso»[12].

Recentemente, la Corte ha sottolineato che è affermazione costante e di lungo periodo che «il diritto all'abitazione "rientra fra i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione" ed è compito dello Stato garantirlo, contribuendo così "a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana" (sentenza n. 217 del 1988; nello stesso senso sentenze n. 106 del 2018, n. 168 del 2014, n. 209 del 2009 e n. 404 del 1988). Benché non espressamente previsto dalla Costituzione, tale diritto deve dunque ritenersi incluso nel catalogo dei diritti inviolabili (fra le altre, sentenze n. 161 del 2013, n. 61 del 2011 e n. 404 del 1988 e ordinanza n. 76 del 2010) e il suo oggetto, l'abitazione, deve considerarsi "bene di primaria importanza" (sentenza n. 166 del 2018; si vedano anche le sentenze n. 38 del 2016, n. 168 del 2014 e n. 209 del 2009)»[13].

In sintesi, dalla lettura ragionata della giurisprudenza costituzionale sembra potersi ricavare che debba considerarsi legittimo l'intervento del legislatore che – in base a

[10] M. ALLENA, *Il social housing nel contesto giuridico sovranazionale ed europeo*, in P. DURET (a cura di), *Nuove sinergie per il social housing*, cit., 87 ss.

[11] Corte cost., 17 febbraio 1987, n. 49.

[12] Corte cost., 25 febbraio 1988, n. 217.

[13] Corte cost., 9 marzo 2020, n. 44.

ISSN 2036-7821

scelte ragionevoli e proporzionate – limiti lo sfruttamento economico del diritto di proprietà, imponendo l'affitto a canoni calmierati degli alloggi sfitti[14]; tuttavia, non risultano bilanciate ulteriori compressioni del diritto di proprietà (ad esempio, requisizioni o occupazioni degli alloggi sfitti, ad esclusione dei casi di emergenze impreviste e imprevedibili).

3. Il diritto alla casa nel riparto di competenze legislative

Nel redigere la disciplina del settore, anzitutto occorre indagare chi sia il legislatore competente in materia[15]. La Corte costituzionale ha avuto modo di precisare che la materia *edilizia residenziale pubblica* debba intendersi come materia trasversale e che la stessa «si estende oggi su tre livelli normativi»[16]. Il primo riguarda la determinazione dell'offerta minima di alloggi destinati a soddisfare le esigenze dei ceti meno abbienti, che rientra nella competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. In tale competenza si inserisce la riserva allo Stato della determinazione dei criteri di assegnazione degli alloggi, in vista della loro necessaria uniformità su tutto il territorio nazionale. Il secondo livello normativo riguarda la programmazione degli insediamenti di edilizia residenziale pubblica, che ricade nella materia "governo del territorio", ai sensi dell'art. 117, comma 3. Il terzo livello normativo, rientrante nell'art. 117, comma 4, riguarda la gestione del patrimonio immobiliare di edilizia residenziale pubblica di proprietà di enti pubblici, secondo quanto previsto dalla legislazione regionale[17], oggetto di numerosi interventi[18].

Il legislatore incontra il limite nell'individuazione dei presupposti per identificare il bisogno abitativo di cui lo Stato deve prendersi cura. Difatti, la Corte ha censurato i tentativi di far prevalere sulle condizioni soggettive e oggettive del richiedente valutazioni diverse, che valorizzino la stabile permanenza nel territorio, sia nazionale sia comunale[19]. Allo stesso modo è stata censurata la norma regionale con cui si richiedeva quale requisito per la partecipazione al bando per l'assegnazione di alloggi la presentazione della documentazione attestante che tutti i componenti del nucleo familiare non possiedano alloggi adeguati nel Paese, di origine o di provenienza[20]. Altresì è stato censurato il requisito della residenza (o dell'occupazione) ultraquinquennale in regione come condizione di accesso al

---

[14] E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare. Spinte proprietarie, strumenti della rendita e trasformazioni sociali*, Editoriale Scientifica, 2017.

[15] F. BILANCIA, *Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione*, in *Istituzioni del federalismo*, 2010, n. 3, 231 ss.

[16] Corte cost., 21 marzo 2007, n. 94.

[17] S. AMOROSINO, *Politiche pubbliche e regolazionedell'edilizia e delle infrastrutture nella "costituzione economica"*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, vol. II, Jovene, 2010, 1283 ss.

[18] P. VIPIANA, *La tutela del diritto all'abitazione a livello regionale*, in *Federalismi*, 2014, n. 10.

[19] P. LOMBARDI, *Riflessioni sul diritto all'abitazione tra Carta sociale europea, Corte costituzionale e PNRR*, in *Federalismi*, 2022, n. 7, 126 ss.

[20] Corte cost., 29 gennaio 2021, n. 9.

ISSN 2036-7821

beneficio dell'alloggio[21].
Se ne deduce che per il diritto all'abitazione la Costituzione indichi certamente la direzione, ma sottintenda che sia il legislatore a disegnare poi il quadro e programmare le azioni che l'amministrazione sarà chiamata a realizzare per assicurare al cittadino un vivere dignitoso[22]. Il bisogno abitativo non si ritiene, infatti, qualificabile alla stregua di un diritto, se non di un diritto sociale, espressione di un atteggiamento pretensivo nei confronti dello Stato, ma in grado di produrre conseguenze giuridiche solo dopo che il legislatore indichi quale sia il destinatario e quale l'oggetto della prestazione del servizio pubblico di protezione sociale che deve essere apprestato[23].

4. L'assistenza abitativa tra pubblico e privato

Posto che il bisogno abitativo può configurarsi con accezioni molto diverse, tutte richiedono comunque un intervento pubblico per poter essere soddisfatte. Anche la dottrina economica ha recentemente dimostrato come il mercato residenziale non sia in grado di poter assicurare automaticamente alle famiglie la possibilità di accedere al bene primario dell'abitazione principale, ricavandone che il ruolo dell'intervento pubblico risulti perciò essenziale per poter assicurare il diritto all'abitare[24].
Per apprestare il servizio è possibile che lo Stato intervenga direttamente con la realizzazione di interventi edilizi ovvero la previsione di sussidi e finanziamenti oppure – non tanto esternalizzando il servizio o la costruzione delle opere necessarie, chiedendo al privato di realizzarlo, ma – avvalendosi della solidarietà e della intraprendenza delle iniziative dei privati, quale sostegno da valorizzare e con cui collaborare per il soddisfacimento del bisogno.
Nei servizi sociali, infatti, il modello dello Stato sociale innervato nell'art. 3 si è rivelato visionario e la constatata incapacità di realizzarlo spinge alla valorizzazione delle attività di una pluralità di attori nel tentativo di intercettare l'iniziativa di chi, anche in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, intenda realizzarla[25]; trattasi del c.d. *housing sociale*.
Attenta dottrina[26] ha ricostruito l'evoluzione delle disposizioni adottate dal legislatore per tentare di soddisfare il bisogno abitativo. Certamente lo strumento principe per intervenire a risolvere il problema di trovare un luogo in cui abitare è

[21] Corte cost., 9 marzo 2020, n. 44.
[22] S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La dignità umana come principio "autonomo" per giustificare la tutela dei diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, 2022, n. 1, 45 ss.
[23] M. DELSIGNORE, *Il diritto all'abitazione in emergenza*, in *Diritto amministrativo*, 2023, n. 3, 473 ss.
[24] G. GUERRIERI, *Il mercato della casa. Domanda, offerta, tassazione e spesa pubblica*, Carocci, 2022.
[25] B.G. MATTARELLA, *Il problema della povertà nel diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2012, n. 2, 359 ss.
[26] S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'evoluzione della politica della casa in Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, n. 1, 163 ss.

ISSN 2036-7821

stato individuato nel realizzare, ovvero predisporre un sistema di incentivi e convenzioni atto a realizzare edifici destinati ad ospitare gli assegnatari.
Ultimo in ordine temporale, il Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) contiene due diverse missioni che si riferiscono al bisogno abitativo[27] che permettono di valorizzare interventi che cercano di rispondere al bisogno abitativo promuovendo politiche di rigenerazione urbana, frutto spesso di iniziative di carattere privato condotte attraverso un confronto complesso con l'amministrazione.
Le Regioni e gli enti locali, in attuazione del PNRR, hanno la possibilità di promuovere nuovi modelli di *governance* sia nel finanziamento sia nella gestione dei c.d. progetti abitativi. Ad esempio, mediante finanziamenti diretti delle istituzioni pubbliche, o anche indirettamente, attraverso la concessione di terreni a prezzi scontati o agevolazioni fiscali che riducano i costi di costruzione per privati, le comunità locali hanno la concreta occasione di realizzare moderni ed ecologici complessi abitativi destinati a tutta la popolazione residente che effettivamente intenda partecipare al progresso spirituale e materiale del territorio. Trasformando così – dal basso – lo stesso concetto giuridico di residenza, da mero vincolo di appartenenza ad una comunità in modello legato all'effettiva partecipazione alla realizzazione della società.
Non solo. Nell'ottica dell'abitare sociale possono rientrare progetti in grado di azzerare (o quasi) i costi legati all'acquisto e/o locazione di immobili ad uso abitativo. Basti pensare alle esperienze di abitazioni messe a disposizione di giovani studenti fuori sede o lavoratori da parte di proprietari bisognosi di alcune forme di assistenza o semplicemente di alcune ore di compagnia giornaliera (come nel caso di anziani e disabili).
È nell'ambito del governo delle città – dove gli interessi connessi alle dimensioni ambientale, economica e sociale sono maggiormente percepibili – che più facilmente si possono realizzare sinergie positive tra pubblico e privato o si può valorizzare il patrimonio immobiliare già esistente attraverso processi di recupero che cerchino[28] di contemperare gli interessi di tutte le fasce della cittadinanza e promuovere la coesione sociale, ma anche l'economia circolare.

---

[27] Si tratta della Missione 4 Componente 1 *Potenziamento dell'offerta dei servi di istruzione: dagli asilo nido alle università*, che prevede, al punto 1.7, investimenti per alloggi per studenti e riforma della legislazione inerente, e della Missione 5 Componente 2 *Infrastrutture famiglie comunità e terzo settore*, che, all'investimento 2.1, individua progetti di rigenerazione urbana anche attraverso la coprogettazione con il terzo settore e, all'investimento 2.3, prevede un programma innovativo per la qualità nell'abitare (PINQUA). Il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili (ora Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti) ha avviato l'attuazione del PINQUA, con l'obiettivo di ridurre il degrado delle periferie, rendere più efficiente al punto di vista energetico l'edilizia residenziale pubblica e realizzare interventi di rigenerazione urbana per migliorare la qualità della vita delle persone, con la firma di 158 convenzioni tra il Ministero e i Comuni titolari dei progetti selezionati.

[28] B. MANNI, *Sviluppo sostenibile e rigenerazione urbana tra tuteladell'ambiente e inclusione socio-economica*, in *Diritto pubblico*, 2022, n. 1, 273 ss.

ISSN 2036-7821

5. Conclusioni

Ogni momento storico ha avuto, ha ed avrà una peculiare questione abitativa; sarebbe utopico pensare ad una piena soddisfazione per ogni persona del bisogno abitativo. Nel momento attuale, purtroppo, non si può che constatare, di fronte all'aggravarsi del bisogno, la debolezza nell'effettività delle disposizioni giuridiche in assenza di una mobilitazione collettiva che funga da sprone alle scelte politiche.

L'analisi svolta consente di affermare che il nostro testo costituzionale, come sottolineato anche dalla Corte, contiene un preciso riferimento al dovere dello Stato di intervenire per far fronte alle diseguaglianze e rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale in grado di ledere la dignità della persona e la sua partecipazione alla collettività e tra di essi chiaramente si riconosce il bisogno abitativo.

In obbedienza a tale dovere e in ossequio all'esortazione, il legislatore ha predisposto numerosi strumenti sia precisamente mirati a soddisfare il bisogno abitativo, sia, più in generale, concepiti con l'intento, anche a seguito della crisi economica, di coinvolgere i privati in una collaborazione fattiva e vicina alle esigenze del territorio.

I diritti sociali richiedono, in ogni caso, la disponibilità di fondi pubblici, la cui destinazione è frutto di scelte politiche, che si considerano difficili ancor più in un momento di crisi[29]. Le risorse limitate in tempo di crisi, invece, dovrebbero spingere ad un ripensamento delle priorità di azione, in cui il limite insuperabile è quello della necessità di assicurare i servizi sociali ritenuti essenziali per la dignità della persona in un dato momento storico, nonché di provvedere ad una programmazione dei diversi interventi da realizzare, anche alla luce degli apporti collaborativi che possono venire dalla società.

La catalogazione e quantificazione dei bisogni sociali di una collettività si accompagna, così, alla individuazione dei soggetti pubblici e privati che agiscono nei diversi ambiti per giungere alla definizione di puntuali azioni di intervento, che passano attraverso quelle forme collaborative che già sono previste nell'ordinamento.

Proprio nella prospettiva dell'afflusso di risorse provenienti dalle linee di finanziamento del PNRR lo Stato e gli amministratori pubblici sono chiamati a un ripensamento degli strumenti sinora adottati. Occorre, cioè, guardare con lungimiranza anche a modelli rigenerativi, da concepire in modo idonea a offrire soluzioni in grado di soddisfare i diversi bisogni abitativi dello studente, dell'anziano, del lavoratore fuori sede, del locatario in città con canoni proibitivi o dell'indigente e nell'intento di sollecitare il mercato e i privati a mettersi in gioco per individuare proposte originali.

Certamente tutto questo è complesso, richiede un'amministrazione qualificata e capace di creare le condizioni istituzionali che assicurino il coinvolgimento dei

[29] M. DELSIGNORE, *I servizi sociali nella crisi economica*, in *Diritto amministrativo*, 2018, n. 3, 587 ss.

privati, ma non sminuisce affatto il ruolo dello Stato, in tutte le sue declinazioni, che, al contrario, getta le basi di un nuovo sistema che promuove il coordinamento in funzione della coesione sociale, pur senza rinunciare a verifiche e controlli sui risultati raggiunti.

Gli strumenti giuridici esistono già nell'ordinamento, non si tratta di introdurne di nuovi. È la comunità che deve spingere la politica verso l'utilizzo degli stessi per il soddisfacimento dei bisogni, interpretando le disposizioni così che divengano funzionali al bene comune della società. Così la città potrà davvero essere «soggetto collettivo, che opera attraverso il pensare in comune, che si radica nella categoria del noi» [30].

In conclusione, le città sono corpi vivi alimentati dalla moltitudine. E, nel (ri)progettarle, occorre in parte ridisegnare e ricostruire l'idea di abitare che ancora oggi abitiamo.

[30] B. TONOLETTI, *Costituzione giuridica delle cose e rigenerazione del legame sociale*, in *Diritto amministrativo*, 2019, n. 2, 249 ss.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La "*lex sportiva*" alla prova della sentenza "*Superlega*": il ruolo del C.O.N.I. nel riequilibrio degli assetti

di Filomeno Rocco Fimmano'

(Dottorando di ricerca nell'Università del Salento)

Sommario

1. *Global sports law* e sovranità territoriali; - 2. L'impatto del calcio e dell'Unione Europea sull'ordinamento globale: "*il caso Superlega*"; - 3. La ibridazione regolatoria del fenomeno in Italia; - 4. Il sub-ordinamento del calcio tra plurisoggettività, organizzazione e normazione; - 5. *Deficit* di autoregolazione ed autoriforma ed intervento dello Stato; - 6. Il tormentato rapporto tra ordinamenti fino al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE sul "*caso plusvalenze*".

Abstract

The sport system is historically based on the totem of the autonomy of the Olympic Movement vis-à-vis individual states and supranational governmental organizations even if this has been put at risk, in recent decades, by the "mutation" brought about by the professional sector and in particular from football. In essence, it has traditionally been stated that since sport is an individual and inviolable right of the individual, pre-existing states and their laws (and of a transnational nature so much so as to have preceded the so-called globalization), it does not tolerate government interference. In short, it is a reality which, although it certainly does not have the characteristics of extraterritoriality, tends to overcome the state "dimension" by vocation and therefore to counter interference in the regulation of its organization (and activities) and in the resolution of disputes concerning its associated by state jurisdictions.

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

ISSN 2036-7821

1. Global sports law e sovranità territoriale.

L'ordinamento dello sport è storicamente fondato sul *totem* dell'autonomia del Movimento olimpico nei confronti dei singoli Stati e delle organizzazioni governative sovranazionali anche se ciò è stato messo a rischio, negli ultimi decenni, dalla "mutazione" impressa dal settore professionistico ed in particolare dal calcio. In buona sostanza si è tradizionalmente affermato che essendo lo sport un diritto individuale ed inviolabile dell'individuo, preesistente agli Stati ed alle loro leggi (e di carattere transnazionale tanto da aver preceduto la c.d. *globalizzazione*) [1], non tollera le intromissioni governative. Si tratta insomma di una realtà che, pur non avendo certo i caratteri della *extraterritorialità*, tende a superare per vocazione la "dimensione" statale e quindi a contrastare ingerenze nella disciplina della propria organizzazione (e attività) e nella risoluzione delle controversie che riguardano i suoi associati da parte delle giurisdizioni statali.

Tuttavia, l'evoluzione della fenomenologia, non solo sul piano economico ed industriale, ma soprattutto sociale e politico, ha fatto sì che gli Stati nazionali (e le loro organizzazioni collettive sovranazionali) si siano sempre più interessati alla vicenda. Per un verso ciò corrisponde ad una comprensibile esigenza di garantire certezza e terzietà in un settore dove talora le regole possono apparire imposte dai più forti e comunque spesso modificate (od applicate) secondo i *desiderata* degli associati (divenendo una sorta di *ius singulare*), dall'altro mette a rischio la baricentrica "autonomia", minacciata spesso più dalla ricerca di spazi di potere pubblico e politico che dalla reale volontà di tutelare il settore. Le recenti decisioni della Corte di Giustizia europea sulla c.d. *Superlega*, precedute come vedremo da alcune prese di posizione delle Istituzioni politiche comunitarie, sono solo la conferma di questo *trend* già cominciato da anni. L'ingerenza ha fatto breccia in Europa per una ragione molto semplice: l'Unione è molto di più di una organizzazione internazionale tra Stati e quindi ha una capacità di intervento molto più simile a quella di uno Stato sovrano. A ciò va aggiunto che si tratta di un ordinamento transnazionale che quindi "si incontra" e "si scontra" con una fenomenologia, come quella sportiva, a sua volta transnazionale.

Ecco che la difesa dell'autonomia esige un modello in cui alcuni *deficit* auto-regolatori e di *governance* degli organismi associativi (meramente privatistici) trovino in una organizzazione pubblica settoriale la garanzia di funzionamento secondo principi e

[1] In verità, i rapporti privati transnazionali tendono sempre più a strutturarsi attraverso forme di auto-organizzazione e auto-regolamentazione spontanea per l'esigenza di una progressiva *transnazionalizzazione* del diritto, collegata evidentemente al fenomeno della globalizzazione. Gli Stati e le loro Organizzazioni internazionali spesso non sono grado di rispondere pienamente ed efficacemente alle esigenze ed aspettative di tutela, come storicamente capitò nel Medioevo per i mercanti e la "Mercatura" e poi nell'ultimo secolo per lo Sport, fenomenologia appunto cresciuta anche per effetto della globalizzazione (in tema cfr. L. CASINI, *Il diritto globale dello sport*, Milano, 2010, 3 s.).

ISSN 2036-7821

regole ispirate alla legalità e certezza del diritto, alla giustiziabilità, all'imparzialità, al buon andamento, alla trasparenza, al legittimo affidamento, alla ragionevolezza, alla funzionalità, alla proporzionalità, alla responsabilità ed alla libera concorrenza.
Ebbene, questa impostazione di regolazione e *governance*, ispirata ai criteri dell'*agire pubblico*, può trovare in Italia, nel Comitato olimpico nazionale (C.O.N.I.), il luogo del riequilibrio tra autonomia del settore e corretta applicazione dei citati principi, visti il ruolo e la natura giuridica dell'istituzione posta al vertice dello sport.
Ma procediamo per gradi. Lo sport è notoriamente strutturato su base internazionale e piramidale ed al vertice del movimento è posto il Comitato internazionale olimpico (C.I.O.) [2] che persegue il fine di organizzare e promuovere la fenomenologia a livello mondiale [3], cui sono affiliati tutti i Comitati olimpici nazionali, costituiti allo scopo di organizzare e promuovere l'attività sportiva sui territori nazionali. In base alla Carta olimpica spetta al CIO esercitare una sorta di diritto al riconoscimento nei confronti delle Federazioni sportive internazionali ad esso affiliate, che organizzano e governano le singole discipline sportive, che configurano tanti *"sub-ordinamenti"* [4].
Le Federazioni internazionali sono, quindi, come il CIO, ovvero organizzazioni non-governative [5] riconosciute dallo stesso quali responsabili della tutela e

[2] Si tratta di un'associazione dotata di personalità giuridica con sede a Losanna. A norma e per gli effetti degli artt. 60 e ss. del codice civile svizzero e dell'art. 56 della Costituzione elvetica sulla libertà di associazione ed in quanto tale soggetta alla giurisdizione svizzera per quanto riguarda la disciplina applicabile all'ente ed alle normali controversie fuori dall'ambito dell'attività istituzionale. In base alla regola 15: «*The IOC is an international non-governmental non-profit organization, of unlimited duration, in the form of an association with the status of a legal person, recognized by the Swiss Federal Council in accordance with an agreement entered into on 1 November 2000*» (al riguardo: F. LATTY, *Le Comité international olympique et le droit international*, Paris, 2001, 42 s.).

[3] Il Movimento olimpico si è strutturato sul piano organizzativo, assumendo la tipica caratteristica transnazionale, in occasione della organizzazione delle prime olimpiadi dell'era moderna nel 1896 ad Atene ed alla nascita del Comitato Internazionale Olimpico all'esito del Congresso internazionale degli sport atletici svoltosi, nel giugno del 1894, a Parigi su iniziativa del barone *Pierre de Coubertin*. Il diritto di esercitare un'attività sportiva è, dunque, concepito come diritto assoluto che non discende dagli ordinamenti nazionali moderni, ma preesiste ad essi, ricongiungendosi agli ideali praticati nelle competizioni che si tennero a Olimpia fin dal 776 a.c. Il Movimento comprende nel suo ambito il Comitato internazionale olimpico, i Comitati nazionali, i Comitati organizzatori dei giochi, le Federazioni internazionali degli sport olimpici, le Associazioni nazionali degli sport olimpici e, in definitiva, le società sportive, gli atleti, gli allenatori, gli arbitri e ogni altro individuo che renda possibile lo svolgimento delle competizioni sportive (cfr. al riguardo M.R. WILL, *Les structures du sport international*, in P. CENDON, *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, 1211 s.; F. LATTY, *Transnational Sports Law*, in *The International Sports Law Journal*, 2011, 1-2, 34 s.; J.L. CHAPPELET, B. KÜBLER MABBOTT, *The International Olympic Committee and the olympic system: The governance of world sport*, Oxford, 2008; G. MANFREDI, *La giuridificazione dello sport*, in *Giur. it.*, 2016, 484 s.; M. VELLANO, *Il CIO e il governo transnazionale dello sport*, in *Riv. dir. sport.*, 2017, II, 243 s.).

[4] Si tratta della regola 25: «*the IOC may recognise as IFs international non-governmental organisations governing one or several sports at world level*»). Il riconoscimento, che inizialmente ha carattere provvisorio e che diventa definitivo solo dopo due anni con conferma scritta, implica l'ingresso dell'associazione internazionale, qualificata come organizzazione non governativa, nel Movimento olimpico con la denominazione di Federazione internazionale sportiva.

[5] Non esistono organizzazioni internazionali in senso proprio nel settore, anche se l'UNESCO si occupa anche di sport. Dal punto di vista funzionale le organizzazioni sportive mancano di una vera e propria Convenzione

ISSN 2036-7821

dell'amministrazione, a livello mondiale, di una particolare disciplina, e riconoscono a loro volta alle Federazioni nazionali la *membership* subordinatamente al rispetto delle regole stabilite per un determinato sport alle quali devono necessariamente uniformarsi. Queste poi sono affiliate ai Comitati olimpici nazionali per organizzare le competizioni relative alle varie discipline sul territorio del singolo Paese. Con la crescita economica e la industrializzazione degli eventi sportivi le Federazioni internazionali hanno incrementato la propria autonomia, senza negare l'appartenenza, rispetto al Movimento olimpico, in modo da ostacolare le pretese di intromissione che provengono dagli Stati ed in particolare dall'Unione europea [6].
A latere sono state nel tempo create altre organizzazioni riconosciute dal CIO. Le principali sono l'ICAS, il CIFP [7], l'IPC [8], la WADA[9] e la WOA[10]. In particolare l'ICAS (*International council of arbitration for sport*) è stato costituito nel 1993 con lo scopo di sovraintendere al sistema della "*giustizia sportiva*" con una autorità riconosciuta, oltre che dal CIO, da tutte le associazioni che riuniscono i Comitati olimpici nazionali e le Federazioni internazionali [11]. D'altra parte l'apparato "giustiziale" interno

Internazionale, come appunto quella Unesco di Parigi sui beni culturali debitamente ratificata dall'Italia con legge dello Stato e quindi efficace ai sensi degli artt. 10, 11 e 117 della Costituzione.

[6] Gli Stati hanno inteso esercitare sempre più le loro funzioni pubblicistiche nei confronti dello sport. Quanto all'Unione europea sulla base dell'art. 165 TFUE: «*…contribuisce alla promozione dei profili europei dello sport, tenendo conto delle sue specificità, delle sue strutture fondate sul volontariato e della sua funzione sociale ed educativa*» e «*l'azione dell'Unione è intesa a sviluppare la dimensione europea dello sport, promuovendo l'equità e l'apertura nelle competizioni sportive e la cooperazione tra gli organismi responsabili dello sport e proteggendo l'integrità fisica e morale degli sportivi, in particolare dei più giovani tra essi*» (cfr. in tema S. BASTIANON, B. NASCIMBENE, *Diritto europeo dello sport*, Torino, 2011).

[7] Il CIFP (*International committee for fair play*), costituito nel 1963, si propone di diffondere nella pratica sportiva i principi del *fair play*: osservanza delle regole, rispetto dell'avversario, rifiuto della violenza e dei comportamenti scorretti.

[8] L'IPC (*International paralympic committee*) è l'organizzazione *non-profit* che tutela l'attività sportiva di vertice degli atleti disabili. Organizza e coordina i Giochi Paraolimpici e altre manifestazioni internazionali riservate ad atleti disabili.

[9] La WADA (*World anti-doping agency*) è l'agenzia indipendente costituita nel 1999 su iniziativa del CIO per contrastare, in collaborazione con gli organismi sportivi e le autorità pubbliche nazionali, la diffusione del *doping* nello sport. L'unica a composizione mista pubblico-privata, sia nella composizione paritaria delle componenti del *Foundation Board* che ai sensi dell'art. 6 dell'atto costitutivo, sia a livello normativo, visto che la Convenzione Unesco contro il doping nello sport rinvia esplicitamente (art. 4, par. 3) alla lista delle sostanze proibite approvata dalla WADA e di cui al Codice mondiale antidoping e lo stesso fa la Convenzione antidoping del Consiglio d'Europa.

[10] La WOA (*World olympians association*) è un'organizzazione indipendente che riunisce gli atleti di tutto il mondo che hanno preso parte ai Giochi Olimpici.

[11] Nel giugno del 1994 con la firma *dell'Agreement concerning the constitution of the International Council of Arbitration for Sport*" le più alte autorità mondiali in ambito sportivo stabilirono la creazione dell'ICAS (CIAS), un organo regolato dal diritto svizzero posto a presidio dell'indipendenza della *Court of Arbitation for Sport* (TAS, Tribunale arbitrale dello Sport di Losanna nella versione italiana e francese e CAS nella versione inglese) istituito nel 1984. Il suo compito principale è quello di salvaguardarne l'indipendenza e i diritti delle parti. L'ICAS si occupa dell'amministrazione e del finanziamento della Corte posta sotto la sua autorità e svolge un ruolo molto simile a qualsiasi altra istituzione arbitrale. Si tratta di un organismo autonomo cui vengono affidate le controversie giuridiche, regolamentari e finanziarie in materia di sport, la cui soluzione non è prevista dalla Carta

ISSN 2036-7821

all'organizzazione dello sport ha rappresentato storicamente uno dei pilastri dell'autonomia [12] ed è costituito da tutti gli organi giudicanti previsti dagli statuti e dai regolamenti federali per dirimere le controversie tra tutti i partecipanti al sistema che ne riconoscono l'obbligatorietà appunto in virtù del c.d. "vincolo di giustizia" [13].
Si tratta dunque di una organizzazione complessa, disciplinata da normative di principio e di dettaglio, che tende ad evitare, come visto, le ingerenze da parte degli Stati nazionali. Ciò ha determinato, da sempre, una tendenziale articolazione in senso privatistico dell'ordinamento sportivo, nel cui ambito è stata perseguita l'indipendenza mediante l'esercizio dell'*auto-regolamentazione* e *all'auto-gestione*. Infatti la Carta olimpica del CIO, gli statuti dei comitati olimpici nazionali, gli statuti e i regolamenti sportivi adottati dalle federazioni internazionali e nazionali riconoscono e utilizzano soprattutto l'*autonomia privata* e le regole generalmente seguite dalla tradizione sportiva nell'ambito delle varie discipline [14].
L'insieme dei principi e delle regole riferibili agli organismi sportivi hanno dato luogo ad una fenomenologia assimilabile al diritto transnazionale del commercio internazionale, definita in letteratura *"lex sportiva"* (o anche *global sports law*)[15] con un

Olimpica e, in generale, dalle regole che gestiscono l'attività sportiva. Il Codice TAS è stato modificato più volte nel corso degli anni ed è diviso in due sezioni principali. La prima parte stabilisce lo statuto dell'ICAS e del TAS (artt. S1 – S26); mentre la seconda parte contiene le regole procedurali (artt. R27 – R70). Il TAS ha due divisioni principali: una ordinaria, che funziona in modo molto simile a qualsiasi altra istituzione di arbitrato, una dei ricorsi, che rappresenta quantitativamente il 90 per cento dell'attività, che funge da giudice di appello definitivo per le decisioni prese dagli organi sportivi competenti, sia a livello nazionale, che internazionale. La riforma del 1994, tuttavia, non placò del tutto le critiche in quanto residuavano punti di contatto in astratto nel meccanismo di formazione dell'ICAS e in quello di nomina degli arbitri da includere nella lista chiusa del TAS, soprattutto qualora il CIO risultasse parte del giudizio. Il Tribunale Federale Svizzero, nel 2003, affermò tuttavia che l'ICAS non fosse un mero artifizio giuridico per risolvere il problema della dipendenza strutturale del TAS dal CIO, bensì un ente autonomo, sulla base della sua effettiva conformazione e del riconoscimento che se ne dava a livello normativo.

[12] Al riguardo A. MANZELLA, *La giustizia sportiva nel pluralismo delle autonomie*, in *Riv. dir. sport.*, 1993, 6 s.

[13] Tant'è che il ricorso alla giustizia ordinaria viene considerato una vera e propria violazione disciplinare, anche se la legittimità del c.d. *"vincolo di giustizia"* è stato più volte messo in discussione per violazione delle regole costituzionali (artt. 24, 102, 103, 113). In tema cfr. G. TERRACCIANO, *Il vincolo di giustizia, la clausola compromissoria e la pregiudiziale sportiva*, in *La giustizia nello sport*, a cura di P. DEL VECCHIO, L. GIACOMARDO, M. SFERRAZZA, R. STINCARDINI, Napoli, 2022, 425.

[14] La Carta olimpica, pubblicata per la prima volta nel 1908 e più volte modificata, è la fonte primaria che regola l'organizzazione e l'attività del Movimento olimpico cui si aggiungono numerosi regolamenti.

[15] L'espressione fu Coniata da *Matthieu Reeb, General Secretary of CAS*, in occasione della pubblicazione del primo *Digest of CAS* relativo al periodo 1983-1998 (al riguardo R.H. MCLAREN, *The court of arbitration for sport: an independent arena for the world's sports disputes*, in *Valparaiso University Law Review*, 2001, 381). L'obiettivo era rivendicarne lo stesso riconoscimento che era stato dato alla *lex mercatoria* con la Convenzione di New York del 1958, con la quale gli Stati firmatari si impegnavano a garantire l'ottemperanza delle decisioni delle corti arbitrali internazionali (c.d. "exequatur"), sprovviste di ogni potere esecutivo. Da allora anche la giurisprudenza dei vari stati nazionali e dell'Unione europea ha sostanzialmente riconosciuto la *lex mercatoria* (cfr. Cass. Francia, 22 ottobre 1991, in *Riv. Arb.*, 1992, 321; Corte di giustizia U.E., Sez. III, 6 settembre 2011, n. 87/10; Cass. civ., 8 febbraio 1982, n. 722, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1579). S. BASTIANON, *La lex sportiva, Osservatoriosullefonti.it*, 2021,1, 350 ricorda come in latino non esista l'aggettivo *sportivus*, nonostante l'assonanza abbia avuto successo.

ISSN 2036-7821

chiaro ed evocativo riferimento alla *lex mercatoria* [16], per rivendicare una sorta di "sovranità funzionale" su tutti gli sportivi a guisa di "popolo transnazionale". E le problematiche che si pongono per la *lex sportiva* sono analoghe a quelle ampiamente discusse nella letteratura in tema di *lex mercatoria* e riguardanti il ruolo e la legittimazione della corte arbitrale a decidere controversie sulla base di principi e norme indipendenti da ogni ordinamento giuridico nazionale con forza legale vincolante [17].

D'altra parte, la *Court of Arbitration for Sport*, sin dagli esordi, è stata costretta a confrontarsi con gli interventi degli organi giurisdizionali nazionali, chiamati a intervenire nelle controversie sulla base delle differenti normative nazionali riguardanti, ad esempio, l'associazionismo e la posizione monopolistica, la giurisdizione, le normative sul lavoro e soprattutto le varie discipline dell'arbitrato [18]. Problematica che è divenuta, per le ragioni già delineate, ben più grave quando il confronto si è spostato ad un livello continentale e quindi di giurisdizione europea [19],

[16] La locuzione ha, come noto, origine nel diritto dei mercanti dell'età medievale che, risultando più adatto alle esigenze dei traffici, derogava per i rapporti commerciali all'allora vigente diritto romano. Nel basso medioevo le mutate condizioni sociali e la fine dell'economia curtense favorirono uno sviluppo dei commerci interstatuali in relazione ai quali appariva necessario trovare uno strumento giuridico più agile dello *ius* civile di derivazione romanistica, incapace di far fronte alle modificate esigenze mercantili nel mutato assetto istituzionale che vedeva la nascita degli stati nazionali. In epoca moderna, l'espressione è stata utilizzata per richiamare la rinascita di un diritto universale, che trascende il diritto di creazione legislativa statale e che, diversamente, è formato da regole derivanti dalla prassi imprenditoriale e particolarmente adatte a disciplinare i rapporti commerciali al di là dei confini nazionali (cfr. in tema: S.M. CARBONE, *Il contributo della lex mercatoria alla precisazione della lex sportiva*, in E. GREPPI - M. VELLANO (a cura di), *Diritto internazionale dello sport*, Torino, 2010, 241 s.; G. MAZZEI, *Carattere privatistico e transnazionale dell'ordinamento giuridico sportivo,* in *Federalismi.it*, 17 maggio 2017, 3 s.). Si è affermato che il *"diritto trasnazionale delle transazioni economiche, è il più riuscito esempio di diritto globale senza Stato"* (G. TEUBNER, *Breaking Frames: Economic Globalisation and the Emergence of Lex Mercatoria*, in *European Journal of Social Theory*, Vol. 5, 2002, 213*).* E alla stregua della *lex mercatoria,* con un grado di coerenza, unitarietà ed istituzionalizzazione maggiore, l'insieme dei principi giuridici e delle regole tecniche riferibili agli organismi sportivi rappresenta una manifestazione di un diritto transnazionale.

[17] In tema cfr anche L. CASINI, *The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport,* in *Lex Sportiva: what is sports law?* (C.R. SIEKMANN, AND J. SOEK EDS.), Asser International Sports Law Series. T.M.C. Asser Press, 2012, 149. Invero qualcuno ha evidenziato anche i limiti di democraticità delle organizzazioni sportive (B. KOLEV, *Lex Sportiva and Lex Mercatoria,* in *Sports Law Journal*, 2008, 1\2, 57 s.).

[18] Basti pensare ad esempio alla circostanza che in Germania il ricorso all'arbitrato non è possibile in questioni di diritto privato e per le controversie di lavoro (cfr. sul tema L. PRIMICERIO, *Il Tribunale arbitrale dello sport e la creazione di una lex sportiva,* in *Riv. dir.ec. sport,* 2017,2, 51 s.). In particolare in Germania è noto il caso *Wilhelmshaven* per cui giudici della *BGH* bloccarono l'esecuzione della sanzione inflitta, anche se poi il *club* comunque era retrocesso nei campionati inferiori, lasciando in piedi la sola questione risarcitoria (in tema L. DI NELLA, *Giustizia sportiva nazionale e internazionale e principio di specificità dello sport. Problemi e prospettive*, in M.F. SERRA a cura di, *Responsibility in Sports Activities,* cit., 675 s.).

[19] Si pensi al caso "*Seraing*" in cui la Corte d'Appello di Bruxelles, adita dopo l'esperimento dei gradi di giustizia domestica, il 28 agosto 2018 ha sentenziato che le clausole arbitrali contenute negli statuti Fifa e Uefa sono incompatibili col diritto comunitario in quanto violano l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sull'equo processo e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE sul diritto al giudice imparziale (Cour d'Appel de Bruxelles, Arrêt, *18ème chambre F affaires civiles*, 29 agosto 2018, rep. n. 2018/6348, ruolo 2016/AR/2048). Al riguardo G. ZARRA, *La (in)validità della clausola arbitrale FIFA (e UEFA) alla prova delle corti belghe. Il caso*

ISSN 2036-7821

come da ultimo dimostra la vicenda del nuovo *Football Agent Regulations* (*FFAR*) emanato dalla FIFA nel dicembre del 2022 e sospeso nell'applicazione il 30 dicembre del 2023 a seguito delle pronunce di alcuni giudici nazionali e dopo la remissione per questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia dell'Unione che dovrà pronunciarsi nei prossimi mesi [20].

L'ordinamento sportivo mondiale ha dunque il carattere della *originarietà*, in quanto fonda la propria efficacia esclusivamente sulle proprie regole, ma non ha il carattere della "*sovranità*" non avendo la piena cogenza ed effettività sui singoli territori nazionali. Il rapporto tra ordinamento sportivo internazionale e nazionale è di "*supremazia gerarchica necessaria*" e qualora il secondo non voglia conformarsi alle "*direttive*" (regole tecniche, organizzative ed istituzionali) del primo, questo può "disconoscerlo" (mediante la c.d. "*revoca dell'affiliazione*") ed espellerlo, con la conseguenza di non ammettere più le sue compagini alle competizioni organizzate in sede mondiale o continentale.

La caratteristica della tendenziale autonomia, sia sotto il profilo normativo che sotto il profilo giurisdizionale, dell'ordinamento sportivo (nazionale) dall'ordinamento giuridico statale è, nella sostanza, dovuta proprio alla sua dipendenza dal relativo ordinamento sportivo mondiale, anche se ovviamente deve armonizzarsi comunque con la legge del singolo Stato (a cominciare dalla Costituzione) e per quanto riguarda il nostro continente con le regole dell'Unione Europea.

Il problema è che la fenomenologia dello *sport* ha avuto negli anni una profonda evoluzione che ha fatto emergere un rilevantissimo comparto economico nel segmento dell'intrattenimento e dello spettacolo, partendo da una attività di natura ideale e ludica, con la specificità di essersi segmentata in due mondi, quello

---

Seraing ed i suoi potenziali effetti, in *Riv. dir.ec. sport*, 2018, 2, 457 s.; L. PASTORE-L. SMACCHIA, *The Court of Arbitration for Sport. Time for a Reform*, *ibidem*, 92 s.; D. RAPACCIOLO, *Good Governance and the Multiple Challenge to the Domestic Legal Order of sports organizations*, *ibidem*, 73 s.

[20] Contro il regolamento sono state proposte numerose azioni giudiziarie, di cui una cautelare contro Fifa e KNVB (Federazione Olandese) diretta a sospendere la prima sessione di esami del nuovo corso, rigettata dal Tribunale di *Utrecht* il 10 maggio 2023 e poi dalla Corte centrale dei Paesi Bassi. Un'altra, presentata da due membri del DFVV (l'equivalente tedesca dell'Asso Agenti), è stata accolta il 24 maggio 2023 dal tribunale distrettuale di *Dortmund* che ha emesso un'ingiunzione contro il regolamento, che di conseguenza non può essere applicato almeno per il momento in Germania, visto che si tratta di un ordine restrittivo provvisorio. Lo stesso è accaduto per la Spagna sulla base della pronuncia del Tribunale commerciale numero 3 di Madrid del 6 novembre 2023. Il 24 luglio dello stesso anno, il TAS si era già espresso respingendo ogni pretesa della *Professional Football Agents Association* e chiarendo che la Fifa gode di una legittimazione "tecnica" e "democratica" di regolamentare i servizi di agente sportivo, non solo sulla base della giurisprudenza UE ma anche in considerazione dell'importanza dell'armonizzazione dei regolamenti di uno sport globale come il calcio (CAS *Arbitral Award*, 24 luglio 2023, 2023/O/9370, *Professional Football Agents Association* c. Fifa). Infine, la nona Sezione civile del *Landgericht Mainz* (Tribunale del *Land* di Magonza) ha preferito, nell'ambito di un analogo giudizio, rimettere una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione, proponendo 12 diversi quesiti. Sulla tematica ci sia consentito per brevità il rinvio a: F. R. FIMMANÒ, *L'agente sportivo: un ircocervo tra professione, mediazione ed impresa alla prova del nuovo regolamento Fifa*, in *Riv. dir. sport.*, 2023, 181 s.

ISSN 2036-7821

industriale e quello *dilettantistico*, che vivono ormai in una strutturale contraddizione. Il "luogo" emblematico dello "sdoppiamento identitario" è quello delle *Olimpiadi*: fenomeno ormai industriale per eccellenza e di rilevante impatto economico, ma al tempo stesso basato, formalmente, sui valori ideali millenari. Come dimostra la vicenda della regola "*della tregua olimpica*" [21] messa al centro dell'attenzione dal conflitto russo-ucraino, scoppiato in corrispondenza dei giochi invernali di Pechino che si sono chiusi ufficialmente il 20 marzo 2022, al termine delle *Paralimpiadi* e che si è riproposto in occasione delle Olimpiadi di Parigi [22].

Il tema esalta e drammatizza un ulteriore profilo della fenomenologia, ovvero l'impatto sociale e politico, per alcuni versi ancora più rilevante di quello economico, anche se strettamente connesso [23]. Questo versante ha prodotto persino fenomeni di *diplomazia internazionale* e *geopolitica* sorprendenti. Basti pensare alla c.d "*Stadium diplomacy*" che è ormai uno dei capisaldi del c.d. *soft power* cinese [24]. Ciò fa comprendere la tensione di fondo generata dalla volontà politica di governare il settore.

2. L'impatto del calcio e dell'Unione Europea sull'ordinamento globale: il caso Superlega

La fenomenologia del calcio professionistico ha acquisito negli ultimi trent'anni un ruolo sociale, economico e politico di primo piano in quanto fenomeno globale di massa con implicazioni formidabili e per l'effetto ha finito col condizionare l'intero ordinamento sportivo globale. In particolare ciò è avvenuto in Europa in quanto l'ordinamento internazionale del giuoco calcio, governato dalla F.I.F.A. (*Federation International Football Association*) [25] e soprattutto quello continentale governato dalla

[21] Il CIO ha affrontato la vicenda in maniera anche più netta di quanto abbia fatto la Fifa (*Fédération Internationale de Football Association)*. Il Comitato esecutivo ha pubblicato una nota ufficiale con cui ha comunicato di aver revocato al Presidente moscovita e della Federazione russa, la più alta onorificenza del movimento (il collare d'oro dell'Ordine Olimpico) conferita nel 2001. Ciò per aver infranto la tregua olimpica e aver violato altre norme della Carta dei giochi. Si tratta di una regola antichissima, che ha origine proprio con la nascita delle stesse Olimpiadi. In antichità, nel IX secolo a.c., ogni ostilità con altri Paesi o città cessava durante tutto il periodo in cui venivano svolti i Giochi olimpici. Questa pace temporanea consentiva a chiunque di potersi recare a praticare le varie attività in programma o semplicemente ad assistervi, garantendo l'incolumità generale. La Russia ha violato quest'antica regola.

[22] L'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha approvato il 21 novembre 2023 la risoluzione sulla Tregua Olimpica per i Giochi Olimpici e Paralimpici del 2024, con 118 voti a favore e le due astensioni di Russia e Siria.

[23] Basti pensare che anni fa un famoso drammaturgo scriveva *"Chi è per lo sport ha le masse al suo fianco, chi è per la cultura ha le masse contro, e per questo tutti i governi sono sempre per lo sport e contro la cultura" (T. Bernhard, L'origine. Un accenno*. Vol. I *Die Ursache. Eine Andeutung*, 1975, trad. Umberto Gandini, Milano, 1982, 13 s.).

[24] Dall'inizio del nuovo millennio una buona fetta degli investimenti di Pechino in Africa riguardano stadi e strutture sportive per ottenere l'approvvigionamento di materie prime. Gli investimenti cinesi negli impianti sportivi interessano anche l'America Latina, i Caraibi e le isole del Pacifico del Sud.

[25] La Fifa è stata costituita nel 1904 a Parigi dai rappresentanti delle Federazioni nazionali di calcio di Francia, Belgio, Olanda, Danimarca, Spagna, Svezia e Svizzera.

ISSN 2036-7821

U.E.F.A. (*Union of european football associations*) [26], si è scontrato con le regole ed i principi dell'Unione europea, dopo un primo periodo di "calma" tra gli anni '70 e l'inizio dei '90, in cui v'è stata solo qualche sentenza sull'assoggettabilità dell'attività sportiva ai principi europei del mercato laddove assumesse i caratteri dell'attività economica [27]. Si tratta della cd. *eccezione sportiva* (*sporting exception*), intesa quale esonero dall'obbligo di rispettare i principi europei in ordine alle regole tecniche poste alla base dell'attività sportiva, salvo che non costituiscano attività suscettibile di valutazione economica.

Il caso più emblematico fu quello della celebre sentenza "*Bosman*" del 1995 con la quale si ritenne applicabile l'art. 48 del Tratt. CE, che sancisce la libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'UE, anche in ordine ad attività sportive quali quelle dei calciatori professionisti [28]. La Corte affermò che tale norma ostava all'applicazione di regole emanate dalle associazioni sportive (nazionali, sovranazionali ed internazionali), secondo le quali un calciatore professionista, cittadino di uno Stato membro dell'Unione Europea, alla scadenza di un contratto che lo vincolasse ad un *club*, potesse essere ingaggiato da una società di un altro Stato membro previo versamento, alla società di provenienza, di un'indennità a titolo di trasferimento, di formazione e promozione. Le statuizioni contenute nella sentenza *Bosman*, rese in via pregiudiziale a norma dell'art. 177 Tratt. CE (ora art. 267 Tratt. UE) in ordine all'interpretazione dell'art. 48 del Tratt. CE, essendo tese a chiarire (e a determinare esattamente) il contenuto della norma, dovevano ricevere immediata applicazione, anche in sede giudiziaria, nel territorio degli Stati membri. E così la vicenda

[26] La Uefa nacque il 15 giugno 1954 in Svizzera a Basilea per iniziativa delle federazioni francese, belga e italiana. La sede fu Parigi fino al 1959, anno in cui la Federazione europea si spostò in Svizzera a Berna e dal 1995 a *Nyon*. Conta 55 federazioni e la sua attività, fin dalla costituzione, si è sempre estesa oltre i confini dell'Europa fisica: infatti, oltre ad avere tra gli affiliati originali l'Unione Sovietica (e, a seguire, la Russia) e la Turchia, entrambi Paesi transcontinentali, vanta l'affiliazione di Cipro e Israele, geograficamente appartenenti all'Asia; dopo lo scioglimento dell'URSS, sono anche entrate a farne parte le *ex* repubbliche sovietiche di Armenia, Azerbaigian, Georgia e Kazakistan.

[27] Corte di giustizia, 12 dicembre 1974, causa 36/74, *Walrave e Koch*, in *Raccolta*, 1406; Corte di giustizia, 14 luglio 1976, causa 13/76, *Donà c. Mantero*, in *Raccolta*, 1334.

[28] La sentenza (C. giust. Ce 15 dicembre 1995 in causa C-415/1993 in *Foro it.*, 1996, IV, 1 s.) porta, come noto, il nome del calciatore belga che ricorse alla Corte di Giustizia per vedersi riconosciuta la possibilità di trasferirsi allo scadere del contratto che lo teneva legato ad una società sportiva (*Royal Football Club de Liège*) senza possibilità, da parte di quest'ultima società, di chiedere un'indennità a titolo di trasferimento. Cfr. al riguardo M. CLARICH, *La sentenza Bosman: verso il tramonto degli ordinamenti giuridici sportivi?*, in *Riv. dir. sport.*, 1996, 393 s.; A. ANASTASI, *Annotazioni sul caso Bosman*, in *Riv. dir. sport.*, 1996, 458 s.; S. BASTIANON, *La libera circolazione dei calciatori e il diritto della concorrenza alla luce della sentenza Bosman*, in *Riv. dir. sport.*, 1996, 508 e s; M. COCCIA, *La sentenza Bosman: summum ius, summa iniuria*, in *Riv. dir. sport*, 1996, 650 s.; M. COCCIA – C. NIZZO, *Il dopo Bosman e il modello sportivo europeo*, in *Riv. dir. sport*, 1998, 335 s.; J. DE DIOS CRESPO PERÉZ, *Il caso Webster: un nuovo Bosman*, in *Riv. dir. econ. sport.*, I, 2008, 13 e s.; J. DIÈZ - HOCHLEITNER – A. MARTINÈZ SANCHEZ, *Le conseguenze giuridiche della sentenza Bosman per lo sport spagnolo ed europeo*, in *Riv. dir. sport.*, 1996, 469 s. Sul sito della Corte di giustizia (http://curia.europa.eu/juris/ce-lex.jsf?celex= 61993CJ0415&lang1=it&type=TXT&ancre=) sono elencati oltre 150 commenti relativi alla sentenza *Bosman* che coprono un lasso temporale dal 1996 al 2010.

ISSN 2036-7821

determinò l'effetto epocale della fine del c.d. *vincolo sportivo* a livello globale. La decisione produsse uno scontro violentissimo tra Istituzioni comunitarie e mondo del calcio[29]. Tant'è che si tentò subito dopo di limitare il ricorso ai tribunali nazionali attraverso la predisposizione nei regolamenti di una clausola di attribuzione della competenza a decidere controversie al CAS con risultati assai modesti [30], vista l'impossibilità di isolare il settore sportivo dal diritto interstatale dell'Unione europea.

Un certo impatto ebbe qualche anno dopo, sulla regolamentazione FIFA degli agenti sportivi, la sentenza c.d. "*Piau*" [31] che era un aspirante procuratore francese, che presentò ricorso al Tribunale di primo grado dell'Unione sostenendo che il Regolamento Fifa fosse in contrasto con gli articoli 81 e 82 (ora 101 e 102) del Trattato per le discriminatorie restrizioni all'accesso alla professione. Il Tribunale rigettò il ricorso ritenendo il Regolamento compatibile col diritto comunitario in quanto la licenza, imponendo restrizioni qualitative e non quantitative, fosse una deroga legittima. I giudici non riscontrarono neppure abuso di posizione dominante collettiva sul mercato delle prestazioni di servizi rispetto agli Agenti ma al contempo rigettarono anche le argomentazioni della Fifa intese a negare la sua natura di *"associazione di imprese"*, ritenendola, invece, tale e, quindi, soggetta alle norme sulla concorrenza. In quel caso, si badi bene, i giudici aggiunsero che il regolamento era stato adottato *motu proprio* e non in virtù dei poteri normativi delegati da autorità pubbliche, come accade per il nostro Coni.

E poi, ancora, nel caso "*Meca Medina*" la Corte di Giustizia stabilì il principio secondo cui l'ordinamento UE e le regole che governano il funzionamento del mercato interno abbracciassero anche il fenomeno sportivo, ogni qual volta che il medesimo finisce per essere connotato come fenomeno economico[32], segnando la definitiva negazione

---

[29] Il Commissario alla concorrenza dell'epoca *Van Miert* fu costretto ad affermare «*UEFA has to evolve, whether they like it or not. If they want war, then it will be war*» visto che il coevo Presidente Uefa Johansson aveva persino dichiarato: «*the EU is trying to kill club football in Europe*».

[30] A. DUVAL, *The Court of arbitration for sport and EU law. Chronicle of an encounter*, in *Maastr. Journ. Eur. Comp. Law*, 2015, 226 s.

[31] Tribunale di primo grado delle Comunità Europee, 26 gennaio 2005, Causa T-193/02 (*Piau/Commissione Comunità Europee*, in *www.eur-lex.europa.eu.*, in *Riv. dir. ec. sport*, n. 1, 2005, 127 s. D. GULLO, *L'impatto del diritto della concorrenza sul mondo dello sport*, in *Riv. dir. ec. sport*, n. 3, 2007, 13; E. GREPPI - M. VELLANO, *Diritto internazionale dello sport*, Torino, 2010, 354; M. DI FRANCESCO, *Il ruolo dell'agente di calciatori*, cit., p. 120; V. SELINSKY – F. RIZZO, *Activité des agents de joueurs: la réglementation FIFA validée par la TPICE*, in *Rev. lamy conc. droit, écon. rég.*, 2006, VI, 119; E. PEDILARCO, *Regolamento FIFA e diritto comunitario della concorrenza*, in *Riv. dir. pub. comp. eu.*, 2005, 871).

[32] Gli atleti ricorrenti chiesero la revisione di gravi squalifiche per *doping*, sostenendo che quelle sanzioni rappresentavano ostacoli al libero esercizio della concorrenza sul mercato interno, a norma degli stessi articoli 101 e 102 TFUE. Il Tribunale (T-313/02, con pronuncia del 30 settembre 2004) respinse la pretesa enfatizzando l'autonomia e l'indipendenza del fenomeno sportivo e della disciplina del *doping*, che considerava estranee alla sfera di azione e di cogenza dell'ordinamento UE. La Corte di Giustizia ritenne invece, come visto, ammissibile alla sindacabilità del fenomeno sportivo, anche se la limitazione dell'attività imprenditoriale, dovuta all'applicazione delle norme *antidoping* fu considerata ragionevole e giustificabile anche alla luce degli artt. 101 e

ISSN 2036-7821

delle c.d. regole puramente sportive[33]. Quindi da quel momento in caso di effetti restrittivi di una regola sportiva su una delle libertà fondamentali riconosciute dal diritto europeo, tale regola non sarebbe incorsa nei rigori del divieto soltanto qualora potesse essere giustificata dagli obiettivi legittimi perseguiti, dalla sua idoneità a raggiungere tali obiettivi e dal carattere *proporzionato* della misura rispetto agli stessi.
E sulla scia di queste statuizioni è intervenuta recentemente la più destabilizzante delle decisioni, rispetto al modello storico che abbiamo delineato, ovvero quella riguardante il caso "*Superlega*" [34], i cui effetti allo stato attuale sono ancora imponderabili.
In particolare il 18 aprile del 2021 fu diffuso un comunicato ad opera di una neo-costituita società che intendeva proporre una nuova competizione continentale governata dai *club* soci (la *European Super League Company* S.L.). La Uefa e Federazioni nazionali di appartenenza dei *clubs* preannunciarono, d'intesa con la Fifa e tutte le federazioni affiliate, che avrebbero assunto tutte le misure disponibili per ostacolare l'iniziativa, percepita come un "tentativo di scissione e cospirazione" incompatibile con le competizioni Uefa[35]. Il Tribunale di Madrid adito dalla società, proponeva, l'11 maggio 2021, un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, volto ad accertare la sussistenza di un contegno anticoncorrenziale (o di un abuso di posizione

---

102, accordando precedenza alla funzione sociale ed educativa dello sport ed alla tutela dell'integrità delle competizioni e della salute degli sportivi (Corte CE, 18 luglio 2006, David Meca-Medina and Igor Majcen v. Commission of the European Communities, C-519/04, in *European Court Reports*, 2004, II-03291, parr. 27, 31. In tema tra gli altri cfr. J. GREGORY, *From Rio to Meca: another step on the winding road of competition law and sport. (European Court of First Instance decision in Meca-Medina v. Commission of the European Communities)*, in *Cambridge Law Journal*, 2005, 51 s.; S. WEATHERILL, *Case C-519/04 P Meca-Medina [2006] ECR I-6991*, in *Leading Cases in Sports Law*, a cura di Anderson, *The Hague*, 2013,137 s.).

[33] Con la sentenza *TopFit e Biffi* del 13 giugno 2019, la Corte ha superato il principio che permetteva al diritto europeo di interessarsi delle regole sportive solo se ed in quanto lo sport integrasse attività economica, ricomprendendo anche tutte le attività sportive svolte a livello amatoriale (Corte giust., 13 giugno 2019, causa C-22/18, *TopFit eV, Daniele Biffi contro Deutscher Leichta-thletikverband eV*, www.curia.eu. Al riguardo: S. BASTIANON, *The TopFit judgment on amateur sport and its potential aftermath on the relation-ship between EU law and dual careers of athletes*, in *Rivista.eurojus.it*, 2019, 4; ID.,, *Atleti dilettanti, campioni nazionali e cittadinanza europea: quid novi sub sole?*, *Riv. dir. sport*., 2019,129).

[34] Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, 21 dicembre 2023, Causa C-333/21 – Pres. M. K. Lenaerts – Rel. J. Passern – Avv. Gen. M. A. Rantos – *European Superleague Company SL c. Uniòn de Federaciones Europeas de Fùtbol* (UEFA), Fédération internationale de football association (FIFA), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62021CJ0333, in *Giur.it.*, 2024,3, 525 s. Lo stesso giorno la Corte si è pronunciata anche sulle cause C-124/21 P (*International Skating Union*) e C-680/21 (SA *Royal Antwerp Football Club*) ed è stato giustamente rilevato che mai la Corte ha depositato tre diverse sentenze sportive nello stesso giorno quando peraltro complessivamente i suoi pronunciamenti in materia non sono più di 15 (S. BASTIANON, *La Corte di giustizia e la Superlega*, in *www.Coni.it/it/rivista-di-diritto-sportivo*, 2023).

[35] Invero il progetto sembrò subito tramontare per l'abbandono da parte di nove dei dodici *clubs* fondatori, che adottarono un *Commitment Declaration* volto a riaffermare il loro impegno verso le competizioni Uefa e ad ottenere un formale reintegro, riconoscendo come il progetto "*Super League*" non fosse autorizzato ai sensi degli Statuti e Regolamenti della Federazione continentale. Peraltro fu subito avviato un procedimento disciplinare contro le tre società rimaste affiliate al progetto da parte dell'Uefa.

ISSN 2036-7821

dominante) da parte di Uefa e Fifa, in quanto associazioni di imprese, titolari dei diritti economici e televisivi e del potere di impedire l'organizzazione di competizioni concorrenti, in violazione degli articoli 101 e 102 TFUE [36].

Nonostante le conclusioni dell'Avvocato generale [37], la Corte di giustizia ha rilevato [38], per la prima volta, una violazione congiunta degli articoli 101 e 102, per cui in assenza di un quadro normativo comprensivo di criteri e procedure idonee a garantirne trasparenza, obiettività, non discriminatorietà e proporzionalità [39], l'adozione e l'attuazione, tramite la minaccia di sanzioni, di regole recanti la previa approvazione ai fini dell'organizzazione di competizioni calcistiche da parte di enti terzi, costituisce un abuso di posizione dominante. Tali regole, avendo ad oggetto una restrizione della concorrenza, configurano anche una violazione dell'art. 56 del Trattato relativo alla libera prestazione dei servizi in quanto volte ad ostacolare tanto la possibilità per qualsiasi impresa terza di organizzare e commercializzare competizioni sul territorio dell'Unione, quanto la opportunità per qualsiasi *club* europeo di partecipare a tali competizioni, nonché più in generale la possibilità per qualsiasi altra impresa di fornire servizi connessi all'organizzazione o alla commercializzazione delle competizioni.

Le norme relative all'approvazione preventiva delle competizioni calcistiche adottate da Fifa e Uefa, quali "associazioni private tra imprese", sebbene idealmente sostenute dal perseguimento di obiettivi legittimi, in concreto conferiscono – secondo i giudici -

[36] Il *Juzgado de lo Mercantil nº 17 de Madrid*, con l'ordinanza n. 14/2021, si era peraltro pronunciato su un ricorso cautelare presentato dalla *European Super League Company* S.L. per ottenere una misura cautelare *inaudita altera parte* nei confronti di Uefa e Fifa, a cui veniva ordinato, al fine di tutelare la libera concorrenza nel mercato di riferimento, di evitare l'adozione di qualsiasi azione che avrebbe potuto impedire o ostacolare la realizzazione del progetto Super League. L'Uefa per l'effetto sospendeva e poi annullava il procedimento disciplinare.

[37] L'avvocato generale *Athanasios Rantos*, nel dicembre 2022, affermava che le norme della Fifa e della Uefa, pur imponendo la previa autorizzazione a qualsiasi nuova competizione internazionale, fossero da ritenere compatibili con il diritto della concorrenza dell'UE, visto che l'art. 165 TFUE, avrebbe espresso la volontà di attribuire valore "costituzionale" al c.d. modello sportivo europeo, fondato su una struttura piramidale del movimento sportivo, oltre che sull'esistenza di competizioni aperte, eque e meritocratiche, nonché su un principio di solidarietà finanziaria (al riguardo P. SANDULLI, *Electa una via non datur recursus ad alteram. Prime considerazioni sulla relazione dell'Avvocato generale Rantos alla Corte di giustizia sul caso Super Lega*, in *Rass. dir. ec. sport*, 2022, 2, 241 s.).

[38] La sentenza ricostruisce innanzitutto i principi che sostengono l'applicazione del diritto europeo allo sport ed evidenzia come l'importanza sociale e culturale del calcio professionistico, unita all'interesse mediatico che lo accompagna, giustifichi l'adozione di norme comuni nell'organizzazione e svolgimento delle competizioni internazionali, ove intese a garantire l'omogeneità e il coordinamento di tali competizioni all'interno di un calendario unico, nonché a promuovere lo svolgimento di competizioni sportive aperte basate sulle pari opportunità e sul merito sportivo.

[39] Per i giudici, la legittima adozione o attuazione di norme e sanzioni, richiede la preventiva adozione di un quadro di criteri sostanziali e regole procedurali che consentano di qualificare il sistema di preventiva autorizzazione come trasparente, oggettivo, non discriminatorio e proporzionato. Allo stesso modo le sanzioni devono essere disciplinate nel rispetto dei medesimi criteri nonché determinate nel rispetto del principio di proporzionalità, tenendo in debita considerazione, rispetto al singolo caso, la natura, la durata e la gravità della violazione accertata.

ISSN 2036-7821

alle medesime il potere di controllare e definire le condizioni di accesso al mercato di riferimento per qualsiasi impresa potenzialmente concorrente, assecondando una finalità anticoncorrenziale, che risulta vieppiù rafforzata dalle norme sulla partecipazione delle società e dei tesserati a tali competizioni e dalle relative sanzioni, stante l'assenza di restrizioni, obblighi e controlli che ne possano garantire la trasparenza, l'oggettività ed il carattere non discriminatorio [40].

Per ognuna delle violazioni rilevate la Corte ha anche trattato la questione delle possibili cause di giustificazione, sebbene la relativa analisi sia nella sostanza rimessa al giudice del rinvio. Così sul divieto di abuso di posizione dominante, emerge che non esiste la c.d. *objective justification defence*, visto che il tutto è preordinato a riservare il monopolio sul mercato dell'organizzazione delle competizioni internazionali. Per quanto riguarda, invece, la c.d. *efficiency defence*, ovvero la possibilità per l'impresa "egemone" di dimostrare che la condotta posta in essere sia in grado di produrre efficienze tali da compensare gli eventuali effetti anticoncorrenziali sui consumatori, l'assenza di criteri chiari, precisi, oggettivi e non discriminatori induce a ritenere che Fifa e Uefa operino in regime di monopolio di fatto impedendo ogni forma di concorrenza su tale mercato. I giudici hanno aggiunto che appare difficile immaginare che si possa superare l'addebito di discrezionalità nell'adozione di norme che si affermano volte ad impedire ogni concorrenza sul mercato dell'organizzazione delle competizioni calcistiche.

Nella fattispecie le misure di origine non statale, restrittive di una libertà fondamentale, possono essere considerate compatibili con il diritto europeo solo ove venga dimostrato, da un lato, che la loro adozione è giustificata da un obiettivo legittimo di interesse pubblico e, dall'altro, che rispettino il principio di proporzionalità [41].

Per quanto riguarda, infine, la questione pregiudiziale relativa alle norme FIFA che identificano la Uefa e le federazioni nazionali che ne sono membri come proprietari

[40] Secondo la Corte, la Fifa e la Uefa, nonostante la loro natura formale, svolgono dunque anche attività economiche e sono associazioni di imprenditori, soggette alle regole della libera prestazione dei servizi e della concorrenza (E. Picozza, *Diritto internazionale o diritto eurounitario? note in margine alla sentenza della corte di giustizia della unione europea 21 dicembre 2023 c-333/2021*, in *ratioiuris.it*.).

[41] La Corte evidenzia come l'adozione di norme sull'approvazione preventiva delle competizioni e sulla partecipazione delle società e dei calciatori a tali competizioni possono, in via di principio, essere giustificate dall'esigenza tanto di garantire che tali competizioni siano organizzate nel rispetto dei principi, dei valori e delle regole su cui si fonda il calcio professionistico, quanto di assicurare che le medesime si integrino nel "sistema organizzato" di competizioni nazionali, europee e internazionali che caratterizzano la disciplina sportiva. Tuttavia, nel rimettere la questione al giudice del rinvio, la Corte di giustizia ha ribadito come tali obiettivi non sono idonei a giustificare l'adozione di norme di approvazione preventiva avulse dal rispetto di criteri sostanziali e modalità procedurali dettagliate, funzionali a garantirne la trasparenza, l'obiettività, la precisione e la non discriminazione e ad evitare che l'esercizio del relativo potere di approvazione preventiva venga esercitato in maniera arbitraria e discrezionale (al riguardo cfr. A. MERONE, *Il caso Superlega e la decisione della Corte di Giustizia Europea*, in *judicium.it*, 2023).

ISSN 2036-7821

unici di tutti i diritti derivanti dalle competizioni che si svolgono nell'ambito delle rispettive giurisdizioni (così assumendosi la responsabilità esclusiva della loro commercializzazione) la Corte ne ha rilevato l'illegittimità, tanto più che la loro operatività risulta connessa alle norme sulla previa autorizzazione, sulla partecipazione e sulle sanzioni, per le quali si è già giunti a conclusioni analoghe [42].
In ogni caso, è stata rimessa al giudice del rinvio la valutazione dell'eventuale esistenza delle cause di giustificazione. Invero nel corso del giudizio davanti alla Corte, l'Uefa e la Fifa hanno sostenuto che tali norme consentirebbero di realizzare incrementi di efficienza, contribuendo a migliorare sia la produzione che la distribuzione (oltre che a ridurre significativamente i costi di transazione e l'incertezza che gli acquirenti si troverebbero ad affrontare se dovessero negoziare caso per caso con i *club* partecipanti, i quali potrebbero anche avere posizioni e interessi divergenti) e di destinare agli utenti una congrua parte dell'utile che origina dai descritti incrementi di efficienza (incluso il finanziamento, ad opera delle Federazioni internazionali, di progetti di ridistribuzione solidaristica dei proventi a favore di tutte le altre società di calcio professionistiche o dilettantistiche, degli atleti, del calcio femminile, dei giovani calciatori e per tale via, ai tifosi, consumatori, e a tutti i cittadini dell'Ue coinvolti nel calcio amatoriale) [43].
Si tratta di una sentenza che potrebbe produrre macro-effetti ordinamentali e politici, segnando uno spartiacque nello storico tentativo di ricondurre la *lex sportiva* agli ordinamenti statali e sovranazionali [44].

---

[42] Nella misura in cui sia i *clubs* che partecipano alle competizioni, sia qualsiasi altro organizzatore di competizioni alternative, vengono privati da tali norme della titolarità originaria dei diritti connessi allo sfruttamento commerciale, escludendo qualunque altra alternativa al modello proposto, tali disposizioni devono considerarsi restrittive della concorrenza ai sensi dell'art. 101 TFUE, ed integranti un abuso di posizione dominante ai sensi dell'Art. 102 TFUE.

[43] Invero la sostenibilità complessiva del calcio poggia sull'effetto positivo che le competizioni internazionali generano a favore dei *clubs* professionistici e dilettantistici minori che, pur non partecipandovi, si giovano di tali risorse investendo nel reclutamento e nella formazione dei giovani giocatori, generando un beneficio sociale diffuso e indipendente dall'approdo di tali calciatori al professionismo e alle competizioni di vertice. Tuttavia, sarà il giudice del rinvio che dovrà verificare non solo l'attendibilità dei numeri economici, nel loro rapporto con una distribuzione complessiva, ma soprattutto che le norme in questione siano indispensabili per ottenere i benefici, *rectius* gli incrementi di efficienza descritti e la ridistribuzione solidaristica di una parte congrua degli utili generati dalla commercializzazione centralizzata di tali competizioni.

[44] Nella migliore delle ipotesi l'Uefa, storicamente decisore unico nella organizzazione delle competizioni continentali, dovrà riconoscere ai *clubs* un ruolo più rilevante. Il tabù stesso di un organismo di governo che può imporre il veto su iniziative calcistiche innovative è stato rotto, aprendo la strada a una più ampia gamma di possibilità e a una maggiore libertà di azione per i *clubs*. Ciò comporterà conseguenze significative non solo sulle competizioni, ma anche sulle dinamiche finanziarie, sugli accordi commerciali e sul rapporto complessivo tra gli organismi di governo e società sportive. La violazione dell'articolo 102 del Trattato si concentra sull'auto-attribuzione di diritti da parte di Uefa e Fifa, mettendo in luce la sostanziale violazione di principi fondamentali. L'auto-attribuzione del diritto di autorizzare nuovi tornei senza l'adozione di procedure trasparenti costituisce – per la Corte - un abuso di posizione dominante. La sentenza in sostanza bacchetta le Federazioni internazionali, sottolineando la necessità di una *governance* più aperta e trasparente.

ISSN 2036-7821

D'altra parte la decisione è stata preceduta, nel novembre 2021, dall'adozione ad opera del Parlamento, della Commissione e del Consiglio Europeo di distinte risoluzioni sulla politica sportiva dell'Unione, in cui hanno sostanzialmente affermato la volontà politica e la necessità di allineare la cultura sportiva europea ai valori unionali di solidarietà, sostenibilità ed inclusività e soprattutto manifestando una univoca preferenza per "*le competizione aperte*", fondate sul merito sportivo e sull'equità, con ferma opposizione alle "*competizioni separatiste e chiuse*".
In ogni caso il Tribunale commerciale n. 17 di Madrid, con sentenza del 27 maggio 2024[45], ha fatto suo il ragionamento della Corte di Giustizia, accertando che Fifa e Uefa hanno abusato della loro posizione dominante ed impedito la libera concorrenza nel mercato, mediante il potere discrezionale di vietare la partecipazione a competizioni alternative e di imporre restrizioni ingiustificate e sproporzionate in violazione degli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione. [46].

3. La ibridazione regolatoria del fenomeno in Italia

Nel nostro Paese il Comitato olimpico nazionale ha un ruolo centrale nella regolamentazione del settore che sconta una sorta ibridazione ordinamentale, la quale se da un lato provoca criticità, dall'altro può rappresentare, come anticipato, un modello di riferimento per riequilibrare gli assetti di *governance* e di regolazione del settore.
Il Coni nacque nel 1907 in occasione delle Olimpiadi di Londra come vero e proprio comitato, nel senso civilistico della locuzione, ossia di organismo non permanente che si costituiva ogni quattro anni per selezionare gli atleti da mandare ai giochi. Successivamente si stabilizzò come ente e nel 1914 fu trasformato in associazione. Nel 1926 un nuovo statuto precisò meglio le sue funzioni, attribuendone la struttura giuridica di federazione sportiva di secondo grado delle singole federazioni nazionali. Nel 1934 gli fu riconosciuta la personalità di diritto pubblico e nel 1942 con

[45] La decisione potrà essere oggetto di appello alla Sezione 28 della Corte Provinciale di Madrid.

[46] In particolare il giudice *Sofia Gil Garcia* le ha condannate a cessare le condotte anticoncorrenziali (ed a non reiterarle in futuro) ed a rimuoverne immediatamente tutti gli effetti che si sono verificati, provocati durante l'intera vicenda cominciata il 18 aprile 2021. Inoltre, la sentenza sancisce che il contenuto delle dichiarazioni di Fifa, Uefa e di altre entità (comprese le federazioni e le leghe di Inghilterra, Italia e Spagna) in relazione al progetto di competizione internazionale paneuropea, viola anch'esso gli articoli 101 e 102 del TFUE. La sentenza accoglie l'azione promossa dalla *European Super League Company* S.L. poiché l'azione delle convenute non era diretta solo a evitare lo sviluppo del progetto, ma l'implementazione di un terzo concorrente e la modifica del sistema monopolistico dell'organizzazione delle competizioni, dato che è stata mantenuta la stessa difesa per tutto il procedimento anche quando il progetto della Superlega è decaduto o almeno si è accettato che non si svilupperà nei termini inizialmente proposti. Per i giudici insomma non è possibile imporre in astratto una proibizione o restrizione futura a qualsiasi altro progetto. Ciò non implica – per il Tribunale - che "sia oggetto del procedimento l'autorizzazione di qualsiasi competizione, ma stabilire le basi per incanalare un sistema di libera concorrenza nell'organizzazione delle competizioni calcistiche".

ISSN 2036-7821

L. n. 426 fu trasformato in ente pubblico [47]. Nel 1974 poi, il legislatore sancì che la base dell'ordinamento, al cui vertice si collocavano il Comitato olimpico e le Federazioni suoi organi, era costituita da *"società, associazioni ed enti sportivi"* che *"non hanno scopo di lucro e sono riconosciuti, ai fini sportivi, dal Consiglio Nazionale del Comitato Olimpico Nazionale Italiano o, per delega, dalle Federazioni sportive nazionali"* [48].
Il decreto Melandri – nel 1999 - attribuì al Comitato "personalità giuridica di diritto pubblico", sottoponendolo, significativamente, alla vigilanza del Ministero per i Beni e le Attività Culturali e statuendo altresì che il Comitato costituisce "*la Confederazione delle Federazioni sportive nazionali e delle Discipline Sportive associate*". Tali definizioni si completano con l'art. 1 dello Statuto che lo definisce "*autorità di disciplina, regolazione e gestione delle attività sportive, intese come elemento essenziale della formazione fisica e morale dell'individuo e parte integrante dell'educazione e della cultura nazionale*" [49]. In buona sostanza l'organizzazione del settore dello sport, di oggettivo interesse pubblicistico, è decentrata di fatto dallo Stato al C.O.N.I. ed in questo modo il legislatore ha cercato la soluzione al problema della conflittualità tra ordinamenti, nel senso della sovranità dello Stato e della contemporanea *autodichia* della giustizia sportiva [50].
Le Federazioni sportive (e quindi in particolare la Federcalcio o Figc) sono soggetti dell'ordinamento sportivo che svolgono, insieme alle discipline sportive associate, l'attività in armonia con le deliberazioni e gli indirizzi del CIO, delle federazioni internazionali e del Comitato olimpico nazionale, anche in considerazione della

[47] Con la legge istitutiva del 1942 venne impressa al Coni la natura di ente pubblico (G. ALPA, *L'ordinamento sportivo* in *Nuov. giur. civ. comm.*, 1986, II, 321 s). Tuttavia, l'opinione in tal senso è stata espressa per la prima volta da Cons. st., sez. IV, 1 giugno 1955, in *Riv. dir. sport*., 316. In realtà è pacifica la sua natura giuridica pubblica anche se la legge n. 426/1942 non ne facesse espressa menzione nel testo legislativo. Vanno in tal senso gli "*indici di riconoscibilità degli enti pubblici"*: dalla funzione d'interesse pubblico perseguita dal Comitato, al controllo statale contabile, dal finanziamento pubblico, al procedimento pubblico di nomina del Presidente. La conferma ulteriore è anche nella legge n. 70 del 1975 che lo inserisce nella Tabella V degli "*enti pubblici parastatali"*. Si ritiene che da un lato, la qualifica di ente parastatale chiarisca la natura pubblica del Comitato, dall'altro ponga un ulteriore problema poiché l'ente parastatale risulta essere, per definizione, un ente finanziato e controllato dallo Stato, e tal regime giuridico mal si uniforma con la natura peculiare dell'Ordinamento Sportivo in ragione dell'autonomia che viene sempre marcata.

[48] D.p.r. 2 agosto 1974, n. 530, modificato per le norme di attuazione dal d.p.r. 22 marzo 1986, n. 157. ". La disciplina è stata successivamente integrata dal d.p.r. 28 marzo 1986 n. 1574, dal d.lgs. 23 luglio 1999 n.242 (decreto Melandri), dal d.lgs. 2004 n. 156, nonché dal d.l. 2002/138 convertito dalla legge 178/2002 che sancì la costituzione della "Coni Servizi S.p.A.". Funzione di tali organismi, una volta riconosciuti dal Coni, era quella di inquadrare gli atleti, fossero essi professionisti o dilettanti Nel caso del Comitato olimpico la base associativa è fatta da soggetti aventi personalità giuridica privata, ovvero federazioni sportive e discipline sportive associate.

[49] Alla luce della disciplina vigente il Coni è un ente pubblico nazionale, caratterizzato dai compiti e funzioni pubbliche attribuitegli dalla legge; per altro verso rientra nella categoria degli "enti pubblici di servizi" e, in particolare, in quella dei cosiddetti "enti pubblici a base associativa", quegli enti, cioè, che si presentano come esponenziali di gruppi, portatori di interessi collettivi ed aventi un disegno organizzativo tipico delle associazioni.

[50] L'art. 7, comma 2, lett. *h-bis*, del decreto contiene peraltro una prima affermazione del vincolo di giustizia sportiva prima dell'intervento del 2003.

ISSN 2036-7821

valenza pubblicistica di specifiche tipologie di attività individuate nel suo statuto[51]. In buona sostanza vengono delegate dal Coni da cui ripetono per alcune attività il relativo potere pubblicistico, rimanendo del tutto private [52]. L'art. 15, comma 2, del d.lgs. 242 del 1999 prevede che le Federazioni sportive hanno natura di associazioni con personalità giuridica di diritto privato, precludendo ogni loro incardinamento nel Coni in qualità di organi. La circostanza che lo stesso art. 15, contemplando al precedente comma la possibilità che l'attività delle federazioni possa avere valenza pubblicistica in relazione a suoi specifici aspetti, insieme ad altri dati come la norma dell'art. 10 della legge 91 del 1981 che prevede la possibilità di ricorrere alla Giunta nazionale del Coni avverso le delibere federali di revoca dell'affiliazione nonché la legittimazione delle federazioni al controllo sull'equilibrio finanziario delle società sportive professionistiche, per delega del Coni, hanno aperto la strada alla tesi maggioritaria cosiddetta mista o della doppia natura [53].

Con il d.lgs. n. 15 del 2004, che ha mantenuto la natura pubblica del Coni, qualificandolo, però, come "*Confederazione delle Federazioni sportive nazionali e delle Discipline sportive associate*", la natura privata di queste ultime risulta di fatto ulteriormente rafforzata [54]. Dal quadro normativo emerge dunque che le federazioni hanno composizione *mist*a, dal momento che ad esse possono essere associate sia le società che le associazioni sportive nonché, qualora sia previsto dallo Statuto, singoli tesserati. La legge mantiene il regime del c.d. "doppio riconoscimento" delle Federazioni: contemplandone un primo a fini sportivi, da parte del Consiglio nazionale del Coni, ed un secondo, inerente alla concessione della personalità giuridica di diritto privato, a norma del d.p.r. 361/2000, previo riconoscimento ai fini sportivi [55]. In ogni caso le federazioni, come associazioni riconosciute, sono

[51] La questione controversa della natura giuridica delle Federazioni Sportive inizia già nel 1942 con la legge 426, che assegnò alle stesse la qualifica di organi del Coni in relazione all'esercizio delle attività sportive rientranti nell'ambito di rispettiva competenza.

[52] La suprema Corte ha avuto modo di rilevare che nel regime anteriore al D.lg. 23 luglio 1999 n. 242, le federazioni sportive nazionali presentano un duplice aspetto, l'uno di natura pubblicistica, riconducibile all'esercizio in senso lato di funzioni pubbliche proprie del Coni, e l'altro di natura privatistica, riconnesso alle specifiche attività delle stesse, attività che, in quanto autonome, sono separate da quelle di natura pubblica (Cass. 3 dicembre 2010, n. 24646, in *Giust. civ.*, 2011, 7-8, 1753).

[53] Cons. Stato Sez. VI, 5 marzo 2012, n. 607. La sentenza in commento ha ad oggetto il ricorso al Consiglio di Stato presentato dall'Automobile *Club* Italia contro la sentenza del Tar Lazio n. 10838 del 23 ottobre 2006; TAR Catania, 13 agosto 2003 n. 1290; Cons. Stato, Sez. VI, 10 ottobre 2002 n. 4228; Cass., sez. un., 9 maggio 1986 n. 3901 e 3902; Cass., sez. un., 11 ottobre 2002 n. 14530.

[54] Al riguardo: P. SANDULLI, *Osservazioni, a prima lettura, sulle conclusioni dell'Avvocato generale presso la Corte di giustizia circa la natura delle federazioni sportive (rese il primo ottobre 2020 nelle cause riunite c. 155/19 e c. 156/19)*, in *Rass. dir. ec., sport*, 2020, 341 s.; E. SENATORE, *La «geometria variabile» delle federazioni sportive*, in *Rass. dir. ec., sport*, 2020, 350 s.

[55] Le modifiche introdotte hanno però determinato elementi di confusione in ordine alla tipologia dei compiti svolti dalle federazioni. In primo luogo, se è vero che la conformità agli indirizzi e alle deliberazioni del Coni si spiega in considerazione della valenza pubblicistica di specifiche tipologie di attività delle federazioni, non si

ISSN 2036-7821

disciplinate da uno Statuto (oltre che da regolamenti interni) che deve ispirarsi al principio di democrazia interna, al principio di partecipazione all'attività sportiva da parte di chiunque in condizione di parità (e in armonia con l'ordinamento sportivo nazionale ed internazionale) ed al principio di equa rappresentanza di atleti ed atlete negli organi direttivi [56].

Insomma, le federazioni possono rientrare nel "perimetro mobile" dell'amministrazione pubblica in ragione delle funzioni che possono assolvere per delega del Coni, nonostante siano associazioni con personalità giuridica di diritto privato[57]. Così ad esempio il d. l. n. 220/2003, con riguardo al riparto di giurisdizione, ha individuato che gli atti delle Federazioni possono talora intercettare posizioni giuridiche soggettive di interesse legittimo, riconoscendo quindi la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Sul soggetto privato si irradia una valenza pubblicistica per la loro partecipazione al governo dello sport italiano, esercitato da un ente pubblico (il Coni) ed in ciò "*è insita la loro autarchia, ossia la titolarità di potestà pubblicistiche, con conseguenti poteri di autotutela (di annullamento o di revoca di atti amministrativi viziati), di convalida e ratifica*" anche se può accadere che "allo stesso fatto sportivo vengano attribuiti valutazioni ed effetti giuridici diversi a seconda dell'ordinamento preso in considerazione" [58].

L'impostazione è stata sostanzialmente confermata anche dalla Consulta [59] e prima ancora dalla Corte Europea che, chiamata a giudicare una questione pregiudiziale dal Consiglio di Stato riguardante la Federcalcio [60], ha affermato che l'attività di

---

comprende perché tali attività a valenza pubblicistica non siano individuate dalla legge, né si comprende perché debbano essere individuate dallo Statuto del Coni che è fonte del tutto estranea.

[56] A norma dell'art.16 comma 1, del d. lgs. 15/2004. Invero già l'art. 5 comma III l. n. 426/1942, aveva attribuito alle federazioni il potere di stabilire "*con regolamenti interni, approvati dal Presidente del CONI, le norme tecniche ed amministrative per il loro funzionamento e le norme sportive per l'esercizio dello sport controllato.*

[57] Al riguardo A. AVERARDI, *Tra Stato e società: le federazioni sportive nel perimetro mobile delle amministrazioni pubbliche*, in *Riv. dir. sport.*, 2016, 38 s.

[58] A.M. GAMBINO, *Giustizia sportiva e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. sport.*, 2018, 11 s.

[59] La Corte costituzionale ha ribadito che la «valenza pubblicistica» delle attività non modifica l'ordinario regime di diritto privato dei singoli atti e delle situazioni giuridiche soggettive connesse. Si è, così, in presenza di un fenomeno organizzativo nel quale la connotazione privatistica della forma associativa coesiste con la valenza pubblicistica di parte delle attività svolte e nel quale «tale seconda caratteristica non fa venir meno la prima, ossia la natura associativa privata delle federazioni sportive nazionali» (Corte Costituzionale, 29 settembre 2023, n.184 in *Giur. cost.*, 2023, 5, 1917, con nota di A. M. GAMBINO, F. PIERGENTILI, *Federazioni sportive: l'incostituzionalità del divieto definitivo di accesso alle cariche direttive nella sentenza n. 184 del 2023*). Con la sentenza in esame il giudice delle leggi, invero, affrontava la questione sorta per la previsione, da parte del legislatore, di un limite al rinnovo dei mandati degli organi direttivi delle strutture territoriali delle Federazioni sportive nazionali e delle discipline sportive associate. Il Tar Lazio, cui era stato proposto ricorso contro le decisioni del Collegio di Garanzia dello Sport presso il Coni (nn. 63 e 67 del 2021), ha sollevato la questione, preferendo l'incidente interno di costituzionalità al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Ue, per la prevalenza del profilo costituzionale (Tar Lazio, 30 dicembre 2022, n. 23 e 30). Sul tema A. MERONE, *Questione di illegittimità costituzionale e giudice sportivo come giudice a quo*, in *Riv. dir. sport.*, 2021, 2, 468 s.

[60] Invero la Corte si è pronunciata (pur in un contesto e con finalità diverse) su aspetti che coinvolgono la veste giuridica delle federazioni sportive nazionali una prima volta nel settembre 2019, a seguito di ordinanza di

ISSN 2036-7821

interesse generale costituita dallo sport, in Italia, viene realizzata da tutte le Federazioni che sono investite di compiti a carattere pubblico, previsti dalla stessa normativa nazionale, presumibilmente privi di carattere industriale e commerciale [61]. E quindi ferma restando la natura privatistica dei soggetti, le attività e le funzioni che vengono concretamente perseguite per delega possono avere natura pubblicistica, senza che la peculiare relazione con il Coni attragga l'intero complesso delle attività svolte dalle Federazioni all'interno della sfera istituzionale ed organica pubblica del Comitato [62]. Ad eccezione dei settori nei quali il Comitato è legittimato a intervenire e ad esercitare un controllo, la Federcalcio gode di un'ampia autonomia per quanto riguarda la propria gestione e quella dei diversi aspetti della disciplina sportiva. La Corte ha evidenziato come il Coni, quale amministrazione pubblica incaricata, essenzialmente, di dettare le regole sportive, di verificare la loro corretta applicazione e di intervenire unicamente a livello dell'organizzazione delle competizioni e della preparazione olimpica, non possa essere considerata come organo gerarchico capace di controllare e dirigere la gestione delle federazioni

rimessione della Corte dei Conti (sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione, ordinanze del 13 settembre 2017). La Corte non ha affrontato il tema della natura giuridica ma il rapporto fra Coni e Federazioni, al fine di valutarne, in concreto, la dipendenza, ai fini della loro classificazione nel settore delle amministrazioni pubbliche o nel settore delle istituzioni senza scopo di lucro al servizio delle famiglie, conformemente alle norme del SEC 2010 (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, II sezione, 11 settembre 2019, cause riunite C612/17 e C-613/17, numero Celex: 62017CA0612, in *https://eur-lex.europa.eu*). Il giudice europeo che ritenuto che le quote associative potrebbero avere carattere pubblico in quanto obbligatorie ed in tal caso sarebbe comunque necessario accertare se i controlli su tali flussi di finanziamento siano in grado di influenzare in modo reale e sostanziale la politica generale o il programma delle federazioni, o se queste ultime rimangono comunque in grado di determinare autonomamente la suddetta politica o detto programma.

[61] Nella fattispecie la Figc aveva indetto una procedura negoziata per l'affidamento dei servizi di facchinaggio al seguito delle squadre nazionali per una durata di tre anni. Al termine di tale procedura una delle offerenti, risultata non aggiudicataria dell'appalto, ha proposto ricorso al Tar del Lazio che ha annullato l'affidamento, ritenendo sussistente l'obbligo per la Federcalcio di applicare le norme in materia di appalti pubblici in quanto "*organismo di diritto pubblico*" (T.A.R. Lazio, sez. I, 13 febbraio 2018, nn. 4101 e 4100). Il Consiglio di Stato ha rimesso la questione al giudice europeo (CdS, sez. V, ordinanza n. 1006/2019). Il giudice europeo ha anche ritenuto che il potere di vigilanza e controllo esercitato dal Coni, in ottemperanza della normativa nazionale, non si estenda al punto di influire sull'autonomia di gestione riconosciuta alle Federazioni, con la conseguenza che il Comitato non possa incidere in materia di affidamento di appalti pubblici (Corte Europea, IV Sez., 3 febbraio 2021, cause riunite C-115/19 e C-156/19, numero Celex: 62019CJ0155, in https://eur-lex.europa.eu). Al riguardo cfr. F. BORRIELLO, *Il coast to coast della giurisprudenza italiana sulla qualificazione delle Federazioni Sportive Nazionali come organismo di diritto pubblico. Fin de partie fischiato dall'arbitro comunitario?*, in *Rass. dir. ec. sport*, 2022, I, 8 s.; S. PAPA, *Le federazioni sportive: natura privata e profili pubblicistici alla luce delle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Federalismi*, 7 aprile 2021, 214 s.

[62] Si è parlato, da parte di una certa dottrina, di "organi "indiretti" del Coni, in quanto soggetti privati abilitati ad emanare atti aventi natura pubblicistica (cfr. R. MORZENTI PELLEGRINI, *L'evoluzione dei rapporti tra fenomeno sportivo e ordinamento statale*, Milano, 2007, 105; M. PROTTO, *Morte e reincarnazione dell'organo indiretto*, in *Giur. it.*, 2000, 175 s.) non in virtù di un atto specifico (come avviene, ad esempio, per la concessione) ma di una valutazione effettuata direttamente dall'ordinamento, in grado di assoggettare l'organo indiretto sportivo a poteri di supremazia, controllo e vigilanza, addirittura più penetranti rispetto a quelli a cui è soggetto il concessionario.

ISSN 2036-7821

sportive nazionali, e ciò ancor meno nel caso in cui godano, come nell'ordinamento italiano, di autonomia di gestione [63].
Il modello perciò si presta ad una configurazione in cui il Coni possa garantire l'autonomia dello sport, nel rispetto del quadro pubblicistico di riferimento, in virtù del potere di mantenere funzioni sotto il controllo diretto o delegarle secondo la migliore interpretazione delle esigenze evolutive dell'ordinamento.

4. Il sub-ordinamento del calcio tra plurisoggettività, organizzazione e normazione

Come si è visto il calcio professionistico ha determinato gran parte delle evoluzioni della *lex sportiva* globale. Quanto al rapporto tra la nostra Figc e la Fifa viene replicato il modello già visto con il CIO, definibile come di "supremazia necessaria e\o gerarchica", quindi laddove la Federcalcio non si volesse conformare alle "direttive" del rispettivo ordinamento sportivo mondiale, questo potrebbe comportare la revoca dell'affiliazione ovvero la espulsione, con la conseguenza di non ammettere più le squadre (Nazionale e *clubs*) alle competizioni internazionali (come ad esempio mondiali, mlimpiadi ed ora anche mondiali per *clubs*).
L'articolato sistema istituzionale, gestionale, normativo e giurisdizionale della Figc [64] costituisce, insomma, per le sue caratteristiche connotate da "*plurisoggettività, organizzazione e normazione*", un vero e proprio sub-ordinamento del calcio italiano. La *governance* della federazione è costituita dal Presidente Federale, che ne ha la rappresentanza legale, dall'Assemblea Federale (che è composta da "i delegati delle società ed associazioni ad essa affiliate"), dal Consiglio Federale che emana la normazione sostanziale (le Norme Organizzative Interne Federali c.d. N.O.I.F.) [65] e

[63] Per quanto concerne le ulteriori prerogative e poteri del Coni, la Corte ha inteso rinviare al giudice nazionale per verificarne la capacità di controllo attivo, che tuttavia nelle motivazioni viene indirizzato nel senso negativo. Il Consiglio di Stato infatti ha sancito che le Federazioni non sono riconducibili al novero degli organismi di diritto pubblico (Cons. St. 15 luglio 2021 n. 5348, in *Foro Amm.*, 2021, 2, 1135 s.; in tema cfr. pure A. NICODEMO, *La Federazione Italiana Giuoco Calcio non è organismo di diritto pubblico*, in *Riv. dir. sport.*, 2022, 222 s.; G. FIDONE, *Sul rapporto tra Coni e federazioni sportive e sulla loro qualificazione come organismi di diritto pubblico*, in *Giur. comm.*, 2021, 950 s.) Si trattava di valutare i poteri: di emanare atti di indirizzo, deliberazioni, orientamenti e istruzioni concernenti l'esercizio dell'attività sportiva; di approvare gli statuti delle federazioni; di approvare i bilanci consuntivi e di previsione annuali delle federazioni; di stabilire i contributi finanziari e di determinare specifici vincoli di destinazione per tali contributi; di nominare i revisori dei conti; di controllare l'esercizio delle attività a valenza pubblicistica; di commissariare le federazioni in caso di gravi irregolarità nella gestione, di gravi violazioni dell'ordinamento sportivo, di impossibilità di funzionamento o di regolarità delle competizioni. Ebbene per il Supremo Consesso amministrativo la Figc sarebbe carente del carattere «dell'influenza pubblica dominante». Infatti, i poteri di direzione e controllo del Coni nei confronti della Federcalcio non sono tali da imporre a quest'ultima regole di gestione dettagliate e pervasive.

[64] La Federcalcio fu costituita a Torino il 26 marzo 1898 come FIF (Federazione Italiana del Football) che entrò più tardi nella Fifa e diventò nel 1909 Figc ossia Federazione italiana Giuoco Calcio.

[65] Le Noif sono fonti del diritto, ai sensi dell'art. 16, comma 1, d.lgs. 23 luglio 1999, n. 242 e successive modifiche ed integrazioni («Le federazioni sportive nazionali e le discipline sportive associate sono rette da norme statutarie e regolamentari sulla base del principio di democrazia interna, del principio di partecipazione all'attività sportiva da parte di chiunque in condizioni di parità e in armonia con l'ordinamento sportivo nazionale ed

ISSN 2036-7821

quella processuale (il Codice di Giustizia Sportiva)[66] cui si conformano gli organi di giustizia sportiva[67]. La Federcalcio è poi partecipata da diversi organismi associativi che potremmo definire di natura corporativa e che hanno un peso nelle sue decisioni assembleari, espressione delle varie anime (calciatori, allenatori, direttori sportivi, *clubs*, arbitri). [68]

Lo schema delineato nel rapporto Coni-Federazioni si ripete con le "Leghe" che sono organismi associativi di natura privatistica[69], senza scopo di lucro, rappresentative dei *clubs* affiliati all'interno dell'ordinamento federale [70] e "delegate" a cascata dalla Figc (avente causa dal Coni) all'organizzazione dell'attività agonistica delle associate mediante la predisposizione di manifestazioni e calendari, con la fissazione di criteri per l'iscrizione ai vari campionati ed il compito di vigilare sulla manutenzione e sulle

---

internazionale») e dell'art. 34, d.p.r. 2 agosto 1974, n. 530, per come modificato dal d.p.r. 28 marzo 1986, n. 157 («Le società, le associazioni e gli enti sportivi sono soggetti all'ordinamento sportivo ed esercitano le loro attività secondo le norme e consuetudini sportive»). Quanto al rapporto tra Statuto Federcalcio e Noif il primo è atto di indirizzo e fornisce le linee guida, i princìpi e i criteri ispiratori della materia; il secondo ha natura regolamentare ed è finalizzato a fornire la disciplina di dettaglio rispetto a quanto disposto, in linea generale, dallo Statuto. Risulta evidente, pertanto, la fisiologica subordinazione delle regole previste dalle Noif rispetto alle indicazioni contenute nello Statuto.

[66] L'apparato normativo della Figc è costituito dallo Statuto, dal Codice di Giustizia Sportiva, dalle Noif, dai Regolamenti interni delle varie Leghe, dal Regolamento dell'A.I.A., dal Regolamento del Settore tecnico, dal Regolamento del Settore per l'attività giovanile e scolastica, dagli Accordi collettivi stipulati dalle società sportive (rappresentate dalle rispettive Leghe) con i calciatori (rappresentati dall'A.I.C.), con gli allenatori (rappresentati dall'A.I.A.C.) e con i direttori sportivi (rappresentati dall'A.Di.Se.), dal Regolamento sull'attività di agente di calciatori, dal Regolamento dell'Elenco Speciale dei direttori sportivi.

[67] Sono organi di giustizia presso la Federcalcio: il Giudice sportivo nazionale e quelli territoriali, la Corte sportiva di appello, il Tribunale federale e la Corte federale di appello. Per i casi e nei limiti previsti dallo Statuto del Coni, il Collegio di garanzia dello Sport istituito presso il Coni costituisce organo di giustizia di ultimo grado La Commissione federale di garanzia, invece, tutela l'autonomia e l'indipendenza degli organi di giustizia presso la Federazione e della Procura federale.

[68] In particolare le associazioni degli atleti e dei tecnici comparativamente più rappresentative per numero di iscritti e articolazione territoriale e di categoria (riconosciute dal Consiglio federale ai fini dei procedimenti elettorali per l'Assemblea federale e per il Consiglio federale, oltre che per le altre funzioni previste dallo Statuto) costituiscono le "Componenti tecniche".

[69] Cfr. G. NAPOLITANO, *Contro lo spettro del neopubblicismo: sul carattere privatistico delle leghe sportive e delle procedure di commercializzazione dei diritti audiovisivi*, in *Riv. dir. sport*, 2016, 100 s.

[70] Il Principio Fondamentale del Coni n.10 riconosce le Leghe, curandone la disciplina. In particolare è previsto che Federazioni Sportive Nazionali e le Discipline Sportive Associate possono riconoscere, ai fini sportivi, nel rispetto del principio della centralità della Federazione, associazioni costituite fra le società e le associazioni sportive affiliate denominate "Leghe" ed aventi lo scopo di tutelare gli interessi collettivi delle società o associazioni sportive che vi aderiscono; precisa, nei commi successivi, la necessità che le Leghe siano dotate di propri statuti e regolamenti, la loro soggezione, in quanto enti riconosciuti ed affiliati alle Federazioni, alla giustizia sportiva, nonché, pur essendo la determinazione delle regole relative all'organizzazione dei campionati, ivi compresi i meccanismi di promozione e retrocessione, di competenza del Consiglio Federale, le Federazioni possono affidare alle Leghe l'organizzazione di singoli campionati nazionali, sulla base delle direttive della Federazione stessa, ferma restando la competenza federale per le affiliazioni delle società, per il tesseramento degli/delle atleti/e, per la determinazione delle società aventi diritto al campionato, per le regole di promozione e retrocessione, per l'approvazione della classifica finale, per l'assegnazione dei titoli e per le formule dei campionati.

ISSN 2036-7821

condizioni di agibilità e di capienza dell'impiantistica. Inoltre, rappresentano le società nei rapporti con la Federazione, nella stipula dei contratti di lavoro e nella predisposizione dei contratti tipo. Si tratta di enti definibili di secondo grado, in quanto associano le società sportive, sia a carattere professionistico che dilettantistico, nate dall'esigenza di tutelare gli interessi degli associati. Tutte le leghe hanno valenza meramente interna nel senso che, se esistono federazioni senza leghe, diversamente non possono esistere leghe senza federazioni.
Dunque, nella gerarchia delle fonti, troviamo lo Statuto ed i regolamenti del Coni e sotto lo Statuto della Federcalcio, i principi fondamentali, le norme organizzative federali interne, il Codice di Giustizia Sportiva e altre disposizioni emanate dal Consiglio federale. A seguire i regolamenti organici, tecnici e sportivi emanati dalle componenti tecniche, dall'AIA, dal Settore Tecnico e dal Settore Giovanile della Figc, e poi l'*equità*, intesa sia come completamento di quanto previsto dall'ordinamento federale, ma anche come elemento correlato alla possibilità da parte del giudice di valutare le peculiarità del caso singolo. Il tutto deve armonizzarsi, come visto, nel quadro della supremazia gerarchica della Fifa e della Uefa, delle norme costituzionali (che sono oggi rinvigorite dall'inserimento epocale dello sport nella *Grundnorm*)[71], delle leggi dello Stato [72], delle regole eurounitarie e delle convenzioni internazionali, visto che peraltro le organizzazioni sportive internazionali possono trovarsi coinvolte in controversie legali in Italia su questioni come i diritti televisivi, le licenze dei *clubs*, le dispute contrattuali, etc.

5. *Deficit di autoregolazione ed autoriforma ed intervento statale*

Cruciale in questo contesto caratterizzato da un "policentrismo normativo" è il tema dei rapporti tra ordinamenti, tanto che, ad oggi, sono ancóra oggetto di indagine il ruolo e le implicazioni della legge 17 ottobre 2003, n. 280 «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 19 agosto 2003, n. 220, recante disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva»[73], che - come per tanti altri casi - è stata emanata per

[71] L'art. 33 Cost., nel testo novellato dalla legge costituzionale del 26 settembre 2023, n. 1,n. 1/2023 (in *Gazz. Uff.* n. 235 del 7 ottobre 2023) con l'inserimento di un settimo comma prevede che «*La Repubblica riconosce il valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme*», che va letto in combinato disposto con l'articolo 114 Cost., implicando che ad esso siano chiamati tutti gli enti costitutivi della stessa Repubblica (Stato, Regioni, Città metropolitane, Province, Comuni), ciascuno secondo le rispettive competenze» (al riguardo L. SANTORO, *L'inserimento dello sport in costituzione: prime osservazioni*, in *Dir. sport*, 2023, Vol. 04 n. 02, 9 s.). In realtà la Consulta aveva già rinvenuto (in particolare nelle sentenze n. 127/1977 e n. 49/2011) plurimi addentellati segnatamente, negli artt. 2 e 18, in relazione alla necessità di tutela delle formazioni sociali, anche associative, ove l'uomo svolge la propria personalità (cfr. al riguardo G. TERRACCIANO, A.M. COLARUSSO, *L'ordinamento sportivo e l'ordinamento statale: le impugnazioni avanti la giustizia amministrativa e i relativi presupposti*, in *Gazz. for*., 2023, 220 s.).

[72] G. BONADONNA, *Aspetti costituzionale dell'ordinamento sportivo*, in *Riv. dir. sport.*, 1965, 193; M.S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. dir. sport.*, 1949, 10.

[73] Cfr. al riguardo G. ARIETA, *Prime considerazioni sulla l. n. 280 del 2003*, in *Rass. dir. econ. sport*, 2006, 5 s.

ISSN 2036-7821

risolvere le gravi questioni giudiziarie in fase acuta che si posero nell'estate di quell'anno per il calcio, riferite al famoso c.d. *caso Catania* [74].

In realtà, negli ultimi 25 anni, l'inadeguatezza della *governance* del settore ha fatto spesso esplodere alla fine delle stagioni sportive veri e propri "campionati giudiziari" che hanno determinato gravi criticità, per risolvere le quali le Istituzioni del calcio hanno dovuto ricorrere all'intervento statale, rinunciando così a pezzi importanti della loro autonomia. Le regole sportive introdotte "a toppe" e poi modificate ed applicate in base alle esigenze del caso concreto, hanno creato una sorta di *ius singulare* [75] che ha fatto perdere credibilità all'autonomia privata, all'autogestione ed all'autoregolamentazione. D'altra parte già da molti anni era già chiara la crisi d'identità di un settore con aspirazioni opportunistiche e velleitarie di collocazione in un limbo ove in virtù di provvedimenti normativi eccezionali potesse godere di privilegi. Provvedimenti cui sono stati attribuiti - non a caso - nomignoli del tipo *salvacalcio*, *spalmadebiti*, *stoppa-Tar*, *salvamercato* e così via.

Si pensi ad esempio ai problemi disciplinari che hanno prodotto retrocessioni dei *clubs* (la c.d. *calciopoli*)[76], oppure alle questioni legate al *calcio-scommesse*[77], al blocco del calcio mercato[78], allo scandalo delle *plusvalenze fittizie* [79], ai casi di "doping

---

[74] Il Governo intervenne a dipanare una matasse inestricabile con il D.L. n.220 del 19 agosto 2003, recante disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva secondo cui "tenuto conto dell'eccezionale situazione determinatasi per il contenzioso in essere, il Coni, su proposta delle Federazioni competenti, adotta i provvedimenti di carattere straordinario transitorio, anche in deroga alle vigenti disposizioni dell'ordinamento sportivo, per assicurare l'avvio dei campionati 2003-2004".

[75] Fenomeno deprecabile, in quanto nel migliore dei casi, finisce per originare privilegi e discriminazioni. In taluni casi, poi, non è tanto la ponderata volontà di sottrarre alla disciplina comune determinati soggetti a spingere il legislatore sulla strada della riforma, "*bensì l'incapacità a resistere alla pressione di gruppi organizzati, che spesso emotivamente e prepotentemente, chiedono e invocano questa o quella riforma. In tal modo, il potere legislativo, sollecitato da spinte corporative, si muove male e si trasforma, come suol dirsi in una machine a faire lois*" (U. APICE, *La società sportiva: dentro o fuori al Codice civile*, in *Riv. dir. fall.*, 1986, 538 s.).

[76] C'è da chiedersi, ad esempio, se sia armonico che sanzioni disciplinari o tecniche incidano sulla partecipazione ai campionati di competenza (come è avvenuto con le retrocessioni a seguito della vicenda c.d. *Calciopoli*) con un effetto sulle regole della concorrenza, invece di esporre semplicemente le società responsabili all'azione risarcitoria delle concorrenti danneggiate dalle irregolarità, come accade in qualsiasi altro settore dell'attività economica. In tema cfr. G. Facci, *I fatti di calciopoli, Il danno da retrocessione in serie b ed il nesso di causalità*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 3, 927 (nota ad App. Napoli, 24 gennaio 2019, n.326).

[77] Vicende in cui spesso i *clubs* pur essendo del tutto estranei vengono danneggiati. Si pensi ad esempio alla vicenda del calciatore Masiello per fatti posti in essere quando era calciatore del Bari, ma squalificato nel 2012 dopo essere stato ceduto onerosamente all'Atalanta che evidentemente ne ha subito l'azzeramento del valore.

[78] Il c.d. "*blocco del calcio-mercato*" del 4 luglio 1978, disposto dal pretore di Milano al fine di accertare violazioni della disciplina di cui alla legge 29 aprile 1949, n. 264 (in tema di divieto di intermediazione in materia di collocamento) fu risolto con il Decreto legge 14 luglio 1978, n. 367 ("*interpretazione autentica in tema di disciplina giuridica dei rapporti tra enti sportivi ed atleti iscritti alla Federazione di categoria*") – poi convertito in legge 4 agosto 1978, n. 430 – che salvò il calcio-mercato ed il conseguente inizio del campionato sancendo che: "*gli atti relativi all'acquisto ed al trasferimento del titolo sportivo dei giocatori di calcio o degli atleti praticanti altri sports, nonché le assunzioni dei tecnici da parte di Società od associazioni sportive, devono intendersi non assoggettati alla disciplina in materia di collocamento prevista dalla legge 29 aprile 1949, n. 264 e successive modificazioni*".

ISSN 2036-7821

amministrativo", agli *spin off* dei marchi [80] ed ai fallimenti a catena[81]. O, ancora, si guardi alle vicende dei famigerati *indici di liquidità*, cambiati via via a seconda delle esigenze di salvare i singoli *clubs* in crisi [82]. Sul tema si aprì un aspro confronto tra Federcalcio e Lega, che ha ottenne dal Collegio di Garanzia dello Sport del Coni l'annullamento dei provvedimenti impugnati [83].

Oppure si pensi ancora al tema delle pluriproprietà di *clubs* (*multi-club ownerships - MCO*) ove le regole sono state cambiate anche nel corso della medesima stagione, a seconda dell'andamento dei *clubs* interessati, con una disciplina peraltro disomogenea rispetto a quella degli altri Paesi [84] e che ha posto anche problemi di

---

[79] Il riferimento è alla sopravvalutazione dei calciatori nelle operazioni di scambio volta a consentire l'iscrizione in bilancio di rilevanti plusvalenze alla società cedente, cui non corrisponde analoga componente negativa per la società cessionaria, dato che quest'ultima ammortizza l'investimento nell'arco di durata, di solito quinquennale, del contratto con il calciatore. Tali plusvalenze sono state determinanti per garantire il contenimento delle perdite d'esercizio e per evitare *deficit patrimoniali* che avrebbero richiesto ingenti ricapitalizzazioni di molte società, pena la loro scomparsa dalla scena calcistica italiana. L'abuso del c.d. *player trading* finalizzato a generare plusvalenze o minusvalenze contabili (non sempre reali) è cominciato oltre vent'anni fa, ma ha registrato una netta impennata in Italia a partire dalla stagione 2017-2018 con un raddoppio dei numeri rispetto all'annualità precedente. Tuttavia il caso che ha fatto esplodere la questione in esame è stato il c.d. "*maxiprocesso disciplinare plusvalenze*" (o caso Juventus) che ha riguardato ben undici *clubs* e 61 tra dirigenti e amministratori concernente la sanzionabilità del comportamento alla stregua degli artt. 4 e 31 del Codice di giustizia sportiva, che regolamentano, rispettivamente, i principi di lealtà, correttezza e probità e le violazioni in materia gestionale ed economica.

[80] Il riferimento è soprattutto alla cessione dei marchi dei *club* ad altre società appartenenti allo stesso gruppo o costituite *ad hoc* per la circostanza che, pur non generando flussi di cassa in entrata, era in grado di determinare elevate plusvalenze, idonee a contenere le perdite di esercizio.

[81] Al riguardo: F. FIMMANÒ, *La crisi delle società di calcio all'esito delle riforme tra NOIF, diritto comune e casi giurisprudenziali* in *Dir. fall.*, 2022, 1081 s.

[82] In particolare, l'articolo 85 delle Noif, prevede la redazione dei prospetti contenenti: «l'indicatore di liquidità (AC/PC)», utilizzato per determinare l'eventuale carenza finanziaria, dato dal rapporto tra attività correnti (AC) e passività correnti (PC); «l'indicatore di indebitamento (D/R)» calcolato attraverso il rapporto tra debiti (D) e ricavi (R); «l'indicatore del costo del lavoro allargato (CLA/R)», dato dal rapporto tra il costo del lavoro allargato (CLA) ed i ricavi (R). Per quanto riguarda l'«indicatore di liquidità», è stato introdotto nel 2015 per poter misurare il grado di equilibrio finanziario di breve termine, ovvero la capacità finanziaria delle società di far fronte agli impegni con scadenza entro i dodici mesi e viene calcolato sulla base del risultato d'esercizio, della relazione semestrale e delle situazioni patrimoniali intermedie approvate. In sostanza, quindi, si tratta di un indice che dimostra quanto un club sia in grado di poter rispettare i propri impegni finanziari a breve termine e la misura minima dell'indicatore è stabilita dal Consiglio federale su proposta della Covisoc (al riguardio mi permetto per brevità ancora di rinviare a F. R. FIMMANÒ, *I controlli «esterni» sulle società di calcio professionistico,* in *Rass. dir. econ. sport*, 2023, I, 42 s.)

[83] Il Collegio ha annullato i provvedimenti impugnati nella parte in cui si prevede «*che la verifica del possesso del requisito dell'indice di liquidità sia fissata in un termine antecedente alla chiusura dell'esercizio in corso*», in parziale accoglimento del ricorso proposto dalla Lega di Serie A avverso il Comunicato Ufficiale della Figc n. 220/A del 27 aprile 2022 recante la pubblicazione della delibera del Consiglio Federale del 26 aprile 2022 di approvazione del Sistema delle Licenze Nazionali per l'ammissione al Campionato di Serie A maschile 2022/2023.

[84] Mi permetto di rinviare al riguardo a: F.R. FIMMANÒ, *Il fenomeno delle "multi-club ownerships" (MCO). Le pluriproprietà delle società di calcio*, in *Riv. dir. sport.*, 2022, 2. Come vedremo meglio di seguito il riferimento non è solo al caso della U.S. Salernitana 1919, salvata *in extremis* il 31 dicembre 2021, ma addirittura alla modifica del 28 luglio 2022 alle disposizioni transitorie alla norma di cui all'art. 16 *bis* delle Noif. La Federcalcio, infatti, su pressione di Napoli e Bari, che avevano impugnato il precedente provvedimento (impugnazione respinta nei primi due gradi di giudizio) ha spostato i termini alla stagione sportiva 2028/2029.

ISSN 2036-7821

retroattività *in peius* delle norme federali [85]. Invero la retroattività va letta come problema di *diritti individuali* e non di *teoria delle fonti* e perciò richiede approcci sostanziali, piuttosto che formali, e soluzioni calibrate sulle singole situazioni, secondo però i canoni generali limitativi del potere pubblico (*ragionevolezza, proporzionalità, giustizia sostanziale, prevedibilità*). L'intervento del regolatore può essere giustificato in presenza di motivi d'interesse generale, riconosciuti esistenti laddove occorra garantire conformità all'intenzione originaria del legislatore, correggere un errore tecnico di formulazione della legge o in presenza di ragioni storiche epocali di portata generale. Tali motivi non sussistono, invece, quando sono invocate mere esigenze di carattere economico finanziario [86].

Il settore peraltro nella fase post-pandemica ha chiesto ripetutamente allo Stato aiuti e provvidenze per i debiti pregressi, lamentando la mancanza di risorse e l'esplosione dei debiti. Ma tutto continua ad essere gestito con una "*governance*" dai confini *fragili* e *mobili* nelle sue decisioni auto-regolatorie. Una volta considerate queste imprese "industriali", a prescindere dall'oggetto peculiare dell'attività [87], non è più tollerabile uno "*ius* dinamico", adattato alle criticità di turno. La sostanziale bocciatura, vent'anni orsono, del c.d. decreto *salvacalcio* da parte della Commissione

[85] Si è posta la questione della legittimità o meno di una Noif concernente il tema della partecipazione a diversi o medesimi campionati di compagini appartenenti al medesimo gruppo, che si ponga in contraddizione con la precedente regolamentazione adottata, violando i principi di ragionevolezza ed affidamento incolpevole (F.R. FIMMANÒ, *La retroattività in peius di una "norma sportiva" che modifichi la morfologia dei rapporti di durata*, in *Giustiziacivile.com*, 27 gennaio 2023). Il tema sul piano generale è quindi quello della possibilità di mutare le regole che disciplinano *rapporti di durata* sulla base dell'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte costituzionale (diversamente articolato) secondo cui non vi è un divieto assoluto al legislatore di turno di emanare disposizioni che modifichino in senso peggiorativo la morfologia dei rapporti di durata, anche a fronte di diritti acquisiti in forza delle regole previgenti (in tema 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, 1825 s. e 2089 s. (per il quale il problema non è definire il fenomeno in astratto, ma capire come le singole leggi rivalutino o meglio retro-valutino, fatti del passato, per poi raffrontare le relative conseguenze con le norme costituzionali di riferimento).

[86] I principi ordinamentali statali oltre alla tendenziale irretroattività sono il diritto ad essere sentiti, il diritto ad un equo processo, il principio del *ne bis in idem*, la proporzionalità delle sanzioni, la terzietà del giudice e la motivazione scritta delle decisioni (in tema: G. SORICELLI, *Il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice sportivo dopo il nuovo Codice di 'giustizia sportiva': alla ricerca della tutela degli interessi giuridicamente rilevanti*, in M.F. SERRA (a cura di), *Responsibility in Sports Activities*, Atti del 23° Convegno IASL, Roma, 4-6 ottobre 2017, in *Rass. dir. ec. sport.*, 2, 2017, 513 s.).

[87] Si è efficacemente osservato che la stessa espressione *impresa sportiva*, che costituisce l'oggetto della attività economica di queste società, è un ossimoro. Sport, infatti, significa in inglese divertimento, gioco, passatempo, ed è "sinonimo di *fun*, *amusement*, *diversion, game, pastime*; si dice *to make sport of* come espressione equivalente a *to make fun off*. La parola sport ha la stessa radice del nostro diporto, ed è qualcosa che sta agli inglesi come gli *otia* stavano ai romani. È quindi definitivamente accertato che se lo sport diviene oggetto di *negotium* o di *negotia*, di attività professionale, economica o di attività di impresa, che dire si voglia, non è più sport e che dunque si ha a che fare, già dal punto di vista letterale, con un vero e proprio controsenso" (M. STELLA RICHTER JR, *Considerazioni sulle società sportive quotate*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, 361).

ISSN 2036-7821

europea, in quanto contrario alle norme comunitarie sulla concorrenza, fu già sintomatico di questa situazione che non è mutata [88].

Il quadro delineato ha fatto allora emergere una tendenza dello Stato diretta a separare innanzitutto l'ambito dello sport dilettantistico da quello professionistico [89] e ad invadere il primo segmento[90], come vedremo accaduto recentemente con la istituzione per decreto legge della "*Commissione indipendente per la verifica*

[88] Si trattò di una misura dai benefici temporanei nel bilancio dei *club*. Infatti, se nell'esercizio in cui avviene lo scambio può essere rilevato l'elevato componente economico positivo, negli anni successivi il maggior valore conduce ad una crescita degli ammortamenti, la cui compensazione richiede, a meno di procedere ad altre operazioni di scambio, a "valori gonfiati" nonché ad inderogabili conferimenti di capitale netto per coprire le perdite. Ed è proprio per far fronte a questo circolo vizioso che intervenne il legislatore con la disposizione normativa di carattere eccezionale che consentiva la diluizione in più anni degli effetti connessi alla necessaria e improcrastinabile riduzione del valore dei calciatori. Era necessario trovare una soluzione momentanea, un *escamotage*. Il d.l. del 24 dicembre 2002, n. 282 (convertito nella legge n. 27 del 21 febbraio 2003), aggiunse l'art. 18 *bis* alla legge n. 1/1981′ in base al quale fu concessa la possibilità per le società calcistiche professionistiche di operare la svalutazione dei diritti pluriennali delle prestazioni degli atleti, iscrivendola in bilancio come oneri da ammortizzare in 10 anni. Il provvedimento fu subito oggetto di censure da parte della Commissione Europea. In particolare, il commissario europeo alla concorrenza, Mario Monti, avviò un'indagine sull'ipotesi che risultasse incompatibile tanto con le norme comunitarie che regolano gli aiuti di stato quanto con quelle che disciplinano la redazione dei bilanci. Commissione Europea e il Governo italiano arrivarono ad un accordo già nei primi mesi del 2004 attraverso l'impegno da parte di quest'ultimo all'eliminazione del riconoscimento "a fini fiscali" delle quote di ammortamento delle svalutazioni dei giocatori. In merito ai risvolti contabili del decreto, "si riuscì ugualmente a giungere ad un risultato positivo, ossia alla chiusura della procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, grazie alle modifiche apportate all'originaria disposizione. Il decreto è stato ribattezzato con diversi appellativi: oltre che con la denominazione generica "Salva -calcio", è stato definito anche decreto "Spalma -debiti" e decreto "Spalma -ammortamenti". Le ultime due definizioni, anche se efficaci, risultano tecnicamente improprie nel rappresentare gli effetti generati sul bilancio di esercizio delle società calcistiche. In realtà, il nome più appropriato sarebbe stato quello di decreto "Spalma -perdite", come può essere facilmente compreso analizzandone il disposto. Del resto, che il decreto distorcesse la concorrenza era evidente fin dal primo momento: in primo luogo tra società di differenti discipline, che concorrono nel medesimo mercato degli spettatori, dei telespettatori, delle sponsorizzazioni, dei diritti televisivi; in secondo luogo, tra società calcistiche dei diversi paesi europei che operano nel mercato unico. Discriminatorio era peraltro concedere benefici fiscali ad una sola tipologia di società quotate in Borsa, visto che molte società calcistiche lo sono, distorcendo in questo modo anche il mercato (e da questo punto di vista estremamente opinabile fu l'applicazione della normativa sulla possibilità di rateizzare i debiti tributari, oggetto della controversia che riguardò la Lazio).

[89] Sul tema: E. INDRACCOLO, *Il complesso mondo dello sport tra professionismo e dilettantismo*, in *Rass. dir. ec. sport*, 2019, 235 s.

[90] Si tratta sostanzialmente della tendenza in prospettiva ad avvicinarsi al modello degli sport di squadra statunitensi che sono fuori dal movimento olimpico (*basket, baseball, football* americano, *soccer*, *hockey*). Si tratta di un fenomeno del tutto particolare organizzato secondo logiche di mercato (gli stipendi agli atleti non superano in nessun caso il 55% del fatturato, incidendo talora anche per il 20 per cento in meno rispetto ai calciatori professionisti europei). Fuori dal sistema CIO si collocano le relative organizzazioni (la *National basket association*, la *National hockey league*, la *Major league baseball,* la *National football league*). Le squadre vengono ammesse nelle Leghe in base a severi parametri che privilegiano la solidità economica ed i *clubs* appartengono di norma a importanti gruppi economici. Non ci sono retrocessioni e l'acquisto dei giocatori risponde a precise regole tendenti a non sfavorire le società meno ricche e, di conseguenza, a mantenere un sostanziale equilibrio sportivo. Lo svolgimento dei campionati si articola in sezioni geografiche (*conferences* o *divisions*) con finali nazionali disputate con il sistema dei *play-off*.

ISSN 2036-7821

dell'equilibrio economico e finanziario delle società sportive professionistiche" [91], organismo di controllo sui bilanci dei *clubs* di calcio di Serie A, B e Lega Pro (e su quelli di basket di Serie A che rientrano nel perimetro del professionismo) in luogo dell'attuale Co.vi.soc.[92]

Gli stessi problemi si sono posti anche a livello continentale, tant'è che il Comitato esecutivo della Uefa emanò nel 2009 il c.d. *Financial Fair Play Concept* [93] basato sul *break-even requirement* (conseguimento del pareggio tra ricavi e costi) e il *no overdue payables* (verifica tempestiva della regolarità dei pagamenti). In realtà anche questo strumento è stato applicato con continue eccezioni e tolleranze e poi è stato sospeso nella fase pandemica per tre anni su pressione dei grandi gruppi multinazionali del

[91] Decreto legge 31 maggio 2024, n. 71 (*Disposizioni urgenti in materia di sport, di sostegno didattico agli alunni con disabilità, per il regolare avvio dell'anno scolastico 2024/2025 e in materia di Università e ricerca*) in *Gazz. uff.*, 31 maggio 2024, n. 126.

[92] Il decreto legge aggiunge al d. lgs. n. 36 del 28 febbraio 2021, l'art. 13 *ter* che istituisce la Commissione che svolge attività di controllo e vigilanza sulla legittimità e regolarità della gestione economica e finanziaria delle società sportive professionistiche partecipanti ai campionati relativi a discipline di sport di squadra al fine di verificare il rispetto dei principi di corretta gestione, il mantenimento dell'equilibrio economico e finanziario e il funzionamento dei controlli interni. La Commissione certifica altresì la regolarità della gestione economica e finanziaria, mediante pareri obbligatori che sono trasmessi alle rispettive federazioni sportive nazionali per l'adozione dei provvedimenti di competenza concernenti l'ammissione, la partecipazione e l'esclusione dalle competizioni professionistiche, e di ogni altro provvedimento conseguente. La commissione viene dotata di autonomia regolamentare, organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile e finanziaria, ed opera con indipendenza di giudizio e di valutazione. Si tratta di organo collegiale, composto da un presidente e sei componenti, nominati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri o dell'Autorità politica delegata in materia di sport, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Ne fanno parte, come componenti di diritto, il Presidente dell'Istituto nazionale previdenza sociale e il Direttore dell'Agenzia delle entrate, che possono delegare personale di qualifica dirigenziale di livello generale o equivalente appartenente alle relative istituzioni. Il Presidente e i restanti quattro componenti sono scelti tra magistrati contabili, professori universitari nelle materie economiche, giuridiche e finanziarie, avvocati abilitati al patrocinio innanzi alle magistrature superiori o dottori commercialisti iscritti anche all'elenco dei revisori contabili da almeno 15 anni, e due tra essi sono individuati nell'ambito di una rosa di cinque nominativi, proposti, entro trenta giorni dalla richiesta, dalle Federazioni sportive nazionali interessate, d'intesa con le Leghe professionistiche di riferimento o in caso di inerzia dal Coni, previo parere favorevole delle competenti Commissioni parlamentari che si esprimono a maggioranza dei due terzi dei componenti. La durata del mandato, per il presidente e per i componenti diversi da quelli di diritto, è di sette anni, a decorrere dall'insediamento, senza possibilità di conferma. Il presidente e i componenti della Commissione sono incompatibili, per qualunque incarico o mandato, con gli organi di vertice del Coni, delle Federazioni sportive nazionali con settori professionistici e con gli organi di vertice delle leghe di riferimento, ove istituite, nonché con le società professionistiche. L'incompatibilità perdura per un biennio dalla cessazione della carica. Per tutta la durata dell'incarico, presidente e componenti diversi da quelli di diritto non possono esercitare, a pena di decadenza, alcuna attività professionale, imprenditoriale o di consulenza, nel settore dello sport professionistico, nonché ricoprire incarichi negli organi di giustizia sportiva negli ambiti soggetti a vigilanza.

[93] Un *corpus* di regole in vigore per 10 anni che avrebbe dovuto essere osservato dalle squadre partecipanti alle competizioni europee. Gli obiettivi dell'Uefa erano quelli di incentivare i *club* ad operare sulla base dei propri ricavi; introdurre una maggiore razionalità nei conti; proteggere *appunto* i creditori delle squadre nella prospettiva di potenziali crisi (al riguardo ampiamente: M. NICOLIELLO, *Il monitoraggio di FIGC e UEFA sulle società di calcio italiane: scenario attuale e possibili evoluzioni*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2014, 35 s.).

ISSN 2036-7821

settore [94]. Poi il 3 aprile del 2022, il Comitato Esecutivo Uefa a *Nyon* ha approvato le nuove regole di *Sostenibilità Finanziaria* che hanno come obiettivo la solvibilità, la stabilità e le spese dei *clubs* [95]. Le disposizioni sono entrate in vigore nel luglio del 2022 ma i cambiamenti dovrebbero essere attuati in maniera graduale nell'arco di tre anni [96]. Tuttavia i risultati di questo ennesimo tentativo di *auto-riforma*, anche in questo caso, dipenderanno dal modo in cui le regole saranno concretamente applicate, scontando il sistema le solite ambiguità e discrezionalità che talora hanno fatto perdere credibilità alla c.d. "*lex sportiva*" e che a livello nazionale hanno determinato il sostanziale esautoramento dell'organo di controllo federale per lo sport professionistico.

6. Il tormentato rapporto tra ordinamenti fino al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE sul "caso plusvalenze".

Nel rapporto tra ordinamento sportivo e statale il punto di equilibrio tra presidio dell'affidamento dei consociati e garanzia della flessibilità dell'assetto di regole si rinviene nella protezione di interessi generali, che ragionevolmente debbono giustificare l'incidenza su acquisite posizioni di vantaggio in un ordinamento giuridico unitario [97].

Questa impostazione ricevette l'avallo della citata legge n. 280 del 2003 con la quale il Governo prima e le Camere poi approvarono disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva, al fine di porre rimedio alle situazioni acute di conflitto. Il legislatore, sulla base dei principi elaborati dalla giurisprudenza precedente, sancì che si deve riconoscere la configurabilità della giurisdizione statale in materia sportiva nei casi di rilevanza giuridica degli interessi lesi e che in tal caso tutte le

[94] La fase pandemica ha peggiorato la situazione di per sé già drammatica dei *clubs* dal punto di vista economico-finanziario ed ha determinato un notevole allentamento del processo di monitoraggio contabile (M. NICOLIELLO, *Principi contabili nazionali e internazionali - Il covid-19 e le società di calcio italiane: l'effetto sui conti di bilancio e sui controlli contabili*, in *Riv. dott. comm.*, fasc.2, 2021, 189.).

[95] I cambiamenti sono strutturati su quattro macroaree. La «solvibilità» (*no overdue payables rule)* ossia l'obbligo di pagare tutti i debiti verso altri *clubs*, dipendenti, autorità fiscali, sociali e Uefa entro 90 giorni, soggetto a quattro controlli l'anno. La regola è diretta a garantire una maggiore solvibilità e a proteggere l'integrità delle competizioni. I controlli vengono effettuati ogni trimestre, con una minore tolleranza nei confronti dei soggetti morosi. La «stabilità» (*football earnings rule)* ossia la fissazione di un *deficit* massimo (*acceptable deviation)* di 60 milioni di euro in tre anni e per i *clubs* con i conti in ordine di 90 milioni (10 milioni per ogni periodo di riferimento nel *monitoring period*), computando tuttavia le spese, comprese quelle per giovani e impianti prima escluse. Il «controllo dei costi» (*squad cost rule)* diretto a sancire che per stipendi, mercato e commissioni per gli agenti non si potrà spendere più del novanta per cento del fatturato per la prossima stagione, l'ottanta per la successiva ed il settanta a regime dalla stagione 2025-2026.

[96] L'attuazione graduale della limitazione delle spese per i *clubs* interessati vedrà la percentuale al 90 per cento nel 2023/2024, all'80 per cento nel 2024/2025 fino ad assestarsi al 70 per cento nel 2025/2026, come richiesto dal nuovo regolamento.

[97] Di grande interesse è al riguardo la ricostruzione di P. GROSSI, *Sui rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo*, in *Dir. amm.*, fasc.1-2, 2012, 3.

ISSN 2036-7821

controversie relative ad atti del Coni e delle federazioni sportive nazionali appartengono alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, salvo i casi di "*controversie patrimoniale tra pari ordinati*", devoluti alla competenza del giudice ordinario [98]. Gli interpreti si sono fortemente interrogati nell'ultimo ventennio sulla portata precettiva dei tre articoli della legge. Nello specifico, si è ragionato sulla effettività della tutela giurisdizionale garantita ai soggetti (imprenditori, atleti, dipendenti, etc.) che operano nel mondo dello sport e sulla esatta qualificazione della riserva contenuta nella legge, la quale, dopo avere formalizzato l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, fa salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento della Repubblica [99].

Il legislatore, infatti, palesemente influenzato dalla teoria della *pluralità degli ordinamenti giuridici* [100], ha riconosciuto autonomia all'ordinamento sportivo in quanto i rapporti tra questo e l'ordinamento giuridico della Repubblica non si traducano nel verificarsi di *casi di rilevanza* per il secondo relativi a situazioni *soggettive connesse* con il primo. Sono note le ragioni per le quali è contestato l'utilizzo della teoria pluralistica con riguardo al sistema sportivo ed in primo luogo la debita valorizzazione dell'unitarietà dell'ordinamento e della gerarchia dei valori da esso posti, in grado di ricomprendere e tutelare il pluralismo sociale che si estrinseca nella realtà giuridica (essendo superfluo conferire autonomia ordinamentale ad organizzazioni sociali - come ad es. la famiglia, l'associazione, le società commerciali - che rinvengono già la propria fonte di legittimazione dai valori posti dalla

[98] Il legislatore individuò la competenza funzionale esclusiva del T.A.R. Lazio, sede di Roma (nei casi in cui vi sia giurisdizione del Giudice Amministrativo), e dettò disposizioni specifiche relative alle modalità di proposizione delle azioni innanzi alla giustizia statale (contemplando una c.d. "pregiudiziale sportiva") ed alla disciplina dei profili processuali specifici del giudizio "sportivo" innanzi al Giudice amministrativo.

[99] In tema tra gli altri cfr. M. ANTONIOLI, *Sui rapporti tra giurisdizione amministrativa e ordinamento sportivo*, in *Dir. Proc. Amm*., 2005, 1026; G. VIDIRI, *Le controversie sportive e il riparto della giurisdizione,* in *Giust. civ.*, 2005, 1625 s.; C. CASTRONUOVO, *Pluralità degli ordinamenti, autonomia sportiva e responsabilità civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 3, 545 s.

[100] La teoria, come noto, va ricondotta agli scritti di S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Pisa, 1918. Ma sul tema cfr. S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de «l'ordinamento giuridico» di Santi Romano,* in *Quad. fior.*, 1, 1972, 243; A. E. CAMMARATA, *Il concetto del diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici, Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano, 1963, 185 s.; F. MODUGNO, *voce 'Pluralità degli ordinamenti'*, in *Enc. dir.*, Milano, 1985, vol. XXXIV, 32 s. L'applicazione della teoria di Santi Romano ai rapporti tra ordinamento statale ed ordinamento sportivo va poi attribuita a C. SFORZA, *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, in *Foro it*., 1933, I, 1381; M.S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. dir. sport*., 1949, 10. La dottrina moderna ha messo in forte discussione l'utilizzo delle teorie della pluralità degli ordinamenti, dando una nuova lettura del fenomeno sportivo, il quale va considerato un unicum inscindibile con l'ordinamento giuridico. Su tutti, L. DI NELLA, *La teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici e il fenomeno sportivo*, in *Riv. dir. sport*, 1998, 5 s.; ID., *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1999, 83 s.; P. FEMIA, *Due in uno. La prestazione sportiva tra pluralità e unitarietà della qualificazione, in AA.VV., Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Atti del 3° Convegno nazionale della S.I.S.D.C., Napoli, 2009, 235 s; A. LEPORE, *Responsabilità civile e tutela della «persona-atleta»*, Napoli, 2009, 48 Una diversa prospettiva si rinviene in E. INDRACCOLO, *Rapporti e tutele nel dilettantismo sportivo*, Napoli, 2008, 61 s; P. PICOZZA, *I rapporti generali tra ordinamenti*, in *Gli effetti delle decisioni dei giudici sportivi*, C. Franchini (a cura di), Torino, 2004, 1 s.

ISSN 2036-7821

Costituzione) [101]. Il pluralismo delle fonti, ammesso dalla Costituzione, "è ben altro dal pluralismo degli ordinamenti: le fonti plurali e le norme che nascono da queste sono in competizione tra loro per essere interpretate e applicate, scambievolmente, nel rispetto della gerarchia" [102]. D'altronde l'ordinamento giuridico è ormai indirizzato in questo senso, se ad esempio si pensa che già nel 2012 vi fu il riconoscimento, ad opera della sezione giurisdizionale del Lazio della Corte dei conti, della responsabilità erariale di alcuni arbitri ed assistenti di gara per la lesione del diritto all'immagine della P.A. conseguente ai fatti correlati alla vicenda c.d. *Calciopoli* [103].

In ogni caso volendo delineare l'attuale assetto, allo stato le questioni *meramente tecniche* ossia costituenti l'esplicazione delle c.d. "regole tecniche del giuoco"[104] rientrano nell'area dell'indifferente giuridico per l'ordinamento statale e si presumono irrilevanti per lo stesso, salva la dimostrazione della specifica rilevanza ed anche se un errore tecnico, ad esempio dell'arbitro, può potenzialmente produrre gravi conseguenze sul piano economico [105]. La giurisprudenza ha successivamente allargato l'area delle questioni rilevanti, ammettendo la impugnabilità innanzi al Giudice Amministrativo anche delle sanzioni disciplinari in tutti quei casi in cui esse assumano una rilevanza giuridico-economica [106] al fine di ottenere l'eventuale

[101] Si è evidenziato che «ragionando in tal senso si determina una perdita di valore del termine tecnico ordinamento per via della eccessiva apertura del suo significato semantico e, dall'altra, si determina e si legittima altresì l'emersione di una miriade di particolarismi che disgregano il tessuto sociale di convivenza» (L. DI NELLA, *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, cit., 131). G. GUARINO, *Lo sport quale "formazione sociale"*, in *Scritti in Onore di Aldo Piras*, Milano, 1996, 348, fa riferimento allo sport come formazione sociale espressione di un diritto inviolabile. Si era precedentemente posto in rilievo, su un piano generale, come le formazioni sociali vivano in una logica di feconda dialettica (e non di sterile opposizione), nel loro connotato ordinamentale (come capacità organizzativa e normativa autonoma) con l'ordinamento statale, essendo espressione di "libertà nello Stato" e non "dallo Stato" (F. MODUGNO, *Giustizia sportiva: problemi generali*, in *Riv. dir. sport*., 1993, 3, 334 s.)

[102] Il principio di sussidiarietà, dunque, rappresenta "in particolare un criterio di sistemazione delle fonti: non è norma 'di' competenza, ma norma 'sulla' competenza, che abilita il miglior regolatore, come il legislatore sportivo, nel rispetto, tuttavia, della legalità costituzionale". (A. LEPORE, *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico. L'evanescenza delle teorie pluralistiche ai giorni nostri*, in *Rass. dir. ec. sport*, 2022, 2, 383 s.).

[103] Corte dei conti, sez. giur. Lazio, sentenza n. 993 del 16 ottobre 2012 (al riguardo si veda: A. STALTERI, *La corte dei conti e il danno all'immagine dell'ordinamento sportivo provocato dagli arbitri di «calciopoli»*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc.1, 2013, 267; S. PAPA, *Arbitri di calcio, natura giuridica delle federazioni sportive e danno erariale*, in *Giur.it.*, 2019, 398).

[104] Adottate dall'*International Football Association Board* (IFAB). Le Regole del giuoco del calcio a cinque sono invece adottate dal Comitato esecutivo della FIFA.

[105] Si pensi al caso dell'arbitro Mazzoleni, collocato fuori ruolo con provvedimento dell'AIA, con retrocessione diretta dalla CAN A e B alla CAN Locale (con compiti di arbitrare il Settore Giovanile e Scolastico locale, per pochi euro a gara). Sia il TAR Lazio (Sezione Terza Ter 5 novembre 2007, n. 10911), che il Consiglio di Stato (Sezione Sesta, 17 aprile 2009, n. 2333) hanno escluso la loro giurisdizione in quanto l'arbitro di calcio non è un professionista, titolare di un contratto di lavoro, senza considerare come la "rilevanza", poteva riconoscersi con riferimento agli interessi personali ed economici e soprattutto con riferimento all'interesse generale alla regolarità dei campionati.

[106] Nello stesso senso anche la citata Corte di Giustizia, 18 luglio 2006, causa C-519/2004 (*David Meca-Medina* e *Igor Majcen*). In tema si veda I. DEL GIUDICE, *La Corte di Giustizia delle Comunità Europee si pronuncia sulla possibile*

ISSN 2036-7821

risarcimento per i danni ingiustamente subiti (previa dimostrazione dell'illegittimità del provvedimento), senza avere la possibilità di ottenere l'annullamento del provvedimento. Quanto invece alle questioni amministrative, relative cioè allo *status* di associato, all'affiliazione, al tesseramento, all'ammissione ai campionati etc., sono riconosciute come rilevanti per l'ordinamento statale e soggette alla relativa giurisdizione. Per quanto riguarda infine le questioni di carattere patrimoniale tra tesserati l'art. 3, primo comma, della legge in questione riconosce specificamente "*la giurisdizione del giudice ordinario sui rapporti patrimoniali tra Società, associazioni e atleti*". La sentenza n. 49 del 2011 della Corte costituzionale[107] ha funzionato da linea di confine con la precedente giurisprudenza che oscillava tra l'assegnare la giurisdizione in tema di sanzioni disciplinari al giudice sportivo[108] o al giudice dello Stato[109], ovvero, come terza via, propendeva per la disapplicazione delle norme sportive da parte del giudice ordinario o amministrativo, chiamati a giudicare sulle sanzioni inflitte in base alla norma sportiva di grado inferiore [110]. La giurisprudenza amministrativa si è così allineata [111], restando ferma la giurisdizione esclusiva del

rilevanza esterna delle norme sportive (in margine alla sentenza della Corte di Giustizia, 18 luglio 2006, causa C-519/2004), in *www.giustamm.it*.

[107] La Consulta ha affermato l'autonomia dell'ordinamento sportivo e lo ha collocato tra quelli "più significativi" anche se come articolazione di un più ampio ordinamento di dimensione internazionale facente capo al CIO con referente costituzionale negli artt. 2 e 18 della Costituzione, in forza del diritto fondamentale riconosciuto ai cittadini di associarsi in formazioni sociali nelle quali si svolge la loro personalità. La stessa Corte, nella sentenza n. 160/2019, ha ribadito la "*natura, per taluni profili originaria e autonoma, dell'ordinamento sportivo che di un ordinamento giuridico presenta i tradizionali caratteri di plurisoggettività, organizzazione e normazione propria*" (al riguardo F. CARDARELLI, in AA.VV. a cura di G. TERRACCIANO, *Argomenti di diritto nazionale e internazionale dello sport e giustizia sportiva*, Roma, 2022, 11 s.; e per quanto riguarda la giustizia sportiva, cfr. P. SANDULLI, *ibidem*, 211 s.).

[108] T.A.R. Lazio-Roma, sez. III ter, 5 novembre 2007, n. 10911; C.G.A.R.S., sez. giur., 8 novembre 2007 n. 1048; Cons. Stato, sez. VI, 25 novembre 2008, n. 5782.

[109] T.A.R. Lazio-Roma, sez. II ter, 21 giugno 2007, n. 5645; T.A.R. Sicilia-Catania, sez. IV, 19 aprile 2007, n. 679.

[110] La Consulta ha delineato un sistema in cui, ferma restando la sussistenza di una giurisdizione piena, anche di tipo demolitorio, del Giudice Amministrativo in materie non riservate alla Giustizia Sportiva, per le tipologie di questioni, invece, riservate alla Giustizia sportiva dall'art. 2 della legge n. 280/2003 (con specifico riferimento all'area delle questioni disciplinari, ma estendibile anche all'area delle questioni tecniche) ha sancito che la tutela in sede giurisdizionale innanzi al Giudice Amministrativo non è preclusa ma limitata ai profili meramente risarcitori. Inoltre, ha chiarito che i provvedimenti disciplinari federali, e, in particolare quelli della Camera di Conciliazione, costituiscono esplicazione di attività amministrativa, piuttosto che lodi arbitrali, con la conseguenza della loro sindacabilità in sede giurisdizionale. Anche nella sentenza del 25 giugno 2019, n.160, la Corte ha ritenuto che nelle controversie aventi ad oggetto le sanzioni disciplinari sarebbe preclusa al giudice statale la tutela annullatoria, residuando in favore di esso la sola tutela risarcitoria per equivalente (cfr. al riguardo F. G. SCOCA, *Autonomia sportiva e pienezza di tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost*, 2019, 1687 s.). I giudici di legittimità ribadiscono che il "bilanciamento", "operato dal legislatore", fra pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale e salvaguardia dell'autonomia dell'ordinamento sportivo non può essere considerato irragionevole.

[111] È stato affermato il difetto assoluto di giurisdizione statale sulle controversie riguardanti i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni, riservate, a tutela dell'autonomia dell'ordinamento sportivo, agli organi della giustizia sportiva, anche laddove sia invocata la tutela costitutiva con la rimozione dell'atto applicativo della sanzione (T.A.R. Lazio Roma, sez. I ter, 5 luglio 2021,

ISSN 2036-7821

giudice amministrativo ove sia richiesto il risarcimento del danno cagionato dalla sanzione, liquidabile per equivalente [112], e consolidata la vigenza della pregiudiziale sportiva nei casi in cui sussista la giurisdizione del Giudice amministrativo statale che pone come condizione di procedibilità il previo esaurimento di tutti i gradi della giustizia sportiva, instaurando un modello progressivo di giurisdizione condizionata [113].

Tuttavia, il 6 giugno del 2024, il Tar Lazio, con le ordinanze n. 11557 e 11559, ha messo in discussione lo status quo, attivando il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, ai sensi dell'art. 267 TFUE, nell'ambito del c.d. *caso plusvalenze*, a seguito del ricorso dei dirigenti della *F.C. Juventus Spa* che avevano impugnato le sentenze della giustizia sportiva[114]. Questa volta i giudici europei dovranno pronunciarsi sulla conformità del diritto interno alla normativa unionale ed al principio di effettività della tutela giurisdizionale in relazione alle situazioni soggettive esaminate, sulla conformità della normativa in materia di sanzioni disciplinari "afflittive" rispetto al principio di legalità, tassatività, determinatezza delle fattispecie incriminatrici, nonché del giusto processo, alla luce della giurisprudenza della Corte [115] ed infine sulla compatibilità dell'ordinamento sportivo con le libertà fondamentali dell'individuo di circolazione e di concorrenza riconosciute dai Trattati, a fronte delle sanzioni irrogate. In particolare la Corte è chiamata a chiarire in via pregiudiziale se l'art. 2 del d.l. 220 – come interpretato nel diritto vivente italiano – possa limitare la giurisdizione del giudice amministrativo nazionale sulle sanzioni sportive a carattere disciplinare, una volta esauriti i gradi

n. 7937; Cass. civ., Sez. Unite, Ordinanza 7 maggio 2021, n. 12149; Cass. civ., Sez. Unite, Ordinanza 23 febbraio 2021, n. 4850).

[112] E' ormai acclarato che il giudice amministrativo possa conoscere in via incidentale e indiretta il presupposto della decisione costituita dalle sanzioni disciplinari (ove lesive anche di situazioni giuridiche soggettive rilevanti per l'ordinamento statale) aventi natura amministrativa, ivi comprese le decisioni prese dal Collegio di garanzia dello sport del Coni (T.A.R. Lazio Roma, sez. I ter, 15 gennaio 2021, n. 556).

[113] T.A.R. Lazio Roma, sez. I ter, 25 novembre 2022, n. 15820; Cons. Stato, sez. V, 22 giugno 2017, n. 3065.

[114] In particolare le decisioni che avevano irrogato le sanzioni disciplinari (Corte Federale d'Appello della F.I.G.C. n. 63 del 3° gennaio 2023; Collegio di Garanzia del Coni n. 40 dell'8 maggio 2023; *in parte qua*, della Corte Federale d'Appello della F.I.G.C. n. 110 del 30 maggio 2023). In tema cfr. F.R. FIMMANÒ, *L'abuso di player trading: il caso delle "plusvalenze fittizie" nelle società di calcio professionistico, in Riv. corte conti*, 2022, n. 5, 83 s.

[115] Si tratta nella fattispecie di sanzioni a carattere inibitorio dell'attività professionale in conseguenza della violazione di una disposizione dell'ordinamento federale (art. 4, comma 1, del Codice di Giustizia Sportiva FGCI). Il Tar Lazio richiama la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, a partire dalla nota sentenza "*Engel and others v. the Netherlands*" del 1976, che ha stabilito il principio per il quale le sanzioni che presentano carattere afflittivo, pur se non qualificate formalmente come penali negli ordinamenti degli Stati Parte della CEDU, devono ricadere nell'ambito delle garanzie convenzionali previste per le sanzioni penali. Il principio, poi consolidato nella giurisprudenza sovranazionale con successive sentenze quali "*Öztürk v. Germany*" del 1984, "*Grande Stevens v. Italy*" del 2014 e "*A. and B. v. Norway*" del 2016, definisce il concetto di "accusa penale" di cui all'art. 6 CEDU in senso sostanziale, avendo riguardo alla natura dell'illecito ovvero alla severità della sanzione connessa alla sua violazione, piuttosto che al solo dato della classificazione dello stesso come reato da parte del diritto nazionale.

ISSN 2036-7821

della giustizia sportiva, al solo profilo del risarcimento del danno per equivalente escludendo la tutela caducatoria. Si tratta di una decisione che potrà configurare l'ennesimo "attentato" all'autonomia dell'ordinamento sportivo.
D'altra parte, la Corte costituzionale, con il suo lapidario e citato "*dictum*", giudicò illegittimo l'intervento demolitorio del giudice amministrativo proprio perché ritenne insuperabile e soprattutto meritevole di protezione ciò che restava del *totem* dell'autonomia.
Orbene, l'attribuzione della materia sportiva alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo dipende dal carattere pubblicistico dell'attività posta in essere dalla Federazione nella organizzazione dei campionati, in quanto articolazioni delegate dal Coni quale ente pubblico, prescindendo dalla natura formalmente privatistica della stessa e degli interessi generali sottesi. Ecco che, proprio per difendere l'autonomia dello sport, il Comitato olimpico *deve saper essere* una vera e propria Autorità indipendente di regolamentazione e controllo del settore (come peraltro recita il suo Statuto)[116]. Il Comitato olimpico è infatti un ente pubblico che interloquisce con le altre istituzioni pubbliche a più livelli (come si legge nello Statuto sotto la rubrica "Principio di autonomia sportiva") [117], ma al tempo stesso una organizzazione in cui i vertici sono eletti e soprattutto sono rappresentativi del mondo dello sport [118].
Ciò eviterebbe anche i problemi derivanti dalla ingerenza dello Stato come accaduto prima con le ripetute ed invasive riforma attuate tra il 2018 ed il 2023 [119] e poi quest'anno con il decreto legge riguardante la "*Commissione indipendente per la verifica*

[116] A norma dell'art. 2, comma 2: "*Il CONI, regolato dal D.lgs. 23 luglio 1999, n. 242, e successive modificazioni ed integrazioni, e dalla Carta Olimpica, è autorità di disciplina, regolazione e gestione delle attività sportive, intese come elemento essenziale della formazione fisica e morale dell'individuo e parte integrante dell'educazione e della cultura nazionale. Il Coni è posto sotto la vigilanza della Presidenza del Consiglio dei Ministri (d'ora innanzi Autorità vigilante)*".

[117] Art. 4: "*Il Coni salvaguardando la sua autonomia da ingerenze di natura politica, religiosa ed economica, in conformità ai principi sanciti dalla Carta Olimpica, intrattiene rapporti di collaborazione con le organizzazioni internazionali, l'Unione Europea, le Regioni, le province autonome di Trento e Bolzano e gli Enti locali, e coopera con le Autorità pubbliche ai programmi di promozione e sostegno dello sport*".

[118] Difatti il Consiglio nazionale è composto da membri eletti ai sensi della Regola 29, Punto 3, della Carta Olimpica, con una maggioranza votante che deve essere costituita dai voti espressi dai rappresentanti delle Federazioni Sportive Nazionali affiliate alle rispettive Federazioni Internazionali che gestiscono sport inclusi nel Programma dei Giochi Olimpici. Anche la Giunta nazionale è espressione del mondo dello sport essendo costituita oltre che dal Presidente da dieci rappresentanti delle Federazioni sportive nazionali e delle Discipline sportive associate (tre dei quali eletti fra gli atleti e tecnici sportivi, in possesso dei requisiti previsti dallo statuto), da un rappresentante nazionale degli Enti di promozione sportiva, da due rappresentanti delle strutture territoriali del Coni (di cui uno regionale e uno provinciale) e dai membri italiani del CIO.

[119] Il massiccio intervento del legislatore (che ha trattato la materia quasi come una qualsiasi altra attività statale, quali sanità o previdenza) ha suscitato forti perplessità vista l'ampiezza della sua portata e l'impatto potenziale sul delicato equilibrio istituzionale su cui poggia l'autonomia dell'ordinamento sportivo. In tema cfr. M.F. SERRA, *I cambiamenti del settore sportivo nei primi mesi del 2021*, in *Nomos*, 2021, 18 s.; M. PITTALIS, *L'attuazione della legge delega 8 agosto 2019, n. 86 in tema di ordinamento sportivo, professioni sportive e semplificazione*, in *Corr. giur.*, 2021, 737 s.; S. RAPACCIUOLO, *La riforma italiana dello sport tra critiche, paventate illegittimità, paure e best practices*, in *Riv. dir. ec. sport.*, 2019, 9 s.; L. SANTORO, *La legge delega 86/2019 e le norme di attuazione: uno sguardo di insieme*, in L. SANTORO, *Commento alla Riforma dello Sport (L. delega 86/2019 e decreti attuativi 28/2/2021 nn. 36, 37, 38, 39 e 40)*", 2021, 17 s.

ISSN 2036-7821

dell'equilibrio economico e finanziario delle società sportive professionistiche". Si tratta di un intervento dello Stato che in qualche modo approfitta del momento di debolezza generato dalla vicenda Superlega e che ne anticipa altri ad esempio in materia di *governance* dei direttori di gara. Le polemiche scoppiate dopo l'annuncio del decreto hanno portato ad un *maquillage* visto che rispetto all'originario progetto di "Agenzia governativa" subentra una Commissione formalmente indipendente, ma sostanzialmente nominata dall'Esecutivo e che sarà sicuramente oggetto di criticità e frizioni con le Istituzioni sportive nazionali ed internazionali. Se, al contrario, il D.l. avesse previsto la realizzazione della Commissione come articolazione autonoma del Coni - e non esterna all'ordinamento sportivo, come d'altra parte recita l'art. 29 comma 6 *bis* dello statuto[120] - ciò avrebbe salvaguardato l'indipendenza dello sport e soddisfatto l'esigenza di sottrarre l'organismo alla Federcalcio rafforzandone la terzietà e l'efficienza rispetto alle società professionistiche da vigilare. D'altra parte già l'attuale Covisoc, al netto del posizionamento nella struttura della *governance* complessiva - per la giurisprudenza di legittimità - è organo che, ai sensi dell'art. 20, comma 2, dello Statuto Coni, assume specifica «funzione pubblicistica» [121].
Questa sarebbe stata la strada maestra come hanno dimostrato le note vicende collegate alla società "Sport e Salute S.p.A." (società interamente partecipata dal Ministero dell'Economia con vertici di nomina governativa), con conseguente impoverimento strutturale, organico e funzionale del Coni) [122] alla quale a partire dal

[120]Il comma *6-bis* dell'art. 29 recita: "*Le società sportive professionistiche, allo scopo di garantire il regolare svolgimento dei campionati sportivi, sono sottoposte al controllo da parte delle Federazioni sulle società sportive di cui all'articolo 12 della legge 23 marzo 1981, n. 91, e al controllo sostitutivo del Coni in caso di verificata inadeguatezza dei controlli da parte delle Federazioni sportive nazionali*".

[121] Posto che identica «natura va riconosciuta alle attività (anche di controllo) svolte al fine di garantire il regolare svolgimento delle competizioni e dei campionati sportivi professionistici», e in disparte la circostanza che per tale via i relativi atti - ovviamente per le parti non aventi carattere valutativo ma di attestazione delle attività svolte - devono dirsi assistiti da fede privilegiata (Cass. penale 29 maggio 2013, n. 28164). Tant'è che la Suprema Corte ha avuto modo di affermare che integra il delitto di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza la dolosa omissione, da parte del presidente di un *club*, di fornire informazioni obbligatorie alla Federcalcio, posto che a questa è riconosciuta la titolarità di un potere ispettivo e di controllo di rilevanza pubblicistica attinente alla regolarità della gestione delle società (Cass. penale, 31ottobre 2014, n. 10108, in *Cass. pen.*, 2015, 3740 s. con nota di A. FUX, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni pubbliche di vigilanza: nel pantheon delle autorità entra anche la F.i.g.c.*).

[122] A seguito del dettato del comma 630 dell'art. 1 della legge di bilancio per il 2019 la società pubblica "Sport e Salute", ha totalmente mutato la propria missione divenendo soggetto chiamato ad occuparsi, così come il Coni, della diffusione dello sport e della gestione degli impianti sportivi, nonché delle vicende collegate alla utilizzazione dei centri scolastici. Il decreto legge n. 5/2021 ha poi dato vita ad una normativa transitoria, finalizzata a restituire la necessaria autonomia del Coni ed, ad un tempo, a tranquillizzare il CIO circa l'indipendenza dello stesso dalla politica (cfr. P. SANDULLI, *Note (e perplessità) a prima lettura del decreto "salva Coni"*, in: *www.Coni.it/images/rivistadirittosportivo/ piero_sandulli_1.pdf.*).

ISSN 2036-7821

2018 furono date dal Governo competenze e risorse del Coni [123] che non aveva più nè personale e né strutture proprie.
La circostanza, emblematica della politicizzazione della gestione finanziaria dello sport, suscitò non poche perplessità del CIO sulla effettiva autonomia del nostro Comitato olimpico dalla politica, con conseguenti "riflessioni" sulle modalità di partecipazione ai giochi olimpici estivi ed addirittura sull'assegnazione all'Italia di quelli invernali del 2026 [124]. Così, al fine di rassicurare il C.I.O., fu varato con estrema urgenza il 26 dicembre del 2021, un decreto legge con la finalità di restituire al Coni la sua forza lavoro per poter esercitare, in maniera autonoma, la propria attività, di dotarlo di ulteriori fondi e di ristrasferirgli una serie di impianti [125]. In realtà ancora oggi sussistono gravi limiti derivanti dalla originaria scelta che sarebbero stati superati collocando la società nell'alveo del Comitato olimpico e non fuori dallo stesso. D'altra parte lo stesso decreto del 24 maggio 2024 istituisce la "Nado", l'organizzazione antidoping italiana, fin qui inserita in Sport e salute, ma ora dotata di personalità giuridica autonoma e qualificata come agenzia tecnica indipendente in vista dei Giochi invernali di Milano-Cortina 2026. [126]
Un'impostazione del genere sarebbe l'unica in grado di proteggere l'autonomia anche dagli effetti della sentenza Superlega, in virtù di un quadro normativo comprensivo di criteri sostanziali e di norme procedurali idonee a garantire la trasparenza, l'obiettività, la non discriminatorietà e la proporzionalità nella organizzazione delle competizioni sportive, dove la Federcalcio non si veda estesa la logica dell'associazione privata tra imprese come Fifa e Uefa (con il potere di controllare e definire le condizioni di accesso al mercato di riferimento per qualsiasi impresa potenzialmente concorrente). Ciò chiaramente richiede dall'altro lato che il Comitato olimpico vigili sulla Federazione e sulle Leghe rispetto alla loro capacità di rispettare appieno, quali delegati dal Coni, i criteri dell'agire pubblico.

[123] Anche il trasferimento di fondi, in precedenza operato dallo Stato direttamente al Coni e solo successivamente alle Federazioni, fu sostituito, con i commi 629 e 630 dell'articolo 1 della legge n. 145/2018, da un passaggio di fondi diretto alla società "Sport e Salute" e da questa al Coni, in misura minima (40 milioni di euro) ed alle singole federazioni e discipline associate per 360 milioni di euro con una conseguente perdita del controllo economico del Coni sulle federazioni.

[124] Il CIO in mancanza di una chiara autonomia del Coni dalla politica addirittura stava ipotizzando che gli atleti partecipanti alle Olimpiadi non avrebbero potuto rappresentare l'Italia con inno e bandiera, ma solo concorrere a titolo personale.

[125] Il decreto legge n. 5 del 29 gennaio 2021 varato il giorno precedente a quello della riunione del CIO.

[126] Il presidente della neonata istituzione viene nominato d'intesa tra l'Autorità politica delegata in materia di sport, il Ministro della Salute e il Presidente del Coni, il cui organo di governo provvede all'adozione della relativa delibera.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La (in)giustiziabilità del principio di tempestività del bilancio degli enti locali

di Lio Sambucci

(Ricercatore e docente di Contabilità di Stato presso la Sapienza – Università di Roma)

Sommario

1. Una pratica che si ripete. – 2. Il quadro normativo (e una novità). - 3. I dubbi di costituzionalità. – 4. Insufficienza degli spazi giustificativi. - 5. La difficile giustiziabilità del principio di tempestività del bilancio. – 6. Una conclusione scontata, un percorso obbligato e una confidenza.

Abstract

A practice that repeats itself. – With ministerial decree 22 December 2023 (in Official Gazette 30 December 2023, no. 303), the deadline for the approval of the budget forecast for 2024 (-2026) has been postponed to 15 March 2024. This is not new: it is, in fact, of a constant, stable, permanent custom: last year (with ministerial decree of 28 July 2023), the aforementioned deadline (in relation to the 2023-2025 budget forecast) was deferred (finally) to 15 September (it had already been deferred to 31 March, then to 30 April, then to 31 May, then to 31 July): this means that in 2023 in many local authorities the budget forecast (which, as is known, must be approved before the start of the reference financial year) was approved practically at (close to) the end of the financial year.

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

1. Una pratica che si ripete.

Una pratica che si ripete. – Con d.m. 22 dicembre 2023 (in G.U. 30 dicembre 2023, n. 303), il termine per l'approvazione del bilancio di previsione per il 2024 (-2026) è stato differito al 15 marzo 2024. Non è una novità: si tratta, infatti, di una consuetudine costante, stabile, permanente: l'anno scorso (con d.m. 28 luglio 2023), il suddetto termine (in relazione al bilancio di previsione 2023-2025) è stato differito (infine) al 15 settembre (era già stato differito al 31 marzo, poi al 30 aprile, poi al 31 maggio, poi al 31 luglio): significa che nel 2023 in molti enti locali il bilancio di previsione (il quale, come noto, deve essere approvato prima che inizi l'anno finanziario di riferimento) è stato approvato praticamente alla (a ridosso della) fine dell'esercizio. Una situazione che può essere definita surreale[1], se si considera che, come noto, il bilancio di previsione di un ente pubblico è l'atto di politica finanziaria nel quale trova definizione la programmazione economico-finanziaria e sulla base del quale solo può avvenire la gestione nel periodo considerato[2]: due profili finalistici che impongono che il bilancio di previsione sia approvato prima che inizi l'anno finanziario di riferimento[3]; che rendono evidente come la tempestività del bilancio, nel sistema pubblico, sia un principio immanente al bilancio stesso (in quanto connaturato alle sue stesse connotazioni teleologiche)[4]; e, sotto altro profilo,

[1] L. SAMBUCCI, *Il differimento del termine di approvazione del bilancio degli enti locali: una soluzione sbagliata e sospetta di incostituzionalità*, in *Amm. Cont. St. enti pubbl.*, *www.contabilita-pubblica.it*, 2014.

[2] Significa che la mancata tempestiva approvazione del bilancio di previsione (in mancanza di soluzioni alternative) comporterebbe la paralisi della gestione finanziaria dell'ente pubblico interessato. E proprio al fine di evitare che una situazione tanto pregiudizievole potesse verificarsi, il Costituente ha previsto nella Costituzione repubblicana il cosiddetto esercizio provvisorio del bilancio (ora, art. 81, comma quinto, Cost.: nella formula originaria, era previsto al secondo comma del citato art. 81): un istituto – (un rimedio) a carattere eccezionale, concepito per fare fronte ad una situazione di emergenza (appunto, la mancata approvazione del bilancio di previsione al 31 dicembre) – che rende possibile (in via di eccezione, e, cioè, in mancanza di un bilancio approvato) la gestione finanziaria, in termini limitati (vedi art. 32 legge 31 dicembre 2009, n. 196), per il tempo stabilito dalla legge autorizzativa (dell'esercizio provvisori), comunque complessivamente non superiore a quattro mesi. Sulla natura eccezionale dell'esercizio provvisorio del bilancio, vedi L. SAMBUCCI, *La programmazione finanziaria negli enti locali*, Napoli, 2009, 274; ma, sul punto specifico, vedi anche Corte cost. 13 aprile 2017, n. 80, ove si ritiene (esplicitamente) «l'esercizio provvisorio un'ipotesi eccezionale collegata ad eventi straordinari e comunque non fisiologici»: si tratta, insomma, di un dato acquisito all'ordinamento.

[3] Come noto, l'anno finanziario coincide con l'anno solare, e, quindi, va dal 1° gennaio al 31 dicembre: art. 20, comma secondo, legge n. 196/2009; art. 162, comma terzo, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267; art. 5, comma primo, d.p.r. 27 febbraio 2003, n. 97. Il termine entro il quale deve essere approvato il bilancio di previsione è fissato al 31 dicembre: (esplicitamente) art. 151, comma primo, d.lgs. n. 267/2000; art. 18, comma primo, lett. a), d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118; art. 24, comma primo, lett. a), d.lgs. 31 maggio 2011, n. 91.

[4] La rilevanza della tempestività (ovvero della tempestiva approvazione) del bilancio di previsione costituisce un dato stabilmente acquisito all'ordinamento: ne sono dimostrazione, in termini generali, la tensione e la precipitazione che, ogni anno, accompagnano i lavori parlamentari per l'approvazione della legge di bilancio, i quali – al fine di assicurare l'approvazione del bilancio entro il 31 dicembre - abitualmente si concludono con la posizione della questione di fiducia sul maxi emendamento governativo (una prassi, peraltro, espressamente criticata dalla giurisprudenza costituzionale: vedi Corte cost,. ord., 8 febbraio 2019, n. 17). Lavori parlamentari che, come noto, sono accompagnati da un forte fermento nel dibattito pubblico. In proposito, presenta specifica rilevanza la circostanza che a livello statale da quasi quaranta anni non si va in esercizio provvisorio (legge 26

ISSN 2036-7821

confermano come il bilancio pubblico sia strettamente funzionale al principio di buon andamento della pubblica amministrazione (di cui all'art. 97, comma secondo, Cost.)[5], oltre che presidio di garanzia del principio di equilibrio finanziario e di stabilità della finanza pubblica (come risulta definito dal sistema di cui agli artt. 81, 97, comma primo, 119, commi primo e sesto, Cost.). Ne deriva che il principio di tempestività del bilancio trova copertura costituzionale nelle disposizioni richiamate. Nessuna novità, dunque (salvo quanto sarà rilevato *infra sub* 2): si tratta di vedere se rimarranno confermate le connotazioni gravemente patologiche della suddetta

febbraio 1988, n. 45), che, in passato, anche per lo Stato costituiva una eventualità non infrequente. Le ragioni della massima attenzione istituzionale per l'approvazione tempestiva del bilancio va ricercata nel consolidamento della consapevolezza (rigorosamente sollecitata dalle istituzione europee) in ordine alle gravi ripercussione economiche (in termini di allarme dei mercati e degli investitori: conseguenze tanto più gravi in un paese, come l'Italia, caratterizzato da un forte indebitamento pubblico, ai limiti della sostenibilità) suscettibili di essere determinate dal ritardo approvativo (obiettivamente indicativo della esistenza di difficoltà finanziarie ed economiche), e che (proprio in considerazione dell'elevato debito pubblico) ha assoluta necessità (non può fare a meno) di "vendere" i titoli di debito: una operazione che risulterebbe molto più onerosa (nel senso che i titoli dovranno essere offerti a tassi molto più vantaggiosi per gli investitori) nel caso in cui si determinasse una situazione di allarme ovvero di resistenza presso gli investitori stessi. Si tratta di un elemento meno impattante negli enti locali, i quali oggi molto raramente ricorrono (possono ricorrere) al debito mediante emissioni di titoli e obbligazioni, trattandosi di operazioni molto complesse e disciplinate in modo molto restrittivo (in quanto molto rischiosi non solo per gli stessi enti locali, ma anche per la finanza pubblica), con limitazioni rigorose anche di fonte costituzionale (art. 119, comma sesto, Cost.).

In termini specifici (e, cioè, con specifico riferimento agli enti locali), deve essere rilevato che l'ordinamento prevede una conseguenza di massima gravità in caso di mancata approvazione nei termini del bilancio di previsione, la quale, ai sensi dell'art. 141, comma primo, lett. c), d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, comporta lo scioglimento del consiglio comunale (ovvero del consiglio provinciale).

[5] In proposito, è sufficiente osservare - in massima sintesi - da un lato, che la programmazione economico-finanziaria è funzionale alla ottimale utilizzazione delle risorse disponibili, e, quindi, è direttamente funzionale ai criteri di efficacia, di efficienza e di economicità della gestione, i quali, come noto, danno sostanza al principio costituzionale di buon andamento (nella evoluzione che ha conosciuto all'esito delle riforme amministrative che si sono susseguite a partire dal 1990). La stessa diretta funzionalità è assolta dal carattere autorizzatorio e limitativo (ovvero, comunque, regolativo) della gestione finanziaria che connota il bilancio di previsione: anche in questo casso, con impatto diretto ed essenziale in termini di efficacia, efficienza e di economicità. Deve essere rilevato che un impatto diretto sui suddetti criteri (e sul richiamato principio) dalla funzione del bilancio di previsione quale strumento che rende possibile il corretto (l'effettivo) esercizio dei controlli gestionali, i quali, come noto (e sempre in massima sintesi), sono volti a verificare la realizzazione dei programmi, il conseguimento degli obiettivi, la valutazione dei risultati, al fine di assicurare (porre a disposizione dell'ente stesso) un contributo in termini migliorativi della gestione: contributo che costituisce l'essenza teleologica dei suddetti controlli. I dati sopra richiamati (come anche noto) trovano definizione proprio nel bilancio di previsione, nel quale (tra l'altro), appunto, sono stabiliti e descritti i programmi che l'ente intende realizzare, sono determinati gli obiettivi che l'ente intende conseguire in relazione a ciascun programma, sono anche specificati i parametri di efficacia, di efficienza e di economicità sulla base dei quali saranno valutati i risultati della gestione. (È utile rilevare che il diretto collegamento tra controlli gestionali e principio di buon andamento della pubblica amministrazione costituisce un dato stabile della elaborazione della giurisprudenza costituzionale: sul punto specifico, vedi, *ex multis*, Corte cost. 27 gennaio 1993, n. 29). Risulta, così, evidente come la tardiva approvazione del bilancio (nella migliore delle ipotesi) renda (molto) più complicato l'esercizio dei controlli gestionali, con impatto negativo sui suddetti principi. Ovviamente, è suscettibile di produrre impatto sul principio di buon andamento anche la (richiamata) funzione del bilancio quale strumento di garanzia degli equilibri e della stabilità finanziari: funzione che, come visto, trova una sua specifica "copertura" costituzionale.

ISSN 2036-7821

consuetudine che hanno caratterizzato gli ultimi anni[6]; ovvero se si riuscirà a ricondurre il fenomeno entro limiti di ragionevole compatibilità con il principio di buona amministrazione (la fisiologia, per il momento, continua a rimanere un miraggio). Dovendosi aggiungere che quella del differimento del termine di approvazione del bilancio di previsione degli enti locali è una pratica molto risalente ("tradizionale"), che, nell'ultima trentina d'anni, ha acquisito carattere di vera e propria stabilità, conoscendo un aggravamento progressivo (fino ad assumere, come rilevato, connotazione di patologia amministrativa) sia in termini di sistematicità sia in termini di estensione temporale. Con la conseguenza che (non da oggi), negli enti locali, è il principio di tempestività del bilancio ad aver assunto carattere di eccezionalità, con totale obliterazione della funzione programmatoria[7] e grave depauperamento della funzione gestionale (come visto, proprie del bilancio pubblico), e, quindi (per quanto sinteticamente rilevato *sub* nota 5), con vulnerazione (permanente) del (richiamato) principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione.

2. Il quadro normativo (e una novità).

Deve essere rilevato che il suddetto differimento (disposto in via amministrativa[8]) trova base legislativa nelle disposizioni di cui all'art. 151, comma primo, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, ove, dopo aver fissato i termini di approvazione (del documento unico di programmazione, al 31 luglio; e) del bilancio di previsione al 31 dicembre (termine entro il quale il bilancio di previsione deve essere deliberato), si dispone che i suddetti «termini possono essere differiti con decreto del Ministro dell'interno, d'intesa con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-città ed autonomie locali, in presenza di motivate esigenze».

A definizione del quadro legislativo (per quanto qui rileva), deve essere osservato che all'art. 163, comma terzo, d.lgs. n. 267/2000, è stabilito che «l'esercizio provvisorio

[6] Detto del 2023, è necessario rilevare che nel 2022, dopo diversi differimenti, il temine approvativo del bilancio di previsione degli enti locali è stato fissato, infine, al 31 agosto 2022; e nel 2021, al 31 maggio; nel 2020, il termine è stato differito fino al 31 ottobre (ma, si dirà, era l'anno del COVID). Per ritrovare situazione di tale gravità, bisogna risalire al 2013, quando il termine per l'approvazione del bilancio degli enti locali fu differito fino al 30 novembre; nel 2012, il termine fu (infine) fissato al 31 ottobre; nel 2014 e nel 2015, al 30 settembre. Dal 2016 al 2019 era sembrato di cogliere un sussulto di attenzione rispetto al suddetto principio di tempestività del bilancio: per l'approvazione dei bilanci dei Comuni, differimento al 30 aprile nel 2016 e al 31 marzo nel 2017, nel 2018 e nel 2019 (per le Province e le Città metropolitane, differimento al 31 luglio nel 2016 e al 30 giugno nel 2017; al 31 marzo nel 2018 e nel 2019).

[7] È utile rilevare che quello della programmazione costituisce un principio generale dell'ordinamento finanziario e contabile (art. 7 legge n. 196/2009; artt. 3 e 36 d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118; art. 151, comma primo, d.lgs. n. 267/2000).

[8] Non di rado, il differimento del termine viene disposto con disposizione legislativa: in tal caso, la deroga al termine di legge (31 dicembre) trova radice nel principio ordinamentale secondo cui, in via generale, una norma può essere modificata (ovvero derogata) da (sulla base di) un'altra norma (successiva) avente pari forza formale.

ISSN 2036-7821

è autorizzato con legge o con decreto del Ministro dell'interno che, ai sensi di quanto previsto dall'art. 151, primo comma, differisce il termine di approvazione del bilancio»[9]: significa che con il differimento del suddetto termine approvativo viene autorizzato l'esercizio provvisorio del bilancio fino all'approvazione del nuovo bilancio di previsione (ovvero, comunque, fino alla data di differimento).

In verità, nel citato d.m. 22 dicembre 2023 un elemento di novità si rinviene: attiene alla introduzione di una limitazione del differimento del termine, il quale non riguarderebbe la generalità degli enti locali, ma solo quelli direttamente interessati dagli elementi richiamati nel decreto stesso. Una limitazione che trova un obiettivo riscontro nella combinazione dei contenuti del richiamato decreto ministeriale[10] e delle prescrizioni (di natura evidentemente regolamentare) recentemente introdotte con d.m. 25 luglio 2023[11] (in generale, con riferimento al «processo di bilancio degli

[9] Anche negli enti locali, nel corso dell'esercizio provvisorio del bilancio la gestione finanziaria è ammessa entro termini limitati. Sul punto, vedi le disposizioni di cui all'art. 163 d.lgs. n. 267/2000 (ove, peraltro, si distingue tra esercizio provvisorio e gestione provvisoria), ove si stabilisce (tra l'altro) che «nel corso dell'esercizio provvisorio»: (comma terzo) «non è consentito il ricorso all'indebitamento e gli enti possono impegnare solo spese correnti, le eventuali spese correlate riguardanti le partite di giro, lavori pubblici di somma urgenza o altri interventi di somma urgenza»; (comma quinto) gli enti possono impegnare mensilmente (unitamente alla quota dei dodicesimi non utilizzata nei mesi precedenti), per ciascun programma, le spese correnti (e le altre spese previste al terzo comma) «per importi non superiori ad un dodicesimo degli stanziamenti del secondo esercizio del bilancio di previsione deliberato l'anno precedente» (ridotti delle somme già impegnate negli esercizi precedenti e dell'importo accantonato al fondo pluriennale vincolato), «con l'esclusione delle spese»: «tassativamente regolate dalla legge»; «non suscettibili di pagamento frazionato in dodicesimi»; «a carattere continuativo necessarie per garantire il mantenimento del livello qualitativo e quantitativo dei servizi esistenti, impegnate a seguito della scadenza dei relativi contratti». (Per l'esercizio provvisorio del bilancio delle regioni, vedi art. 43 d.lgs. n. 118/2011).

È utile rilevare che negli enti locali (ma anche nelle regioni) dall'esercizio provvisorio si distingue la gestione provvisoria (art. 163, comma secondo, d.lgs. n. 267/2000), che si ha quando il bilancio di previsione non venga approvato entro il 31 dicembre ovvero entro il termine differito. Tale eventualità, come visto (*sub* nota 4), comporta lo scioglimento dell'organo consiliare, con attivazione della procedura di cui all'art. 141, comma secondo, d.lgs. n. 267/2000. Nel corso della gestione provvisoria, l'ente, nei limiti dei corrispondenti stanziamenti di spesa dell'ultimo bilancio approvato (e fino all'approvazione del nuovo bilancio da parte del commissario *ad acta* di cui alla disposizione legislativa ultima citata): può assumere solo obbligazioni derivanti da provvedimenti giurisdizionali esecutivi, quelle tassativamente regolate dalla legge e quelle necessarie ad evitare che siano arrecati danni patrimoniali certi e gravi all'ente; e può disporre pagamenti solo per l'assolvimento delle obbligazioni già assunte, delle obbligazioni derivanti da provvedimenti giurisdizionali esecutivi e di obblighi speciali tassativamente regolati dalla legge, per le spese di personale, di residui passivi, di rate di mutuo, di canoni, imposte e tasse, e, in particolare, per le sole operazioni necessarie ad evitare che siano arrecati danni patrimoniali certi e gravi all'ente.

[10] In effetti, se è vero che il dispositivo del decreto è formulato in termini generali (sia con riferimento al differimento del temine sia con riferimento all'autorizzazione dell'esercizio provvisorio); è altrettanto vero che nella parte motiva si fa riferimento alla lettera (del 20 novembre 2023) di richiesta di differimento formulata da ANCI e UPI, nella quale sono richiamate le incertezze nel quadro della finanza locale: derivanti «dalla regolazione finale, nel 2024, della certificazione delle risorse Covid»; e in relazione «all'accantonamento delle risorse per i rinnovi contrattuali e per gli effetti dell'applicazione del CCNL 2019-2021 del personale del comparto».

[11] Il d.m. 25 luglio 2023, (pubblicato) in G.U. 4 agosto 2023, n. 181, ha ad oggetto: «aggiornamento degli allegati al decreto legislativo 23 giugno 2011, 118» (recante, come noto, «disposizioni in materia di armonizzazione dei

ISSN 2036-7821

enti locali»; e segnatamente) proprio in relazione all'esercizio provvisorio del bilancio degli enti locali (paragrafo 9.3.6 dell'allegato 4/1 al d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118), le quali stabiliscono (tra l'altro): che «il rinvio dei termini di approvazione del bilancio disposto con decreto ministeriale ai sensi dell'art. 151, comma 1, del TUEL, anche se determinato da motivazioni di natura generale, è adottato dagli enti locali effettivamente impossibilitati ad approvare il bilancio nei termini, per le motivazioni addotte nei decreti ministeriali»; e che, «pertanto, per gli enti locali non interessati alle motivazioni addotte nei decreti ministeriali, l'autorizzazione all'esercizio provvisorio non comporta la sospensione del termine di approvazione del bilancio di previsione descritto nei paragrafi precedenti, e il processo di bilancio prosegue al fine di garantirne la conclusione entro il 31 dicembre»[12].

Si tratta di disposizioni che, pur rivelando la condivisibile finalità di limitare la (di porre un argine alla) criticata (vedi *sub* 1) pratica del costante differimento del termine di approvazione del bilancio di previsione degli enti locali (di cui è finalmente percepita la difficile coerenza con i principi del sistema contabile e

---

sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 5 maggio 2009, n. 42».

[12] Si tratta di un dato normativo che, in relazione a quanto rilevato *sub* nota 10, implica che il differimento del termine di approvazione del bilancio 2024/2026 (disposto con il citato d.m. 22 dicembre 2023) riguarda solo gli enti locali interessati dagli elementi di incertezza finanziaria richiamati nella suddetta lettera (ANCI e UPI) del 20 novembre 2023. Si tratta di un dato normativo che implica una apposita deliberazione dell'ente locale (e, nello specifico, dell'organo consiliare ovvero assembleare) di autorizzazione dell'esercizio provvisorio (in generale, in odine alle ragioni della mancata approvazione nel temine del bilancio; nello specifico, in relazione alla sussistenza dei presupposti previsti dal d.m. 22 dicembre 2023 ovvero dal decreto ministeriale che – ai sensi dell'art. 151, comma primo, d.lgs. n. 267/2000 - dispone il differimento del termine di approvazione del bilancio di previsione degli enti locali). A fronte delle incertezze manifestate dagli stessi enti locali, il Ministero dell'Economia e delle finanze (ovvero la Ragioneria generale dello Stato ovvero, nello specifico, Arconet) ha dato indicazioni con una faq (n. 54), precisando che «gli enti che intendono avvalersi del rinvio del termine di approvazione del bilancio di previsione 2024-2026 possono indicare le motivazioni che non hanno consentito l'approvazione del bilancio nei termini, individuate tra quelle previste nel DM del 22 dicembre 2023, nella deliberazione consiliare di approvazione del bilancio di previsione». Ora, in disparte l'anomalia della forma di note esplicative relative a disposizioni normative (di natura ultra regolamentare) suscettibili di produrre un impatto molto rilevante (anche sugli assetti istituzionali dell'ente, se si considera che la mancata approvazione del bilancio nei termini determina lo scioglimento dell'organo consiliare) – la quale è dimostrativa (se ancora ve ne fosse bisogno) non solo della cancellazione dall'ordinamento dell'autonomia contabile e finanche del potere regolamentare (in materia di contabilità) degli enti locali, ma della supremazia che la Ragioneria generale dello Stato ritiene di poter esercitare rispetto agli enti autonomi territoriali; deve essere rilevato che la soluzione prospettata dall'organismo tecnico – pur sembrando concepita in funzione della semplificazione deli adempimenti a carico degli stessi enti locali – oltre a non poter essere considerata (già solo per la sua natura) risolutiva rispetto a prescrizioni normative, (e anche per questo) apre spazi di possibile contestazione in sede di controllo (come noto, sui bilanci degli enti locali viene svolto un controllo di tipo legalistico dalla sezione regionale di controllo della Corte dei conti, ai sensi dell'art. 148 *bis* d.lgs. n. 267/2000), oltre che in via amministrativa e in via giurisdizionale rispetto al bilancio: e, quindi, i problemi per gli enti locali aumentano (non diminuiscono). Da altro lato, le indicazioni esplicative (proprio perché ammissive di una motivazione postuma) sono suscettibili di neutralizzare anche la finalità limitativa perseguita con l'introduzione delle nuove prescrizioni relative al differimento del termine approvativo e all'esercizio provvisorio del bilancio negli enti locali.

ISSN 2036-7821

finanziario[13]: vedi *infra sub* 3), sono insuscettibili di neutralizzarne le conseguenze negative, le quali sono determinate, oltre che dalla stabilità del suddetto differimento, (principalmente) dalla sua (eccessiva ovvero, comunque, del tutto sproporzionata) estensione temporale e (quindi) dal prolungamento dell'esercizio provvisorio del bilancio negli enti locali.

Deve pur essere rilevato, sotto altro profilo, come le nuove disposizioni introdotte con il citato d.m. 25 luglio 2023 disvelino l'esuberanza con la quale la Ragioneria generale dello Stato esercita il potere regolamentare che le è assegnato dal legislatore (delegato) dell'armonizzazione dei bilanci pubblici[14]. In proposito, deve essere rilevato, infatti, che le nuove prescrizioni relative al differimento del termine di approvazione del bilancio degli enti locali, introdotte con il suddetto d.m. 25 luglio 2023, non riescono a trovare nelle disposizioni di cui all'art. 16, comma 9 *ter*, d.l. n. 115/2022, le quali, pur essendo volte (come visto, *sub* nota 13) a «favorire l'approvazione del bilancio di previsione degli enti locali entro i termini previsti dalla legge», limitano i poteri normativi attribuiti alla Ragioneria generale dello Stato (con il concerto delle altre amministrazioni richiamate) alla specificazione dei «ruoli», dei

[13] Significative in tal senso sono le disposizioni di cui all'art. 16, comma 9 *ter*, d.l. 9 agosto 2022, n. 115, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 settembre 2022, n. 142, ove si stabilisce che, «per favorire l'approvazione del bilancio di previsione degli enti locali entro i termini previsti dalla legge», con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze (Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato), di concerto con il Ministero dell'interno (Dipartimento per gli affari interni e territoriali) e con la Presidenza del Consiglio dei ministri (Dipartimento per gli affari regionali e le autonomie), su proposta della Commissione per l'armonizzazione degli enti territoriali di cui all'art. 3-*bis* d.lgs. n. 118/2011, nel principio contabile applicato concernente la programmazione di bilancio di cui all'allegato 4/1 al medesimo d.lgs. n. 118/2011 «sono specificati i ruoli, i compiti e le tempistiche del processo di approvazione del bilancio di previsione degli enti locali, anche nel corso dell'esercizio provvisorio».

[14] È già stata rilevata criticamente la pervasività dell'intervento dello Stato nella disciplina della contabilità degli enti locali, come risultante dalle disposizioni di cui al(la parte seconda del) d.lgs. n. 267/2000, ulteriormente irrigidite dalle norme del d.lgs. n. 118/2011 (introdotte, in via modificativa e integrativa, dal d.lgs.10 agosto 2014, n. 126, che ha anche aggiunto numerosi allegati – diciassette - dai contenuti prescrittivi ultra regolamentari): un intervento (che è stato) giustificato con lo "spostamento" della materia «armonizzazione dei bilanci pubblici» dalle materie a legislazione concorrente di cui all'art. 117, comma terzo, Cost. in quelle a legislazione esclusiva dello Stato (di cui al secondo comma del citato art. 117, secondo le modificazioni introdotte dall'art. 3 legge cost. 20 aprile 2012, n.1). Una impostazione (peraltro, avvalorata dalla giurisprudenza costituzionale) che, in verità, rimane esclusa già solo considerando la denominazione della materia stessa, la quale – utilizzando il termine «armonizzazione» - presuppone l'esistenza di distinte discipline della contabilità degli enti autonomi, in relazione alle quali il citato legislatore costituzionale ha inteso assicurare un minimo livello di omogeneità; né può riuscire a trovare giustificazione nelle disposizioni di cui all'art. 117, comma sesto, Cost., in ordine alla potestà regolamentare (la quale, comunque, non può ritenersi estesa ad ogni aspetto della contabilità delle autonomie). Una impostazione che, di fatto, ha cancellato l'autonomia contabile degli enti autonomi territoriali, ed ha ridotto l'ordinamento contabile (dei suddetti enti) ad un sistema di adempimenti e il bilancio ad uno strumento a carattere essenzialmente informativo e funzionale ai controlli. Sulla questione, vedi ampiamente L. SAMBUCCI, *Corte costituzionale e armonizzazione dei bilanci pubblici: il difficile bilanciamento dei principi di autonomia e delle esigenze di unitarietà della finanza pubblica*, in *www.nomos-leattualitadeldiritto.it*, 3/2017; ma vedi anche ID., *Autonomia contabile delle regioni e armonizzazione dei bilanci pubblici: le tentazioni invasive dello Stato*, in *Amm. Cont. Stato enti pubbl*. (*www.contabilita-pubblica.it*), 2014.

ISSN 2036-7821

«compiti» e delle «tempistiche del processo di approvazione del bilancio di previsione degli enti locali, anche nel corso dell'esercizio provvisorio». Posto che alle prescrizioni adottate ai sensi del citato art. 16, comma 9 *ter*, può essere riconosciuta una valenza solo integrativa (ovvero suppletiva) rispetto al potere regolamentare attribuito, in materia di contabilità, agli enti locali, il quale (positivizzato agli artt. 152 e 153 d.lgs. n. 267/2000, e riconducibile all'art. 117, comma sesto, Cost.[15]), diversamente, risulterebbe esposto a compromissione; risulta evidente come le nuove disposizioni introdotte dal d.m. 25 luglio 2023 con riferimento alla limitazione degli enti locali che possono avvalersi del differimento del termini, non siano strettamente riconducibili agli spazi definiti dal citato art. 16, comma 9 *ter*, d.l. n. 115/2022, e, sotto altro profilo, riescono ad essere in contrasto anche con le disposizioni di cui all'art. 151, comma primo, d.lgs. n. 267/2000, le quali, pur facendo riferimento alla sussistenza di «motivate esigenze» per l'adozione del decreto ministeriale di differimento del temine, non ne autorizzano la limitazione della portata generale ed astratta[16].

3. I dubbi di costituzionalità.

Dieci anni fa veniva rilevata la difficile (diciamo così) coerenza della sistematica violazione (pure autorizzata dalla legge, nei sensi esposti) del principio di tempestività del bilancio e della stessa disposizione legislativa ammissiva del differimento del termine di approvazione (ove sottratta ad una interpretazione costituzionalmente orientata) rispetto al dato costituzionale[17].

In relazione al principio di buon andamento di cui all'art. 97, comma secondo, Cost., il quale, per quanto rilevato (in massima sintesi, *sub* 1), trova nella programmazione economico-finanziaria un portato fondamentale[18].

---

[15] Come noto, all'art. 117, comma sesto, Cost. si stabilisce che «i Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite»: disposizioni che danno radice costituzionale anche al potere regolamentare degli enti autonomi territoriali in materia di contabilità.

[16] Deve essere rilevato che il citato d.m. 25 luglio 2023 è stato fatto oggetto di critiche da parte delle associazioni rappresentative degli enti locali (ANCI e UPI), soprattutto con riferimento alle prescrizioni riguardanti il «processo di bilancio» (con l'integrazione del paragrafo 9.3 dell'allegato 4/1): in tal senso, vedi la nota di ANCI e IFEL, nella quale, tra l'altro, si rileva criticamente che le richiamate «prescrizioni costituiscono una evidente lesione dell'autonomia regolamentare riconosciuta agli enti locali in materia di contabilità ed organizzazione delle proprie attività».

[17] Sulla questione, vedi L. SAMBUCCI, *Il differimento del termine di approvazione del bilancio degli enti locali*, cit., 5.

[18] In disparte quanto già osservato (vedi, in particolare, *sub* nota 4), deve essere rilevato che il sistematico differimento del termine di approvazione del bilancio di previsione degli enti locali è suscettibile di essere compromissivo del principio costituzionale di buon andamento (non solo perché difficilmente compatibile ovvero certo poco coerente con un sistema amministrativo orientato ai risultati e pervaso da una cultura "gestionale", ma) anche perché: da un lato, costituisce un ostacolo al radicamento, nell'amministrazione pubblica, della "cultura" della programmazione, e, segnatamente, della programmazione finanziaria, la quale, così, continuerà a trovare applicazione in una logica meramente adempimentale, e non quale strumento necessario per la migliore

ISSN 2036-7821

In relazione ai limiti (temporali) all'esercizio provvisorio del bilancio di cui all'art. 81, comma quinto, Cost., ove (come noto) si stabilisce che l'esercizio provvisorio del bilancio può protrarsi (essere autorizzato) «per periodi complessivamente non superiori a quattro mesi»: un dato costituzionale che (quindi) rimane platealmente inosservato tutte le volte in cui il termine viene differito (e il bilancio di previsione viene approvato) successivamente al mese di aprile[19].

In relazione al principio di armonizzazione dei bilanci pubblici di cui all'art. 117, comma secondo, lett. e), Cost., il quale pure è stato (applicato con massima estensione dal legislatore statale[20] ed) interpretato con massima estensione – rispetto alle (a discapito delle) autonomie territoriali - dalla giurisprudenza costituzionale, che considera stabilmente parametro interposto di legittimità costituzionale le disposizioni di cui all'art. 118/2011[21] (inclusi gli allegati, e forse anche la modellistica): un valore costituzionale suscettibile di rimanere permanentemente frustato da una

gestione delle risorse disponibili; e, da altro lato, allontana dall'impegno programmatorio gli amministratori (onorari e tecnici), i quali, ben sapendo che, come ogni anno, il termine per l'approvazione del bilancio sarà differito, non si adoperano ai fini della tempestiva (prima che abbia inizio l'anno di riferimento) approvazione dei documenti della programmazione finanziaria.

[19] Si tratta di un dato che espone a dubbi di legittimità costituzionale la stessa disposizione (di cui all'art. 151, comma primo, d.lgs. n. 267/2000) ammissiva della possibilità di differimento del termine di approvazione del bilancio di previsione degli enti locali, nella parte in cui non fissa un limite massimo (il quale, in necessaria coerenza con il richiamato dato costituzionale, non può superare i quattro mesi). Dubbi che possono essere risolti solo a fronte di una interpretazione costituzionalmente orientata della suddetta disposizione legislativa, la quale implica la sussistenza di un termine massimo (del differimento) di quattro mesi (in necessaria coerenza, come detto, delle disposizioni di cui all'art. 81, comma quinto, Cost.) e comporta, come rilevato, una situazione di manifesta illegittimità costituzionale tutte le volte in cui il suddetto termine viene differito oltre il mese di aprile.

[20] In proposito, deve essere rilevato che il legislatore statale, con il citato d.lgs. n. 118/2011 (come profondamente modificato dal d.lgs. 10 agosto 2014, n. 126), come anche detto, ha disciplinato in molto minuzioso, ultra regolamentare, la contabilità delle regioni; apportando, peraltro, estese modificazioni anche alla disciplina della contabilità degli enti locali, (anch'essa) minutamente regolamentata dal(la parte seconda del) citato d.lgs. n. 267/2000. Una opzione applicativa (molto) difficilmente compatibile con la stessa formula letterale - «armonizzazione dei bilanci pubblici» - utilizzata dal legislatore costituzionale (art. 3 legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3), la quale esclude ogni possibile uniformazione normativa, in quanto presuppone l'esistenza (ovvero la potenziale esistenza) di discipline contabili differenti (espressive, in generale, del principio autonomistico, e, nello specifico, di autonomia contabile), rispetto alle quali assicurare un livello minimo di omogeneità (discipline da armonizzare, ove già esistenti; ovvero da definire in armonia con il sistema contabile pubblico). È proprio il (riferito) dato costituzionale ad escludere che il potere legislativo statale possa ritenersi esteso fino alla disciplina minuziosa ovvero regolamentare della contabilità delle regioni e degli enti locali. Anche perché in tal caso il citato legislatore costituzionale (non avrebbe certo utilizzato il termine «armonizzazione», e) si sarebbe espresso (con elementare chiarezza) in termini di «sistema contabile pubblico» sul punto, vedi anche *sub* nota 14). Sulla difficile compatibilità della richiamata opzione interpretativa con il dato costituzionale, vedi L. SAMBUCCI, *Corte costituzionale e armonizzazione dei bilanci pubblici*, cit., 10.

[21] Per rimanere solo alle pronunce dell'anno in corso: Corte cost. 16 giugno 2023, n. 122; Corte cost. 8 giugno 2023, n. 114; Corte cost. 2 maggio 2023, n. 81. In termini generali, sulla questione, vedi Corte cost. 13 aprile 2017, n. 80, ove, all'esito delle nuove disposizioni costituzionale introdotte dalla legge cost. 20 aprile 2012, n. 1 (e in relazione alla nuova disciplina introdotta dal citato d.lgs. n. 126/2014), si rileva, peraltro, che «l'autonomia degli enti territoriali nella materia dell'espressione finanziaria e contabile viene circoscritta, ma non certo eliminata» (sul tema, vedi anche Corte cost. 20 luglio 2016, n. 184).

ISSN 2036-7821

pratica sistematica che determina (e da una disposizione legislativa che ammette) una situazione di grave asimmetria temporale nell'approvazione dei bilanci pubblici (e dei documenti di bilancio)[22], e, quindi, dei flussi informativi, la cui omogeneità (in termini di espressione e rappresentazione contabili) e la cui tempestività costituiscono elementi essenziali in funzione della (effettività della) programmazione finanziaria (e, quindi, come visto, del buon andamento) e (della garanzia) degli equilibri di bilancio (e, quindi, come anche visto, della stabilità della finanza pubblica), tanto da imporne uno specifico presidio costituzionale (appunto, la «armonizzazione dei bilanci pubblici»).

In relazione al principio di annualità del bilancio di cui all'art. 81, comma quarto, Cost., il quale, disponendosi (alla citata disposizione costituzionale) che ogni anno deve essere approvato il bilancio di previsione (ed il rendiconto), si sostanzia in un vero e proprio "obbligo di bilancio" per lo Stato (e, in generale, per ogni ente pubblico), che si presenta in termini più stringenti e rigorosi in funzione della (autorizzazione della) gestione finanziaria, la quale richiede di essere assicurata nella sua pienezza per l'intero periodo di riferimento (anno finanziario): una esigenza (anche in questo caso, costituzionalmente tutelata) che, pur potendo conoscere deroghe a carattere eccezionale (esercizio provvisorio) a fronte di una situazione di emergenza, rimane trascurata in una situazione di sistematica approvazione del bilancio ad esercizio finanziario ampiamente iniziato: con la conseguenza che il bilancio degli enti locali solo formalmente considera, ai fini della gestione, un arco temporale annuale, ma, nei fatti, si è trasformato (in relazione alla funzione gestionale) in un documento infrannuale (non di rado, praticamente semestrale)[23]; con la conseguenza che il (richiamato) principio di annualità ha trovato, negli enti locali, involuzione in una logica meramente adempimentale: il bilancio deve essere approvato ogni anno, non importa (ovvero importa molto meno) quando[24].

---

[22] Viene a determinarsi una situazione in cui lo Stato approva il proprio bilancio di previsione alla fine del mese di dicembre; le regioni, per la maggior parte, approvano i rispettivi bilanci tempestivamente (ovvero, comunque, ricorrono all'esercizio provvisorio in termini che riescono a rimanere nei limiti della fisiologia finanziaria); gli enti locali, nella maggior parte dei casi, approvano i rispettivi bilanci ad esercizio finanziario ampiamente inoltrato, e molto spesso (anche molto) oltre il mese di aprile.

[23] Un bilancio che ogni anno, permanentemente, viene approvato (quando va bene) alla fine di marzo o di aprile, ma anche (quando va male) a giugno e anche oltre, non è (più) un bilancio annuale (ovvero lo è solo fittiziamente).

[24] Per lo Stato (ovvero, dal punto di vista tecnico, per il Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, che si occupa dell'acquisizione dei dati, della loro analisi ed elaborazione in funzione della predisposizione del bilancio dello Stato), ciò che rileva principalmente è che il bilancio di ogni singolo ente locale sia affidabile (siano affidabili i dati ivi contenuti), quale garanzia effettiva degli equilibri finanziari e della stabilità della finanza locale: la qual cosa è suscettibile di trasformare il bilancio in uno strumento a carattere meramente (ovvero essenzialmente) informativo e di controllo; con neutralizzazione della funzione programmatoria (e decisionale) e (come visto) anche di quella autorizzatoria. Per molti enti locali, l'approvazione del bilancio (continua a) presenta(re) profili di rilevante problematicità, in considerazione del persistente stato di sofferenza della finanza locale, aggravato dalla rigorosità dei vincoli di bilancio (e dello scarso coordinamento finanziario tra i diversi

ISSN 2036-7821

Come accennato i dubbi di costituzionalità riguardano anche (si estendono al)la disposizione legislativa (art. 151, comma primo, ultimo periodo, d.lgs. n. 267/2000) che, come visto, prevede la possibilità di differimento del termine di approvazione del bilancio degli enti locali, ove rimanga sottratta ad una interpretazione costituzionalmente orientata, la quale (disposizione) – in relazione a quanto stabilito al successivo art. 163, comma terzo, ove, come anche visto, si dispone che, in caso di differimento del suddetto termine, viene autorizzato (con il decreto del Ministro dell'interno ovvero con la legge che dispone il differimento) l'esercizio provvisorio fino all'approvazione del bilancio ovvero fino alla scadenza del termine autorizzato[25]

---

livelli istituzionali): per cui lo spostamento in avanti del termine approvativo riesce ad essere di (provvisorio) sollievo per tutti quegli enti locali (perpetuamente) alle prese con la ricerca e la garanzia degli equilibri finanziari (con sacrificio, tuttavia, degli altri profili funzionali del bilancio). Si tratta di esigenze che trovano una parziale considerazione nella potestà di differimento del termine approvativo, il cui esercizio, da un lato, permette agli enti locali di recepire nei rispettivi bilanci le misure finanziarie contenute nella legge di approvazione del bilancio dello Stato (la quale, come noto, viene approvata proprio a ridosso del 31 dicembre): la qual cosa è suscettibile di rendere più affidabili i bilanci degli enti locali. Da altro lato, il differimento del termine approvativo rende meno stringenti le scadenze del sistema contabile ed estende lo spazio temporale (a disposizione degli enti locali) per riuscire ad assicurare, con maggiore stabilità, l'osservanza dei vincoli di bilancio.

[25] Le disposizioni di cui agli artt. 151, comma primo, e 163, comma terzo, d.lgs. n. 267/2000 rendono evidente come in relazione agli enti locali la "decisione" di autorizzare l'esercizio provvisorio del bilancio sia riconducibile allo Stato (che vi provvede con legge ovvero a mezzo di decreto ministeriale) e rimanga sottratta alla valutazione dell'organo consiliare (con precipitati non certo irrilevanti: vedi *infra sub* nota 34). Si tratta di un dato che, peraltro, rivela un profilo di problematica legittimità costituzionale in relazione ai principi di uguaglianza e ragionevolezza, se si considera che, invece, a livello regionale è la stessa regione (ai sensi dell'art. 43 d.lgs. n. 118/2011) ad autorizzare (con legge regionale) l'esercizio provvisorio del bilancio regionale. Si tratta di una differenza (nella disciplina ordinamentale) che si presenta difficilmente coerente con la natura ontologicamente paritaria dell'autonomia costituzionale degli enti territoriali, all'esito della riforma costituzionale introdotta da legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3: fermo restando le differenti prerogative e funzioni riconducibili ai principi costituzionali, le quali, tuttavia, non riescono a giustificare la differente disciplina dell'esercizio provvisorio del bilancio a livello regionale e di enti locali): tanto più se si considera che, nel caso, specifico, (le differenze) involgono le prerogative funzionali degli organi di governo (degli enti territoriali). La rilevata (in termini problematici) asimmetria ordinamentale (tra i diversi livelli degli enti autonomi) trova un ulteriore riscontro (pure di una certa rilevanza) che negli enti locali la mancata approvazione nei termini del bilancio di previsione (art. 141, comma primo, lett. c, d.lgs. n. 267/2000), del rendiconto (art. 227, comma secondo bis, d.lgs. n. 267/2000) e anche della deliberazione di salvaguardia degli equilibri di bilancio (art. 193, comma quarto, d.lgs. n. 267/2000) comporta l'attivazione della procedura di scioglimento dell'ente; eventualità e conseguenze che, invece, non sono previste in modo specifico con riferimento alle regioni, rispetto alle quali la (possibile) conseguenza è prevista, in termini generali, all'art. 126, comma primo, Cost., ove è stabilito (tra l'altro) che «con decreto motivato del Presidente della Repubblica sono disposti lo scioglimento del Consiglio regionale e la rimozione del Presidente della Giunta che abbiano compiuto atti contrari alla Costituzione o gravi violazioni di legge»; e «possono altresì essere disposti per ragioni di sicurezza nazionale». In relazione alla suddetta disposizione costituzionale, all'art. 17, comma primo, lett. e), legge 5 maggio 2009, n. 42 è stabilito che tra i casi di grave violazione di legge di cui all'art. 126, comma primo, Cost. «rientrano le attività che abbiano causato un grave dissesto nelle finanze regionali». Si tratta di un dato legislativo che, pur autorizzando a ritenere che anche la mancata approvazione del bilancio della regione (ad esempio, neppure alla conclusione dell'esercizio provvisorio) possa essere valutata quale grave violazione di legge (ai sensi del primo comma del citato art. 126 Cost.), non rimuove l'asimmetria rispetto alla impostazione riferita agli enti locali (né la rilevata asimmetria non è suscettibile di essere rimossa dall'eventuale esercizio del potere sostitutivo di cui all'art. 120, comma secondo, Cost., con le modalità stabilite dall'art. 8 legge 5 giugno 2003, n. 131, il quale non implica lo scioglimento dell'ente).

ISSN 2036-7821

– deve essere intesa nel senso che il differimento, comunque, non può andare oltre il mese di aprile (vedi anche *sub* nota 19). Dovendosi, tuttavia, rilevare che siffatta opzione interpretativa, pur riuscendo ad assicurare coerenza con le (richiamate) disposizioni di cui all'art. 81, comma quinto, Cost.[26], è insuscettibile di risolvere le perplessità (nei sensi rilevati) in relazione al principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97, comma secondo, Cost. e al principio di annualità (del bilancio) di cui al quarto comma del citato art. 81. In effetti, nel momento in cui si ammette l'esercizio della potestà di differimento del suddetto termine approvativo praticamente senza limiti – se si considera la genericità del richiamo alle «motivate esigenze» evocate all'ultimo periodo del primo comma del citato art. 151[27] – si dà luogo ad una situazione (quella che, come visto, si verifica sistematicamente) di permanente vulnerazione del principio di tempestività del bilancio di previsione degli enti locali (e, cioè, come visto, di un principio generale del sistema contabile), con (il rilevato) inevitabile impatto (molto) problematico in termini di coerenza con i richiamati valori costituzionali.

Peraltro, la genericità della prescrizione limitativa induce perplessità in ordine alla tenuta della riportata disposizione legislativa rispetto al principio di ragionevolezza, in quanto espone la potestà di differimento (esercitabile, come visto, anche in via amministrativa) a (troppo) facili eccessi attuativi (come, in effetti, è sistematicamente avvenuto) vulnerativi (nei sensi rilevati) dei richiamati valori costituzionali. Anche in questo caso, l'unica via di uscita sembra essere quella di una interpretazione costituzionalmente orientata della norma, la quale impone di ritenere che le «motivate esigenze» di cui al comma primo del citato art. 151 debbano (comunque) tenere conto del carattere eccezionale dell'esercizio provvisorio e della deroga (ammessa dalla disposizione esaminata) al principio di tempestività del bilancio. Significa che l'esercizio della suddetta potestà deve avvenire nel rispetto degli evocati principi della Costituzione finanziaria ovvero richiede un ragionevole

[26] Deve pur essere rilevato che anche nell'ipotesi interpretativa proposta, il dato costituzionale (relativo alla durata massima dell'esercizio provvisorio del bilancio) rimane sistematicamente vulnerato, in quanto, come visto, il termine viene (stabilmente) differito ben oltre il mese di aprile (nelle situazioni di più grave patologia, anche a settembre, e finanche ad ottobre e novembre).

[27] In mancanza di indicazione specificative, il legislatore (ad una lettura meramente letterale) sembra affidare l'esercizio della suddetta potestà di differimento alla più ampia discrezionalità del Ministro dell'interno e del Ministro dell'economia e delle finanze, ai quali si impone semplicemente un (indefinito, rimanendo al mero dato testuale) obbligo motivativo; i quali si attivano («d'intesa») in seguito a sollecitazione della («sentita la») Conferenza Stato-città ed autonomie locali. A (facile) riscontro di quanto rilevato, è sufficiente osservare che nel richiamato d.m. 28 luglio 2023 (che, come visto, ha disposto il differimento al 15 settembre 2023) si rileva che «l'Associazione nazionale dei comuni italiani (A.N.C.I.) e l'Unione province d'Italia (U.P.I.) hanno chiesto il differimento del predetto termine al 15 settembre 2023, anche in considerazione dei ritardi relativi all'insediamento dei nuovi Consigli comunali e della situazione di emergenza dovuta ai recenti eventi atmosferici straordinari»: e in considerazione della suddetta lettera, il Ministro dell'interno, d'intesa con il Ministro dell'economia e delle finanze, ha «ritenuto pertanto necessario e urgente differire al 15 settembre 2023 il termine della deliberazione da parte degli enti locali del bilancio di previsione riferito al triennio 2023/2025».

ISSN 2036-7821

bilanciamento dei valori costituzionali che vengano in rilievo comparativamente, a fronte di contingenze ovvero di congiunture eccezionali (nelle dimensioni e nell'impatto) e non prevedibili, con esclusione di applicazioni stabili ovvero sistematiche[28]. Dovendosi rilevare che, nella suddetta interpretazione, il sistematico differimento del termine di approvazione del bilancio di previsione degli enti locali comunque sarebbe costituzionalmente illegittimo.

4. Insufficienza degli spazi giustificativi.

I dubbi di costituzionalità rilevati trovano un argomento di risposta nella rilevazione della circostanza che, in effetti, il differimento del termine approvativo non preclude agli enti locali di approvare il bilancio di previsione tempestivamente (entro il 31 dicembre ovvero prima che inizi il periodo finanziario di riferimento). Si tratta, tuttavia, di una osservazione insuscettibile anche solo di affievolire le perplessità rilevate[29], le quali, infatti, non riguardano la lesione dell'autonomia finanziaria e dell'autonomia contabile degli enti locali[30], ma, come visto, (essenzialmente)

[28] I limiti all'esercizio della potestà di differimento risiedono, quindi, proprio nella stabilità (e nella rilevanza) dei richiamati valori costituzionali, i quali, tuttavia, come rilevato, rimarrebbero esposti a facile compromissione a fronte di una interpretazione meramente letterale della disposizione legislativa esaminata, che (come visto) sembrerebbe attribuire all'autorità amministrativa il potere di disporre (praticamente) senza limiti, la deroga ad un principio generale (quello di tempestività del bilancio) del sistema contabile: un precipitato che rende la disposizione legislativa poco coerente con il principio di ragionevolezza.

[29] Pur permettendo di resistere ai precipitati di una concezione sostanzialistica delle disposizioni di cui al quinto comma dell'art. 81 Cost., in combinazione con quelle di cui al quarto comma: vedi nota successiva).

[30] In verità, i suddetti profili di autonomia sono suscettibili di rimanere incisi (non dalla potestà attribuita allo Stato di differire il termine e di autorizzare contestualmente l'esercizio provvisorio, ma, eventualmente) laddove il richiamato sistema normativo voglia essere inteso come sottrattivo della possibilità per il singolo ente locale di disporre autonomamente (con deliberazione dell'organo consiliare) l'esercizio provvisorio (in presenza di elementi concreti ed eccezionali che precludano l'approvazione del bilancio di previsione entro il 31 dicembre), e, cioè, indipendentemente ovvero in mancanza del differimento del termine approvativo: in siffatta ipotesi, infatti, non può ritenersi precluso all'ente locale di autorizzare (come detto, in casi eccezionali, e, comunque, in coerenza con il dato costituzionale) l'esercizio provvisorio del bilancio. Anche nell'eventualità ora considerata, deve prevalere una interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni di cui all'art. 163 d.lgs. n. 267/2000, la quale non può prescindere da una concezione sostanzialistica dei principi di cui al quinto comma dell'art. 81 Cost., e, in particolare, della disposizione che stabilisce che l'esercizio provvisorio del bilancio deve essere autorizzato con legge. Sul punto, deve essere rilevato che se è indubbio che i principi di cui al citato art. 81 riguardano il bilancio dello Stato, è altrettanto indiscutibile che gli stessi principi si estendono a tutti i livelli istituzionali, ferme restando le specificazioni stabilite in altre disposizioni costituzionali (e, in particolare, all'art. 119 Cost.). Ciò posto, il principio sostanziale sotteso al richiamato dato costituzionale (in disparte il profilo formalistico) si rinviene nel fatto che il potere di autorizzare l'esercizio provvisorio del bilancio è riservato all'organo assembleare titolare del potere di approvare il bilancio: e, quindi, a livello statale, l'esercizio provvisorio deve essere autorizzare con legge perché il bilancio è approvato con legge; e lo stesso deve avvenire a livello regionale, in quanto il bilancio della regione è approvato con legge regionale. Negli enti locali, tuttavia, il bilancio è approvato con una deliberazione dell'organo consiliare (comunale, provinciale, metropolitano), e, quindi, (nei suddetti enti) è proprio l'organo consiliare che (ove ve ne sia necessità) deve autorizzarne l'esercizio provvisorio (ovvero, in sostanza, il differimento del termine del 31 dicembre). Si tratta, peraltro, di un elemento ricostruttivo che non solo non incide la disposizione di cui all'art. 163, comma terzo, d.lgs. n. 267/2000, ma, anzi, riesce a trovarvi un riscontro obiettivo, se si considera che al (primo periodo del) primo comma del citato art. 163

ISSN 2036-7821

l'impatto sul principio di buon andamento (oltre al resto), il quale rimane inciso non solo dal materiale differimento del suddetto termine approvativo, e, quindi, dalla circostanza (del tutto inevitabile) che la maggior parte degli enti locali non approverà tempestivamente il bilancio di previsione (ovvero lo approverà a ridosso del nuovo termine assegnato)[31]; ma anche dalla stessa previsione legislativa della possibilità di

---

si stabilisce che «se il bilancio di previsione non è approvato dal Consiglio entro il 31 dicembre dell'anno precedente, la gestione finanziaria dell'ente si svolge nel rispetto dei principi applicati della contabilità finanziaria riguardanti l'esercizio provvisorio o la gestione provvisoria»: una disposizione che lascia percepire il carattere generale dell'istituto (e della sottesa esigenza tutelata), rispetto al quale il dato di cui al successivo terzo comma non esaurisce le possibilità autorizzative. (Una lettura che, peraltro, rimane confortata dalle disposizioni di cui all'art. 5, comma primo, d.lgs. 25 febbraio 1995, n. 77 - recante l'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali; in seguito, trasfuso nella parte seconda del citato d.lgs. n. 267/2000, con il quale, come noto, è stato approvato il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali - ove si stabiliva che, nelle more dell'approvazione del bilancio di previsione da parte dell'organo regionale di controllo, l'organo consiliare dell'ente delibera l'esercizio provvisorio, per un periodo non superiore a due mesi, sulla base del bilancio già deliberato). Tanto più se si considera che proprio lo stesso ordinamento contabile prevede la possibilità di differimento in via amministrativa (oltre che con legge) del termine approvativo e (dell'esercizio provvisorio del bilancio.

Diversamente sarebbe configurabile una lesione dell'autonomia contabile, in quanto gli enti locali rimarrebbero privati della possibilità di disciplinare aspetti della proprio sistema contabile; dell'autonomia finanziaria, in quanto privati dello strumento (apprestato dall'ordinamento) per fare fronte a ritardi della procedura approvativa (se può capitare a livello statale e regionale, può capitare anche a livello di enti locali, e può capitare anche per esigenze di coordinamento finanziario: vedi *infra sub* nota 35); e anche, più in generale, dell'autonomia politica, in quanto, come visto, l'ordinamento prevede che la mancata approvazione (nel termine) del bilancio di previsione comporta lo scioglimento dell'organo consiliare (e, quindi, nuove elezioni).

[31] Peraltro, deve essere rilevato che le modificazioni apportate dal d.lgs. n. 126/2014 (come detto modificativo del d.lgs. n. 118/2011, e del d.lgs. n. 267/2000) alla disciplina della contabilità degli enti locali (parte seconda del d.lgs. n. 267/2000) hanno introdotto elementi (riguardanti la disciplina della gestione finanziaria nel corso dell'esercizio provvisorio) che hanno "incentivato" (e, comunque, sono del tutto insuscettibili di disincentivare) il ritardo nell'approvazione del bilancio di previsione (rispetto al termine fisiologico: 31 dicembre). Infatti, sulla base della nuova disciplina (vedi, in particolare, l'art. 163 d.lgs. n.- 267; ma vedi anche il paragrafo 8 dell'allegato 4/2 al d.lgs. n. 118/2011), pur rimanendo esplicitamente esclusa la possibilità, nel corso dell'esercizio provvisorio, di fare ricorso all'indebitamento e pur essendo limitata la possibilità di impegno alle sole spese correnti e alle eventuali spese per lavori pubblici di somma urgenza o altri interventi di somma urgenza, la cosiddetta gestione per dodicesimi risulta ora esclusa (oltre che per le spese tassativamente regolate dalla legge e per quelle non suscettibili di pagamento frazionato in dodicesimi) anche per le spese a carattere continuativo necessarie per garantire il mantenimento del livello qualitativo e quantitativo dei servizi esistenti, impegnate a seguito della scadenza dei relativi contratti; inoltre, è anche possibile il ricorso alle anticipazioni di tesoreria ai sensi dell'art. 222 d.lgs. n. 267/2000. Quindi, risultano meno impattanti (ovvero meno problematiche) le limitazioni alla gestione finanziaria dell'ente nel corso dell'esercizio provvisorio del bilancio. Nel corso dell'esercizio provvisorio è anche possibile procedere, nel rispetto dei limiti prescritti dalla gestione "per dodicesimi", a nuove assunzioni di personale, i cui oneri sono riconducibili alle spese correnti. Si tratta di un dato: che si trova positivizzato all'art. 6, comma settimo, d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito, con modificazioni, in legge 6 agosto 2021, n. 113, ove si stabilisce (tra l'altro) che, «in caso di differimento del termine previsto a legislazione vigente per l'approvazione del bilancio, gli enti locali, nelle more dell'approvazione del Piano [integrato di attività e organizzazione], possono aggiornare la sottosezione relativa alla programmazione del fabbisogno di personale al solo fine di procedere, compatibilmente con gli stanziamenti di bilancio e nel rispetto delle regole per l'assunzione degli impegni di spesa durante l'esercizio provvisorio, alle assunzioni di personale con contratto di lavoro a tempo determinato»; e che trova riscontro nelle valutazioni della Corte dei conti, la quale ritiene che nel corso dell'esercizio provvisorio del bilancio, in ordine alle assunzioni di personale, «occorre rispettare il comma 5

ISSN 2036-7821

differimento (peraltro, ammessa senza alcuna limitazione temporale), la quale, a fronte dello stabile (annuale) esercizio della richiamata facoltà, ha, in sostanza, neutralizzato la valenza prescrittiva della disposizione di cui allo stesso primo comma del citato art. 151 d.lgs. n. 267/2000[32], ove, come visto, (nel periodo che precede quello in cui si prevede la suddetta possibilità di differimento) si stabilisce che il bilancio di previsione degli enti locali deve essere approvato entro il 31 dicembre[33].

Peraltro, la richiamata possibilità di differimento è suscettibile di produrre (in concreto) un ulteriore effetto negativo, il quale attiene alla deresponsabilizzazione dell'ente locale (ovvero degli organi di governo dell'ente) in ordine alla inosservanza del principio di tempestività del bilancio e alla attivazione dell'esercizio provvisorio, le quali (con le relative conseguenze, in termini di mancato assolvimento della programmazione finanziaria e di compressione della gestione) saranno ricondotte nella (ovvero saranno giustificate con la) decisione del legislatore statale oppure del Ministro dell'interno (e del Ministro dell'economia e delle finanze) di spostare in avanti il suddetto termine approvativo; e, comunque, produce l'effetto di esonerare l'ente locale stesso dall'esporre le ragioni per le quali abbia ritenuto di non (ovvero non sia riuscito ad) approvare il bilancio di previsione entro il termine del 31

---

dell'art. 163 TUEL, che consente di poter procedere all'assunzione di spese correnti, come anche quelle relative all'assunzione di personale, nel limite dei dodicesimi (cfr., Sez. Contr. Puglia, deliberazione n. 37/2020/PAR nonché Sez. Contr. Campania, deliberazione n. 28/2020/PAR)»: Corte conti, sez. contr. reg. Sicilia, 15 febbraio 2023, n. 48.

[32] Un elemento di criticità che non riesce ad essere affievolito dalla osservazione che lo stesso (ovvero analogo) effetto neutralizzativo (del disposto di cui al primo comma del citato art. 151) potrebbe essere conseguito ove l'ente locale autorizzasse ogni anno l'esercizio provvisorio del bilancio. Una eventualità che (fermo restando che, comunque, non si potrebbe andare oltre il mese di aprile) implicherebbe un'assunzione piena di responsabilità da parte dell'ente in ordine alla inosservanza del richiamato principio di tempestività e alle relative conseguenze. Si tratterebbe, peraltro, di un elemento di criticità che non potrebbe sfuggire alla rilevazione e alla analisi dell'organo di revisione economico-finanziaria dell'ente nell'esercizio dei controlli di cui all'art. 239 d.lgs. n. 267/2000) e della sezione regionale di controllo della Corte dei conti (nell'esercizio dei controlli di cui all'art. 148 *bis* d.lgs. n. 267/2000; e, in verità, non dovrebbe sfuggire neppure ai responsabile dei servizi – e, in particolare, al responsabile del servizio finanziario – dell'ente nell'esercizio dei controlli di cui all'art. 147, comma secondo, lett. c, d.lgs. n. 267/2000); e che potrebbe ben rilevare come segnale di allarme in ordine alla sussistenza dei presupposti per la dichiarazione di dissesto finanziario (ai sensi degli artt. 244 ss. d.lgs. n. 267/2000). Rilevazioni (critiche) che certo risulterebbero più problematiche (anche se non escluse) nel caso in cui il differimento del termine approvativo del bilancio di previsione sia disposto dallo Stato (con legge ovvero con il decreto ministeriale di cui al richiamato art. 151, comma primo, d.lgs. n. 267/2000).

[33] Inoltre, come pure rilevato (vedi *sub* nota 18), il sistematico differimento del termine approvativo produce un impatto dissuasivo in ordine alla attuazione del principio di programmazione: gli organi (onorari e tecnici) dell'ente, ben sapendo che il termine per l'approvazione del bilancio di previsione sarà differito, si attiveranno (si organizzeranno) per l'apprestamento delle relative attività (tecniche e valutative) propedeutiche in funzione della nuova "scadenza" che si è affermata in via di prassi, e che quasi mai è stata fissata prima della fine del mese di marzo. Ne consegue che, in siffatto contesto, la funzione programmatoria del bilancio degli enti locali (non solo) risulta in concreto del tutto obliterata (ma rischia di non essere neppure percepita): con impatto (come detto) inevitabilmente compromissivo in termini di buon andamento della pubblica amministrazione.

ISSN 2036-7821

dicembre[34] (e di deliberare l'autorizzazione all'esercizio provvisorio, il quale, come visto, viene disposto con il decreto ministeriale – o con la legge – che stabilisce il differimento).

Sotto altro profilo, può essere rilevato che neppure si riesce a rinvenire sufficiente spazio giustificativo nel principio di coordinamento della finanza pubblica di cui all'art. 117, comma terzo, Cost. (né nella sua considerazione statica né in quella dinamica[35]), il quale, (pur se) applicato unicamente quale strumento di limitazione dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali, (ben) può essere inteso (anche) quale mezzo che assicura il migliore esercizio della suddetta prerogativa autonomistica. In tale prospettiva, il differimento del termine di approvazione del bilancio di previsione sembrerebbe (voler) costituire (e probabilmente è stato concepito quale) rimedio che permette agli enti locali di recepire nei rispettivi bilanci gli effetti delle misure finanziarie contenute nella legge di approvazione del bilancio dello Stato[36] (che incidano, direttamente o indirettamente, sulla finanza dell'ente locale)[37]; e

[34] Posto che, come rilevato, il differimento del termine non preclude all'ente locale di approvare il bilancio di previsione entro il 31 dicembre, rimangono non esplicitate le ragioni per le quali l'ente stesso abbia ritenuto di avvalersi del differimento (ovvero di non approvare entro il suddetto termine il bilancio). Si tratta di un elemento che sottrae la relativa (implicita) decisione di andare in esercizio provvisorio (quale conseguenza della mancata approvazione del bilancio prima dell'inizio dell'anno finanziario) al controllo politico: non essendovi (come detto) alcuna deliberazione dell'organo consiliare in ordine a tale aspetto, i consiglieri non sono posti nelle condizioni di valutare le ragioni (ovvero le cause) per le quali l'ente non è riuscita ad approvare il bilancio entro il 31 dicembre.

[35] Sulla distinzione tra coordinamento statico e coordinamento dinamico della finanza pubblica, vedi A. BRANCASI, *Ambito e regole del coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario: il quadro costituzionale*, in *Atti del Convegno "Il coordinamento dinamico della finanza pubblica" tenutosi presso l'Università di Cagliari il 15-16 ottobre 2011*, Napoli, 2012, 3, ove si rileva che «le disposizioni di "coordinamento statico" per la funzione svolta, di esplicazione-attuazione del disegno costituzionale, e per il tipo di regole che stabiliscono, che riguardano anche il "coordinamento dinamico", si pongono su un piano di sovraordinazione rispetto alle specifiche disposizioni del "coordinamento dinamico"». Vedi anche L. CAVALLINI CADEDDU, *Il coordinamento dinamico della finanza pubblica nelle riforme*, in *www.federalismi.it*, 2011; G. RIVOSECCHI, *Il coordinamento dinamico della finanza pubblica tra patto di stabilità, patto di convergenza e determinazione dei fabbisogni standard degli enti territoriali*, in *www.rivistaaic.it*, 2012, 2, secondo cui le disposizioni del coordinamento dinamico sono «orientate a disciplinare le modalità e la misura del contributo degli enti territoriali ai mutevoli (in relazione al ciclo economico-finanziario) obiettivi di governo dei conti pubblici»; quelle del coordinamento statico («solitamente poste in fonti di rango costituzionale o, a seconda degli ordinamenti, in leggi organiche» sono «volte invece a predeterminare le rispettive tipologie di entrata e gli ambiti di spesa loro riservate».

[36] In proposito, è utile rilevare – a conferma dell'impatto obiettivo, già solo in termine generali ed astratti, della manovra di bilancio dello Stato sulla finanza degli enti locali – che nella prima sezione della legge di bilancio (dello Stato) sono contenute (tra le altre), ai sensi dell'art. 2, comma primo ter, lett. g), legge 31 dicembre 2009, n. 196, «le norme eventualmente necessarie a garantire il concorso degli enti territoriali agli obiettivi di finanza pubblica, ai sensi della legge 24 dicembre 2012, n. 243».

[37] È pur vero, tuttavia, che nella suddetta impostazione il differimento del termine approvativo si espone ad ulteriore profilo problematico se si considera che ogni anno la legge di approvazione del bilancio dello Stato viene approvata alla fine del mese di dicembre: un elemento che rischia di neutralizzare del tutto la portata prescrittiva di cui allo stesso primo comma del citato art. 151, ove (come visto) si stabilisce che il bilancio degli enti locali deve essere approvato entro il 31 dicembre, in quanto ogni anno gli enti locali avranno necessità di uno spazio temporale aggiuntivo al fine di recepire (nei rispettivi bilanci) gli effetti dei contenuti della legge di approvazione

ISSN 2036-7821

(quindi) può riuscire a rispondere, in astratto, ad esigenze di coordinamento della finanza pubblica[38]. In proposito, rilevato che le suddette finalità riescono a trovare sufficiente garanzia nell'esercizio provvisorio del bilancio, deve essere osservato che rispetto alle suddette esigenze appare più che ragionevole uno spazio temporale non superiore a due mesi[39]. Si tratta di elementi che rendono evidente la difficile sostenibilità costituzionale (anche rispetto al profilo ora esaminato) della prassi attuativa segnalata criticamente.

Per altro verso, (gli elementi rilevati) rivelano come, con la possibilità di differimento del termine prevista all'art. 151, comma primo, d.lgs. n. 267/2000, il legislatore citato (in sostanza) si limiti ad esonerare l'ente locale dall'assumersi la responsabilità politica (oltre che tecnica) dell'adozione di una iniziativa - (la mancata approvazione del bilancio di previsione nel termine di legge) e l'autorizzazione dell'esercizio provvisorio del bilancio – alla quale l'ordinamento riconosce natura (ovvero concepisce quale rimedio) eccezionale (nei sensi esposti) in quanto particolarmente onerosa (non solo) per la stessa amministrazione locale interessata (ma anche per la

---

del bilancio dello Stato: ed è quello che, in effetti, come rilevato, avviene stabilmente: ogni anno, il termine di approvazione del bilancio di previsione degli enti locali viene differito (vedi *sub* nota 6).

[38] A fronte di misure finanziarie molto incisive per gli enti locali (e, comunque, difficilmente prevedibili nella entità dell'impatto finanziario) ovvero anche di congiunture problematiche (che richiedano, ad esempio, l'attivazione dei meccanismi di cui all'art. 5, comma primo, lett. g, legge cost. 20 aprile 2012, n. 1 e all'art. 11 legge 24 dicembre 2012, n. 243), può essere funzionale alle esigenze di coordinamento finanziario prevedere (in termini ordinamentali) la possibilità di differire il termine di approvazione del bilancio di previsione degli enti locali. È certo, tuttavia, che tale possibilità deve trovare una definizione temporale massima coerente con il dato costituzionale (vedi *infra sub* nota 41). Peraltro, proprio la suddetta impostazione (quale giustificazione del persistente esercizio della potestà di differimento del termine approvativo) costituisce (ovvero rende evidente) una delle implicazioni negative della mancata effettività del principio di autonomia finanziaria di cui all'art. 119 Cost., il quale, tra i diversi meriti, ha quello di porre le basi per il superamento del carattere meramente derivato della finanza locale: la definizione (tassativa) delle diverse fonti di entrata (delle regioni e) degli enti locali riesce a porre gli enti territoriali nelle condizioni di adottare autonomamente e tempestivamente le rispettive decisioni finanziarie (cristallizzate nel bilancio di previsione), fatte salve situazioni eccezionali (che dovessero rendere necessario uno spazio temporale aggiuntivo nei sensi esposti: in relazione alle quali, come detto, è concepito la possibilità di differimento del termine approvativo e la conseguente attivazione dell'esercizio provvisorio del bilancio): con superamento in radice dei problemi che hanno indotto la disposizione legislativa esaminata criticamente (la quale, come visto, è rimasta esposta alla inevitabile distorsione applicativa).

[39] Ne è chiara riprova proprio il differimento (temporalmente) "limitato" (rispetto agli anni precedenti) disposto con il richiamato d.m. 22 dicembre 2023, il quale, infatti, come visto, ha esteso lo spazio approvativo di due mesi e mezzo (fino al 15 marzo 2024), con il merito (ferme le perplessità osservate) di neutralizzare parte delle patologie rilevate. Deve essere aggiunto, in relazione al profilo esaminato, che l'incapacità di un ente locale di recepire nel proprio bilancio, nel suddetto termine (di due mesi), gli effetti delle misure finanziarie contenute nella legge di approvazione del bilancio dello Stato (e nelle leggi collegate alla manovra di finanza pubblica) sarebbe sintomatica di una situazione di patologia finanziaria (ovvero anche organizzativa) dell'ente stesso: la qual cosa rivela come il differimento del termine e l'esercizio provvisorio si riducano ad espediente che permette di assicurare (agli enti locali) uno spazio temporale (ulteriore) utile per (la ricerca e la) garanzia degli equilibri di bilancio: un precipitato che ha (molto) poco a che fare con il coordinamento della finanza pubblica, il quale, anzi, come pure rilevato, rimane esposto a vulnerazione da una situazione che fa stato di una permanente e diffusa asimmetria temporale nell'approvazione dei bilanci di previsione dello Stato, delle regioni e degli enti locali (con le conseguenze negative rilevate).

ISSN 2036-7821

comunità rappresentata): con la finalità di semplificare gli adempimenti a carico dell'ente stesso[40]. È una cosa che si può fare: l'esercizio provvisorio del bilancio (il quale, come visto, per gli enti locali, viene disposto con il differimento del termine approvativo) è una possibilità opportunamente (vedi *sub* nota 2) prevista dall'ordinamento (finanche a livello costituzionale), con i limiti rilevati; è giusto, tuttavia, che ad assumersene la responsabilità (politica e tecnica) sia lo stesso ente locale. Ed è certo, comunque, che la rilevata finalità semplificativa non può (ovvero deve trovare disciplina che escluda di) esporre a compromissione (i richiamati) valori costituzionali. Si tratta di elementi problematici che rendono evidente la necessità di rivedere la disciplina legislativa dell'esercizio provvisorio del bilancio negli enti locali (e lo specifico intervento modificativo introdotto con il richiamato d.m. 25 luglio 2023 ne costituisce ulteriore conferma: vedi *sub* 2), con l'introduzione di elementi prescrittivi che riescano ad essere dissuasivi[41], al fine limitare il ricorso

[40] Diversamente, infatti, l'ente locale (e, segnatamente, la Giunta) dovrebbe sottoporre alla valutazione dell'organo consiliare la proposta (formulata sulla base di una relazione del responsabile del servizio finanziario, in ordine alla quale deve essere acquisito il parere dell'organo di revisione economico-finanziaria) di autorizzazione dell'esercizio provvisorio del bilancio: una procedura impegnativa (di rilevanza politica, per il coinvolgimento dell'organo consiliare; e non solo tecnica) che, peraltro, riuscirebbe a produrre un impatto dissuasivo. Non è un caso, peraltro, che gli enti locali non hanno espresso critiche rispetto alla disciplina dell'esercizio provvisorio del bilancio come prevista dal d.lgs. n. 267/2000 (peraltro, incisivamente modificata dal d.lgs. n. 118/2011, all'esito delle capillari integrazioni introdotte con il d.lgs. n. 126/2014).

[41] Sulla base di quanto rilevato, una buona soluzione potrebbe essere quella di un intervento legislativo (modificativo) che elimini la possibilità di differimento prevista all'art. 151, comma primo, d.lgs. n. 267/2000 ed attribuisca il potere di autorizzare l'esercizio provvisorio del bilancio all'organo consiliare dell'ente locale, con fissazione di un termine massimo di durata, il quale potrebbe essere anche inferiore a quello stabilito all'art. 81, comma quinto, Cost. (accade già a livello regionale: alcune regioni, infatti, hanno fissato, anche nei rispettivi statuti, un termine massimo di tre mesi dell'esercizio provvisorio del bilancio: vedi, ad esempio, l'art. 58, comma sesto, dello statuto della Regione Lazio, ove, molto opportunamente, è esplicitato anche il carattere eccezionale dell'esercizio provvisorio del bilancio; vedi l'art. 75, comma sesto, dello statuto della Regione Umbria; vedi l'art. 49, comma secondo, statuto Regione Toscana). Si tratta, peraltro, di un limite di durata più che ragionevole, non solo perché coerente con il richiamato dato costituzionale, ma anche perché più che sufficiente anche rispetto alle esigenze di coordinamento finanziario rilevate). Si tratterebbe di una modifica legislativa che, pur necessaria e pur producendo un significativo impatto dissuasivo (molti enti locali non rischieranno un passaggio consiliare molto problematico, e rischioso per le conseguenze istituzionali che un eventuale esito negativo del voto consiliare è destinato a determinare), non potrebbe riuscire, da sola, a risolvere in via definitiva il problema e neppure a neutralizzarne del tutto le conseguenze negative rilevate, in quanto gli enti locali, in molti casi (come è facile prevedere), autorizzeranno stabilmente (ogni anno) l'esercizio provvisorio del bilancio. Pertanto, l'intervento legislativo modificativo deve riguardare anche, contestualmente, i limiti gestionali nel corso dell'esercizio provvisorio del bilancio, i quali devono essere irrigiditi (e, quindi, bisogna andare in una situazione opposta a quella autorizzata con le nuove disposizioni introdotte dal d.lgs. n. 126/2014, le quali, come rilevato, hanno ampliato gli spazi gestionali nel corso dell'esercizio provvisorio): la qual cosa, peraltro, risulta ben più coerente con la natura emergenziale dell'istituto, che potrà così essere effettivamente percepita proprio in considerazione delle stringenti limitazioni alla gestione. Solo in questo modo, gli enti locali, consapevoli dei limiti gestionali cui va incontro l'amministrazione, limiteranno il ricorso all'esercizio provvisorio del bilancio alle situazioni di grave ovvero effettiva necessità, assumendosene, comunque, la responsabilità politica (con la deliberazione dell'organo assembleare) di fronte alla comunità rappresentata. Una impostazione che sicuramente potrà essere di impulso verso l'affermazione, anche negli enti locali, della cultura della (programmazione, e,

ISSN 2036-7821

all'esercizio provvisorio a situazioni di effettiva urgenza (ovvero necessità) e, comunque, di evitare le distorsioni applicative rilevate.

5. La difficile giustiziabilità del principio di tempestività del bilancio.

Si è visto come il principio di tempestività del bilancio di previsione trovi stabile inosservanza negli enti locali. Si tratta di capire come possono essere attenuate le conseguenze negative del problema, nella consapevolezza che la prospettata modifica legislativa (la quale, peraltro, non solo non è alle viste, ma sembra ben lungi dall'essere percepita dal legislatore[42]), pur (come detto) necessaria (e pur produttiva di un sicuro impatto dissuasivo, non riuscirà, da sola, a scoraggiare del tutto l'(ab)uso, da parte degli enti locali, del ricorso all'esercizio provvisorio del bilancio (in mancanza delle correzioni deflattive indicate: vedi *sub* nota 41). Si tratta, cioè, di capire se nell'ordinamento si rinvengono strumenti di prevenzione ovvero di reazione rispetto alle distorsioni (con i rilevati impatti compromissivi) cui può dare

---

segnatamente, per quanto qui rileva, della) programmazione finanziaria, la quale, come noto, trova (proprio) nel bilancio (e nei documento di bilancio) lo strumento di definizione delle politiche (ovvero delle scelte e delle decisioni) finanziarie (a tutti i livelli istituzionali), a garanzia (se non primaria, certo propedeutica alla effettività) del principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97, comma secondo, Cost., oltre che dei principi della Costituzione finanziaria (artt. 81, 97, comma primo, 119 Cost.): sul punto specifico, vedi *subb* note 4 e 5. Un profilo funzionale (quello appena ricordato) che, nonostante la sua rilevanza rispetto ai valori costituzionali richiamati, è rimasto gravemente sacrificato da un assetto normativo che rivela una inclinazione preferenziale per le funzioni di controllo e informativa del bilancio di previsione, la cui approvazione (è imposta, ed è, comunque, essenzialmente percepita dagli enti locali) in una logica meramente adempimentale.

Con ciò non si vogliono trascurare le difficoltà finanziarie degli enti locali, i quali, schiacciati tra la imponente riduzione dei trasferimenti erariali e i vincoli e le prescrizioni stringenti (invasive, e via via sempre meno sostenibili) che il legislatore statale riconduce al coordinamento della finanza pubblica, non solo non riescono più a ricavare sufficienti spazi di autonomo esercizio delle politiche finanziarie, ma incontrano molte difficoltà nell'assicurare gli equilibri di bilancio imposti dal sistema di contabilità pubblica. La qual cosa, tuttavia, pur richiedendo un urgente intervento legislativo di effettività (ovvero di riassetto attuativo) dei principi di cui all'art. 119 Cost., non può autorizzare (ovvero giustificare) un assetto normativo (e attuativo) che, come visto, ha conosciuto grave distorsione applicativa, così esponendo a vulnerazione valori di rilevanza costituzionale.

[42] Il quale (legislatore statale), con riferimento al sistema contabile degli enti locali, ritiene di aver esaurito il proprio compito con la definizione della disciplina (ultra) dettagliata introdotta con il d.lgs. n. 126/2014 (come detto, integrativo del d.lgs. n. 118/2011 e del d.lgs. n. 267/2000) ed assegnando un pervasivo (e permanente) compito di integrazione regolamentare (sotto forma di aggiornamento degli allegati al d.lgs. n. 118/2011) alla Ragioneria generale dello Stato (su proposta della Commissione per l'armonizzazione degli enti territoriali, la quale, ai sensi dell'art. 3 *bis*, comma quarto, d.lgs. n. 118/2011, si avvale delle strutture e dell'organizzazione del Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, che, con decreto, adotta le proposte della suddetta commissione: vedi art. 3 d.m. 16 dicembre 2014): forzatamente interpretando (in senso smisuratamente estensivo, e in modo finanche incoerente con la stessa denominazione del)la materia «armonizzazione dei bilanci pubblici di cui all'art. 117, comma secondo, lett. e), Cost. (vedi *sub* nota 20). Il legislatore, invece, si mostra assorbito nell'intervento - disorganico, frammentato e congiunturale - in senso limitativo dei controlli amministrativi (ma solo quelli che riguardano lo Stato e le amministrazioni centrali) e della responsabilità contabile (sul punto specifico, vedi, da ultimo, in relazione ai profili problematici rilevati, L. SAMBUCCI, *Le limitazioni alla responsabilità contabile e al controllo concomitante della Corte dei conti ovvero "buio e controbuio": se il legislatore gioca d'azzardo con le riforme amministrative*, in *www.nomos-leattualitaneldiritto.it*, n. 3/2023).

ISSN 2036-7821

luogo il vigente assetto normativo (risultante dal sistema delle disposizioni di cui agli artt. 151, comma primo, e 163 d.lgs. n. 267/2000[43]), a fronte del persistente stabile differimento del termine di approvazione del bilancio di previsione degli enti locali.

5.1. – In attesa del necessario riassetto normativo, deve prendersi atto della sostanziale assenza di strumenti a carattere prevenzionale: molto difficilmente, infatti, potrà venire un contributo percettibile nei sensi dissuasivi rilevati dai mille controlli amministrativi – interni, esterni, (poco) preventivi, (molto) successivi, tutti, ormai, (anche quelli concepiti in funzione collaborativa) caratterizzati da una marcata declinazione repressiva, sanzionatoria, conformativa, prescrittiva, che ne (è suscettibile di) altera(rne) la natura ausiliaria[44], che, unitamente alla eliminazione dell'autonomia contabile e alla neutralizzazione dell'autonomia finanziaria, hanno ridotto gli enti locali in uno stato di persistente commissariamento – i quali riguardano principalmente, ai sensi dell'art. 148 *bis* d.lgs. n. 267/2000, la verifica, da parte delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti: della osservanza del vincolo di indebitamento di cui all'art. 119, comma sesto, Cost. (secondo le prescrizioni di cui all'art. 10 legge 24 dicembre 2012, n. 243); del rispetto dei vincoli del coordinamento della finanza pubblica, imposti agli enti locali (e alle regioni) ai sensi delle disposizioni di cui agli artt. 9 ss. legge n. 243/2012, in relazione al concorso degli enti territoriali al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica del complesso delle amministrazioni pubbliche (art. 9, comma quinto), e alla sostenibilità e alla riduzione del debito del complesso delle amministrazioni pubbliche (art. 12); dell'assenza di irregolarità, suscettibili di pregiudicare, anche in prospettiva, gli equilibri economico-finanziari dei suddetti enti territoriali (ovvero anche della corretta copertura delle spese, della osservanza delle norme finalizzate a garantire la regolarità della gestione finanziaria)[45]. Ora, obiettivamente, pur trattandosi di un controllo legalistico molto impattante (non solo per gli ampi spazi di indagine, ma

[43] Per quanto visto, il suddetto sistema di disciplina è integrato, in relazione ai profili che qui rilevano, dalle prescrizioni regolamentari contenute nei paragrafi 8 e 9.3 dell'allegato 4/2 al d.lgs. n. 118/2011).

[44] Sulla nuova connotazione dei controlli amministrativi, sulla loro estesa giurisdizionalizzazione e sulle criticità che ne possono scaturire, vedi ampiamente L. SAMBUCCI, *Corte costituzionale e giurisdizionalizzazione dei controlli della Corte dei conti: le insidie del centralismo finanziario e contabile*, in *Forum Quad. cost. rass.*, 2022.

[45] In ordine al controllo di cui all'art. 148 *bis* d.lgs. n. 267/2000, è utile rilevare che, a fronte di (eventuali) rilievi della (sezione regionale di controllo della) Corte dei conti, ove l'organo di controllo ritenga che i provvedimenti adottati dall'ente siano inidonei a rimuovere le irregolarità e a ripristinare gli equilibri di bilancio (ovvero anche nel caso in cui i suddetti provvedimenti non siano adottati), (art. 148 *bis*, comma terzo) rimane «preclusa l'attuazione dei programmi di spesa per i quali è stata accertata la mancata copertura o l'insussistenza della relativa sostenibilità finanziaria». Si tratta di un esito a carattere (evidentemente) impeditivo, il quale vale solo per gli enti locali, e non anche per le regioni: vedi, sul punto specifico, Corte cost. 6 marzo 2014, n. 39, la quale, tra l'altro, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma settimo, d.l. 10 ottobre 2012, n. 174 (convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 2012, n. 213), «limitatamente alla parte in cui si riferisce al controllo dei bilanci preventivi e dei rendiconti consuntivi delle Regioni».

ISSN 2036-7821

anche per l'autorevolezza dell'autorità cui sono attribuiti: come visto, Corte dei conti, tramite le sezioni regionali di controllo), fino a quando l'ordinamento continuerà a prevedere la possibilità di differimento del termine di approvazione del bilancio, (fermi restando i profili problematici rilevati) rimane sottratta ad ogni censura di illegittimità la condotta dell'ente che ritenga di avvalersi del disposto differimento[46].
Un minimo (angusto) spazio di impatto prevenzionale può essere rinvenuto (non solo nel caso della modifica legislativa ipotizzata[47]) in sede di esercizio dei controlli interni di regolarità amministrativa e contabile (di cui, in particolare, agli artt. 147, comma primo, e 147 *bis* d.lgs. n. 267/2000), i quali, come noto, (secondo la definizione legislativa di cui al primo comma del citato art. 147), sono volti a «garantire» (in termini generali) «la legittimità, la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa»; e sono svolti (in via preventiva[48]) dal responsabile del servizio

[46] È pur vero che la sezione regionale di controllo della Corte dei conti, in sede di esercizio dei suddetti controlli, potrebbe sollevare (secondo la radicata posizione della giurisprudenza costituzionale, la quale ha "stabilizzato" la potestà della Corte dei conti di sollevare, anche in sede di controllo, una) questione di legittimità costituzionale delle disposizioni richiamate in relazione ai principi costituzionali che ritenga esposti a compromissione. In proposito, deve essere osservato che se sono ravvisabili (per quanto rilevato) ben plausibili argomenti in ordine alla non manifesta infondatezza della questione (in relazione a diversi profili); ben più complicato potrebbe essere motivare in ordine alla rilevanza della questione. La giurisprudenza costituzionale, in seguito alla riforma introdotta da legge cost. n. 1/2012, (non solo) ha (stabilizzato, ma ha) rinforzato le proprie posizioni in odine alla ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte dei conti (non solo in sede di parificazione del rendiconto, dello Stato e ora anche delle regioni: vedi, *ex multis*, Corte cost. 24 novembre 2020, n. 244; ma anche) in sede di controllo di tipo legalistico: vedi, *ex multis*, Corte cost. 14 febbraio 2019, n. 18, ove, sul punto specifico, a sostegno della legittimazione della (sezione regionale di controllo della) Corte dei conti a sollevare questioni di legittimità costituzionale, viene richiamata la stabile ricostruzione della giurisprudenza costituzionale «sull'ascrivibilità del sindacato sui bilanci degli enti territoriali alla categoria del controllo di legittimità». Per una ricostruzione della evoluzione della giurisprudenza costituzionale in relazione alla ammissibilità dell'incidente di costituzionalità sollevato dalla Corte dei conti in sede di controllo, vedi G. RIVOSECCHI, *Controlli della Corte dei conti e incidente di costituzionalità*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 357.

Deve essere aggiunto che, come accennato (vedi *sub* nota 12), le richiamate disposizioni limitative (della possibilità, per gli enti locali, di avvalersi del differimento del termine approvativo) aprono uno spazio di verifica in sede di esercizio del controllo (sul bilancio) di cui al citato art. 148 *bis* d.lgs. n. 267/2000, in quanto la (sezione regionale di controllo della) Corte dei conti potrebbe ritenere utile verificare (anche in relazione alle motivazioni addotte dall'ente nella deliberazione di approvazione del bilancio) la effettiva sussistenza, nel caso specifico, dei presupposti prescritti (dal decreto ministeriale di cui all'art. 151, comma primo, d.lgs. n. 267/2000) per potersi avvalere del differimento (il condizionale trova ragione nella considerazione che, in effetti, in caso di rilievi critici sul punto specifico da parte della Corte dei conti, ci si troverebbe di fronte ad eventuali profili problematici di impatto essenzialmente gestionale, i quali, in una situazione finanziaria di fisiologia, riuscirebbero a rimanere assorbiti ovvero neutralizzati dall'approvazione del bilancio).

[47] È già stato rilevato come la relazione del responsabile finanziario sia resa necessaria dalle prescrizioni limitative stabilite dal richiamato d.m. 22 dicembre 2023 (nella suddetta relazione dovrà darsi atto motivatamente della sussistenza dei presupposti stabiliti dal citato decreto ministeriale).

[48] In via successiva, i controlli di regolarità amministrativa (per quanto qui più direttamente rileva) sono svolti («secondo principi generali di revisione aziendale e modalità definite nell'ambito dell'autonomia organizzativa dell'ente»), ai sensi dell'art. 147 *bis*, comma secondo, d.lgs. n. 267/2000, sotto la direzione del segretario dell'ente, e riguardano essenzialmente «le determinazioni di impegno di spesa, i contratti e gli altri atti amministrativi, scelti secondo una selezione casuale effettuata con motivate tecniche di campionamento».

ISSN 2036-7821

finanziario[49] (ma anche dai revisori dei conti). Deve essere rilevato, infatti, che se è indiscutibile che, nel caso in cui sia l'organo consiliare ad autorizzare l'esercizio provvisorio del bilancio, il responsabile del servizio finanziario debba esporre (ovvero riferire al Consiglio) le ragioni, finanziarie e contabile, che impediscono l'approvazione nei termini del bilancio di previsione[50]; è altrettanto vero che il suddetto organo tecnico ben potrebbe segnalare, in caso di differimento del termine, le ragioni che rendono necessaria (ovvero anche solo) opportuna l'approvazione tempestiva del bilancio: la qual cosa, peraltro, non sembra poter escludere che l'ente possa avvalersi del differimento[51], e, tuttavia, può riuscire a svolgere una funzione di impulso alla massima attenzione, anche negli enti locali, rispetto alla scansione procedimentale della decisione di bilancio.
E nello stesso senso (almeno minimamente) dissuasivo sono suscettibili di concorrere (come accennato) le attività di verifica e di valutazione dell'organo di revisione economico-finanziaria[52], e anche le verifiche sulla regolarità della gestione

[49] In disparte i richiamati controlli di tipo legalistico (i quali riguardano la verifica della regolarità contabile e della copertura finanziaria), la figura tecnica del responsabile del servizio finanziario (negli enti locali) svolge funzioni molto rilevanti (come è necessario che sia) proprio in relazione all'apprestamento degli adempimenti tecnici, finanziari e contabili, propedeutici alla predisposizione del bilancio di previsione (oltre che degli altri documenti della programmazione finanziaria): sul punto specifico, vedi, in particolare, le prescrizioni di cui al paragrafo 9.3 dell'allegato 4/2 al d.lgs. n. 118/2011.

[50] È pur vero che il ritardo (rispetto al termine del 31 dicembre) nell'approvazione del bilancio di previsione può essere causato da complicazioni nei lavori consiliari di esame della proposta di bilancio presentata dalla Giunta. Si tratta di una eventualità che, pur non potendo essere esclusa (e pur potendo giustificare l'esercizio provvisorio del bilancio, dovendosi ritenere necessaria la piena garanzia delle prerogative funzionali dei consiglieri, in considerazione della rilevanza del controllo politico che l'organo consiliare è chiamato ad esercitare sulla proposta di bilancio), a maggior ragione rende preferibile la (prospettata) limitazione degli spazi gestionali nel corso dell'esercizio provvisorio.

[51] Nella siffatta ipotesi, infatti – ma anche in caso di mancanza della suddetta relazione ovvero di parere contrario del responsabile del servizio finanziario in ordine alla sussistenza dei presupposti prescritti dal decreto ministeriale che dispone il differimento – sembra di poter ritenere che l'ente possa avvalersi del differimento termine approvativo (soprattutto se si considera che, su tale spetto, come visto, è prevista una motivazione postuma) e, comunque, provvedere alla approvazione tardiva del bilancio di previsione, pur rendendosi necessaria una motivazione espressa (nella deliberazione consiliare di approvazione del bilancio) sul punto specifico. La segnalazione del responsabile del servizio, peraltro, non rimarrebbe *inutiliter data*, in quanto costituirebbe un possibile elemento sintomatico di una situazione finanziaria precaria ovvero critica ovvero strutturalmente deficitaria (suscettibile di essere rilevante ai sensi degli artt. 242 ss. d.lgs. n. 267/2000) ovvero anche irrimediabilmente compromessa (suscettibile di essere rilevante ai fini del dissesto finanziario dell'ente, ai sensi di cui agli artt. 244 ss. d.lgs. n. 267/2000).

[52] È utile rilevare che, ai sensi dell'art. 239, comma primo, d.lgs. n. 267/2000, l'organo di revisione economico-finanziaria (tra l'altro) provvede (lett. b) a formulare pareri sugli strumenti di programmazione economico-finanziaria e sulla proposta di bilancio di previsione; e alla (lett. c) vigilanza sulla regolarità contabile, finanziaria ed economica della gestione relativamente all'acquisizione delle entrate, alla effettuazione delle spese, all'attività contrattuale, all'amministrazione dei beni, alla completezza della documentazione, agli adempimenti fiscali ed alla tenuta della contabilità (funzioni svolte anche con tecniche motivate di campionamento). Deve essere aggiunto che, ai sensi dell'art. 1, comma 166, legge 23 dicembre 2005, n. 266, «gli organi degli enti locali di revisione economico-finanziaria trasmettono alle competenti sezioni regionali di controllo della Corte dei conti una relazione sul bilancio di previsione dell'esercizio di competenza» («e sul rendiconto»): relazione che deve

ISSN 2036-7821

amministrativo-contabile degli enti locali attribuite alla Ragioneria generale dello Stato (dall'art. 148, comma secondo, d.lgs. n. 267/2000, ove, tra l'altro, si richiamano espressamente anche le disposizioni di cui all'art. 14, comma primo, lett. d, legge n. 196/2009)[53]. Si tratta di elementi che possono concorrere, sia pure in misura appena percettibile (e solo in conseguenza della forma autoritativa, che può stimolare un approccio amministrativo "difensivo"), al radicamento negli enti locali della cultura della (ovvero di una maggiore sensibilità, e, quindi, consapevolezza rispetto alla rilevanza) programmazione finanziaria, la qual cosa, da sola, riuscirebbe a limitare grandemente il ricorso all'esercizio provvisorio del bilancio, ed a ricondurlo nell'alveo della eccezionalità (propria dell'istituto).

5.2. – Il persistente (e diffuso) ricorso negli enti locali all'esercizio provvisorio e la stabile inosservanza del principio di tempestività del bilancio costituiscono dati obiettivi, dimostrativi della scarsa incidenza (e, in verità, finanche della scarsa potenzialità) dissuasiva dell'apparato dei controlli amministrativi. Si tratta, quindi, di capire se il suddetto principio riesca a trova tutela (ovvero se la sua inosservanza riesca a trovare una qualche forma di reazione) in sede giurisdizionale.
A tal fine, è utile provare a definire le connotazioni giuridiche del termine di approvazione del bilancio di previsione, dovendosi prendere atto che il (visto) sistema ordinamentale esclude che se ne possa ritenersi la natura perentoria ovvero decadenziale[54]: se è vero, infatti, che, come visto, all'art. 151, comma primo, d.lgs. n.

essere predisposta sulla base dei criteri e delle linee guida stabiliti dalla Corte dei conti, e nella quale l'organo di controllo (tra l'altro) deve dare conto «di ogni grave irregolarità contabile e finanziaria» («in ordine alle quali l'amministrazione non abbia adottato le misure correttive segnalate dall'organo di revisione»). Ora, ben potrebbe avvenire che il suddetto organo di revisione, nell'esercizio delle funzioni che gli sono attribuite (che ogni organo di controllo è portato ad interpretare in senso estensivo: ora anche i revisori dei conti, in particolare da quando è stato disposto che siano scelti mediante sorteggio: vedi art. 16, comma 25, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148), ritenga di rilevare criticamente (e di segnalare alla Corte dei conti, ma anche alla Ragioneria generale dello Stato) la circostanza che l'ente faccia ricorso stabilmente all'esercizio provvisorio: una segnalazione che, pur non producendo una incidenza diretta ovvero immediata in termini di osservanza del principio di tempestività del bilancio, può essere suscettibile, tuttavia, di dare impulso ad una maggiore attenzione al rispetto delle procedure contabili /(in considerazione dei profili di rilevanza rilevati).

[53] Deve essere rilevato che, in base alle disposizioni legislative richiamate, la Ragioneria generale dello Stato provvede (tra l'altro) ad «effettuare, tramite i servizi ispettivi di finanza pubblica, verifiche sulla regolarità della gestione amministrativo-contabile delle amministrazioni pubbliche» (ad eccezione delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano): verifiche che (peraltro, possono essere attivate dalle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti e) possono riguardare anche la tempestività delle procedure relative alla decisione di bilancio, e potrebbero dare lugo, in caso di rilevazioni gravemente negative, a segnalazioni motivate al Ministro dell'interno ai fini della eventuale attivazione della procedura di scioglimento dell'organo consiliare *ex* art. 141, comma primo, lett. a), d.lgs. n. 267/2000 (vedi *infra subb* note 63 e 68).

[54] Si tratta di un dato che, peraltro, trova riscontro negli approdi stabili della elaborazione giurisprudenziale, secondo cui lo scioglimento dell'organo consiliare in esito alla procedura attivata ai sensi dell'art. 141, comma primo, lett. c), d.lgs. n. 267/2000 (non è conseguenza della inosservanza del termine di cui all'art. 151, comma primo, d.lgs. n. 267/2000, ma) ha quale presupposto (non la mera inosservanza del termine approvativo di cui

ISSN 2036-7821

267/2000 è stabilito che il bilancio di previsione degli enti locali deve essere approvato entro il 31 dicembre; è altrettanto indiscutibile che, indipendentemente dal differimento (la cui previsione è incompatibile con un carattere decadenziale), il decorso del termine non consuma il potere dell'ente di approvare il bilancio[55], il quale potrà essere approvato (dallo stesso organo consiliare) anche successivamente alla scadenza del termine (fino al decreto presidenziale che dovesse disporre lo scioglimento dell'organo consiliare[56], così neutralizzando le conseguenze dissolutorie rispetto all'assetto istituzionale dell'ente previste dall'ordinamento per la suddetta

---

all'art. 151, comma primo, d.lgs. n. 267/2000, ma) «la constatata inadempienza ad una intimazione puntuale e ultimativa dell'organo competente, che attesta l'impossibilità, o la volontà del Consiglio di non approvare il bilancio»: Cons. St., III, 3 luglio 2020, n. 4288 (vedi anche. Cons. St., V, 19 febbraio 2007, n. 826).

[55] Né in senso diverso può riuscire ad indurre la circostanza che, comunque, la mancata approvazione del bilancio nel termine stabilito dalla legge determina la produzione degli effetti di cui all'art. 163, comma secondo, d.lgs. n. 267/2000, ove, come visto, è stabilito che nella siffatta eventualità «è consentita esclusivamente una gestione provvisoria nei limiti dei corrispondenti stanziamenti di spesa dell'ultimo bilancio approvato per l'esercizio cui si riferisce la gestione provvisoria»: sul punto specifico, vedi *sub* nota 9. Una conseguenza concreta (e irreversibile: che sembrerebbe poco coerente con un termine di natura meramente ordinatoria), la quale, tuttavia, non costituisce una "sanzione" per l'inosservanza del termine (ovvero del richiamato principio di tempestività del bilancio), ma la (necessaria) disciplina della gestione finanziaria in una situazione eccezionale (caratterizzata dalla inesistenza di un bilancio approvato, e, cioè, dello strumento sulla base del quale deve avvenire la gestione), la quale (disciplina) è concepita tenendo conto di due distinte esigenze che vengono in rilievo: quella di impedire che (nella suddetta situazione) si determini una paralisi dell'azione finanziaria e gestionale; e quella di fissare limiti gestionali che tengano conto della mancanza del bilancio: al fine, in relazione ad entrambe le esigenze, di evitare che si producano danni certi e gravi per l'ente (ovvero di limitarne l'impatto).

[56] A meno che il Prefetto non ritenga di esercitare il potere di cui al settimo comma del citato art. 141 d.lgs. n. 267/2000, ove si stabilisce che, «iniziata la procedura di cui ai commi precedenti ed in attesa del decreto di scioglimento, il prefetto, per motivi di grave e urgente necessità, può sospendere, per un periodo comunque non superiore a novanta giorni, i consigli comunali e provinciali e nominare un commissario per la provvisoria amministrazione dell'ente». Un potere che lo stesso ordinamento concepisce come del tutto eccezionale («grave e urgente necessità»), e che se in generale deve essere esercitato con la massima prudenza dall'autorità prefettizia (e solo nei casi di massima gravità), sembra riuscire a rimanere finanche escluso con riferimento alla fattispecie di mancata approvazione del bilancio (se si considera che, come visto, lo stesso Prefetto è tenuto, ad assegnare all'organo consiliare un termine per l'adempimento prima di attivare in concreto la procedura di scioglimento). Si tratta di un dato normativo che, peraltro, impone un obbligo motivativo rigoroso in ordine proprio alla sussistenza delle ragioni «di grave e urgente necessità». Sulla questione, vedi TAR Lazio, Latina, I, 24 dicembre 2022, n. 1035, ove, tra l'altro, si richiama, nello specifico, il principio consolidato, di fonte giurisprudenziale, secondo cui «il mero decorso del termine per provvedere assegnato dal Prefetto con la diffida impartita ai sensi dell'art. 141, comma 2, del d.lgs. n. 267/2000 non determina, di per sé, la consumazione del potere dell'organo consiliare dell'Ente di provvedere, ancorché tardivamente, all'approvazione dei documenti contabili obbligatori previsti dalla legge, avendo tale termine carattere esclusivamente "acceleratorio-sollecitatorio", giacché sono da considerarsi perentori solo i termini espressamente indicati come tali da una previsione normativa» (sul punto, vedi anche TAR Lazio, II *bis*, 2 marzo 2022, n. 2484); e, in termini generali, vi si richiama il principio, ugualmente stabile, secondo cui l'inosservanza del termine fissato di cui all'art. 151, comma primo, d.lgs. n. 267/2000 «per l'approvazione da parte del Consiglio Comunale dello schema di bilancio predisposto dalla Giunta non ha come conseguenza automatica lo scioglimento dello stesso, ma comporta, a norma dell'art. 141 comma 1 lett. c), del T.U.E.L., l'apertura di un procedimento sollecitatorio che può "anche" condurre all'adozione della grave misura dello scioglimento, ma solo a seguito della constatata inadempienza da parte dell'organo consiliare all'intimazione puntuale ed ultimativa dell'organo competente, che attesti l'impossibilità o la volontà del Consiglio di non approvare il bilancio»: sul punto, vedi anche Cons. St., III, 3 luglio 2020, n. 4288.

ISSN 2036-7821

inosservanza)[57]. Rimane, così, il carattere ordinatorio del suddetto termine approvativo, volto a regolare la fisiologia della complessa decisione di bilancio (quale garanzia di effettività dei diversi profili funzionali): il quale (carattere), tuttavia, si presenta rinforzato (ovvero speciale), in quanto, pur essendo volto a dare impulso alla tempestiva approvazione del bilancio, la sua persistente inosservanza è destinata a produrre conseguenze preclusive in ordine allo stesso bilancio e irreversibili (dal punto di vista istituzionale) per l'ente: è già stato rilevato, infatti, come la mancata approvazione del bilancio nel termine sia causa di scioglimento dell'organo consiliare (ai sensi dell'art. 141, comma primo, lett. c, d.lgs. n. 267/2000)[58].
Ma non è la situazione di più grave patologia che deve essere esaminata ai fini del presente contributo, la quale, come visto, è espressamente disciplinata dall'ordinamento: una disciplina che, tuttavia, non riesce ad essere di impulso rispetto alla osservanza del principio di tempestività del bilancio né (minimamente) dissuasiva rispetto al persistente ricorso all'esercizio provvisorio da parte degli enti locali (ovvero siffatti effetti non solo rimangono del tutto neutralizzati, ma sono finanche "disincentivati" dalla richiamata possibilità di differimento del termine approvativo); una disciplina che neppure presenta natura sanzionatoria ovvero repressiva: si tratta, infatti, di misure che l'ordinamento, a fronte di una persistente condizione di grave patologia istituzionale (l'ente non ha approvato ovvero non riesce ad approvare, tramite gli organi di governo, uno degli atti fondamentali per il funzionamento dell'ente stesso, che costituisce guida organizzativa e gestionale), appresta al fine di rimuovere la causa che ha dato luogo al (ovvero ha determinato il

[57] Può ritenersi che, nel caso di (in cui la mancata osservanza del termine approvativo sia conseguenza della) mancata predisposizione dello schema di bilancio da parte della Giunta, la Giunta stessa possa predisporre ed approvare – per sottoporlo alla valutazione dell'organo consiliare - lo schema di bilancio (anche successivamente alla scadenza del termine) fino a quando non l'abbia fatto il commissario *ad acta* appositamente nominato (vedi *sub* nota successiva).

[58] Deve essere rilevato che la mancata approvazione del bilancio nel termine stabilito dalla legge non produce un effetto dissolutorio immediato ovvero automatico, ma darà luogo alla attivazione di una procedura che, pur prevista (nei termini generali) al secondo comma del citato art. 141 d.lgs. n. 267/2000, è stata integrata dalle disposizioni di cui all'art. 1, comma secondo, d.l. 22 febbraio 2002, n. 13, convertito con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2002, n. 75, ove si stabilisce: che, trascorso il termine entro il quale il bilancio deve essere approvato senza che sia stato predisposto dalla giunta il relativo schema, il prefetto nomina un commissario affinché lo predisponga d'ufficio per sottoporlo al consiglio; e che, in tale caso e comunque quando il consiglio non abbia approvato nei termini di legge lo schema di bilancio predisposto dalla giunta, il prefetto assegna al consiglio, con lettera notificata ai singoli consiglieri, un termine non superiore a venti giorni per la sua approvazione, decorso il quale si sostituisce, mediante apposito commissario, all'amministrazione inadempiente e inizia la procedura per lo scioglimento del consiglio. Inoltre, è stabilito (al terzo comma del citato art. 1 d.l. n. 13/2002) che, «fermo restando che spetta agli statuti degli enti locali disciplinare le modalità di nomina del commissario per la predisposizione dello schema e per l'approvazione del bilancio non oltre il termine di cinquanta giorni dalla scadenza di quello prescritto per l'approvazione del bilancio stesso, nell'ipotesi di cui all'art. 141, comma 2, del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al d.lgs. n. 267/2000, alla predetta nomina provvede il prefetto nei soli casi in cui lo statuto dell'ente non preveda diversamente». In relazione alla disciplina della richiamata procedura di scioglimento, vedi anche *sub* nota 56).

ISSN 2036-7821

serio) problema (attivando, al contempo, le procedure volte al ripristino "naturale" della fisiologia istituzionale: e, cioè, nuove elezioni e nuovi organi di governo[59]) e al fine di limitare le conseguenze negative dello stato di grave disfunzione che si è venuto a creare.

Ciò che viene in rilievo è la diversa ipotesi in cui si ritenga che non sussistano i presupposti per (avvalersi del differimento e per) autorizzare l'esercizio provvisorio ovvero si intenda (provare a) porre rimedio ad una situazione di inosservanza del principio di tempestività del bilancio: si tratta, in sostanza, di valutare se la violazione del suddetto principio può essere fatta valere in sede giurisdizionale.

Una valutazione che deve misurarsi (molto) problematicamente già con gli angusti spazi di accesso dell'azione giurisdizionale rispetto ad atti – quali il bilancio di previsione – a carattere generale e programmatorio: connotazioni che, se non possono escludere del tutto la possibilità impugnativa, certo costituiscono un argine che rende molto angusto lo spazio di individuazione di un interesse qualificato suscettibile di legittimare l'accesso "concreto"[60] all'azione giurisdizionale[61]: uno

[59] Ai sensi dell'art. 141, comma quarto, d.lgs. n. 267/2000, «il rinnovo del consiglio nelle ipotesi di scioglimento deve coincidere con il primo turno elettorale utile previsto dalla legge».

[60] Come noto, la rilevazione (da parte del Tribunale amministrativo) della carenza di interesse darebbe luogo alla inammissibilità del ricorso (ai sensi dell'art. 35, comma, lett. b, c.p.a.), il quale (pur proposto) non verrebbe esaminato nel merito (della questione specifica relativa alla effettiva lesione denunciata). Come noto, per quanto qui rileva, dall'interesse ad agire si distingue la legittimazione ad agire, la quale attiene alla sussistenza dell'interesse sostanziale che si assume esposto a compromissione. Sui due concetti, la letteratura è sterminata (ed è incessante il dibattito dottrinario); senza alcuna pretesa di esaustività (e limitando i richiami alle voci enciclopediche e ai contributi degli ultimi anni, e senza considerare l'altrettanto vasta manualistica sulla giustizia amministrativa), e al solo fine di offrire spunti per la ricostruzione del dibattito dottrinario, vedi: E. CANNADA BARTOLI, (voce) *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, 1972; R. VILLATA, (voce) *Legittimazione processuale (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. giur.*, 1990; R. FERRARA, (voce) *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1993, 468 ss.; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, Torino, 2017, 49 ss.; L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004; V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 341 ss.; C. CUDIA, *Legittimazione a ricorrere e pluralità delle azioni nel processo amministrativo (quando la cruna deve adeguarsi al cammello)*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 393 ss.; F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 511 ss.; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018; L. DE LUCIA, *Legittimazione al ricorso e sfiducia sociale nell'amministrazione pubblica. Tre modelli a confronto*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, Milano, Giuffrè, 2017, 99 ss.; M. RAMAJOLI, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa*, cit., 147 ss.; S. TORRICELLI, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 22 ss; sulla evoluzione del dibattito della dottrina, G. TROPEA, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: una rassegna critica della letteratura recente*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 449 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Rileggendo la voce "Interessi" di Cannada Bartoli, qualche riflessione sul metodo*, in *Dir. amm.*, 2022, 981 ss.; A. CASSATELLA, *Legittimazione a ricorrere e norme di garanzia*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 773 ss.; B. GILBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Milano, 2020.

[61] In giurisprudenza, la legittimazione impugnativa rispetto alla deliberazione di approvazione del bilancio (e, in generale, degli atti contabili a contenuto generale) di un Comune è stata riconosciuta in capo ai consiglieri comunale, ma solo limitatamente ai casi in cui l'approvazione sia avvenuta con compromissione delle prerogative funzionali degli stessi consiglieri. In proposito, vedi, *ex multis*, Cons. St., V, 12 febbraio 2018, n. 1549, ove si rileva che «un ricorso di singoli consiglieri (in particolare, contro l'Amministrazione di appartenenza) può ipotizzarsi

ISSN 2036-7821

spazio che si restringe ulteriormente in relazione al profilo specifico considerato, il quale (come visto) attiene alla tempestività dell'approvazione del bilancio[62]; e che si aggrava ancora (e irrisolvibilmente) se si considera che il bilancio (sia pure in ritardo)

---

soltanto allorché […] vengano in rilievo atti incidenti in via diretta sul diritto all'ufficio dei medesimi e quindi su un diritto spettante alla persona investita della carica di consigliere» (vedi anche Cons. St., V, 4 maggio 2004, n. 2699). Sulla questione, Cons. Stato, V, 7 luglio 2014, n. 3446 rileva (tra l'altro) che: «la legittimazione ad agire del consigliere non risiede nella deviazione dell'atto impugnato rispetto allo schema normativamente previsto, quando da essa non derivi la compressione di una sua prerogativa inerente all'ufficio, occorrendo in ogni caso aver riguardo a questo fine, "alla natura e al contenuto della delibera impugnata" e non già delle norme interne relative al funzionamento dell'organo (Cons. St., sez. V, 15 dicembre 2005, n. 7122)»; che «la contestazione del componente di un organo collegiale non può limitarsi a censurare l'oggetto o le modalità di formazione della deliberazione del medesimo organo, senza dedurre che da esse ne sia derivata una lesione delle sue prerogative, giacché questa non discende automaticamente da violazioni di forma o di sostanza nell'adozione di un atto deliberativo (Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2010, n. 2457)»; che «l'omissione o il ritardo nel fornire ai consiglieri dell'ente locale la copia di atti presupposti ad una proposta di delibera non costituisce lesione delle prerogative inerenti l'ufficio di consigliere comunale, rimanendo la sua tutela circoscritta in un ambito esclusivamente politico, all'interno dell'organo di cui fa parte, affidata all'espressione a verbale del proprio dissenso in quanto corollario del più generale principio sopra affermato» (vedi anche Cons. St., V, 21 marzo 2012, n. 1610, ove, tra l'altro, si ricorda che «è pacifico l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale i consiglieri di ente locale sono legittimati all'impugnazione degli atti del consiglio nel quale siedono esclusivamente quando questi incidano sulla possibilità di esercitare adeguatamente il mandato»). Si tratta di posizioni stabili della giurisprudenza, le quali, tuttavia, devono ritenersi specificate nel senso che l'interesse impugnativo del componente dell'organo consiliare (ovvero dell'organo assembleare deliberativo) può considerarsi ravvisabile tutte le volte in cui il vizio rilevato abbia compromesso la piena consapevolezza del consigliere in ordine alla questione che forma oggetto della deliberazione quale garanzia irrinunciabile per l'esplicazione della funzione (la quale è insuscettibile di essere assicurata dalla mera verbalizzazione del dissenso, a meno che non si tratti di una presa di posizione motivata in ordine al merito della questione tratta: la qual cosa, in astratto, può essere indicativa di consapevole formazione della valutazione espressa). Si tratta di un principio generale, il quale si manifesta con massima pregnanza proprio in relazione al bilancio di previsione, con riferimento al quale la funzione di controllo politico (anche in relazione alla correttezza delle procedure relative agli atti di decisione finanziaria) e decisionale che il (ogni singolo) consigliere comunale è chiamato a svolgere (quale componente dell'organo deliberativo) costituiscono *munera* del tutto indisponibili, in quanto concepiti a garanzia di valori di rilevanza costituzionale, e che già solo per questo richiedono massima garanzia di esplicazione. Si tratta, peraltro, di vizi che, per poter produrre l'impatto vulnerativo considerato, attengono a mancanze grossolane che, se non possono essere escluse in assoluto, si rivelano piuttosto infrequenti, già solo per la rilevanza dell'atto (e delle gravi conseguenze che possono derivare da eventuali profili problematici), la quale richiama alla massima attenzione gli organi onorari e tecnici coinvolti (nella decisione e nella procedura). Si tratta di vizi che, tuttavia, non automaticamente (ovvero piuttosto difficilmente) riescono ad essere rinvenuti nella inosservanza del principio di tempestività del bilancio di previsione.

[62] In relazione alla questione esaminata, si tratta, infatti, di valutare se la violazione del principio di tempestività del bilancio sia suscettibile di esporre a compromissione le prerogative funzionali del consigliere: una eventualità che rimane esclusa dalla obiettiva difficoltà di configurare un interesse qualificato personale del consigliere (nella sua qualità) ad approvare il bilancio entro il 31 dicembre: una difficoltà che rimarrebbe tale (e, anzi, rimarrebbe finanche esclusa) anche nell'ipotesi (prospettata) di deliberazione consiliare di autorizzazione dell'esercizio provvisorio del bilancio: nel qual caso si verificherebbe, infatti, uno spostamento (un prolungamento) del dissenso (dalla sede politico-amministrativa) nella sede giurisdizionale: una fattispecie comunemente riconosciuta (in giurisprudenza) inammissibile (a meno che non si facciano valere, anche nel suddetto caso, elementi di pregiudizio delle prerogative funzionali). Nel caso specifico esaminato, pertanto, risulta difficile la configurazione della legittimazione impugnativa, non essendo ravvisabile in capo al consigliere un interesse sostanziale.

ISSN 2036-7821

è stato comunque approvato: la qual cosa, tenendo conto della rilevata natura (e finalità) del termine approvativo (anche nella sua accezione "aggravata"), esclude che possa essere rilevata l'illegittimità della deliberazione di approvazione del bilancio (e darsi luogo al suo annullamento).

Una impostazione che resiste anche nell'ipotesi in cui siano imposte limitazioni alla possibilità di avvalersi del differimento del termine approvativo (come avvenuto, come visto, con il d.m. 22 dicembre 2023, in riferimento al bilancio di previsione 2024/2026), la qual cosa, se (come rilevato) sembra aprire spazi di contestazione, è insuscettibile di affievolire le angustie rilevate in relazione alla ammissibilità dell'impugnativa giurisdizionale e di resistere all'impatto "sanante" (ovvero assorbente) dell'approvazione ritardata del bilancio da parte dell'organo consiliare[63], in quanto proprio siffatta approvazione (da parte dell'organo di governo competente) continua a rimanere l'opzione preferenziale dell'ordinamento[64], secondo cui, come visto, la decorrenza dei termini approvativi prescritti non consuma il potere di bilancio dell'ente[65]. Un dato (quest'ultimo) che induce ad escludere che la ritardata approvazione del bilancio di previsione possa comunque dare luogo alla conseguenza dissolutoria prevista all'art. 141, comma primo, lett. c), d.lgs. n. 267/2000; può ritenersi, tuttavia, che nella fattispecie più gravi[66] – costituendo il

[63] Come visto (*sub* nota 12), in relazione al bilancio 2024/2026, è stato ammesso che della sussistenza dei presupposti per potersi avvalere del differimento del termine approvativo deve darsi motivazione nella deliberazione consiliare approvativa del bilancio. Sembra di poter ritenere che il vizio (ovvero anche il difetto) di siffatta motivazione, oltre ad avere (molto) difficile accesso al controllo giurisdizionale (per le ragioni rilevate), rimanga assorbito dall'approvazione (sia pure in ritardo) del bilancio. Fermo restando la rilevata difficile coerenza tra le limitazioni ricavabili dal d.m. 22 dicembre 2023 (anche in relazione alle prescrizioni introdotte con il d.m. 25 luglio 2023: vedi *sub* 2) e il dato legislativo di cui all'ultimo periodo del primo comma dell'art. 151 d.lgs. n. 267/2000, il suddetto vizio motivativo può ritenersi recessivo rispetto all'approvazione del bilancio se si considera che, come rilevato, il decorso del termine non consuma il potere dell'organo consiliare di approvare il bilancio (e non implica automaticamente l'attivazione della procedura di scioglimento): eventualmente, la rilevazione del suddetto vizio (da parte delle autorità e degli organi incaricati del controllo) potrebbe dare luogo alla segnalazione motivata al Ministro dell'interno ai fini dell'attivazione della procedura di scioglimento di cui alla lett. a) del primo comma dell'art. 141 d.lgs. n. 267/2000 (vedi *infra sub* nota 68).

[64] Una soluzione di preferenza che, evidentemente, tiene conto - nei limiti di quanto reso possibile dalla necessaria considerazione di altri valori di rilevanza costituzionale - della natura autonoma degli enti locali, e che merita di essere ritenuta condivisibile, pur rendendosi necessarie le integrazioni legislative prospettate (proprio al fine di assicurare un ragionevole equilibrio tra i diversi principi costituzionali che possono venire in rilievo).

[65] Un potere che non rimane consumato dal decorso del termine del 31 dicembre ma neppure del termine successivo disposto con il decreto di differimento, ma neppure di quello assegnato dall'autorità prefettizia, ma neppure dall'attivazione della procedura di scioglimento dell'organo consiliare (vedi *sub* nota 56): il suddetto potere, come visto, si consuma in via irreversibile con l'adozione del decreto presidenziale che dispone lo scioglimento.

[66] Le quali possono essere rinvenute tutte le volte in cui il bilancio di previsione dovesse essere approvato in un momento successivo alla fine del mese di aprile, avendo quale parametro di riferimento il termine di quattro mesi stabilito all'art. 81, comma quinto, Cost., quale limite massimo, considerato tollerabile dal sistema costituzionale, di protrazione dello stato di eccezione (derivante dalla mancata approvazione del bilancio). Proprio al fine di impedire che possano (continuare a) verificarsi situazioni di tale gravità, si rende necessario che il legislatore stabilisca espressamente un limite massimo alla possibilità di differimento del termine approvativo prevista

ISSN 2036-7821

rilevante (e reiterato negli anni) ritardo indice sintomatico di gravi difficoltà finanziarie e organizzative dell'ente – possa darsi luogo all'ipotesi dissolutoria di cui alla lett. a) del primo comma del citato art. 141, per gravi e persistenti violazioni di legge[67], su segnalazione motivata della Ragioneria generale dello Stato (nell'ambito dei controlli di cui all'art. 148, comma secondo, d.lgs. n. 267/2000) ovvero della sezione regionale della Corte dei conti (nell'ambito dei controlli di cui all'art. 148 *bis* d.lgs. n. 267/2000)[68]: una possibilità che tanto più si giustifica in considerazione dei (rilevati) molto ristretti spazi di accesso al controllo giurisdizionale.

Delle stesse limitazioni rilevate risente anche la (diversa) iniziativa impugnativa che dovesse riguardare il decreto ministeriale di differimento del termine approvativo, la quale, anzi, conosce aggravamento quanto alla individuazione dell'interesse (concreto e attuale) al gravame[69]: una iniziativa, tuttavia, che, pur destinata (in via

---

all'ultimo periodo del primo comma dell'art. 151 d.lgs. n. 267/2000 (in considerazione della facile constatazione che la prospettata interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione legislativa ultima citata non ne ha impedito la frequente violazione e del difficile accesso al controllo giurisdizionale).

[67] Deve escludersi la ravvisabilità dell'ipotesi dissolutoria di cui alla lett. b) del primo comma del citato art. 141, dovendosi ritenere prevalente (in considerazione della formulazione testuale della disposizione e delle gravi conseguenze che la procedura è destinata a produrre) la natura tassativa della elencazione ivi prevista, pur dovendosi rilevare che una situazione di stabile (ricorrente) e grave ritardo nell'approvazione del bilancio di previsione presenta una sicure attinenza con il normale funzionamento dei servizi (ma anche con il normale funzionamento degli organi).

[68] Oltre che dalla Ragioneria generale dello Stato e dalla Corte dei conti (nell'ambito dei rispettivi controlli: vedi *subb* note 46 e 53), la segnalazione motivata al Ministro dell'interno (ovvero alla sezione regionale di controllo della Corte dei conti) potrebbe provenire anche dall'organo di revisione economico-finanziaria nell'ambito dei contro di cui all'art. 239 d.lgs. n. 267/2000 (vedi *sub* nota 52). Deve pur essere rilevato che anche la possibilità esaminata rimane molto problematica – anche in tutti quei casi in cui il termine di approvazione del bilancio di previsione degli enti locali viene differito (ed è, purtroppo, avvenuto anche in anni recenti) ben oltre il suddetto termine di quattro mesi - dovendosi escludere che le autorità e gli organi investiti dei compiti di controllo possano trascurare l'avvenuto differimento sia (soprattutto) quando è disposto con legge (come pure si è verificato) sia quando è disposto in base alla legge (con decreto ministeriale).

[69] Il carattere generale ed astratto del decreto (peraltro, come visto, attributivo "solo" di una facoltà) rende ancor più problematica l'individuazione del pregiudizio (inferto dall'atto) – diretto, concreto, attuale – che si intende rimuovere; lo stesso beneficio perseguito (con il ricorso) – che potrebbe essere quello di conseguire la sollecita (ovvero impedire una eccessivamente ritardata) approvazione del bilancio dell'ente – si presenta caratterizzato da generalità: profili (molto) problematici che, in astratto, potrebbero trovare soluzione a fronte di una impugnazione proposta da una associazione stabile di cittadini ovvero di consumatori. Si tratterebbe, peraltro, di una possibilità impugnativa che darebbe accesso al controllo giurisdizionale in relazione alla situazione patologica più sgradevole: quella in cui il termine approvativo viene differito ben oltre i quattro mesi (come visto, anche a settembre, ottobre, novembre), con violazione manifesta del dato di cui all'art. 81, comma quinto, Cost., (non solo) insuscettibile (nei sensi visti) di rimanere neutralizzato per esigenze di coordinamento della finanza pubblica (ma finanche incompatibile con siffatte esigenze); e suscettibile di (provare ad) impedire che gli enti locali possano approvare il bilancio di previsione (non solo a metà esercizio, ma, addirittura) a ridosso della fine dell'esercizio finanziario. Nell'ipotesi ultima considerata, peraltro, sono rinvenibili ulteriori complicazioni determinate dalla circostanza che il superamento della soglia (di quattro mesi) "tollerabile" (ovvero meno grave) è disposto con un nuovo decreto ministeriale di (ulteriore) differimento (e, a volte, anche con legge: nel qual caso anche l'impugnativa con finalità "prevenzionale" – utile, in sostanza, a conseguire la sollecita approvazione del bilancio: vedi nota successiva - rimane preclusa).

ISSN 2036-7821

tendenziale) a trovare un ostacolo (molto) difficilmente sormontabile nell'esame preliminare di ammissibilità, è suscettibile di accelerare la procedura di approvazione del bilancio[70].

6. Una conclusione scontata, un percorso obbligato e una confidenza.

Gli elementi rilevati consegnano un dato conclusivo di evidenza macroscopica, e, comunque, ineludibile, il quale attiene alla insostenibilità finanziaria, e non solo contabile, di un assetto di disciplina che asseconda (se non alimenta) la permanente (fino alla stabilità), grave, estesa[71], inosservanza del principio di tempestività del bilancio: un principio che, come osservato, è immanente al sistema di bilancio e ne qualifica i diversi profili, coessenziali, di rilevanza funzionale. Elementi che fanno stato di una situazione gravemente patologica, ora percepita nella sua insostenibilità dalla stessa amministrazione pubblica (e, segnatamente, finanziaria: la Ragioneria generale dello Stato), la quale si prova ad introdurre dati prescrittivi volti ad arginare il fenomeno (nella impossibilità di porvi cessazione), che, pur suscettibili di produrre un (positivo) impatto limitativo (quanto alla estensione temporale dello "stato di eccezione"[72]), (da un lato) non possono riuscire a neutralizzarne l'incidenza pregiudizievole sul principio di buon andamento della pubblica amministrazione; e (da altro lato) confermano il persistente sacrificio del principio autonomistico, relegato in una posizione recessiva rispetto ad una supremazia uniformativa (di fonte autoritativa tecnica) degli assetti contabili che non solo non trova riscontro nel sistema costituzionale, ma ne rimane esclusa (finanche considerando i valori costituzionali più direttamente riferibili ai profili del bilancio e della contabilità pubblica[73]).

---

[70] L'impugnativa giurisdizionale, infatti, è suscettibile di provocare una reazione ovvero un riflesso prudenziale che (plausibilmente) potrebbe indurre l'ente ad una più sollecita approvazione del bilancio (al fine di evitare l'alea – sia pure fosse ritenuta minima – insita in un'iniziativa giurisdizionale che potrebbe dare luogo a conseguenze che è meglio prevenire), almeno nel termine di quattro mesi. Resta da chiedersi se l'impugnativa del decreto ministeriale di differimento del termine approvativo condizioni l'ammissibilità di un eventuale ricorso avverso la deliberazione di approvazione del bilancio (ovviamente, in punto di violazione del richiamato principio di tempestività). In proposito, può essere rilevato che se è vero che (come visto) il suddetto decreto attribuisce agli enti locali "solo" la facoltà di avvalersi del differimento; è altrettanto vero che la mancata approvazione del bilancio entro il 31 dicembre costituisce esercizio della suddetta facoltà.

[71] Come detto, ogni anno (praticamente da sempre: stabilità) il termine di approvazione del bilancio di previsione degli enti locali viene differito, in molti casi molto oltre il mese di aprile (a giugno, a luglio, ma anche a settembre, ottobre, novembre: gravità), con la conseguenza che ogni anno nella maggior parte degli enti locali (estensione) il bilancio di previsione (nella migliore delle ipotesi) viene approvato (praticamente) a metà esercizio.

[72] Per effetto delle prescrizioni limitative ricavabili dal d.m. 22 dicembre 2023, per il 2024 gli enti locali avranno un bilancio approvato entro la fine del mese di marzo (in qualche caso si potrà arrivare ad aprile): un dato che riesce a tenere il fenomeno (quanto alla estensione temporale) nei limiti della fisiologia ordinamentale.

[73] Come rilevato (vedi *subb* note 14 e 20), la stessa denominazione della materia «armonizzazione dei bilanci pubblici» (ora, art. 117, comma secondo, lett. e, Cost.) è incompatibile con la pervasività ultra regolamentare della disciplina della contabilità delle regioni e degli enti locali introdotta dal d.lgs. n. 126/2014 (che si estende, nella moltitudine di allegati alla stessa disciplina, fino alla modulistica): la quale denominazione presuppone

ISSN 2036-7821

Elementi che fanno stato di una situazione di sostanziale ingiustiziabilità (come visto) del principio di tempestività del bilancio. A fronte dei quali, l'unico percorso che sembra riuscire ad assicurare una possibilità di superamento dell'attuale assetto (di disciplina e di consuetudine) è ravvisabile nell'intervento del legislatore, il quale si faccia carico del ripensamento (nei sensi prospettati) dell'istituto e dei profili di disciplina esaminati, ovvero anche, più in generale, del ripensamento dell'assetto dell'ordinamento contabile degli enti locali (e delle regioni), che sia espressione del necessario equilibrio tra le esigenze della armonizzazione (dei bilanci) e del coordinamento (finanziario) e quelle delle autonomie, in funzione del principio del buon andamento[74], e con valorizzazione della responsabilizzazione decisionale e della collaborazione tra i diversi livelli istituzionali: la qual cosa, peraltro, non implica lo smantellamento dell'attuale sistema di contabilità pubblica, e, segnatamente, di quello imposto agli enti territoriali, ma la sua trasformazione da

---

l'esistenza di autonomi poteri di disciplina, i quali devono trovare esplicazione tenendo conto di un livello minimo di omogeneità: una esigenza che adesso trova garanzia costituzionale, ma che trova radicamento risalente, stabile nell'ordinamento contabile; vedi, limitatamente alle regioni e agli enti locali: legge 19 maggio 1976, n. 335, recante «principi fondamentali e norme di coordinamento in materia di bilancio e di contabilità delle regioni»; d.p.r. 19 giugno 1979, n. 421, recante «coordinamento delle disposizioni regolanti la contabilità delle province e dei comuni con le disposizioni di cui alla legge 5 agosto 1978, n. 468 e di cui alla legge 19 maggio 1976, n. 335»; d.lgs. 28 marzo 2000, n. 76, recante «principi fondamentali e norme di coordinamento in materia di bilancio e di contabilità delle regioni, in attuazione dell'articolo 1, comma 4, della legge 25 giugno 1999, n. 208» (ma vedi anche, con riferimento agli altri enti pubblici: d.p.r. 18 dicembre 1979, n. 658, recante «approvazione del nuovo regolamento per la classificazione delle entrate e delle spese e per l'amministrazione e la contabilità degli enti pubblici di cui alla legge 20 marzo 1975, n. 70»; d.p.r. 27 febbraio 2003, n. 97, recante «regolamento concernente l'amministrazione e la contabilità degli enti pubblici di cui alla legge 20 marzo 1975, n. 70»). Una esigenza di omogeneità che, peraltro, il dato costituzionale circoscrive ai («armonizzazione dei») «bilanci» (agli atti di decisione finanziaria), ovvero, più precisamente, alla traduzione negli atti contabili dei dati finanziari (nella loro disarticolazione, destrutturazione, per finalità gestionali, e anche informative) e, più in generale, delle politiche finanziarie dell'ente (delle scelte che sono sottese alle diverse voci di entrata e di spesa, alla determinazione dei rispettivi stanziamenti). Si tratta di elementi che, come detto, non solo non giustificano, ma) escludono di poter ravvisare in capo al legislatore statale un potere di disciplina dell'intera contabilità degli enti locali (e delle regioni); un potere di regolazione statale (come detto, anche esercitato modo pervasivo con il d.lgs. n. 126/2014) riesce a rimanere escluso, in materia di contabilità degli enti locali, dalle disposizioni di cui agli artt. 152 e 153 d.lgs. n. 267/2000, e, in termini generali, dalle disposizioni di cui all'art. 117, comma sesto, Cost.). Deve pur essere rilevato che, peraltro, la locuzione «armonizzazione dei bilanci pubblici» (introdotta con legge cost. n. 3/2001, pur avendo formato oggetto di specifico intervento modificativo da parte del legislatore costituzionale (art. 3 legge cost. n. 1/2012), è rimasta inalterata nella formulazione letterale: un dato che concorre ad escludere l'interpretazione estensiva che della suddetta materia ha dato il legislatore statale (come detto, assecondata - non senza contraddizioni – dalla giurisprudenza costituzionale).

[74] Non solo l'armonizzazione dei bilanci pubblici e il coordinamento finanziario (per la loro incidenza diretta), ma lo stesso principio autonomistico viene considerato (valorizzato) anche in relazione alla sua funzionalità rispetto al buon andamento della pubblica amministrazione, con riferimento al principio di prossimità (rinvenibile nelle disposizioni di cui all'art. 118, comma primo, Cost.) quale elemento di necessario concorso alla effettività dei criteri di efficacia e di economicità posti a base delle disposizioni di cui al secondo comma del citato art. 97 Cost. (e ora positivizzati all'art. 1, comma primo, legge n. 241/1990, quali principi generali dell'attività amministrativa).

ISSN 2036-7821

ordine prescrittivo a criterio di orientamento nella regolazione contabile[75] (con ciò assicurando maggiore coerenza rispetto al dato costituzionale).

Se (già) il primo obiettivo risulta di complesso perseguimento, il secondo appare (allo stato) del tutto proibitivo, trovando ostacolo nella persistenza (e, quindi, nella stabilità) dell'impostazione del legislatore statale di accentrare nella (negli uffici e negli organismi della) Ragioneria generale dello Stato il compito della regolazione normativa (ma, in verità, tecnico-amministrativa) della intera contabilità degli enti autonomi territoriali[76]: con definizione di una disciplina minuziosa, ultra regolamentare, che riesce ad avere finanche forza legislativa se si considera che si trova esplicitata nell'ampio (pervasivo) apparato allegativo del d.lgs. n. 118/2011 (come detto, introdotto, in via integrativa e modificativa, dal d.lgs. n. 126/2014, al quale, come anche visto, la giurisprudenza costituzionale riconosce valenza di parametro interposto di costituzionalità in relazione al principio di armonizzazione dei bilanci pubblici).

La confidenza attiene alle prospettive di riforma dei controlli amministrativi e del sistema di responsabilità contabile, e, quindi, alla riconsiderazione delle funzioni della Corte dei conti, le quali, pur permanentemente evocate, continuano a trovare espressione in interventi legislativi a carattere meramente congiunturale, privi di ogni organicità, essenzialmente concepiti in funzione di protezione (ovvero di riduzione degli spazi di esposizione) degli organi onorari e tecnici rispetto ai diversi profili di responsabilità amministrativa e contabile (e anche penale)[77], i quali, in

[75] L'ampio apparato di disciplina definito negli allegati al d.lgs. n. 118/2011 rimarrebbe integro ed utilizzabile, con funzione di ausilio tecnico-illustrativo (una sorta di manuale operativo) e (anche) formativo (istruttivo) per gli addetti ai servizi finanziari e contabili degli enti territoriali; fermo restando che si tratta di elementi e finalità che esulano dalle esigenze di armonizzazione dei bilanci pubblici di rilevanza costituzionale.

[76] Vedi, da ultimo, il d.m. 25 luglio 2023, con il quale, come visto (*subb* note 11 e 12), si interviene modificativamente sull'allegato 4/1 al d.lgs. n. 267/2000 (in particolare, con riferimento al «processo di bilancio degli enti locali»): un dato che rende evidente come l'auspicato intervento legislativo non solo non sia neppure "alle viste", ma sia estraneo alla considerazione del legislatore (né sembra costituire una priorità degli enti locali, i quali, sul tema specifico esaminato, continuano a ritenere preferibile il "differimento").

[77] Emblematica in tal senso è l'esclusione (temporalmente) provvisoria della responsabilità erariale per colpa grave da condotta commissiva introdotta dalle disposizioni di cui all'art. 21, comma secondo, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120: una limitazione (della responsabilità erariale alle sole ipotesi di dolo e di colpa grave da condotta omissiva) che, introdotta - in una congiuntura sociale di massima drammaticità (nel pieno dell'emergenza sanitaria Covid 19) - con carattere di assoluta provvisorietà, è stata estesa prima (in sede di conversione del decreto legge: in carica Governo Conte II) al 31 dicembre 2021; poi (art. 51, comma primo, lett. h, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazione, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108: in carica, Governo Draghi) al 30 giugno 2023; in seguito (art. 1, comma 12 *quinquies*, lett. a, d.l. 22 aprile 2023, n. 44, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 giugno 2023, n. 74: in carica, Governo Meloni) al 30 giugno 2024; infine (al momento: art. 8, comma quinto bis, d.l. 30 dicembre 2023, n. 215, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 febbraio 2024, n. 18: in carica, Governo Meloni) al 31 dicembre 2024. In relazione al profilo considerato, è utile rilevare: che con l'art. 22 d.l. n. 76/2020 è stata disposta la valorizzazione del controllo concomitante della Corte dei conti, il quale (già previsto dalle disposizioni di cui all'art. 11, comma secondo, legge 4 marzo 2009, n. 15) è stato esteso ai «principali piani, programmi e progetti relativi agli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale»; e che con le disposizioni di cui all'art. 1, comma 12 *quinquies*, lett. b), d.l. n.

ISSN 2036-7821

quanto tali, molto) difficilmente potranno riuscire ad assicurare stabilità di soluzione alle esigenze (di volta in volta) considerate (e destinate a continua evoluzione) ed essere di effettivo contributo per la soluzione dei mille problemi della pubblica amministrazione, la quale, anzi, esposta a continue e contraddittorie sollecitazioni, rimane destinata a conoscere compromissioni funzionali ovvero di impatto regressivo, con rischio di logoramento dei delicati equilibri istituzionali e di alimentare reazioni di sistema. Proprio in considerazione della rilevanza di entrambi i profili di intervento, in relazione al principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97, comma secondo, Cost. – nella nuova declinazione che si è affermata in seguito alle profonde riforme amministrative che si sono susseguite a partire dagli scorsi anni Novanta[78] – si ritiene di dover segnalare (ribadire) la necessità di un intervento di sistema, il quale sia il risultato della equilibrata combinazione di esigenze e finalità, nella consapevolezza che le riforme amministrative, per poter trovare effettività (e contenere entro limiti fisiologici eventuali criticità), richiedono un disegno organico, che rimanga sottratto alle precipitazioni delle congiunture[79]. Un percorso (molto) impegnativo, che, peraltro, era sembrato essere alla portata dell'attuale maggioranza di governo, la quale (rispetto a quanto avvenuto nelle precedenti legislature) aveva dato l'impressione di

---

44/2023 è stato precisato (a modificazione del citato art. 22 d.l. n. 76/2020) che il controllo concomitante della Corte dei conti non riguarda i programmi «previsti o finanziati dal Piano nazionale di ripresa e resilienza» o «dal Piano nazionale per gli investimenti complementari»: programmi che, invece, fino all'entrata in vigore delle suddette disposizioni modificative avevano formato l'oggetto principale del controllo concomitante della Corte dei conti (proprio su tali aspetti specifici, vedi, ampiamente, L. SAMBUCCI, *Le limitazioni alla responsabilità contabile e al controllo concomitante della Corte dei conti*, cit.). Si tratta di elementi che rendono plateale la provvisorietà e la disorganicità degli interventi del legislatore, la mancanza di un'idea di sistema, in relazione ad entrambi i profili di riforma richiamati (controlli amministrativi e responsabilità contabile).

[78] In particolare, come noto, con legge 7 agosto 1990, n. 241 (ma anche con legge 8 giugno 1990, n. 142, in verità rimasta piuttosto trascurata nella considerazione della sua incidenza sulla evoluzione del sistema amministrativo) sono state poste le basi per la costruzione di un nuovo modello di pubblica amministrazione, fondato sui criteri di efficacia, di efficienza e di economicità, sull'attenzione dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione finanziaria, sui principi di imparzialità e di trasparenza, su un rapporto tra pubblica amministrazione e comunità amministrata ispirata a democraticità, con valorizzazione della partecipazione e della leale collaborazione. Si tratta di elementi generalissimi (sui quali evidentemente non è possibile soffermarsi in questa sede), i quali, tuttavia, (per il loro forte impatto innovativo) rendono evidente la profonda evoluzione non solo del sistema amministrativo ma dell'idea stessa di amministrazione pubblica, la quale, pur ben saldata nell'ordinamento, rimane esposta agli irretimenti delle (risalenti e persistenti) resistenze corporative e ideologiche (dall'elitarismo burocratico al conservatorismo, dal suprematismo tecnico al riformismo d'occasione), che, da un lato, si trovano assecondate da interventi legislativi espressivi, di volta in volta, della prevalenza provvisoria dell'una o dell'altra o dell'altra ancora, e, quindi, risultano inevitabilmente disorganici, contraddittori, parziali (anche già nel concepimento), senza riuscire (come rilevato) a portare (in verità, molte neppure ad avvinare) a soluzione i problemi del sistema amministrativo; e, da altro lato, alimentano (consapevolmente) una percezione comune superficiale della pubblica amministrazione, che molte volte ne trascura (e non di rado ne ignora) finanche i compiti istituzionali.

[79] Vedi, da ultimo, L. SAMBUCCI, *Le limitazioni alla responsabilità contabile e al controllo concomitante della Corte dei conti*, cit., 38, ove, tra l'altro, si rileva l'assenza di un'idea organica di intervento nella pubblica amministrazione.

ISSN 2036-7821

poter disporre di un orizzonte politico di legislatura (e, comunque, più stabile), quale (pre)condizione per ogni riforma di sistema (la quale richiede un confronto parlamentare ampio e approfondito).
Tuttavia, la percezione che si ricava è che la suddetta confidenza sia destinata a rimanere tale, visti i contenuti disorganici e contraddittori della recente proposta di legge riguardante i controlli della Corte dei conti e la responsabilità contabile[80].

[80] Si tratta della proposta di legge AC 1621 (presentata in data 19 dicembre 2023; esame iniziato in commissione, in sede referente, in data 4 aprile 2024), recante «modifiche alla legge 14 gennaio 1994, n. 20, al codice della giustizia contabile, di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174, e altre disposizioni in materia di funzioni di controllo e consultive della Corte dei conti e di responsabilità per danno erariale».

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'azione avverso il silenzio della pubblica amministrazione

di Pierluigi Mascaro

(Dottore in Giurisprudenza presso l'Università LUISS di Roma)

Sommario

Parte I: La conclusione del procedimento e il silenzio della Pubblica Amministrazione. 1. Il dovere di provvedere. 2. Il termine di conclusione del procedimento e il principio di certezza dell'agire amministrativo. 2.1. Decorrenza, sospensione e interruzione del termine. 3. Il ritardo nel provvedere e le sue conseguenze. 3.1. Il silenzio-inadempimento. 3.2. Il potere sostitutivo e altre misure di cui alla l. n. 120/2020 (di conversione del "decreto semplificazioni"). 3.3. Le conseguenze sul piano della responsabilità disciplinare e amministrativa del pubblico dipendente. 4. Cenni alle altre tipologie di silenzio: il silenzio-diniego e il silenzio-assenso. 5. Il danno da ritardo e l'indennizzo.
Parte II: L'azione avverso il silenzio della Pubblica Amministrazione. 1. Le origini dell'azione: l'assimilazione, da parte del Consiglio di Stato, del silenzio ad un "provvedimento negativo". 2. L'evoluzione dell'azione: le prime codificazioni normative. 3. Il codice del processo amministrativo: dall'azione di accertamento a quella di condanna in forma specifica e la configurabilità di un'azione di adempimento. 4. La tutela del controinteressato. 5. La trattazione e la decisione del ricorso. 6. La figura del commissario. 7. La connessione con altre azioni e l'atto sopravvenuto. 8. L'azione risarcitoria del danno da ritardo

Abstract

The purpose of this paper is to examine the theme of the action against the silence of the Public Administration, starting from the substantive, normative and jurisprudential data: the duty to provide, an expression of the constitutional principle of good performance as per Article 97 of the Fundamental Charter and codified in Article 2 of the law on administrative proceedings, the fundamental features and pathological aspects of which are examined, without any claim to absolute exhaustiveness: the delay in concluding the administrative procedure, the silence-fulfilment and the discipline of the legal consequences of the delay in the provision with regard to private parties. In the second part of the paper, the procedural remedies envisaged by the code of the administrative process and available to private individuals to protect their subjective situations in the face of the Public Administration's insignificant silence will be examined. The action against silence, now governed by articles 31 and 117 of the Code of Administrative Procedure, will therefore be reconstructed from its inception, on a preliminary basis, by the Council of State and following the stages of its evolution, both regulatory and jurisprudential.

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

ISSN 2036-7821

Parte I - La conclusione del procedimento e il silenzio della Pubblica Amministrazione

1. Il dovere di provvedere

L'art. 2, l. n. 241/1990 contiene un principio d'origine: l'obbligo di concludere il procedimento amministrativo con un provvedimento, che è espressione dei principi costituzionali d'imparzialità e di buon andamento[1]. Tale dovere è rivolto verso un interesse altrui, assumendo dunque la natura di obbligo giuridico[2], che sta a rappresentare una situazione protetta e sanzionabile. Inoltre, riferito al silenzio dell'amministrazione, siffatto obbligo è a tutela sia dell'interesse pubblico che di quello privato[3]. La necessità di provvedere per la soddisfazione di un interesse, in forma espressa ed entro un termine preciso, realizza i principi costituzionali d'imparzialità e buon andamento; in questo scenario, la posizione dell'amministrazione è definita in termini di doverosità immanente[4], si svolge mediante il potere ed il provvedimento, sotto il controllo del giudice amministrativo[5].

Occorre determinare il momento in cui sorge il dovere di provvedere: in giurisprudenza, la fonte di tale dovere è molteplice ed ha più fattori, come la norma giuridica che disciplina un singolo procedimento, il principio costituzionale dell'art. 97, il tipo di potere amministrativo, la situazione soggettiva dell'individuo che aspira al provvedimento. Così la giurisprudenza rappresenta la propria chiave di lettura del dovere di provvedere, basata sul "fondamento" del medesimo[6].

Secondo l'indirizzo tradizionale, vi è il dovere di provvedere quando una norma giuridica lo preveda: essa prefigura una data situazione di fatto e, al suo verificarsi, fa sorgere il dovere, in un meccanismo di produzione *ex lege* dell'effetto giuridico, la cui fonte è una disposizione di legge o di regolamento, atta a disciplinare l'*iter* procedimentale. E' dunque chiaro che, in tal caso, il procedimento sia a istanza di parte, nell'interesse di un soggetto determinato; il dovere – come anticipato – diviene obbligo giuridico, nel senso che è imposto all'amministrazione per il soddisfacimento

---

[1] A. CIOFFI, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, in A. ROMANO (a cura di), Torino, 2016, p. 134. Sul tema, si v. M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995 e M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo: certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Enti pubbl. fasc. 9*, 2003, pp. 451-460.

[2] A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005; per una definizione ad opera della dottrina più classica, si v. F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971.

[3] Così M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 710-711.

[4] A. CIOFFI, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, *cit.*, p. 135.

[5] A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2005, p. 293.

[6] A. CIOFFI, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, *cit.*, p. 136.

ISSN 2036-7821

dell'interesse di un soggetto preciso. Ciò corrisponde alla parte di testo dell'art. 2 in cui è previsto che il procedimento debba essere iniziato a "istanza di parte"[7].
Nel tempo, la giurisprudenza ha fatto un importante passo in avanti, riconoscendo che il dovere di provvedere possa esistere anche in mancanza di un'apposita norma giuridica: esso può sorgere anche al di fuori della legge, nei principi; in tal modo, si apre la strada alla tutela di tutte quelle situazioni giuridiche soggettive che ad essi si collegano, ma che non siano incardinate in una precisa disposizione normativa. In passato, non esistendo l'art. 2, era naturale che il dovere sorgesse anche dai principi, in particolare da quello di affidamento, e dunque dall'obbligo di buona amministrazione e di correttezza[8], da cui nasceva una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni – qualunque esse siano – del provvedimento[9]. Principi e aspettative di tal genere permettevano il sorgere di una peculiare situazione giuridica, definita dalla dottrina "obbligo procedimentale", il quale nasceva prima e a prescindere da ogni indagine sulle rispettive posizioni sostanziali, riguardando non il merito ma solo la legittimazione dell'istante a ricevere una risposta da parte dell'amministrazione[10]. Questa lettura dell'art. 2 alla luce dei principi va assumendo una progressiva consistenza, sino all'emanazione del codice del processo amministrativo, ove il dovere esiste al fine di dare certezza ad un'attività comunque doverosa ed opera per un principio di rispetto del tempo e del termine finale del procedimento. Anche sotto questo profilo, si prefigura una conclusione stabilita a favore di un interesse individuale al provvedimento tempestivo[11].
Il distacco del dovere di provvedere dalla singola norma giuridica ha poi un altro sensibile vantaggio, ovvero quello di rendere applicabile la tutela del dovere anche ai procedimenti a iniziativa d'ufficio e a quelli di natura discrezionale; infine, produce il limite generale d'impedire la nascita del dovere di provvedere, qualora la domanda sia palesemente infondata, inammissibile, inverosimile o stravagante[12].
In sintesi, due sono le possibili configurazioni del dovere di provvedere, una in senso oggettivo, l'altra in senso soggettivo. Secondo la prima, esso preesiste ed è insito nell'amministrazione, per via della peculiare posizione istituzionale attribuitale dall'ordinamento per la definizione degli interessi pubblici[13]. In questo quadro, il dovere di provvedere è indefettibile, oggettivo, funzionale, sicché esso si presenta come immagine dell'amministrazione che ha il compito di soddisfare i pubblici

[7] A. CIOFFI, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, *cit.*, p. 137.
[8] A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988, p. 101.
[9] A. CIOFFI, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, *cit.*, p. 137.
[10] A. CIOFFI, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, *cit.*, p. 138.
[11] A. CIOFFI, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, *cit.*, p. 138.
[12] A. CIOFFI, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, *cit.*, p. 140.
[13] S. ROMANO, *Doveri. Obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, pp. 109-110.

ISSN 2036-7821

interessi, rivelando la sua posizione all'interno dell'ordinamento[14]. Più precisamente, il fondamento del dovere ha radice nel principio di doverosità dell'azione amministrativa e rappresenta una declinazione del principio di legalità[15].
Invece, la configurazione in senso soggettivo aderisce al codice ove prefigura una "azione" ed un giudizio avverso il silenzio: la parola "azione" denota una tutela in senso soggettivo e anche la dizione "obbligo", usata nell'art. 31 per indicare l'oggetto del giudizio, è esemplificativa della protezione data a favore di un soggetto[16]. Il che corrisponde anche al recente indirizzo giurisprudenziale per cui vi è dovere se vi sia l'esigenza di soddisfare una "aspettativa qualificata e differenziata", che indica l'obbligo giuridico, per l'amministrazione, di soddisfare un interesse protetto dell'individuo, diritto soggettivo o interesse legittimo che sia. Ciò spiega bene inoltre il fatto che il giudizio sul silenzio sia ora considerato materia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133, c.p.a.)[17].
Nella questione del dovere di provvedere coesistono due identità o proprietà: la valutazione dell'interesse pubblico e la soddisfazione dell'interesse privato, che sono state composte in una situazione unitaria, di dovere giuridico, oggetto di tutela giurisdizionale. Nell'art. 2 e nel dovere di provvedere l'ordinamento riconosce una questione di principio e di posizione generale, sia dell'amministrazione che dell'individuo, tra i cui interessi il punto d'incontro, in termini di equilibrio, è dato dal giudice amministrativo[18].

2. Il termine di conclusione del procedimento e il principio di certezza del tempo dell'agire amministrativo

L'art. 2 introduce l'effetto giuridico secondo cui il procedimento debba concludersi con l'adozione di un "provvedimento espresso", fondando in tal modo il dovere di provvedere dell'amministrazione ed impedendo il silenzio della stessa. Teoricamente, assume la conclusione amministrativa all'interno di una regola certa e oggettiva, in modo che l'inizio, il tempo e la conclusione dell'agire amministrativo siano assoggettati a dovere giuridico e diventino necessità[19]. In tal modo, la conclusione procedimentale diviene principio generale, espressione del dovere di provvedere.
In questo senso, potrebbe darsi una lettura duplice dell'art. 2: come norma di chiusura del diritto amministrativo, come norma che consegna la produzione

[14] A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, *cit.*
[15] A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, pp. 226 e ss., p. 228.
[16] A. CIOFFI, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, *cit.*, p. 145.
[17] A. CIOFFI, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, *cit.*, p. 145.
[18] A. CIOFFI, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, *cit.*, p. 146.
[19] A. CIOFFI, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, *cit.*, p. 146.

ISSN 2036-7821

giuridica degli effetti amministrativi al solo provvedimento; e come norma di funzionalizzazione e di responsabilizzazione dell'amministrazione, assumendo così la veste di principio istituzionale dell'amministrazione italiana[20].
Questo modo d'intendere l'efficacia della norma ne porta in luce anche la *ratio*, e cioè lo scopo di superare il problema del silenzio e di assicurare al destinatario un atto espresso. In negativo, l'amministrazione perde la facoltà di restare in silenzio: a causa dell'art. 2, esso non può valere conclusione, salve le ipotesi di c.d. "silenzio significativo"; in positivo, si ha la garanzia dell'atto espresso, dunque della motivazione e della impugnabilità davanti al giudice[21].
L'art. 2 prescrive il dovere, per le pubbliche amministrazioni, di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso; dunque concludere significa rilasciare il provvedimento. Anche per la giurisprudenza, concludere sta a significare adottare un atto esplicito; è una regola generale[22], un principio avente radice in un orientamento consolidato.
In particolare, concludere significa emettere un provvedimento espresso e motivato; in questo modo, l'art. 2 si completa con l'art. 3; la conclusione espressa e motivata assurge a corollario dei principi di cui all'art. 97 della Costituzione[23].
E' importante sottolineare il contenuto di concludere fornito dalla giurisprudenza, ovvero quello di "chiudere", adottando un formale provvedimento, positivo o negativo, che valga comunque a chiudere il procedimento[24]. Per chiudere, la giurisprudenza intende rispondere all'atto d'iniziativa, per rispondere intende che l'atto manifesti corrispondenza e congruità con quello che ha dato inizio al procedimento[25].
Nella specie, ove l'iniziativa sia d'ufficio, per "chiudere" il procedimento l'amministrazione deve considerare l'esatta rappresentazione dell'oggetto e del problema amministrativo posti nell'atto d'iniziativa, affinché il destinatario ne abbia cognizione dall'inizio alla fine. Invece, ove ci si trovi di fronte ad un'iniziativa di parte, l'amministrazione deve rendere una pronuncia esplicita e apposita, emessa in merito alla domanda del privato; il dovere di concludere esclude ogni atto che non rappresenti risposta specifica.
La domanda di provvedimento manifestamente infondata o inammissibile costituisce un limite generale al provvedere, impedendo la nascita del rispettivo dovere. In passato, dinanzi a istanze che apparivano infondate, inammissibili, inverosimili o stravaganti, l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario riteneva che vi fosse difetto

[20] A. ROMANO, *op. cit.*, p. 293.
[21] A. CIOFFI, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, *cit.*, p. 146.
[22] C.G.A.R.S., n. 6/2011.
[23] Tar Calabria, 26 settembre 2001, n. 1449.
[24] Tar Sicilia, sez. II, 24 febbraio 2002, n. 1018; id., sez. II, 3 settembre 2001, n. 1183.
[25] A. CIOFFI, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, *cit.*, p. 147.

ISSN 2036-7821

d'interesse ad agire, sull'assunto che non vi fosse possibilità alcuna di conseguire un risultato utile dall'accoglimento del gravame. Tale indirizzo è stato trasformato in norma dall'art. 1, comma 38, l. n. 190/2012, che ha aggiunto al comma 2 la statuizione secondo cui in caso di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo. Se ne deduce che il dovere di provvedere sia assoluto e senza deroghe, e che abbia solo pochi limiti, giustificati dal principio di economia dell'azione amministrativa, giacché si prevede il rilascio di un provvedimento espresso, seppur in forma semplificata, anche a fronte di istanze del tutto abnormi.
Il provvedimento deve essere emanato entro il termine stabilito per lo specifico procedimento. L'art. 2 pone una disciplina dei termini di conclusione dei procedimenti generale e completa: generale perché si applica laddove manchino disposizioni legislative speciali in tema di termini di conclusione del procedimento; completa poiché l'applicazione della medesima vale per tutte le fattispecie di procedimenti.
L'art. 2 rimette a ciascuna pubblica amministrazione, nei casi in cui i termini dei procedimenti da essa curati non siano già stabiliti per legge, l'obbligo d'individuarli per ciascun tipo di procedimento con propri atti di regolazione e di renderli pubblici. Di regola, la durata massima non deve superare i 90 giorni, in ragione della sostenibilità sotto il profilo organizzativo, della natura degli interessi pubblici coinvolti e della complessità del procedimento (commi 3 e 4). Le amministrazioni godono dunque di una certa discrezionalità.
Se le amministrazioni non provvedono a porre una propria disciplina, si applica un termine generale e residuale di 30 giorni (comma 2). La sua brevità funge da stimolo per le amministrazioni a individuare termini di durata più congrua[26].
In definitiva, l'art. 2 dà corpo al principio della certezza del tempo dell'agire amministrativo, che risponde sia all'esigenza delle amministrazioni alla cura sollecita degli interessi pubblici di cui sono portatrici, sia a quella dei soggetti privati, che dovrebbero poter programmare le proprie attività facendo affidamento sulla tempestività nell'adozione degli atti amministrativi necessari per intraprenderla[27].

2.1. Decorrenza, sospensione e interruzione del termine

Il comma 6 dell'art. 2 stabilisce il momento d'inizio della decorrenza del termine, ossia il ricevimento della domanda di parte o l'inizio del procedimento. Si evita in tal modo che la decorrenza sia determinabile in modo arbitrario da parte

[26] M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, IV ediz., Bologna, 2019, p. 250.
[27] M. CLARICH, *op. cit.*, pp. 250-251.

ISSN 2036-7821

dell'amministrazione, in assenza di regole di garanzia. A tal proposito, occorre identificare cosa significhi inizio del procedimento, a seconda che l'iniziativa sia di parte o d'ufficio: nel primo caso, la norma dispone – come anticipato – che la decorrenza si abbia dal ricevimento della domanda, ovvero dal momento della registrazione al protocollo dell'amministrazione titolare del dovere di provvedere[28]; nel secondo caso, la decorrenza si ha dall'inizio d'ufficio, ove l'atto d'inizio è a forma libera e il momento d'inizio non è predeterminato, ma segnato da valutazioni discrezionali dell'amministrazione[29]. Bisogna dunque tener presente la regola desumibile dai regolamenti statali, cioè che l'inizio d'ufficio e la decorrenza del termine siano determinati dalla ricezione della "notizia del fatto"[30].

Da altro punto di vista, invece, si può desumere che il termine decorra dal momento di adozione dell'atto di deliberazione interna positiva: è questo l'atto che apprezza che il fatto appreso dall'amministrazione manifesti la necessità di curare un interesse pubblico e dunque il dovere di provvedere. Assume la forma di nota del dirigente inviata al funzionario istruttore o, direttamente, di avviso dell'avvio del procedimento[31].

Non costituiscono invece atti d'avvio, e stanno fuori dal procedimento, le attività e le operazioni di delibazione preliminare, atte a vagliare i fatti potenzialmente idonei a provocare l'inizio del medesimo[32].

La sequenza procedimentale e il tempo che essa può assorbire è contemporaneamente attratta da due poli opposti: da una parte, ragioni di economicità, celerità, speditezza ed efficienza – ex art. 1, l. n. 241/1990 – dell'azione amministrativa giustificano un ritmo sollecito per lo svolgimento delle fasi del procedimento[33]; dall'altra, la necessità di ponderare a fondo le decisioni e di basarle su istruttorie il più possibile complete, impone un rallentamento del ritmo procedimentale, al fine di consentire la più ampia acquisizione d'interessi e il più completo accertamento dei fatti[34].

Così, l'art. 2, comma 7, stabilisce che i termini del procedimento possano essere sospesi, per una sola volta, per l'acquisizione d'informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'autorità procedente o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni.

---

[28] G. MORBIDELLI, *Il tempo del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 254.

[29] G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 254.

[30] G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 255.

[31] G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 255.

[32] A. CIOFFI, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, *cit.*, pp. 155-156.

[33] E. CASETTA, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 345.

[34] R. FERRARA, *Le complicazioni della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?* in *Dir. amm.*, 1997, p. 555.

ISSN 2036-7821

Ai sensi dell'art. 18 – come modificato dall'art. 3, comma 6-*octies*, l. n. 80/2005 – l'autorità procedente deve acquisire d'ufficio le certificazioni e i documenti laddove siano in possesso dell'amministrazione procedente, ovvero siano detenuti, istituzionalmente, da altre pubbliche amministrazioni. L'amministrazione procedente può chiedere agli interessati i soli elementi necessari per la ricerca dei documenti. Allo stesso modo, devono accertarsi d'ufficio, a cura del responsabile del procedimento, i fatti, gli stati e le qualità che la stessa amministrazione procedente o altra pubblica amministrazione è tenuta a certificare. Tali previsioni ricalcano quelle dell'art. 43, d.P.R. n. 445/2000 sugli accertamenti d'ufficio[35].

Anche gli artt. 16 e 17, nel prevedere specifiche ipotesi di sospensione dei termini del procedimento, rispondono al criterio del bilanciamento tra le due opposte esigenze della celerità e della ponderazione delle decisioni amministrative. Nell'ambito del subprocedimento consultivo, l'art. 16, comma 1, fissa il termine massimo di sospensione del procedimento nella fase di attesa dei pareri obbligatori richiesti ad altre amministrazioni in 45 giorni – come modificato dall'art. 17, comma 24, l. n. 127/1997 – dal ricevimento della richiesta. Qualora siano richiesti invece pareri facoltativi, sono le amministrazioni consultate a determinare il termine entro il quale il parere sarà reso[36]. Il periodo di sospensione del procedimento si dilata laddove l'organo che debba rendere il parere rappresenti esigenze istruttorie: in tal caso, il comma 4 dell'art. 16 prevede un'interruzione, per una sola volta, del termine di 45 giorni per esigenze istruttorie; il parere deve essere reso entro 15 giorni dalla ricezione degli elementi istruttori. E' previsto che la mancata comunicazione del parere entro i termini comporti la facoltà per l'autorità procedente di rinunciare all'acquisizione del parere, consentendo in tal modo la conclusione del procedimento "a prescindere" dall'acquisizione dell'interesse rappresentato dall'amministrazione consultata, ma rimasta inerte[37]. Tale regola non può però operare qualora il parere sia stato richiesto ad autorità preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini.

Allo stesso modo, gli artt. 2 e 17 prevedono che la necessità di acquisire valutazioni tecniche di organi o enti appositi[38] comporti la sospensione del termine per la conclusione del procedimento fino all'acquisizione delle valutazioni tecniche, per un periodo massimo non superiore a 90 giorni. Il decorso del termine di 90 giorni dal ricevimento della richiesta da parte di organi o enti appositi può essere interrotto, per

---

[35] R. MORZENTI PELLEGRINI, *Strumenti di semplificazione amministrativa: lo sportello unico per le attività produttive*, Bergamo, 2002, p. 33.

[36] C. BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, il Mulino, Bologna, 2002.

[37] V. PARISIO, *Celerità, qualità dell'azione amministrativa e mancato svolgimento della funzione consultiva*, in *Dir. e soc.*, 2004, 529.

[38] G. BOTTINO, *Le valutazioni discrezionali della pubblica amministrazione a contenuto tecnico-scientifico tra procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. e formazione*, 2005, 5, pp. 715-723.

ISSN 2036-7821

una sola volta, se l'organo adito abbia manifestato istruttorie e, in tal caso, la valutazione tecnica deve pervenire entro 15 giorni dal ricevimento del materiale istruttorio. L'inerzia dell'ente competente per oltre 90 giorni legittima l'autorità procedente a richiedere le predette valutazioni ad altri organi dell'amministrazione pubblica o ad enti pubblici dotati di qualificazione e capacità tecnica equipollenti o ad istituti universitari. A differenza dell'art. 16, non è consentito prescindere dall'acquisizione della valutazione tecnica, che deve essere richiesta ad altri enti parimenti competenti. Se la valutazione tecnica debba essere resa da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini, occorre attendere tale valutazione a scapito del sollecito andamento del procedimento.

Tali ipotesi di sospensione del termine dovrebbero essere compiutamente disciplinate dai regolamenti delle singole amministrazioni o dovrebbero essere predeterminati i tempi nei quali ciascun ente deve fornire gli apporti endoprocedimentali di propria pertinenza nei procedimenti di competenza di altre amministrazioni.

Più controversa è l'ipotesi di cui all'art. 10-*bis* – introdotto dall'art. 6, l. n. 15/2005[39]:la disposizione prevede che, nei procedimenti ad istanza di parte, il responsabile del procedimento, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunichi tempestivamente agli istanti i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza; entro e non oltre il termine di 10 giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti possono entrare in contraddittorio con l'autorità procedente presentando per iscritto osservazioni e documenti.

Tale adempimento reca delle conseguenze sulla durata del procedimento: innanzitutto, l'autorità procedente non può adottare il provvedimento se non siano decorsi i 10 giorni dalla ricezione della comunicazione; in secondo luogo, il preavviso di rigetto comporta l'interruzione dei termini di conclusione del procedimento, che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza dei 10 giorni concessi al privato per controdedurre.

Parte della dottrina, nonostante la disposizione parli di interruzione del termine, ritiene che in realtà ci si riferisca all'istituto della sospensione, poiché la disposizione stabilisce che i termini iniziano nuovamente a decorrere dopo il termine di 10 giorni, lasciando intendere che ricominci a decorrere il termine originario[40]; se così non fosse, il preavviso di rigetto si potrebbe trasformare in uno strumento mediante cui l'amministrazione potrebbe indebitamente ricorrere per protrarre i tempi di conclusione del procedimento.

[39] S. TARULLO, *L'art. 10 bis, l. n. 241 del 1990: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in *Giust. amm.*, 2005, p. 109.

[40] S. TARULLO, *op. cit.*, p. 115.

ISSN 2036-7821

Secondo un altro orientamento, si tratta invece di un'interruzione in senso tecnico[41] poiché, testualmente, l'art. 10-*bis* parla di interruzione e non di sospensione, e la formula secondo cui i termini cominciano nuovamente a decorrere allude chiaramente ad una nuova decorrenza del termine *ab initio*; infine l'interruzione dei termini, in luogo della sospensione, conferirebbe all'istituto del preavviso di rigetto dell'istanza maggiori garanzie di effettività, consentendo all'amministrazione di vagliare le osservazioni e i documenti prodotti dal privato entro un nuovo termine e non nei giorni rimanenti, dopo la sospensione del termine originario.
Secondo una tesi mediana, il termine del procedimento dovrebbe ritenersi interrotto solo nel caso in cui il privato si avvalga della possibilità di contraddire ulteriormente con l'autorità procedente, presentando osservazioni e documenti; in tal caso, la decorrenza del nuovo termine è giustificata dalla necessità di vagliare i nuovi elementi forniti. Viceversa, il termine dovrebbe ritenersi sospeso nel caso in cui non vengano presentate osservazioni e documenti da parte del privato, giacché non vi è ragione di determinare una dilazione del tempo procedimentale laddove il materiale istruttorio sia rimasto invariato[42].

3. Il ritardo nel provvedere e le sue conseguenze

Il mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento può provocare conseguenze di vario tipo:

- sul piano processuale (ricorso avverso il silenzio-inadempimento);
- sul piano procedimentale (potere sostitutivo);
- sul piano disciplinare e della responsabilità amministrativa e penale per il funzionario inadempiente;
- sul piano provvedimentale (silenzio-diniego o assenso).

Le esamineremo di seguito.

3.1. Il silenzio-inadempimento

La conclusione del procedimento con l'emanazione di un provvedimento espresso è l'evenienza fisiologicamente prevista dalla l. n. 241/1990. Tuttavia, può accadere che l'amministrazione non concluda il procedimento entro il termine previsto, e la situazione d'inerzia si protragga nel tempo. Si pone così la questione del silenzio della pubblica amministrazione.
Fino ad anni recenti, il regime ordinario del silenzio della pubblica amministrazione di fronte a istanze o domande presentate da soggetti privati è stato quello del c.d. silenzio-inadempimento. In questi casi, l'inerzia mantenuta oltre il termine assume il

[41] A. ALBE', *(in tema di) comunicazione al richiedente dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda*, nota a Tar Lazio, sez. II, 18 maggio 2005, n. 3921, in *Foro it.*, 2005, III, p. 437.
[42] M. PASSONI, *Quale tutela per le situazioni giuridiche partecipative?*, nota a Tar Lazio, sez. II, 18 maggio 2005, n. 3921, in *Urb. e app.*, 2005, p. 1194.

ISSN 2036-7821

significato giuridico di inadempimento dell'obbligo formale di provvedere *ex* art. 2, ovvero di concludere il procedimento mediante un provvedimento espresso.
L'inadempimento di tale obbligo non fa venir meno il potere-dovere di provvedere, considerata la natura di regola ordinatoria dei termini. Ciò significa che l'amministrazione può emanare il provvedimento anche in ritardo, ferma restando l'eventuale responsabilità per il danno cagionato al privato che aveva confidato nel rispetto del termine.
Nei casi di silenzio inadempimento, il privato interessato può proporre, dinanzi al giudice amministrativo, un'azione avente lo scopo di accertare l'obbligo di provvedere in capo all'amministrazione ed eventualmente la fondatezza della pretesa (art. 31 c.p.a.) e un'azione di adempimento volta a condannare l'amministrazione al rilascio del provvedimento richiesto (art. 34, comma 1, lett. *c)*)[43].
In realtà, per reagire ai ritardi e al silenzio dell'amministrazione, il privato ha a disposizione una serie di rimedi spesso macchinosi e poco efficaci: per risolvere in radice questo problema, il legislatore ha previsto due regimi di silenzio c.d. significativo, il silenzio-diniego (o rifiuto) e il silenzio-assenso (o accoglimento) – come si vedrà meglio al par. 4.

3.2. Il potere sostitutivo e altre misure di cui alla l. n. 120/2020 (di conversione del "decreto semplificazioni")

Il mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento può anche costituire motivo per l'esercizio del potere sostitutivo da parte del dirigente sovraordinato (artt. 16, comma 1, lett. *e)* e 17, comma 1, lett. *d)*, d.lgs. n. 165/2001).
Il potere sostitutivo è disciplinato anche dall'art. 2, l. n. 241/1990: in primo luogo, l'organo di governo di ciascuna amministrazione individua, tra le figure apicali, il soggetto – di regola un dirigente – titolare del potere sostitutivo (comma 9-*bis*); in secondo luogo, in caso di ritardo, il privato può rivolgersi al titolare del potere sostitutivo, che deve concludere il procedimento entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto tramite le strutture competenti o nominare un commissario *ad acta* (comma 9-*ter*). In terzo luogo, entro il 30 gennaio di ogni anno, il titolare del potere sostitutivo comunica all'organo di governo i procedimenti nei quali non è stato rispettato il termine (comma 9-*quater*), al fine di sensibilizzarlo e indurlo a intraprendere le iniziative necessarie per la risoluzione di questo tipo di problema. Infine, i provvedimenti su istanza di parte rilasciati in ritardo devono indicare sia il termine previsto dalla legge, sia quello effettivamente impiegato (comma 9-*quinquies*)[44].

[43] M. CLARICH, *op. cit.*, pp. 252-253.
[44] M. CLARICH, *op. cit.*, p. 252.

ISSN 2036-7821

L'art. 12, comma 1, l. n. 120/2020 ha aggiunto il comma 8-*bis* all'art. 2, l. n. 241/1990, che prevede l'inefficacia delle determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, concernenti alcuni istituti e procedimenti, adottate oltre la scadenza del termine per i medesimi previsto dalla legge[45].

3.3. Le conseguenze sul piano della responsabilità disciplinare e amministrativa del pubblico dipendente

Il dipendente pubblico che non osservi il termine di conclusione del procedimento va incontro a responsabilità di tipo disciplinare ed amministrativo.
Le sentenze passate in giudicato che accolgono il ricorso contro il silenzio dell'amministrazione sono trasmesse, in via telematica, alla Corte dei conti, affinché valuti i profili di responsabilità erariale in capo al pubblico dipendente[46] (art. 2, comma 8).
Inoltre, la mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente (comma 9).

4. Cenni alle altre tipologie di silenzio: il silenzio-diniego e il silenzio-assenso

In alcune ipotesi – non frequenti – stabilite dalla legge, il silenzio serbato dall'amministrazione assume valore di diniego dell'istanza: l'ipotesi più ricorrente è quella prevista dall'art. 25, comma 4, l. n. 241/1990 a proposito del diritto di accesso ai documenti amministrativi, ove si prevede che "decorsi inutilmente 30 giorni dalla richiesta, questa s'intende respinta". Contro questo tipo di atto di diniego tacito, può essere proposto ricorso secondo le normali regole vigenti per il processo amministrativo[47].
Altro caso di silenzio-diniego è quello previsto all'art. 36, T.U. edilizia, al cui comma 3 è stabilito che la richiesta di permesso in sanatoria, decorso il termine di 60 giorni dalla medesima, s'intende rifiutata.
Le ipotesi legislative di silenzio-assenso sono invece molto più numerose, in linea con la tendenza a rimuovere gli ostacoli alle attività dei privati. La disciplina generale dell'istituto è posta dall'art. 20 che, ai commi 1 e 3, ne definisce il campo di applicazione, in base ad alcuni criteri di tipo negativo. Il regime non vale innanzitutto nei casi di provvedimenti autorizzatori vincolati sostituiti dalla segnalazione certificata d'inizio attività di cui all'art. 19, soggetti a un regime di liberalizzazione. Non vale inoltre per i procedimenti che riguardano un elenco

[45] Sul punto, si v. P. MASCARO, *La conferenza di servizi tra semplificazione amministrativa e partecipazione procedimentale*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2021, p. 5.
[46] C. dei Conti, sez. I App., 2 ottobre 2020, n. 255.
[47] M. CLARICH, *op. cit.*, p. 253.

ISSN 2036-7821

piuttosto lungo d'interessi pubblici (comma 4): patrimonio culturale e paesaggistico, ambiente, difesa nazionale, pubblica sicurezza, ecc. Non vale in terzo luogo neppure nei casi in cui la normativa europea impone l'adozione di un provvedimento formale. Infatti il diritto europeo, come chiarito anche dalla giurisprudenza della CGUE, è contrario ad un'applicazione troppo estesa del meccanismo del silenzio-assenso, soprattutto laddove entrano in gioco interessi pubblici ritenuti prioritari – come ad esempio l'ambiente – che potrebbero subire pregiudizi a causa dell'effetto automatico abilitante, derivante dal mero decorso del termine. Non vale infine per le ipotesi di silenzio-rigetto tassativamente previste e per i procedimenti individuati mediante decreto del Presidente del Consiglio dei ministri.

L'amministrazione può evitare che si formi il silenzio-assenso non soltanto provvedendo nel termine previsto, ma anche indicendo, entro 30 giorni dalla presentazione dell'istanza, una conferenza di servizi (comma 2).

Il silenzio-assenso ha valore provvedimentale; ciò comporta due conseguenze: esso può essere oggetto di provvedimenti di secondo grado (revoca e annullamento d'ufficio); può essere impugnato dinanzi al giudice amministrativo, ad esempio da un soggetto terzo che vuole contrastare l'avvio dell'attività da parte del soggetto istante. Sotto il profilo procedurale, quest'ultimo deve dichiarare sotto propria responsabilità la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge; in caso di dichiarazioni mendaci, possono essere irrogate sanzioni anche penali e comunque rimangono fermi i poteri di vigilanza e di controllo anche dopo l'avvio dell'attività.

In conclusione, il regime del silenzio-assenso non fa venir meno il dovere di provvedere in capo all'amministrazione *ex* art. 2, non altera la struttura del procedimento, ma incide solo sulla fase decisionale, introducendo un incentivo al rispetto del termine[48].

Il regime del silenzio-assenso ha alcuni difetti: *in primis*, poiché esso può applicarsi anche a provvedimenti discrezionali, la ponderazione degli interessi pubblici, nei casi d'inerzia assoluta dell'amministrazione, non viene affatto operata, né può essere ovviamente demandata al soggetto privato istante, al quale viene richiesto di autocertificare i presupposti e i requisiti vincolati; l'amministrazione abdica così al proprio ruolo di cura dell'interesse pubblico. In secondo luogo, dal punto di vista del soggetto privato che ha presentato l'istanza, il silenzio-assenso non soddisfa l'esigenza di certezza in relazione allo svolgimento di attività sottoposte a controllo pubblico: infatti, formatosi il silenzio assenso, il privato non è in grado di sapere se dietro l'atteggiamento silenzioso dell'amministrazione si celi un'inerzia assoluta degli uffici, oppure se una qualche istruttoria sia stata in realtà compiuta, anche se l'amministrazione non è stata in grado di provvedere nel termine. Pertanto il rischio che essa intervenga in autotutela è molto maggiore nel caso del silenzio-assenso di

[48] M. CLARICH, *op. cit.*, p. 254.

ISSN 2036-7821

quanto non sia in quello dell'annullamento d'ufficio di un provvedimento positivo espresso[49].
In definitiva, il silenzio-assenso è una scorciatoia non risolutiva del problema del mancato rispetto dei termini, che non giova né all'interesse pubblico e né a quello privato. Del resto, anche la Corte costituzionale ha individuato, in particolare in materia urbanistica, limiti di ammissibilità del silenzio-assenso allo scopo di contenerne l'ambito di applicazione[50].

5. Il danno da ritardo e l'indennizzo

L'art. 7, l. n. 69/2009 ha fornito il primo fondamento normativo del c.d. danno da ritardo, figura già nota alla giurisprudenza amministrativa.
In particolare, alla figura del danno da ritardo possono essere ricondotte tre distinte ipotesi:

a) l'adozione tardiva di un provvedimento sfavorevole al soggetto privato;
b) l'adozione di un provvedimento favorevole ma tardivo;
c) la mera inerzia, ossia la mancata adozione del provvedimento[51].

Per quanto concerne l'ipotesi *sub* b), la risarcibilità del danno da ritardo coincide con il risarcimento dell'interesse legittimo pretensivo del soggetto privato con accertamento della spettanza del bene della vita richiesto[52], mentre per le restanti ipotesi, ci si trova dinanzi alla figura del c.d. danno da ritardo mero[53].
Si tratta di forme di danno non sovrapponibili tra loro, che possono essere azionate in giudizio sia alternativamente che cumulativamente, ma sempre con azioni autonome, che hanno subito un inquadramento dogmatico differente e che generano problematiche applicative diverse quanto alla selezione dei danni risarcibili ed all'onere probatorio[54].
L'art. 2-*bis*, l. n. 241/1990, nella sua versione originaria, devolveva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie concernenti la sua applicazione, nonché le controversie aventi ad oggetto la pretesa alla condanna dell'amministrazione per il danno derivante dall'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. Il codice del processo amministrativo ha successivamente abrogato questa disposizione e l'ha recepita all'art. 133, lett. *a)*.

---

[49] M. CLARICH, *op. cit.*, p. 255.
[50] C. cost., sent. n. 404/1997.
[51] M.L. MADDALENA, *Il danno da ritardo, profili sostanziali e processuali*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, pp. 174-175.
[52] G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2001, p. 287.
[53] M.L. MADDALENA, *op. cit.*, p. 175. Sul punto si v. anche M. CLARICH – G. FONDERICO, *La risarcibilità del mero ritardo dell'azione amministrativa*, in *Urb. e App.*, 1/2006, pp. 61-68.
[54] M.L. MADDALENA, *op. cit.*, p. 175.

ISSN 2036-7821

Per quanto concerne la natura giuridica della responsabilità per danno da ritardo, dottrina e giurisprudenza propendono per quella di tipo extracontrattuale: difatti l'art. 30, comma 4, c.p.a. parla di "risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprovi di aver subito in conseguenza dell'inosservanza, dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento".
Prima delle novelle normative era stata prospettata, specie da chi sosteneva la risarcibilità anche del danno da ritardo mero, una tesi alternativa a quella della responsabilità aquiliana, ovvero quella da "contatto qualificato", derivante dalla violazione di obblighi di natura procedimentale imposti all'amministrazione dalla legge sul procedimento amministrativo e da altre fonti, nei confronti del privato[55].
Si tratterebbe di una forma di responsabilità più assimilabile a quella di cui all'art. 1218 c.c., non essendo violato il generico precetto del *neminem laedere*, bensì uno specifico obbligo procedimentale in favore di un soggetto determinato, ossia il cittadino coinvolto in un procedimento amministrativo[56].
Nelle fattispecie di danno da ritardo mero, tale obbligo procedimentale consisterebbe nel rispetto dei tempi di conclusione del procedimento, il cui inadempimento genera un danno risarcibile.
La qualificazione del danno da ritardo nell'ambito della responsabilità da contatto comportava, sul piano della disciplina, una sua assimilazione alla responsabilità contrattuale per quanto concerne il riparto dell'onere della prova relativo all'elemento psicologico – non gravante sul danneggiato – e il termine di prescrizione – non quinquennale ma decennale[57].
In definitiva, dopo l'introduzione dell'art. 2-*bis*, anche la dottrina maggioritaria ha ritenuto confermata la tesi della natura aquiliana di tale forma di responsabilità[58].
In proposito, con la pronuncia n. 7/2005, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha disconosciuto la tesi secondo cui l'astratta risarcibilità del danno da ritardo connessa alla mera violazione della tempistica procedimentale – c.d. danno *in re ipsa* – provocato dall'inerzia o dal ritardo della P.A, accogliendo l'opposto orientamento che collega il ristoro patrimoniale alla dimostrazione del pregiudizio derivante dalla

[55] M.L. MADDALENA, *op. cit.*, p. 178.
[56] V. ANTONELLI, *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 3, p. 601.
[57] M.L. MADDALENA, *op. cit.*, p. 179.
[58] F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, II ediz., Roma, 2010, pp. 187-188, 200-201; R. GISONDI, *Il legislatore consacra la risarcibilità del danno da ritardo*, in F. CARINGELLA – M. PROTTO, *Il nuovo procedimento amministrativo*, Roma, 2009, p. 159; F. CARINGELLA – D. GIANNINI, *Codice del procedimento amministrativo*, Roma, 2010, p. 100; R. GRECO, *La riforma della legge 241/90, con particolare riguardo alla legge 69/2009: in particolare, le novità sui termini di conclusione del procedimento e la nuova disciplina della conferenza dei servizi*, in www.giustizia-amministrativa.it, pp. 10 e 13; P.M. ZERMAN, *Il risarcimento del danno da ritardo: l'art. 2 bis della legge 241/1990 introdotto dalla legge 69/2009*, in www.giustizia-amministrativa.it; S. D'ANCONA, *Il termine di conclusione del procedimento amministrativo nell'ordinamento italiano. Riflessioni alla luce delle novità introdotte dalla legge 18 giugno 2009 n. 69*, in www.giustamm.it, 2009, p. 3; P. SORICELLI, *La codificazione della disciplina speciale della responsabilità della P.A. per danno da ritardo?*, in www.giustamm.it, 2009, p. 5.

ISSN 2036-7821

mancata tempestiva concessione della *utilitas* (bene della vita), che costituisce il sostrato effettivo dell'interesse pretensivo.

Siffatto orientamento è stato superato dall'Adunanza plenaria n. 5/2018, che ha riconosciuto la risarcibilità del danno da ritardo mero, che viene in essere a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento. In tali fattispecie, il danno deriva dalla lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale, dal momento che il ritardo nell'adozione del provvedimento genera una situazione d'incertezza in capo al privato, tale da poterlo indurre a scelte negoziali che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto la risposta dell'amministrazione mediante l'adozione del provvedimento nel termine previsto[59].

Con l'Adunanza plenaria n. 7/2021, il Consesso ribadisce la natura da fatto illecito aquiliano della responsabilità dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi, sia da illegittimità provvedimentale che da inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento; il danno va in ogni caso liquidato secondo i criteri di determinazione del danno da perdita di *chance*, ivi compreso il ricorso alla liquidazione equitativa, e non può equivalere a quanto il ricorrente avrebbe lucrato se avesse svolto l'attività nei tempi pregiudicati dal ritardo dell'amministrazione.

L'art. 28, d.l. n. 69/2013, convertito nella l. n. 98/2013, ha introdotto il comma 1-*bis* all'art. 2-*bis*, l. n. 241/1990, il quale sancisce il diritto dell'interessato ad ottenere un indennizzo da ritardo[60].

La norma prevede che in caso d'inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunziarsi, l'istante ha diritto a un indennizzo per il mero ritardo, alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, comma 2, l. n. 400/1988. In tal caso, le somme corrisposte o da corrispondere a titolo d'indennizzo sono detratte dal risarcimento[61].

L'entità dell'indennizzo è fissata dalla l. n. 69/2013 in una somma pari a 30 euro per ogni giorno di ritardo con decorrenza dalla data di scadenza del termine procedimentale, complessivamente non superiore a 2000 euro.

Va precisato che tale disciplina è sperimentale e limitata solo a talune tipologie di procedimenti, per esigenze di risparmio della spesa pubblica.

---

[59] P. MASCARO, *La risarcibilità del danno da ritardo al vaglio del Consiglio di Stato*, Commento a Cons. St., sez. III, sent. n. 6755/2020, 2020, in *www.iusinitinere.it*.

[60] A, VACCARI, *Brevi cenni sulla responsabilità della pubblica amministrazione per ritardo nell'attività provvedimentale*, in *Foro amm. T.a.r.*, 9, 2013, p. 2949; V.M. D'ONOFRIO, *Il concetto di "tempo amministrativo": da emblema di discrezionalità dell'agere publicum a bene suscettibile di indennizzo economico*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2013, pp. 28 ss.; L. OLIVIERI, *Semplificazioni amministrative*, in S. BEDESSI – M.T. BIONDARO – G. DEL MAESTRO – L. OLIVIERI RICCADONNA, *Decreto del fare*, Rimini, 2013, pp. 55 ss.

[61] M.L. MADDALENA, *op. cit.*, p. 193.

ISSN 2036-7821

Lo stesso art. 28 disciplina poi il procedimento per ottenere tale indennizzo, prevedendo che l'istante sia tenuto ad azionare il potere sostitutivo di cui al comma 9-*bis* dell'art. 2, l. n. 241/1990 nel termine decadenziale di 7 giorni dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento[62].
Soltanto nel caso in cui nemmeno il ricorso al potere sostitutivo abbia sortito un effetto utile, l'istante può proporre ricorso ai sensi dell'art. 117 c.p.a. o 118, ricorrendone i presupposti: nel giudizio avverso il silenzio di cui all'art. 117, può dunque essere proposta anche la domanda per ottenere l'indennizzo; la stessa è parimenti trattata con rito camerale e decisa con sentenza in forma semplificata.
Se il ricorso è dichiarato inammissibile o è respinto in relazione all'inammissibilità o alla manifesta infondatezza dell'istanza che ha dato avvio al procedimento, il giudice, con pronuncia immediatamente esecutiva, condanna il ricorrente a pagare in favore del resistente una somma da due a quattro volte il contributo unificato, che risulta tuttavia dimidiato rispetto ai casi ordinari.
Inoltre, la pronuncia di condanna a carico dell'amministrazione deve essere comunicata, a cura della Segreteria del giudice che l'ha pronunciata, alla Corte dei conti al fine del controllo di gestione sulla P.A., al Procuratore regionale della Corte dei conti per le valutazioni di spettanza, nonché al titolare dell'azione disciplinare verso i dipendenti pubblici interessati dal procedimento amministrativo[63].
Al fine di rendere edotti gli interessati di tale opportunità, è previsto che nella comunicazione di avvio del procedimento e nelle informazioni sul procedimento pubblicate ai sensi dell'art. 35, d.lgs. n. 33/2013, debba essere fatta menzione del diritto all'indennizzo, nonché delle modalità e dei termini per conseguirlo, ed è altresì indicato il soggetto al quale è attribuito il potere sostitutivo e i termini a questo assegnati per concludere il procedimento[64].
La direttiva del Ministero per la Pubblica Amministrazione e la semplificazione del 9 gennaio 2014, nel dettare linee guida interpretative sull'art. 28 cit., ha in primo luogo sottolineato la diversa natura dell'indennizzo rispetto alla fattispecie del risarcimento del danno da ritardo, in quanto sganciata da ogni profilo di colpevolezza dell'amministrazione, e riconoscibile anche in caso di ritardo scusabile o dovuto a forza maggiore.
L'indennizzo da ritardo viene quindi inquadrato come una forma di ristoro che il legislatore ha previsto in via equitativa per il disagio patito a causa della violazione dei termini di conclusione del procedimento.

[62] M.L. MADDALENA, *op. cit.*, p. 193.
[63] M.L. MADDALENA, *op. cit.*, p. 194.
[64] M.L. MADDALENA, *op. cit.*, p. 194.

ISSN 2036-7821

Parte II - L'azione avverso il silenzio della Pubblica Amministrazione

1. Le origini dell'azione: l'assimilazione, da parte del Consiglio di Stato, del silenzio ad un "provvedimento negativo"

Le origini dell'azione avverso il silenzio della P.A. hanno le loro radici nella disciplina del ricorso gerarchico e nella sua interpretazione da parte della giurisprudenza. Per comprendere le linee fondanti del tema, è necessario ricostruire le evoluzioni interne alla giurisprudenza stessa.

La prima giurisprudenza della Quarta sezione prospettò la conclusione che, in concorso con altre circostanze – in particolare, in presenza di una diffida a provvedere notificata dal privato – il silenzio serbato su un ricorso gerarchico non precludesse la possibilità di proporre il ricorso giurisdizionale. In una decisione del 22 agosto 1902, la Quarta sezione affermò specificamente che il ricorso giurisdizionale doveva ritenersi ammissibile, anche nel caso in cui l'amministrazione competente, benché diffidata, non avesse preso in esame il ricorso gerarchico del cittadino[65]. Il ricorso giurisdizionale doveva ritenersi possibile, poiché il silenzio mantenuto dall'amministrazione doveva interpretarsi come reiezione del ricorso. Nel silenzio doveva individuarsi una decisione di rigetto: da qui il termine "silenzio-rigetto".

La possibilità d'individuare un atto amministrativo in un comportamento omissivo dell'amministrazione – o meglio una "dichiarazione di volontà" dell'amministrazione – trovava analoghi sviluppi a proposito del silenzio mantenuto su richieste di provvedimenti (c.d. silenzio-rifiuto) o in quello produttivo di effetti positivi per il richiedente (c.d. silenzio-assenso).

L'interpretazione del silenzio come atto realizzava una precisa utilità, perché consentiva la tutela giurisdizionale nei casi in cui essa sarebbe risultata altrimenti esclusa: infatti il ricorso alla Quarta sezione era configurato tassativamente come rimedio impugnatorio e, pertanto, se mancava il provvedimento, non si ammetteva neppure il ricorso[66].

Nella seconda metà del Novecento, soprattutto a partire dagli anni '60, il superamento dell'interpretazione tradizionale del silenzio-rigetto come decisione tacita di rigetto del ricorso gerarchico, ha condotto in un primo tempo ad elaborazioni diverse ad opera del Consiglio di Stato: nel 1978, l'Adunanza plenaria 4 febbraio 1978, n. 4 riprese in esame la questione, prospettando le seguenti conclusioni:

[65] A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XIII ediz., 2019, p. 156.
[66] A. TRAVI, *op. cit.*, p. 157.

ISSN 2036-7821

a) nel silenzio serbato su un ricorso gerarchico, non è identificabile un provvedimento di rigetto: la legge si limita ad attribuire valore di rigetto alla decorrenza del termine;
b) in ogni caso, una volta formatosi il silenzio-rigetto, il ricorso giurisdizionale si può proporre solo contro l'atto di primo grado, già impugnato in via gerarchica;
c) proprio perché la decorrenza del termine, anche se non implica l'assunzione di un atto amministrativo, ha pur sempre valore equipollente a una decisione di rigetto, ogni eventuale decisione successiva di accoglimento del ricorso deve ritenersi illegittima, perché assunta in violazione del principio "*ne bis in idem*";
d) viceversa, la decisione successiva di rigetto esplicito del ricorso deve ritenersi improduttiva di effetti giuridici nuovi, e quindi deve considerarsi come atto meramente confermativo, di per sé non impugnabile perché meramente riproduttivo di effetti precedenti.

In questo modo, era chiarito che una decisione tardiva di rigetto non comportava l'inammissibilità, per sopravvenuta carenza d'interesse, del ricorso proposto al giudice amministrativo dopo la formazione del silenzio-rigetto: se la decisione tardiva di rigetto deve intendersi come meramente confermativa, essa non comporta alcun onere d'impugnazione, perché non introduce elementi di novità sostanziale rispetto alla situazione precedente.

D'altra parte, non si capiva perché una decisione tardiva di accoglimento dovesse ritenersi per ciò solo illegittima, con la conseguenza che il ritardo nella decisione provocato da un fatto dell'amministrazione si sarebbe risolto in un nocumento per il ricorrente. Inoltre si finiva per escludere una garanzia di decisione nel caso di ricorsi proposti per vizi di merito: infatti, in tal caso le censure non possono essere riproposte in un ricorso giurisdizionale, normalmente ammesso solo per far valere vizi di legittimità[67].

Nel 1989 il tema fu nuovamente preso in esame dall'Adunanza plenaria, in due decisioni che hanno comportato una significativa revisione dell'indirizzo precedente (24 novembre 1989, n. 16 e 4 dicembre 1989, n. 17). L'Adunanza plenaria ha qui sostenuto che la formazione del silenzio-rigetto non priva l'amministrazione del potere di decidere il ricorso gerarchico – e quindi le decisioni tardive non sono di per sé illegittime – ma consente al ricorrente di scegliere fra la possibilità di un ricorso giurisdizionale o straordinario contro l'atto impugnato in via gerarchica, e la possibilità di attendere bla decisione del ricorso medesimo. In questo secondo caso, alla scadenza del termine di 90 giorni si configura una situazione affine a quella del silenzio-rifiuto: il privato, se l'amministrazione tarda a decidere, può notificare una diffida e poi tutelarsi come nei confronti di un silenzio-rifiuto. In questo modo il

[67] A. TRAVI, *op. cit.*, pp. 157-158.

ISSN 2036-7821

cittadino può assicurarsi una decisione sul ricorso gerarchico, specie se proposto per vizi di merito.
Alla luce delle due pronunce, alcuni profili sono rimasti però controversi: in particolare, se la decisione tardiva di rigetto comporti un onere d'impugnazione (in senso negativo, Ad. plen. 24 novembre 1989, n. 16, secondo cui la decisione di rigetto non avrebbe mai la capacità d'innovare la posizione del privato già leso dal provvedimento contestato in via gerarchica; in senso parzialmente affermativo, Ad. plen. 4 dicembre 1989, n. 17, con riferimento alla decisione di rigetto da cui emergano ragioni nuove rispetto al provvedimento di primo grado)[68].
Alla stregua di questa interpretazione, il silenzio-rigetto finisce col rappresentare sempre di meno uno strumento di raccordo fra il ricorso amministrativo e quello giurisdizionale o straordinario, assumendo sempre più il ruolo di strumento produttivo di utilità proprie, in particolare di rimedio idoneo a garantire effettivamente una tutela estesa al merito, anche se il ricorso giurisdizionale rimane circoscritto ai profili di mera legittimità.

2. L'evoluzione dell'azione: le prime codificazioni normative

La delimitazione dell'ambito della cognizione del giudice amministrativo nel giudizio sul silenzio-inadempimento della P.A. ha subito una lunga evoluzione normativa e giurisprudenziale, che può essere ricostruita, in chiave diacronica, in quattro fasi distinte:

1) La prima fase va dalla nascita dell'istituto del silenzio-rifiuto fino alla pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 10 del 1978: in tale periodo, la giurisprudenza nega l'esame sulla fondatezza della pretesa; il giudice deve vagliare, calendario alla mano, l'esistenza dell'obbligo in capo all'amministrazione di provvedere e l'inosservanza ingiustificata di tale obbligo da parte della medesima. In quest'ottica, la sentenza emessa avverso il silenzio-rifiuto è di mero accertamento, poiché o ribadisce l'obbligo dell'amministrazione di provvedere, oppure lo dichiara inesistente.
2) La seconda fase inizia con la pronuncia della Plenaria n. 10 del 1978 ed arriva sino alla l. n. 205/2000: a partire dagli anni '70, infatti, si è andato affermando, con riferimento al ricorso avverso il silenzio-rifiuto su atti vincolati, un orientamento innovativo volto a superare la tradizionale concezione che considera il processo amministrativo come esclusivamente impugnatorio. Con la pronuncia suddetta, si è ammessa per la prima volta la possibilità per il giudice amministrativo, limitatamente agli atti vincolati, di andare oltre il mero accertamento dell'illegittimità del silenzio-rifiuto e di pronunciarsi

[68] A. TRAVI, *op. cit.*, p. 158.

ISSN 2036-7821

anche sulla fondatezza dell'istanza presentata dal ricorrente[69]. Tale posizione è stata poi recepita, anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 2, l. n. 205/2000, dalla giurisprudenza prevalente, secondo la quale oggetto del giudizio d'impugnazione del silenzio-rifiuto non è il silenzio in sé, bensì la fondatezza della pretesa del ricorrente. Il giudice amministrativo, quindi, non è chiamato a pronunciarsi solo sull'obbligo di provvedere dell'amministrazione, ma è altresì abilitato, sia pure nel solo caso di atti vincolati, a verificare la fondatezza della pretesa stessa e a definire il contenuto del provvedimento che avrebbe dovuto essere adottato.

3) La terza fase è iniziata dopo l'introduzione, da parte dell'art. 2, l. n. 205/2000, di un rito speciale contro il silenzio-rifiuto dell'amministrazione ed è terminata con la l. n. 80/2005: in tale lasso temporale si afferma un indirizzo interpretativo, accolto poi dall'Adunanza plenaria n. 1/2002, secondo cui l'art. 2, l. n. 205/2000 avrebbe circoscritto la cognizione del giudice amministrativo esclusivamente alla verifica dell'esistenza di un obbligo di procedere in capo all'amministrazione, precludendogli l'esame del merito dell'istanza anche nei casi di attività vincolata[70]. Secondo questo orientamento, la particolare celerità del rito speciale contro il silenzio-inadempimento introdotto dalla l. n. 205/2000 sarebbe sintomatica, sul piano della cognizione, di una particolare semplicità dell'attività cognitiva consentita al giudice.
4) La quarta fase è stata inaugurata con la riscrittura dell'art. 2, l. n. 241/1990 ad opera della l. n. 80/2005, che ha espressamente attribuito al giudice amministrativo il potere di conoscere, nei giudizi contro il silenzio-inadempimento, "la fondatezza dell'istanza". La nuova norma se per un verso ha superato la tesi volta ad escludere la possibilità per il giudice amministrativo di accertare la fondatezza dell'istanza presentata dal privato, per un altro ha sollevato delicate questioni interpretative[71]. In particolare, fino a che punto potesse arrivare il sindacato del giudice amministrativo. L'espresso riferimento al potere di valutare la fondatezza dell'istanza, contenuto nel nuovo art. 2, comma 5, l. n. 241/1990, imponeva infatti di verificare se il legislatore avesse voluto introdurre, nei giudizi contro l'inerzia

[69] R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, p. 549.

[70] Il precedente indirizzo giurisprudenziale, si legge nella motivazione dell'Adun. plen. n. 1/2002, "non può che cedere di fronte alla normativa sopravvenuta che definisce in modo compiuto la tutela giurisdizionale accordata al privato nei confronti del comportamento omissivo dell'amministrazione", non determinando tuttavia nessun "arretramento" rispetto al passato, in quanto il nuovo rito, grazie all'abbreviazione dei termini e alla possibilità di ottenere la nomina del commissario *ad acta*, nel corso dello stesso giudizio, senza necessità di promuovere un giudizio di ottemperanza, assicura pur sempre al privato un significativo vantaggio anche rispetto all'indirizzo giurisprudenziale anzidetto.

[71] R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, p. 550.

ISSN 2036-7821

non qualificata della P.A., una vera e propria giurisdizione di merito[72], nell'ambito della quale il giudice potesse verificare la spettanza del bene della vita anche quando venisse in considerazione la discrezionalità amministrativa della P.A. Il Consiglio di Stato, in un'importante pronuncia – sez. IV, 10 ottobre 2007, n. 5311 – poi ribadita dalla giurisprudenza successiva, ha affrontato la questione chiarendo che la nuova versione dell'art. 2, l. n. 241/1990 non aveva inteso istituire un'ipotesi senza confini di giurisdizione di merito ma, più limitatamente, aveva attribuito al giudice, nei limiti della propria preesistente giurisdizione di legittimità o esclusiva, uno strumento processuale ulteriore nella medesima logica acceleratoria del contenzioso, che ha ispirato l'intervento riformatore del 2000. Da qui la conclusione secondo cui, nell'ambito del giudizio sul silenzio, il giudice poteva conoscere dell'accoglibilità dell'istanza:

a) nelle ipotesi di manifesta fondatezza, allorché siano richiesti provvedimenti amministrativi dovuti o vincolati, in cui non c'è da compiere alcuna scelta discrezionale che potrebbe sfociare in diverse soluzioni, e fermo restando il limite dell'impossibilità di sostituirsi all'amministrazione;
b) nell'ipotesi in cui l'istanza sia manifestamente infondata, sicché risulti del tutto diseconomico obbligare l'amministrazione a provvedere, laddove l'atto espresso non potrebbe che essere di rigetto[73].

E' interessante riportare le considerazioni che hanno indotto il Consiglio di Stato ad escludere la tesi secondo cui la l. n. 80/2005 avrebbe istituito una nuova giurisdizione di merito: un primo ordine di obiezioni viene rinvenuta sul piano costituzionale. Osserva il Consesso che, interpretata nel senso della giurisdizione di merito, "la norma non si sottrarrebbe a censure d'incostituzionalità, per aver previsto surrettiziamente una giurisdizione di merito senza confini, in cui sussiste in termini generali il potere del giudice di sostituirsi all'amministrazione. Al contrario, la giurisdizione di merito, al pari di quella esclusiva, ponendosi come derogatoria rispetto a quella di legittimità nella trama costituzionale improntata al principio di separazione dei poteri, necessita di una puntuale e tassativa previsione normativa"[74].

Ulteriori critiche concernono, sul piano logico:

a) il fatto che sarebbe contraddittorio che con il rito del silenzio si consegua un risultato maggiore di quello ottenibile in un ordinario giudizio di legittimità finalizzato all'annullamento di un provvedimento illegittimo;

[72] In tal senso, C.G.A., 4 novembre 2005, n. 726.
[73] R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, p. 551.
[74] Sez. IV, 10 ottobre 2007, n. 5311.

ISSN 2036-7821

b) la circostanza che l'accertamento della fondatezza della pretesa, nei casi di maggiore complessità, sarebbe incompatibile con la struttura snella e celere del giudizio.

Per attribuire alla norma un significato utile e legittimo occorre allora, secondo il Consiglio di Stato, muovere dai seguenti canoni ermeneutici:

a) si attribuisce al giudice un potere da esercitarsi nell'ambito di un rito speciale improntato ad esigenze di snellezza;
b) non si obbliga ma si facoltizza il giudice a conoscere della fondatezza della pretesa, senza autorizzarlo a sostituirsi in via diretta all'amministrazione adottando il provvedimento richiesto;
c) la cognizione sulla fondatezza dell'istanza può sfociare in un accertamento negativo per il richiedente[75].

Si può dunque concludere che la norma non abbia inteso istituire un'ipotesi senza confini di giurisdizione di merito ma, più limitatamente, abbia attribuito al giudice, nei limiti della propria preesistente giurisdizione di legittimità o esclusiva, uno strumento processuale ulteriore nella stessa logica acceleratoria del contenzioso che ha ispirato l'intervento riformatore del 2000.

3. Il codice del processo amministrativo: dall'azione di accertamento a quella di condanna in forma specifica e la configurabilità di un'azione di adempimento

Con l'avvento del codice del processo amministrativo, il giudizio sul silenzio non si risolve più in un'azione di mero accertamento: se accoglie la domanda, il giudice ordina all'amministrazione di provvedere. Tale ordine può essere o generico (diretto soltanto ad assicurare che l'amministrazione si pronunci, ponendo fine alla sua inerzia), o specifico (identificando il provvedimento da emanare in concreto, una volta accertata la fondatezza della pretesa del privato)[76].

A tale ultima ipotesi si riferisce anche l'art. 34, comma 1, lett. *c)*, c.p.a., come modificato dal d.lgs. n. 160/2012, secondo cui la "condanna al rilascio di un provvedimento richiesto" è ammessa non soltanto nel giudizio sul silenzio, ma anche in presenza di un'azione di annullamento.

Risulta così superata la disarmonia che si riscontrava in precedenza, quando la tutela del ricorrente risultava più intensa in caso di silenzio dell'amministrazione – ove l'azione di adempimento era contemplata già prima del codice – rispetto al caso dell'impugnazione di un provvedimento negativo. Inoltre trova così piena attuazione il principio, contemplato sin dall'inizio nel codice, secondo cui la sentenza di

[75] R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, pp. 551-552.
[76] A. TRAVI, *op. cit.*, p. 219.

ISSN 2036-7821

condanna del giudice amministrativo poteva avere ad oggetto anche "l'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione dedotta in giudizio"[77].

L'azione di adempimento non può comunque essere proposta in via autonoma[78]: essa ha carattere accessorio. Se l'amministrazione ha negato il provvedimento richiesto, è sempre onere del ricorrente proporre l'azione di annullamento. Di conseguenza, chi lamenti il rigetto di una sua istanza, può chiedere al giudice amministrativo di condannare l'amministrazione al rilascio del provvedimento positivo solo se abbia chiesto l'annullamento del diniego. Il codice esige anzi la contestualità delle due azioni[79]: di conseguenza, la domanda di adempimento deve essere proposta nel medesimo ricorso proposto contro l'annullamento di un atto o nei confronti del silenzio dell'amministrazione. Pertanto, risente anche del regime processuale delle azioni principali: in particolare, la domanda di adempimento è inammissibile se il ricorso per l'annullamento non sia stato proposto nel termine decadenziale prescritto[80].

Una pronuncia che imponga all'amministrazione di rilasciare un provvedimento, molto più spesso di quanto non si verifichi nel caso di annullamento di un provvedimento negativo, può produrre effetti giuridici anche nei confronti di soggetti terzi: l'ordine del giudice potrebbe riguardare l'emanazione di un provvedimento atto a pregiudicarli; dunque, la necessità di evocare in giudizio anche i medesimi – i c.d. controinteressati – è un'esigenza che valutata, caso per caso, in base ai caratteri del provvedimento richiesto.

Naturalmente, la condanna a rilasciare il provvedimento richiesto può ammettersi solo quando il giudice abbia potuto verificare che l'amministrazione avrebbe dovuto procedere al suo rilascio, essendo riservate a quest'ultima, come nel giudizio sul silenzio, le valutazioni discrezionali e le indagini tecniche in sede istruttoria[81].

Per porre rimedio all'inefficienza dell'amministrazione e dei concessionari di pubblici servizi, il d.lgs. n. 198/2009 ha introdotto una particolare azione, che si configura come un rito speciale: la c.d. azione per l'efficienza dell'amministrazione (o *class action*). Il giudizio verte no sull'impugnazione di un provvedimento o sul silenzio dell'amministrazione, ma sulla pretesa dei cittadini al "corretto svolgimento di una funzione amministrativa" – nel caso di mancata emanazione di atti generali – o alla "corretta erogazione di un servizio" – nel caso d'inosservanza di obblighi o standards stabiliti per quel servizio[82].

---

[77] Art. 34, comma 1, lett. *c)*.

[78] Art. 30, comma 1 e 34, comma 1, lett. *c)*, c.p.a.

[79] Art. 34, comma 1, lett. *c)*.

[80] A. TRAVI, *op. cit.*, p. 220.

[81] A tal proposito, l'art. 34, comma 1, lett. *c)*, c.p.a. rinvia espressamente all'art. 31, comma 3, sul giudizio sul silenzio.

[82] A. TRAVI, *op. cit.*, p. 222.

ISSN 2036-7821

L'azione è promossa dinanzi al giudice amministrativo da chi, vantando un interesse legittimo o un diritto soggettivo, lamenti una "lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi" per effetto di inadempimenti di un'amministrazione o del concessionario di un pubblico servizio.
E' però sempre necessario che il ricorrente vanti un interesse "omogeneo" a quello di una pluralità di utenti o di consumatori: può agire solo se faccia valere un interesse che non sia esclusivo di lui stesso, ma che sia condiviso da altri e che abbia perciò una dimensione generale; per questa ragione tale giudizio è stato accostato ad una *class action*.
Il ricorso può essere proposto, oltre che dal singolo, anche da associazioni o comitati di utenti o consumatori, a tutela dei propri associati (art. 1); in ogni caso, la loro legittimazione concorre con quella dei singoli cittadini. Il ricorso deve essere preceduto da una "fase amministrativa", che richiede la notifica di un'apposita diffida all'amministrazione o al concessionario inadempienti, perché rimedi all'inefficienza lamentata: il ricorso può essere proposto solo dopo che siano decorsi invano 90 giorni dalla notifica, ed entro un anno da tale scadenza (art. 3). La presentazione del ricorso è sottoposta a particolari forme di pubblicità, per agevolare l'intervento in giudizio dei soggetti che vantino un interesse analogo a quello del ricorrente. Il giudice, se accoglie la domanda, ordina all'amministrazione o al concessionario di porre rimedio, "entro un congruo termine", all'inadempimento (art. 4); in mancanza, può essere proposto il giudizio di ottemperanza (art. 5).
Il giudice amministrativo non può disporre alcun risarcimento del danno, e ciò conferma le finalità d'interesse generale e "correttive" dell'azione. Inoltre, non può adottare misure che possano comportare "nuovi e maggiori oneri per la finanza pubblica"[83].

4. La tutela del controinteressato

Prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, la giurisprudenza prevalente riteneva che non vi fossero controinteressati in senso proprio nei ricorsi contro gli atti di diniego e in quelli contro il silenzio dell'amministrazione. Secondo la giurisprudenza tradizionale, infatti, controinteressato è solo colui che abbia acquisito una determinata posizione giuridica in virtù e per conseguenza diretta dell'atto impugnato e che, quindi, si trovi a difendere dal richiesto annullamento una posizione attribuitagli da quell'atto.
Nel giudizio contro il diniego, al contrario, non può esservi alcun controinteressato poiché l'atto impugnato non attribuisce a nessuno posizioni favorevoli, non innovando in nulla la situazione esistente, ma si limita semmai ad evitare un pregiudizio al terzo. Dunque il diniego non crea posizioni nuove, limitandosi a

[83] A. TRAVI, *op. cit.*, p. 223.

ISSN 2036-7821

confermare lo *status quo* esistente. Esso, quindi, lede direttamente solo il soggetto che ha richiesto il provvedimento rifiutato, ma non reca alcun diretto e preciso vantaggio a favore di nessuno[84].

L'assenza di controinteressati, in tale prospettiva, è ancora più evidente nel giudizio contro il silenzio-inadempimento, mancando qui, più radicalmente, l'atto fonte di utilità per eventuali terzi, ai quali la giurisprudenza riconosceva una tutela che si estrinseca nella sola possibilità di proporre intervento volontario *ad opponendum*[85] oppure, in mancanza, nella possibilità d'impugnare il provvedimento che l'amministrazione adotti in seguito al giudicato il quale, ove non abbiano partecipato al relativo giudizio, non è loro opponibile.

Questa forma di tutela riservata al terzo nel giudizio contro il silenzio-inadempimento è apparsa inadeguata, soprattutto quando è stato riconosciuto al giudice amministrativo il potere di valutare la fondatezza dell'istanza, e quindi di predeterminare il contenuto del provvedimento che l'amministrazione dovrà adottare. In questi casi, il rimedio rappresentato dalla possibilità per il terzo d'impugnare il successivo provvedimento emanato dall'amministrazione in esecuzione di un giudicato che non lo vincola se non ha partecipato al relativo giudizio, appare insufficiente: per evitare questi inconvenienti, si avvertiva l'esigenza di coinvolgere il terzo nel processo prima che venisse pronunciata la sentenza[86].

Ora il codice si fa carico di questa esigenza di tutela prevedendo espressamente che il ricorso avverso il silenzio debba essere notificato, a pena d'inammissibilità, oltre che all'amministrazione inerte, ad almeno uno dei controinteressati (art. 117, comma 1).

Ammettendo che anche nel giudizio contro il silenzio possano esservi controinteressati, si determina un ampliamento della tradizionale nozione, che finisce quindi per abbracciare non solo chi trae un vantaggio dal provvedimento impugnato e che sia individuato nel contenuto dell'atto.

Sorge però il problema di comprendere quando, nel giudizio contro il silenzio-inadempimento, possa configurarsi un controinteressato in senso proprio: infatti, sostenendo che vi siano sempre dei controinteressati, si corre il rischio opposto di sacrificare eccessivamente la posizione del ricorrente, costringendolo a faticose ricerche[87].

A tal riguardo, appaiono necessarie due condizioni concorrenti:

1) la necessità che il ricorso avverso il silenzio sia diretto a stigmatizzare l'inerzia dell'amministrazione con riferimento ad un'istanza del privato diretta ad ottenere un provvedimento sfavorevole verso terzi. In tal caso, infatti, considerato che il terzo sarebbe destinatario diretto, se il ricorso venisse

[84] R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, p. 557.
[85] Cons. St., Ad. plen., 8 maggio 1996, n. 2; id., 24 luglio 1997, n. 15.
[86] R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, p. 558.
[87] R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, p. 558.

ISSN 2036-7821

accolto, di un provvedimento restrittivo della sua sfera giuridica, risulta difficile negargli la veste di controinteressato in senso almeno sostanziale, a prescindere dalla distinzione giurisprudenziale tra interesse a conservare un vantaggio ed interesse ad evitare un danno;

2) l'esigenza che il destinatario del provvedimento favorevole sia individuato o facilmente individuabile sulla base dell'istanza presentata dal privato all'amministrazione e sulla quale si è formato il silenzio inadempimento[88].

5. La trattazione e la decisione del ricorso

Il rito del ricorso avverso il silenzio si svolge in camera di consiglio, con applicazione dell'art. 87, c.p.a. A tal proposito, la scelta compiuta dal legislatore non era l'unica possibile: si sarebbe infatti potuto, anche per consentire una maggiore celerità nella definizione delle controversie soggette al processo in esame, diversificare il rito a seconda dell'oggetto del giudizio e della natura dell'azione: camera di consiglio quando la parte propone una domanda di "mero" adempimento, udienza pubblica in caso di domanda di adempimento ad emanare il provvedimento richiesto.

Non si è optato, però, per tale decisione per motivi di natura essenzialmente pratica. Infatti, la soluzione indicata avrebbe comportato il rischio che l'eventuale trattazione dell'azione proposta in udienza pubblica, per la presenza di una domanda di accertamento della fondatezza della pretesa, si concludesse, all'esito della verifica giudiziale, con la "sola" condanna ad adempiere. In altri termini, sarebbe potuto accadere che, al termine del più lungo procedimento in udienza pubblica, il giudice accertasse che, nonostante il rito prescelto, non fossero presenti i presupposti per un giudizio esteso al contenuto della domanda proposta[89].

Senza contare, poi, che la diversità di regime processuale avrebbe introdotto nel sistema un elemento di complicazione, considerato che, per come è formulata la norma in esame, non sussiste di fatto alcuna apprezzabile differenza di trattamento tra i due riti[90].

Nella fase di cognizione, si ha un rito connotato da termini brevi e sentenza in forma semplificata, con cui il giudice ordina all'amministrazione di provvedere (artt. 87 e 117, comma 2, c.p.a.)[91].

Il rito camerale di cui all'art. 87 prevede infatti il dimezzamento di tutti i termini processuali, salvo quelli per il ricorso principale, per i motivi aggiunti e il ricorso incidentale (sia in primo grado che nei giudizi d'impugnazione). Pertanto il ricorso avverso il silenzio deve essere depositato entro 15 giorni dal perfezionamento, per il destinatario, dell'ultima notificazione.

---

[88] R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, p. 558.
[89] F. CARINGELLA – M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, III ediz., 2013, p. 1132.
[90] F. CARINGELLA – M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, cit., p. 1132.
[91] Cons. St., sez. V, 17/04/2002, n. 2023.

ISSN 2036-7821

Le altre parti possono costituirsi entro 30 giorni dal perfezionamento della notificazione nei loro confronti, e proporre ricorso incidentale entro 60 giorni, sempre con tale decorrenza. Il ricorso incidentale va depositato entro 15 giorni.
L'udienza viene fissata d'ufficio – e pertanto non occorre l'istanza di fissazione dell'udienza – alla prima data utile decorsi 30 giorni dalla scadenza del termine di costituzione delle parti diverse dal ricorrente[92].
La regola del dimezzamento dei termini comporta che le parti possono depositare documenti, memorie e repliche, rispettivamente, fino a 20 giorni liberi, 10 giorni liberi e 5 giorni liberi prima dell'udienza (art. 73, comma 1, in combinato disposto con l'art. 87)[93].
Nella camera di consiglio sono sentiti i difensori delle parti che ne facciano richiesta.
La sentenza è resa in forma semplificata, nel termine dimezzato di 23 giorni. Se il ricorso viene ritenuto fondato il giudice, con la sentenza in forma semplificata, adotta le seguenti statuizioni:

- ordina all'amministrazione di provvedere;
- assegna all'amministrazione un termine per provvedere, che di norma non può essere superiore a 30 giorni;
- nomina contestualmente, ma non necessariamente, un commissario *ad acta* (art. 117, commi 2 e 3).

Il commissario *ad acta* può anche essere nominato successivamente, su istanza della parte interessata (art. 117, comma 3)[94].

6. La figura del commissario.

Come anticipato nel paragrafo precedente, il codice del processo amministrativo ha codificato la regola giurisprudenziale secondo cui il giudice amministrativo può nominare un commissario *ad acta* già con la sentenza con cui definisce il giudizio, ovvero successivamente su istanza della parte interessata.
Occorre in questa sede esaminare il tema del regime giuridico degli atti posti in essere dal commissario: prima della riforma, in assenza di una specifica previsione normativa, era prevalente l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il giudice adito *ex* art. 21-*bis* della legge Tar dovesse limitarsi a condannare l'amministrazione a provvedere senza poter valutare la fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere[95]; il commissario nominato, di conseguenza, era qualificato quale organo straordinario dell'amministrazione piuttosto che semplice soggetto ausiliario del giudice. Ciò in quanto – in presenza di una mera declaratoria di condanna dell'amministrazione a provvedere e in mancanza, pertanto, di alcun vincolo giudiziale posto alò successivo

[92] R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, III ediz., 2015, p. 1740.
[93] Cons. St., sez. VI, 16/02/2011, n. 996.
[94] R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, pp. 1740-1741.
[95] Cons. St., Ad. plen., 9 gennaio 2002, n. 1.

ISSN 2036-7821

esercizio del potere amministrativo – il commissario poteva agire con la massima libertà di azione. Gli atti posti in essere da quest'ultimo non potevano, dunque, essere considerati di esecuzione di una decisione giudiziale, ma veri e propri provvedimenti amministrativi emanati in sostituzione dell'amministrazione rimasta inerte. La loro eventuale contestazione da parte dei privati avrebbe pertanto dovuto svolgersi non innanzi allo stesso giudice dell'esecuzione, bensì in sede di giurisdizione generale di legittimità[96].

Con la riforma del 2005 – come già rilevato – si è stabilito che il giudice possa anche spingersi sino a valutare la fondatezza della pretesa azionata dal privato: alla luce di tale novità, escluso che il commissario potesse considerarsi sempre un organo straordinario, le possibili soluzioni erano due, strettamente dipendenti dalla questione relativa ai poteri del giudice dell'esecuzione nel rito sul silenzio.

L'orientamento giurisprudenziale prevalente[97] assegnava al commissario natura mista: più in particolare, nel caso d'inadempimento dell'amministrazione al dovere di eseguire la sentenza che avesse accertato la fondatezza della pretesa sostanziale, il commissario nominato per provvedere in luogo della P.A. veniva qualificato quale soggetto ausiliario del giudice: in questo caso, le analogie con l'ordinario processo di esecuzione erano evidenti. Nell'ipotesi in cui, invece, l'inesecuzione riguardasse una sentenza con cui il giudice si fosse limitato – in ragione della sussistenza di un potere discrezionale o di un potere vincolato che presupponeva un accertamento complesso – a condannare l'amministrazione ad adempiere, il commissario veniva qualificato quale organo straordinario: in tal caso gli atti di quest'ultimo venivano considerati veri e propri provvedimenti amministrativi imputabili all'amministrazione inadempiente e impugnabili, secondo le regole ordinarie, nel termine decadenziale di 60 giorni[98].

Un secondo orientamento qualificava il commissario, sulla falsariga di quanto avviene nel processo di esecuzione ordinario, sempre quale soggetto ausiliario: sembra che il legislatore della riforma abbia fatto propria questa seconda opzione interpretativa stabilendo, al comma 4 dell'art. 117, che il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, "ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario". La scelta legislativa appare condivisibile, in quanto si pone in linea con il principio di effettività, concentrazione e ragionevole durata del processo.

Deve però rilevarsi come tale previsione imponga di ritenere che il giudice amministrativo, in presenza di tali fattispecie, eserciti una giurisdizione estesa al merito, con gli stessi poteri del giudice dell'esecuzione di una sentenza emessa

[96] A. QUARANTA – V. LOPILATO, *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, 2011, p. 950.
[97] *Ex multis*, Cons. St., sez. IV, 25 giugno 2007, n. 3602.
[98] A. QUARANTA – V. LOPILATO, *op. cit.*, p. 950.

ISSN 2036-7821

all'esito del rito ordinario. Ciò in quanto, qualora l'amministrazione persista nell'inadempimento, in un ambito connotato da ampi margini di discrezionalità, non emanando il provvedimento dopo la condanna ad adempiere emessa dal giudice, quest'ultimo potrebbe decidere di adottare esso stesso la misura sostitutiva, ovvero nominare un commissario che provveda in luogo dell'amministrazione. In questo secondo caso, soltanto il riconoscimento della sussistenza di poteri di merito del giudice dell'esecuzione consente di ritenere che il commissario sia un ausiliario dell'ufficio giudiziario. Sussiste in altri termini una stretta correlazione tra la previsione di una giurisdizione di merito e la configurazione della natura dell'attività del commissario: solo ritenendo che il giudice abbia penetranti poteri, gli stessi potrebbero trasferirsi al commissario che diviene un suo ausiliario[99].

Così opinando, il legislatore non si sarebbe limitato ad estendere a questa fase le prerogative di merito dell'ordinario processo esecutivo, ma avrebbe creato una nuova ipotesi di giurisdizione estesa al merito. In mancanza di qualunque provvedimento amministrativo, la sentenza di esecuzione che dovrebbe seguire quella di condanna non potrebbe avere natura mista di cognizione e di esecuzione, ma solo di cognizione. In altri termini, saremmo in presenza di una decisione con cui il giudice adotta eventuali misure sostitutive per eseguire una sentenza che non pone, sul piano contenutistico, alcun vincolo. Il commissario verrebbe nominato non per attuare una sentenza, ma per sostituire un'amministrazione rimasta inadempiente al suo dovere di provvedere. Se si condivide quanto esposto, si tratterebbe di stabilire se sia possibile desumere la natura di merito della giurisdizione "implicitamente" dalla disciplina positiva della fattispecie[100].

Infine, deve rilevarsi come il legislatore non abbia trasposto nell'art. 117 la disposizione previgente, secondo cui all'atto d'insediamento il commissario, preliminarmente all'emanazione del provvedimento da adottare in via sostitutiva, doveva accertare se, anteriormente alla data dell'insediamento medesimo, l'amministrazione avesse provveduto, ancorché in data successiva al termine assegnato dal giudice. L'omessa riproduzione di tale norma non significa che l'amministrazione non conservi il potere d'intervenire anche dopo la proposizione del ricorso: essa si spiega soltanto in quanto si è ritenuto, con molta probabilità, che tale specificazione fosse ultronea a fronte di una norma che conferisce al commissario, quale organo ausiliario, ampi poteri sempre controllabili dallo stesso giudice del rito speciale[101].

7. La connessione con altre azioni e l'atto sopravvenuto

[99] A. QUARANTA – V. LOPILATO, *op. cit.*, p. 951.
[100] A. QUARANTA – V. LOPILATO, *op. cit.*, p. 951.
[101] A. QUARANTA – V. LOPILATO, *op. cit.*, pp. 951-952.

ISSN 2036-7821

Occorre esaminare cosa accade se nel corso del giudizio, prima della pronuncia della sentenza, sopraggiunga il provvedimento espresso o un atto connesso con l'oggetto della controversia.
Prima dell'emanazione dell'art. 117, un orientamento giurisprudenziale riteneva non ammissibile l'innesto di domande impugnatorie nell'ambito del rito speciale avverso il silenzio, in quanto ciò sarebbe impedito sia dai principi di tipicità e tassatività dei casi di conversione dei riti – *ex* art. 40, c.p.c. – sia dalla necessità di evitare facili elusioni dei tempi ordinari di trattazione delle controversie, anche in ragione dell'incompatibilità processuale del procedimento camerale con quello ordinario[102].
Di conseguenza, da un lato il ricorso per motivi aggiunti avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile, dall'altro il ricorso contro il silenzio sarebbe risultato inammissibile per carenza originaria d'interesse, se il provvedimento, ancorché non comunicato, fosse stato emanato prima della proposizione del ricorso stesso; improcedibile per carenza sopravvenuta d'interesse, se il provvedimento fosse intervenuto nel corso del processo; se poi l'atto sopravvenuto avesse avuto natura interamente satisfattiva in relazione alla pretesa fatta valere, si sarebbe potuta dichiarare la cessazione della materia del contendere[103].
La giurisprudenza amministrativa prevalente riteneva invece che, qualora nel corso del giudizio speciale contro il silenzio sopravvenisse il provvedimento espresso, per esigenze di concentrazione delle forme di tutela, esso potesse essere impugnato con motivi aggiunti[104]. Secondo siffatto filone giurisprudenziale, il giudice avrebbe dovuto però, sussistendone i presupposti, disporre la conversione del rito, applicando quello previsto per il provvedimento espresso. Si riteneva in tal modo ammissibile una decisione che, previa dichiarazione d'improcedibilità del ricorso avverso il silenzio per sopravvenuto difetto d'interesse, passasse ad esaminare il ricorso per motivi aggiunti e si pronunciasse sulla legittimità dell'atto sopravvenuto[105]. Qualora invece il provvedimento fosse stato emanato prima del ricorso, si sarebbe dovuto procedere nello stesso modo, dichiarando questa volta inammissibile il ricorso contro il silenzio. Anche in questo caso, qualora il provvedimento fosse stato pienamente satisfattivo della pretesa fatta valere, avrebbe potuto essere dichiarata cessata la materia del contendere[106].
Il legislatore, con il codice del processo amministrativo, ha codificato la regola giurisprudenziale da ultimo esposta, stabilendo che "se nel corso del giudizio sopravviene il provvedimento espresso, o un atto connesso con l'oggetto della

[102] Cons. St., sez. V, 4 marzo 2008, n. 897; Id., sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1586; Id., sez. VI, 28 giugno 2004, n. 4632; Id., sez. IV, 23 aprile 2004, n. 2386.
[103] A. QUARANTA – V. LOPILATO, *op. cit.*, p. 946.
[104] *Ex multis*, Cons. St., sez. IV, 27 ottobre 2006, n. 6439.
[105] *Ex multis*, Tar Campania, Napoli, sez. I, 28 febbraio 2007, n. 1285.
[106] A. QUARANTA – V. LOPILATO, *op. cit.*, p. 946.

ISSN 2036-7821

controversia, questo può essere impugnato anche con motivi aggiunti, nei termini e con il rito previsto per il nuovo provvedimento, e l'intero giudizio prosegue con tale rito" – art. 117, comma 5.

8. L'azione risarcitoria del danno da ritardo

Il principio di concentrazione delle azioni e di cumulo delle domande vale anche in relazione alla possibilità di cumulare il ricorso avverso il silenzio con la domanda di risarcimento del danno subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.

Il codice, al comma 6 dell'art. 117, prevede che l'azione di risarcimento del danno è proposta congiuntamente a quella contro il silenzio, il giudice può definire con il rito camerale quest'ultima e trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria.

La disposizione ammette in primo luogo la proponibilità contestuale delle due domande, finora esclusa dalla giurisprudenza e, a differenza di quanto previsto per l'impugnazione del provvedimento sopravvenuto, non stabilisce una conversione obbligatoria del rito, lasciando al giudice il potere di decidere con rito camerale l'azione avverso il silenzio e riservando al rito ordinario la trattazione della domanda risarcitoria[107].

E' quindi anche possibile che il giudice definisca con il rito camerale anche le domande risarcitorie il cui esame non richieda accertamenti complessi: ne discende che la conversione del rito camerale in rito ordinario sia facoltativa e rimessa alla valutazione del giudice.

Seppur la norma faccia riferimento alla proposizione congiunta dell'azione avverso il silenzio e della domanda risarcitoria, non dovrebbe essere esclusa la possibilità che quest'ultima sia proposta con motivi aggiunti nell'ambito del giudizio contro il silenzio.

La domanda di risarcimento del danno da inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento deve essere proposta entro 120 giorni dal decorso di un anno dalla scadenza del termine per provvedere.

Non essendo stata prevista una norma espressa che consenta al ricorrente di attendere l'esito dell'azione avverso il silenzio – come invece previsto per risarcimento e azione di annullamento dall'art. 30, comma 5 – il ricorrente, nell'approssimarsi della scadenza del termine di 1 anno e 120 giorni sopra menzionato, dovrà comunque proporre la domanda risarcitoria, anche in assenza di certezza sul contenuto dell'obbligo di provvedere[108]. Ciò limita in maniera evidente la strategia processuale della parte e sarebbe stato preferibile lasciare la formulazione dell'art. 30, comma 4, come ipotizzata dal Consiglio di Stato in sede di lavori

[107] R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, p. 559.
[108] R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, p. 559.

ISSN 2036-7821

preparatori, nel senso che l'azione risarcitoria poteva essere proposta senza limiti finché perdura l'inadempimento[109].

[109] R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, p. 559.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'utilizzo dei droni nell'attività di prevenzione degli illeciti. Tra riservatezza e tutela dell'ordine pubblico: caos e cosmo nell'universo degli *unmanned aerial vehicles*

di Camilla Della Giustina

(Ph.D. Candidate in Law; abilitata all'esercizio della professione forense; tirocinante presso Corte costituzionale)

Sommario

1. Introduzione. – 2. Droni aerei: una sfida linguistica, non solo giuridica. – 3. Il concetto di ordine pubblico. – 4. L'utilizzo dei droni nella tutela dell'ordine pubblico. – 5. I diritti fondamentali violati e tutelati dalla tecnologia 'drone'. – 5.1. La tutela del domicilio. – 5.2. The right to the outdoor space. – 5.3. La videosorveglianza alla luce dell'AI ACT. – 6. Droni e diritti fondamentali: un ossimoro?

Abstract

The privacy subject has always been closely connected with the development of technology. Essentially, the evolutionary trajectory of the latter enjoins one to both re-think and analyse more in-depth the legal contours of the privacy to be bestowed upon individuals against potential technological "invasions". It is crystal clear that the reference is to "drones", i.e., unmanned aerial vehicles. In the light of the European Union strategy, it becomes vital to think about both opportunities and challenges that arise from this technology. Bearing this in mind, the Leitmotiv concerns the right balance to find between heterogenous and multifarious rights. More precisely, it must be alluded to environmental protections, privacy and data protection, public safety and order.

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

1. Introduzione.

Il 29 novembre 2022 la Commissione Europea adottò una 'Comunicazione' relativa alla strategia da seguire nell'incentivare l'utilizzo dei droni nel territorio dell'Unione Europea[1].

Attraverso questo documento vennero definite le azioni, ritenute come necessarie, per garantire un ecosistema di droni da sviluppare nel territorio dell'Unione Europea per perseguire gli obiettivi del *Green Deal* Europeo[2]. Precisamente, venne proposta la possibilità di garantire che le operazioni eseguite tramite di 'droni' possano essere qualificate come intelligenti, sicure, resilienti e inclusive.

In base a quanto si legge, i cd. droni dovrebbero divenire un fattore "abilitante" della nostra vita quotidiana, dell'ambito economico e sociale, nonché motore di una ulteriore fase di digitalizzazione dell'economia europea.

Prendendo le mosse da queste premesse, il contributo si interroga sull'utilizzo dei droni nella prevenzione di illeciti; dunque, questa tecnologia puo' essere funzionale a supportare l'attività delle forze dell'ordine al fine di mantenere l'ordine pubblico e prevenire gli illeciti. Al tempo stesso dovrà essere preso in analisi il possibile impatto che detta tecnologia può avere sui diritti fondamentali degli individui. A titolo esemplificativo si richiama il diritto alla riservatezza anche in luogo pubblico.

Da una prospettiva metodologica, si inizierà con una breve precisazione terminologica circa detta tecnologia per poi addentrarsi, più propriamente, nella tematica. Alla luce di ciò verrà fornita una definizione di ordine pubblico per poi analizzare la sua possibile preservazione e tutela attraverso gli *unmanned aerial vehicles*.

2. Droni aerei: una sfida linguistica, non solo giuridica.

I sistemi a pilotaggio remoto, conosciuti maggiormente con l'espressione di droni[3], rappresentano una delle innovazioni maggiormente importanti del settore

*Il contributo costituisce una elaborazione della relazione dal titolo "L'utilizzo dei droni nell'attività di prevenzione degli illeciti. Tra riservatezza e tutela dell'ordine pubblico" in occasione del convegno "Intelligenza Artificiale, indagini atipiche e diritti fondamentali" svoltosi a Napoli il 14 dicembre 2023.

[1] Commission Staff Working Document EU Drone Sector state of play Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 'A Drone Strategy 2.0 for a Smart and Sustainable Unmanned Aircraft Eco-System in Europe' {COM(2022) 652 final}

[2] https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?qid=1588580774040&uri=CELEX%3A52019DC0640

[3] Sul punto è stato rilevato che "*the media uses the word "drone" to refer to a wide variety of unmanned flying machines*". T.T. TAKAHASHI, *Drones and Privacy*, in *Columbia Science and Technology Law Review*, vol. 14, n. 1/2012, p. 81.

Già a partire dal 1944 l'esercito britannico aveva sperimentato l'utilizzazione di velivoli non pilotati raggiungendo un determinato livello di successo nei successivi anni. Durante il secondo conflitto armato la Germania aveva predisposto un cospicuo numero di "*buzz bombs*", cioè aerei carichi di bombe pre-programmate per il volo automatico da indirizzare verso un target specifico. R. FREEDMAN, *The Wright Brothers: How They Invented the Airplane*, Holiday House, 1991, 31, pp. 36-37. La parola drone, quindi, all'inizio, indicava grandi aerei

ISSN 2036-7821

aeronautico. Al tempo stesso, essi rappresentano una sfida per la riflessione giuridica posta la progressiva ed esponenziale crescita[4]. Una caratteristica peculiare di questa tecnologia attiene al fatto che la stessa possa essere qualificata come tecnologia "*dual use*", in quanto suscettibile di applicazione sia in campo militare che in campo civile[5].
L'origine dei sistemi a pilotaggio remoto era esclusivamente militare[6]: i prototipi, infatti, vennero progettati per soddisfare necessità belliche, poiché impiegati nelle missioni definite "*dull, dirty, dangerous*[7]". Essi consentivano un dispendio minore sia in tema di costi operativi sia di rischi per l'equipaggio che poteva operare da remoto e non sul campo[8].
Il primo riferimento normativo che si rinviene a livello internazionale è l'art. 15, par. 2 della Convenzione di Parigi del 13 ottobre 1919: quest'ultima, tramite l'adozione del Protocollo di emendamento del 15 giugno 1929, disciplinava il sorvolo del "*pilotless aircraft*".
Ulteriore disposizione è l'art. 8 della Convenzione di Chicago del 1944 in tema di areazione civile internazionale[9], il quale riprende l'art. 15, par. 2 della Convenzione di Parigi. Ai sensi di questa disposizione viene vietato il sorvolo dello spazio aereo civile di uno Stato terzo da parte dei "*pilotless aircraft*" senza aver ottenuto una previa autorizzazione in tal senso da parte dello Stato sorvolato. Quest'ultimo, infatti, deve

radiocomandati a pilotaggio remoto. La difficolta definitoria deriva anche dalla considerazione, secondo cui, nel concetto di drone rientrerebbero sia sistemi di intelligenza artificiale (SIAR), sia velivoli privi di intelligenza artificiale poiché dipendenti, in maniera quasi esclusiva, del controllo umano. Si rammenta che la parola *drone*, in inglese, indica il fuco. Per una analisi etimologica, vedasi G. COLLOT, N. LOZITO, F. PETRONI, P. VENTIMIGLIA, *La guerra dei droni*, in *iMerica* (in collaborazione con *Limes- Riv. Ita. Geopolitica*), 2013, p. 12.

[4] A tal proposito degli studi condotti sono pervenuti a prevedere che nel 2035 saranno presenti nel cielo europeo circa oltre 7 milioni di droni; a ciò si deve aggiungere la previsione secondo cui il mercato degli UAS (*Unmanned Aircraft Systems*) raggiungerà $100 miliardi in relazione ai settori del trasporto, della sicurezza e del monitoraggio. FINNEGAN, *UAV Production Will Total $93 Billion*, in *Teal Group News Briefs*, 19.8.2015, in www.tealgroup.com. The Economist, *Drones need to be encouraged and people protected*, del 24 gennaio 2019.

[5] C. DELLA GIUSTINA, *Meccanismi SAPR e diritto del lavoro: quali rischi, quali opportunità per il diritto?* in *Diritto e Lavoro nelle Marche*, n. 2/2021, pp. 180 ss.

[6] È stato osservato che la prima "*macchina che vola*" della storia risale al IV sec. a.C definita come "*colomba di Archita*", descritta da Aulo Gellio quale "*colomba di legno, vuota all'interno, riempita d'aria compressa e fornita d'una valvola che permetteva apertura e chiusura, regolabile per mezzo di contrappesi. Messa su un albero, la colomba volava di ramo in ramo perché, apertasi la valvola, la fuoruscita dell'aria ne provocava l'ascensione; ma giunta ad un altro ramo, la valvola o si chiudeva da sé, o veniva chiusa da chi faceva agire i contrappesi; e così di seguito, sino alla fuoruscita totale dell'aria compressa*". A. GELLIO, *Notti Attiche*, lib. X, c. 12; K.P. VALAVANIS, K. KONTITSIS, *A Historical Perspective on Unmanned Aerial Vehicles*, in *Advances in Unmanned Aerial Vehicles: State of the Art and the Road to Autonomy*, edited by K.P. Valavanis, Dordrecht, 2007, 16.

[7] R. UNGARO, P. SARTORI, *I velivoli a pilotaggio remoto e la sicurezza europea. Sfide tecnologiche ed operative*, in *Quaderni IAI*, Roma, 2016, pp. 40 ss.

[8] G. VERUGGIO, F. OPERTO, *Roboetica: focus sulle problematiche civili e militari dei droni*, in *Mondo digitale*, 2015, pp. 3 ss.

[9] "*Aeromobili senza pilota*": "*nessun aeromobile manovrabile senza pilota può sorvolare senza pilota il territorio di uno Stato contraente, salvo autorizzazione speciale di detto Stato e conformemente alle condizioni di questa. Ogni Stato contraente si impegna a provvedere affinché il volo senza pilota di un tale aeromobile nelle regioni aperte agli aeromobili civili sia controllato in modo da evitare qualsiasi pericolo agli aeromobili civili*".

ISSN 2036-7821

garantire che il sorvolo avvenga in condizioni idonee a non compromettere la sicurezza degli aeromobili civili con equipaggio[10]. Tale ultima disposizione, ai fini di adeguare il dettato normativo del 1944 alle nuove esigenze operative, è stata oggetto di integrazione da parte della normativa ICAO[11] relativa ai mezzi aerei a pilotaggio remoto. Grazie a questa implementazione, diviene necessario assicurare che le operazioni svolte da tali mezzi, appunto a pilotaggio remoto, venga condotta in maniera tale da minimizzare i rischi per le persone, cose o altri velivoli[12].

In relazione all'aspetto terminologico, i meccanismi aerei a pilotaggio remoto hanno differenti denominazioni[13]: "*unmanned aircraft or ship guided by remote control or onboard computers*"[14]. Gli stessi sono altresì conosciuti come veicoli aerei inanimati o anche sistemi aeromobili senza pilota, "*Unmanned aerial vehicle*" (UAV) (espressione ritenuta ormai desueta), "*Unmanned aircraft systems*" (UAS), "*Remotely piloted aircraft*" (RPA), "*Remotely piloted aircraft systems*" (RPAS), Aeromobili a pilotaggio remoto (APR), Sistemi aeromobili a pilotaggio remoto (SAPR[15]).

Spesso, per riferirsi a queste nuove tecnologie, si ricorre al termine drone, utilizzando, però, una nomenclatura definita, dalla dottrina più autorevole, come generica e imprecisa[16]. È "*generico, in primis, poiché richiama soltanto il veicolo volante. È anche impreciso, in quanto non accenna al controllo remoto, così accomunando in una sola categoria gli apparecchi senza pilota a bordo, ma gestiti da remoto, e quelli pre-programmati e*

---

[10] C. DELLA GIUSTINA, *A spider in the sky saw me. Prime riflessioni sulla potenziale applicazione del modello 231 agli aeromobili a pilotaggio remoto*, in *Rivista231*, n. 4/2021, pp. 311 ss.

[11] ICAO Circular 328-AN/190 «Unmanned aircraft systems» del 2011, la quale è stata in seguito sostituita dal "*Manual on Remotely Piloted Aircraft Systems* (RPAS)", 2015 (first edition), (ICAO Document 10019 AN/507).

[12] Si tratta della IV appendice attinente ai "*Remotely Piloted Aicraft Systems*". Si segnala l'emendamento n. 175 all'Annesso n. 1 "*Personal Licensing*" adottato il 7 marzo 2018 che diverrà applicabile a partire dal 3.11.2022 contenente delle disposizioni nuove in relazione alla licenza del pilota da remoto e concernenti le condizioni per il rilascio della stessa, le competenze richieste, l'adattamento pratico e i requisiti di idoneità medica. L.M. SIA, *Profili attuali della disciplina giuridica dei mezzi aerei a pilotaggio remoto ed il regolamento dell'Ente nazionale dell'aviazione civile italiana (ENAC)*, in *Dir. trasp.*, 2014, pp. 751 ss.; A. MASUTTI, F. TOMASELLO, *International Regulation of Non-Military Drones*, Cheltenham UK, 2018, pp. 38 ss.

[13] Per definirli vengono spesso utilizzati diversi termini. D.A. DULO, *Aeronautical Foundations of the Unmanned Aircraft*, in ID, *Unmanned Aircraft in the National Airspace. Critical, Issues, Technology and the Law*, Chicago, Illinois, American Bar Association, Section of Science & Technology Law, 2015, pp. 21 ss.

[14] Y. WANG, H. XIA, Y. YAO, Y. HUANG, *Flying Eyes and Hidden Controlloers: A Qualitative Study of People's Privacy Perceptions of Civilian Drones in the US*, in *Proceedings on Privacy Enhanching Technologies*, vol. 3/2016, p. 172.

[15] Queste ultime due espressioni si rinvengono nella normativa nazionale: a tal proposito si segnala che, con la nuova disciplina ENAC UAS-IT del 4.1.2021, le espressioni APR e SAPR sono state sostituite dall'espressione UAS la quale, a sua volta, risulta essere condivisa a livello internazionale. Alla luce di questo è possibile sostenere che l'espressione UAS sia qualificabile come il *genus* comprendente sia i sistemi a pilotaggio remoto sia gli "*autonomous aicrcraft*" cioè quelli progettati per volare in autonomia senza intervento del pilota remoto.Per un approfondimento M.F. MORSELLO, *Aspectos jurídicos principales de las aeronaves sin piloto*, in *Nuevos enfoques del derecho aeronáutico y espacial. XXXVIII Jornadas latino americanas de derecho aeronáutico y del espacio*, a cura di M. C. Mayorga Toledano, Madrid, 2015, pp. 513 ss.,

[16] B. GOGARTY, M. HAGGER, *The Laws of Man over Vehicles Unmanned: The Legal Response to Robotic Revolution on Sea, Land and Air*, in *J. Law Inf. Sc.*, n. 19/2008, pp. 73 ss

ISSN 2036-7821

totalmente autonomi. Nondimeno, la parola drone è ampiamente impiegata nella prassi e richiamata in sede istituzionale, con l'obiettivo di semplificare il linguaggio giuridico a vantaggio del pubblico non specialista del settore"[17].

Per quanto attiene alle fonti nazionali, il testo originario del codice della navigazione del 1942 non conteneva alcun riferimento alcuno ai mezzi aerei a pilotaggio remoto. Solamente a seguito della revisione[18] avvenuta grazie ai d.lgs. n. 96/2005 e 151/2006 gli aeromobili senza equipaggio sono stati ricompresi nella nozione di aeromobile ex art. 743 cod. nav[19]. Dal tenore della disposizione emerge che i SAPR sono assimilati agli aeromobili venendo qualificati come tali. Si aggiunga a ciò che gli stessi sono altresì suscettibili di soddisfare il requisito funzionale della destinazione al trasporto determinante ai fini della nozione stessa di aeromobile[20]. Parte della dottrina, sul punto, sostiene, in maniera contrapposta, come l'art. 743 co. 2 cod. nav. non avrebbe assimilato i SAPR agli aeromobili sulla scorta di una *fictio iuris*. Più recisamente, questi ultimi non sarebbero ontologicamente aeromobili posto che non sono destinati al trasporto in quanto la loro unica funzione sarebbe quella di trasferire nello spazio aereo gli elementi che li compongono[21].

La dottrina più recente, invece, sostiene che, essendo alcuni SAPR capaci di trasportare cose o persone, essi integrerebbero l'eccezione ex art. 743 co. 1 cod. nav[22]. Nonostante questa affermazione è doveroso osservare che "*dell'essere considerati aeromobili e non dell'esserlo è un punto importante […], nel senso che può trarsi la*

[17] F. GASPARI, *La regolazione multilivello degli aeromobili a pilotaggio remoto e la disciplina «speciale» dell'ENAC nel contesto della pandemia COVID-19*, in *Rivista del Diritto della Navigazione*, n. 1/2020, 140-141.

[18] E. TURCO BULGHERINI, *La riforma del codice della navigazione parte aerea*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, pp. 1341 ss.; G. MASTRANDREA, L. TULLIO, *La revisione della parte aeronautica del codice della navigazione*, in *Dir. mar.*, 2005, pp. 1201 ss.; S. BOTTACCHI, *La riforma della parte aeronautica del codice della navigazione*, in *Dir. comm. internaz.*, 2006, pp. 215 ss.

[19] Esso, rubricato "*nozione di aeromobile*" recita "*per aeromobile si intende ogni macchina destinata al trasporto per aria di persone o cose. Sono altresì considerati aeromobili i mezzi aerei a pilotaggio remoto, definiti come tali dalle leggi speciali, dai regolamenti dell'ENAC e, per quelli militari, dai decreti del Ministero della difesa*".

[20] M. LAMON, M. BONAZZI, *I droni a supporto della pubblica sicurezza,* in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, vol. XIX/2021, pp. 65 ss.

[21] U. LA TORRE, *Gli UAV: Mezzi aerei senza pilota*, in R. TRANQUILLI LEALI, E.G. ROSAFIO *Sicurezza navigazione e trasporto*, Giuffrè, 2008, pp. 112 ss. E.G. ROSAFIO, *Considerazioni sui mezzi aerei a pilotaggio remoto e sul regolamento ENAC*, in *Riv. dir. nav.*, 2014, pp. 791 ss.Si segnala che è stato sostenuto che i droni sarebbero in grado anche di trasportare oggetti in relazione alle dimensioni e alla configurazione del velivolo stesso: molti di essi consentono di trasportare oggetti chiudendoli in un piccolo scomparto posizionato sul drone stesso, oppure mediante l'aggancio dell'oggetto al telaio o grazie alla predisposizione di un attacco esterno. C. SCHLAG, *The New Privacy Battle: How the Expanding Use of Drones Continues to Erode Our Concept of Privacy and Privacy Rights,* in *Journal of Technology Law and Policy*, vol. XII, Spring 2013, p. 8.

[22] F. GASPARI, *La regolazione multilivello degli aeromobili a pilotaggio remoto e la disciplina «speciale» dell'ENAC nel contesto della pandemia COVID-19, op.,cit.*, pp. 139-192.

ISSN 2036-7821

conseguenza che lì ove non vi sia un espresso riconoscimento non vi è un mezzo aereo a pilotaggio remoto che sia di per sé aeromobile da un punto di vista giuridico"[23].

3. Il concetto di ordine pubblico.

Come già sostenuto in precedenza, è essenziale procedere a una definizione di ordine pubblico al fine di comprendere l'operatività propria di questi sistemi a pilotaggio remoto.

Prima di affrontare il concetto vero e proprio di ordine pubblico, è necessario evidenziare che in determinati periodi storici, l'ordine amministrativo non richiedeva una specifica legittimazione. Il riferimento va sia alle monarchie assolute che limitate: in entrambe le fattispecie menzionate, infatti, il monarca era il titolare originario del potere esecutivo. La validità giuridica dell'ordine amministrativo rinveniva la propria fonte, diretta ed esclusiva, nel potere del monarca. Nel momento in cui si assiste al passaggio allo stato parlamentare si realizza, altresì, l'affermazione dello stato di diritto che poggia su due cardini: la sovranità parlamentare e la supremazia della legge. Da una prospettiva teorica, l'autorità amministrativa può emanare ordini amministrativi, in modo legittimo, non in quanto titolare di un originario potere ma in quanto detto potere le è conferito dalla legge[24].

Ancora differente risulta essere il concetto di ordine pubblico, un concetto di difficile definizione proprio a causa della formula linguistica: codesta espressione, infatti, contiene un sostantivo (ordine) e un aggettivo (pubblico) che, a loro volta, individuano delle aree concettuali di non semplice perimetrazione[25].

L'espressione "*ordine pubblico*", infatti, è "*una figura enigmatica*" priva di definizione, una figura a "*geometria variabile*"[26] poiché idonea a tagliare, in modo trasversale, i differenti settori giuridici. In modo sintetico è possibile sostenere che l'ordine pubblico sarebbe da riferire alla selezione dei principi ritenuti essenziali per l'ordinamento, dunque, appare chiara la sua funzione di protezione e promozione[27].

---

[23] B. FRANCHI, *Aeromobili senza pilota (UAV): inquadramento giuridico e profili di responsabilità I parte*, *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, p. 742.

[24] Si rimanda a S. FOIS, Legalità (principio di), in Enciclopedia del Diritto, XXIII, pp. 659 ss.; F. SATTA, Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico, Padova, 1969.

[25] Si deve evidenziare che la dottrina francese qualifica, tradizionalmente, l'ordine pubblico come quel principio che assolve il ruolo di assicurare un ideale di pace e di prosperità sociale. P. ESMEIN, *Obligations*, in M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français* , VI, Paris, 1952, p. 278. In modo non differente, la dottrina italiana vede nell'ordine pubblico un 'sintomo' di "*eticità di un determinato ordinamento, quale risulta dal complesso delle sue norme positive*". F. SATTA, (Commentario al codice di procedura civile, lb. IV, pt. II, Milano, 1971, p. 139.

[26] Si rimanda a A. GUARNIERI, *Ordine pubblico*, in *Digesto Discipline Privatistiche*, sez. civ., vol. XIII, Torino, 1995, p. 156.

[27] Si deve aggiungere che l'ordine pubblico appartiene ai cd. concetti, o principi, valvola, cioè quell'insieme di nozioni, di istituti, di precetti la cui funzione è quella di porre in essere "*una categorizzazione per l'imprevisto, nel prestare al diritto una certa flessibilità, una capacità di adattamento*". Alla luce di ciò vengono considerati quali, appunto, "*valvole di sicurezza*" dell'ordinamento giuridico. Cfr, rispettivamente, K.G. WURZEL, *Das juristische*

ISSN 2036-7821

Appare chiaro come l'ordine pubblico sia un concetto che, sebbene muti nella sua storia[28], abbia sempre un nucleo immutabile[29] di principi con i principi unificatori dell'ordinamento[30].

Da una prospettiva normativa, l'espressione 'ordine pubblico' entra nel panorama legislativo italiano nel codice civile del 1865 e della legge di pubblica sicurezza, la legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. B. Nella prima fonte normativa, l'art. 12 delle disposizioni preliminari enunciava che "*le leggi che riguardano in qualsiasi modo l'ordine pubblico e il buon costume*" impediscono che abbiano effetto nell'ordinamento italiano, "*se da esse difformi, le leggi, gli atti, le sentenze di un paese straniero*"[31]. *A contrario*, nella l. 2248/1865[32], l'ordine pubblico viene definito come uno degli interessi pubblici che legittimano specifici interventi dell'autorità di pubblica sicurezza come lo scioglimento delle riunioni, la sospensione o cessazione degli spettacoli, l'espulsione degli stranieri[33].

Il quadro viene complicato dall'assenza nella Costituzione italiana del riferimento all'ordine pubblico[34]. Nonostante ciò, vi sono altre formule che alludono a detto concetto, o a una parte di esso, quali l'incolumità pubblica dell'art. 14 in tema di libertà domiciliare, la sicurezza in tema di circolazione, art. 15, e di iniziativa economica privata, art. 41, e, infine, l'incolumità pubblica per quanto concerne la libertà di riunione, dunque, art. 17[35].

Denken, Wien, Perles, 1904, p. 86; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949, pp. 215-216. Quest'ultimo definisce i concetti valvola come quei concetti che "*vivono nella coscienza sociale*" e che appartengono ai concetti di valore politico: essi devono essere distinti dai concetti di valore etico, ossia, buona fede o colpa.

[28] F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007.

[29] È stato autorevolmente evidenziato che "*[i]n ogni ordinamento può invero individuarsi un nucleo di principi che forma il perno intorno a cui esso ruota; nucleo nel quale è racchiuso il fattore unificatore [rectius: ordinatore] della stessa organizzazione. Non importa se questi principi sono contenuti tutti in un documento rivestito di particolare forma, per cui hanno una forza ed un valore particolari (...). Ciò che importa è la loro esistenza, perché essi danno coesione ed unità all'ordinamento*". C. ROSSANO, *La consuetudine nel diritto costituzionale*, Napoli, 1992, p. 112.

[30] Non si può tacere come in dottrina sia stata evidenziata la contraddizione in base alla quale la funzione dell'ordine pubblico avrebbe, *prima facie*, un carattere contraddittorio: esso, infatti, tenderebbe a mantenere inalterata la vigenza dei principi fondamentali dinnanzi alla mutevolezza delle condizioni. Di qui, il rimando al carattere ordinante dell'ordinamento giuridico che, a sua volta, deve essere riferito al nucleo statico, forte e fondante sia della società che dell'organizzazione giuridica. L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993.

[31] Questo si riallaccia all'art. 6 del Code Napoléon.

[32] Detta legge riprende quella in precedenza in vigore, ossia, la legge 13 novembre 1959, n. 3720.

[33] Sul punto, cfr. C. ASTENGO, G. SANDRI, *Commento alle leggi di pubblica sicurezza*, Roma, 1889; G. CURCIO, *Commentario teorico pratico delle leggi di pubblica sicurezza*, Torino, 1891; L. PERRONI, *Le leggi di pubblica sicurezza*, in *Enciclopedia del Diritto Penale*, XIII, 1909.

[34] A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. giur.*, 1963, 111 ss.; C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1967, p. 359; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975

[35] A. PACE, *La libertà di riunione nella costituzione italiana*, Milano, 1967, pp. 149 ss.

ISSN 2036-7821

Dalla prospettiva della giurisprudenza costituzionale, l'ordine pubblico risulterebbe essere destinatario di due definizioni totalmente opposte rispetto a quelle presenti in dottrina. In base alla prima, sembra che l'ordine pubblico coincida con l'ordine legale sul quale poggia la convivenza e con l'ordine costituzionale, dunque, sembra aspirare ad avere un carattere ideale, non materiale. La seconda, invece, precisa che l'ordine pubblico è un bene inerente al sistema costituzionale al punto da rappresentare un limite insuperabile all'esercizio di tutti i diritti che sono garantiti dalla Costituzione.

Alla prima definizione è da riferire al conflitto tra più valori o diritti costituzionalmente garantiti e non tra il singolo diritto e gli interessi limite che la norma costituzionale indica nel momento in cui lo riconosce[36].

Appare chiaro che ordine pubblico sembra essere un concetto vago, impreciso o, meglio, "*qualche cosa di molto indeterminato che non sia colpito piuttosto da questo o quel reato, ma da ogni attività criminosa*"[37] volto a proteggere una categoria eterogenea di beni e interessi[38].

In base a un altro approccio, ordine pubblico sarebbe una formula che alluderebbe, *latu sensu*, al concetto di comunità e del quale esprimerebbe i criteri ordinanti[39]. Nel pensiero moderno, la comunità è stata identificata con lo Stato. Alla luce di ciò, l'ordine pubblico viene individuato nelle regole che ogni Stato attribuisce a una determinata società di individui[40]. Di conseguenza, sembrerebbe impossibile riferire il concetto di "ordine pubblico" all'ambito del diritto pubblico o del diritto privato poiché esso non apparterebbe né all'uno né all'altro. Precisamente, ordine pubblico è il presupposto quale elemento posto alla base della struttura della società[41].

4. L'utilizzo dei droni nella tutela dell'ordine pubblico.

La già richiamata "*Drone Strategy 2.0.*" rappresenta un documento strategico all'interno di un ecosistema nel quale i droni sono essenziali per la difesa di una Nazione, sia in una prospettiva attuale che futura. Ciò è confermato dal fatto che a partire dal 2003, l'Unione Europea ha investito un bilancio totale di quasi 980 milioni di euro nello sviluppo, o nell'utilizzo, di droni per applicazioni innovative[42].

---

[36] Precisamente, il riferimento va al rapporto che deve sussistere tra manifestazione del pensiero e buon costume, libertà di riunione e di circolazione, libertà di espressione e *privacy*, ecc.

[37] A. ZERBOGLIO, *Delitti contro l'ordine pubblico*, in *Trattato di diritto penale*, VI, Milano, 1910, pp. 2 ss.

[38] G. INSOLERA, *I confini tra fattispecie incriminatrici: art. 416 e 416-bis c.p.*, in *Diritto di Difesa*, 4, 2022, pp. 800 ss.

[39] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970.

[40] A. MONTANARI, *Ordine pubblico, diritto privato e vocazione internazionale*, in *Europa e Diritto Privato*, 1, 2022, pp. 133 ss.

[41] G. BARILE, *Ordine pubblico (dir. internaz. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXX, Milano, 1980.

[42] A ciò si deve aggiungere che ha finanziato 320 progetti relativi al settore dei droni nell'ambito della ricerca e dell'innovazione. European Commission. (2022) A Drone Strategy 2.0 for a Smart and Sustainable Unmanned Aircraft Eco-System in Europe. Brussels, 29.11.2022, COM(2022) 652 final.

ISSN 2036-7821

L'approccio fatto proprio dalla *Drone Strategy* pone molta enfasi sulla cooperazione civile e militare nel settore dei droni. Di qui, dunque, l'emersione di nuove sfide per quanto attiene la gestione di aspetti interconnessi all'ecosistema europeo dei droni[43].
Una applicazione 'civile' dei droni concerne il perseguimento di finalità di ricerca e soccorso, il contrasto di reati ambientali, il controllo civile del territorio rapportato a quelle attività che richiedono, per loro natura, una tempestività ontologica, alla sorveglianza degli incendi boschivi, al monitoraggio delle aree urbane, all'attività di prevenzione delle catastrofi naturali, dei vulcani, all'ispezione degli elettrodotti, nonché alla mappatura del territorio e alle attività antibracconaggio[44].
A titolo esemplificativo, durante l'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione dell'agente patogeno Sars-Covid-19, i droni vennero utilizzati per monitorare il rispetto delle prescrizioni anti-Covid 19 nei luoghi pubblici da parte della cittadinanza. In alcuni Stati dell'Australia[45], ad esempio, questo sistema era associato a una capillare rete di video sorveglianza installata nelle strade e nei parchi.
Da una prospettiva empirica, è possibile sostenere come attraverso la tecnologia droni sia possibile garantire l'ordine pubblico, la tutela della sicurezza pubblica e reprimere la commissione di reati. In altri termini, grazie all'impiego dei questi *unmanned aerial vehicles*, è possibile porre in essere una attività di videosorveglianza e di controllo della popolazione al fine ultimo di garantire l'incolumità dei consociati.
Volendo addentrarsi nello specifico, un potenziamento della videosorveglianza potrebbe essere funzionale a contrastare quelle esigenze di 'emergenza criminale'. Il riferimento, più precisamente, va al contrasto della tratta di esseri umani, dunque, al monitoraggio delle coste, nonché alla prevenzione dei femminicidi. Quanto a questi ultimi la tecnologia drone consentirebbe di ottenere mezzi di prova non solamente con riferimento alle violenze commesse in luoghi pubblici, o aperti al pubblico, ma anche in relazione a quanto si consuma all'interno dell'ambiente domestico.
La tecnologia di cui sono dotati i droni, infatti, permette, letteralmente, di "entrare" nelle abitazioni private dei singoli individui: grazie alla sofisticata tecnologia essi possono carpire informazioni non solamente a una distanza considerevole ma anche in presenza di barriere fisiche di protezione[46].

---

[43] C. LAVALLÉE, B. OLIVEIRA MARTINS, *Reframing Civil-Military Relations in the EU: Insights From the Drone Strategy 2.0.*, in *Journal of Common Market Studies*, 2023, pp. 1-7.

[44] G.L. BAUCE, *L'utilizzo dei droni nell'antibracconaggio e nella conservazione da parte dello Zimbabwe Parks and Wildlife Management Authority*, in *www.unive.it*.

[45] Precisamente, Victoria e New South Wales. Per un approfondimento, si rimanda a C. BASSU, *Il modello australiano di tutela dei diritti e le scelte di bilanciamento nella gestione di situazioni di emergenza*, in *DPCE-online*, 3, 2023, pp. 2659-2676.

[46] Si pensi che nel 2015 a New York dove si è realizzata la prima azione penale contro un drone: un soggetto fece volare il proprio drone appena fuori dalle finestre dei locali di una struttura ospedaliera dove venivano svolti esami clinici. Zangla, *David Beesmer Acquitted in Town of Ulster Drone Surveillance Case.*

ISSN 2036-7821

5. I diritti fondamentali violati e tutelati dalla tecnologia 'drone'.

È proprio l'ipotesi della repressione dei reati commessi contro persone vulnerabili o, meglio, i cd. reati endofamiliari che dimostra come l'utilizzo dei droni possa rappresentare un antidoto contro l'emergenza la quale assumerebbe i connotati di emergenza da videosorveglianza.

Alla luce di quanto detto, non si tratta solamente di proteggere il domicilio o qualsivoglia altro luogo privato ma anche la riservatezza degli individui nel momento in cui si trovano in luogo pubblico o in uno spazio aperto al pubblico.

Come sostenuto in dottrina, infatti, vi è necessità di tutelare la riservatezza e l'isolamento dei soggetti non solamente nel momento in cui questi si trovano all'interno di un luogo privato ma anche qualora siano in luoghi pubblici e che in essi possa essere ritenuta sussistente una ragionevole aspettativa di spazio privato. L'esempio che viene fornito concerne la presenza di un soggetto in un parco pubblico o a un evento sportivo: in queste ipotesi ogni individuo potrebbe vantare una forte aspettativa a non essere ripreso tramite meccanismi tecnologici[47].

5.1. La tutela del domicilio.

Per quanto attiene al primo aspetto, dunque tutela del domicilio, la disposizione cui fare riferimento è l'art. 14 della Costituzione. Detta disposizione costituzionale, infatti, accorda tutela non solamente al domicilio, ma anche a tutti quei luoghi, qualificati come quasi-domicilio. In essi, il soggetto non solo si percepisce come 'riparato' da sguardi indiscreti ma ha la possibilità di esercitare lo *ius excludendum alios*[48].

Di qui, dunque, diviene doveroso richiamare l'art. 615-*bis* cp che, al primo comma, enuncia che "*[c]hiunque, mediante l'uso di strumenti di ripresa visiva o sonora, si procura indebitamente notizie o immagini attinenti alla vita privata svolgentesi nei luoghi indicati nell'articolo 614*"[49]. Si tratta del reato di interferenze illecite nella vita privata il cui obiettivo è quello di tutelare la riservatezza del domicilio da parte di aggressioni realizzate con apparecchi di ripresa visiva o sonora. Alla base di ciò, vi è la considerazione secondo cui la riservatezza del domicilio può essere violata non solo

[47] R. CLARKE, *The regulation of civilian drones' impacts on behavioural privacy*, in *Computer Law and Security Review*, 30, 2014, pp. 286 ss.

[48] R. MARTINI, La privacy nel rapporto coniugale: in tema di prova dell'infedeltà coniugale, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (Il), 4, 2021, pp. 1910 ss.

[49] Detto articolo incrimina due condotte. La prima concerne l'atto con cui indebitamente ci si procura notizie e immagini che riguardano la vita privata che si svolge nel domicilio e nel luogo di privata dimora. La seconda, invece, viene punita la rivelazione o la diffusione delle notizie e delle immagini al pubblico ottenute con ricorso alle condotte descritte nel primo comma.

ISSN 2036-7821

con l'introduzione fisica ma anche a distanza, cioè, attraverso strumenti idonei ad acquisire dall'esterno immagini o notizie[50].
La persona offesa, dunque, è non solamente colui il quale subisce l'intrusione illecita in modo diretto ma anche chiunque faccia parte del suo nucleo privato e che diviene titolare di un diritto alla riservatezza[51].
L'aspetto problematico attiene alla esatta individuazione del luogo spaziale che va sotto l'espressione di "privata dimora".
La Suprema Corte[52] ha seguito l'orientamento prevalente attribuendo un significato esteso: "*privata dimora*" è più di "*abitazione*". Le Sezioni unite[53] hanno trovato un limite nei luoghi rispetto ai quali, in quanto aperti al passaggio e all'osservazione indiscriminata del *quivis de populo*, il soggetto non vanta uno *ius excludendi alios* ovvero un rapporto stabile o un'aspettativa di riservatezza che renda il rapporto medesimo privilegiato rispetto a chiunque altro.
In altre parole, perché si possa ritenere configurabile uno dei delitti posti a tutela dell'inviolabilità del domicilio, il soggetto deve compiere, anche in maniera transitoria e contingente, atti destinati a essere realizzati in un contesto riservato. A titolo esemplificativo, rientrano pacificamente attività lavorative e di natura professionale, in luoghi nei quali detiene l'astratta possibilità di inibire l'accesso al pubblico.
Particolarmente chiaro sul punto è il seguente passaggio il quale chiarisce che: "*non c'è dubbio che il concetto di domicilio individui un rapporto tra la persona e un luogo, generalmente chiuso, in cui si svolge la vita privata, in modo anche da sottrarre chi lo occupa alle ingerenze esterne e da garantirgli quindi la riservatezza. Ma il rapporto tra la persona e il luogo deve essere tale da giustificare la tutela di questo anche quando la persona è assente. In altre parole, la vita personale che vi si svolge, anche se per un periodo di tempo limitato, fa sì che il domicilio diventi un luogo che esclude violazioni intrusive, indipendentemente dalla presenza della persona che ne ha la titolarità, perché il luogo rimane connotato dalla personalità del titolare, sia o meno questi presente*"[54].
Secondo siffatta interpretazione non sarebbe, dunque, sufficiente riscontrare in capo al soggetto l'esclusiva disponibilità degli spazi utilizzati come contesto "*domiciliare*" in cui si realizza la condotta criminosa, ma risulterebbe necessario che il rapporto tra

[50] Questa esigenza nacque negli anni '70 quando fu chiaro che lo sviluppo tecnologico era idoneo a consentire una violazione di domicilio anche a distanza.
[51] M. MICCHÈ, *Lo studio medico rientra nei luoghi di "privata dimora"* , in *Cassazione Penale*, 7-8, 2021, pp. 2441 ss.
[52] Cass., Sez. V, sent. 1 marzo 2021 (dep. 1 luglio 2021), n. 25263, Pres. Bruno, Rel. Miccoli.
[53] Cass. pen., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 26795, Prisco. Nel caso *de quo*, le Sezioni Unite hanno stabilito che le videoregistrazioni di comportamenti non comunicativi effettuate in un luogo diverso dal domicilio ma nel quale si svolgano attività destinate a rimanere riservate (nella fattispecie camerini, di un locale pubblico) costituiscono una prova atipica e, pertanto, non possono essere utilizzate nel procedimento penale in mancanza di un provvedimento autorizzativo dell'autorità giudiziaria.
[54] Cass. pen., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 26795, Prisco

ISSN 2036-7821

il suddetto luogo e la persona sia stabile e non caratterizzato dalla mera occasionalità. Soltanto mediante il requisito della "*stabilità*", anche se inteso in senso relativo, è possibile inquadrare un luogo come domicilio e attribuirne la titolarità a una persona, che non risulti un semplice avventore o un utente più o meno occasionale.
Sulla stessa linea ermeneutica, si colloca la sentenza D'Amico[55], analogamente richiamata dalla pronuncia in oggetto, in cui si è ribadito che "*rientrano nella nozione di privata dimora esclusivamente i luoghi nei quali si svolgono non occasionalmente atti della vita privata, e che non siano aperti al pubblico né accessibili a terzi senza il consenso del titolare, compresi quelli destinati ad attività lavorativa o professionale*". Se ne deduce che la giurisprudenza di legittimità ammette una tutela estesa anche ai luoghi adibiti a funzioni di per sé ultronee rispetto a quelle ontologicamente connesse al concetto di abitazione. Affinché possa essere riconosciuta questa tutela è necessario che sussista il vincolo di stabilità tra il soggetto e il luogo privato.
Accanto a questa dimensione puramente proibitiva, a cui corrisponde la pretesa del singolo di un comportamento omissivo da parte di terzi, rientra, sempre nell'ambito di applicazione dell'articolo 14 Cost., anche il diritto di ammettere altri nel proprio domicilio (*ius admittendi*)[56]. Quest'ultimo permette la realizzazione della dimensione sociale e affettiva del soggetto privato in luoghi di privata dimora. In questa prospettiva, si ha un duplice meccanismo di tutela del domicilio secondo cui si riconosce a ciascun individuo il diritto di escludere e, allo stesso tempo, di ammettere altre persone dai luoghi in cui si svolge la propria "*vita intima*".
Questo approccio esegetico che attribuisce alla libertà di domicilio una latitudine estesa, ulteriormente ribadito dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 149 del 2008[57], pone in evidenza come la garanzia costituzionale ai sensi dell'art. 14 Cost. sia una premessa indispensabile per il concreto esercizio delle altre libertà fondamentali[58], tra cui rientrano quelle garantite dagli articoli 13 e 15 Cost.
In particolare, gli artt. 14 e 15 Cost. rappresentano il nucleo di riferimento attorno a cui fondare il diritto alla riservatezza domiciliare intesa come esclusività conoscitivo-spaziale di quanto accade nei luoghi in cui si svolge la vita privata dell'individuo. In

[55] Cass. Pen. Sez. Unite, Sent. 22 giugno 2017, n. 31345, D'Amico. Nel caso di specie, la Corte ha ribadito che rientrano nella nozione di "privata dimora" di cui all'art. 624-*bis* c.p. anche i luoghi destinati ad attività lavorativa e professionale purché non siano aperti al pubblico né accessibili a terzi senza il consenso del titolare.
[56] Non sussiste solamente lo ius *excludendi alios*, e cioè come pura e semplice "*facoltà di proibire l'ingresso a terzi*", vi sia anche il c.d. *ius admittendi* A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 2003, p. 212.
[57] Con detta pronuncia il Giudice delle Leggi evidenziò che l'art. 14 Cost. "tutela il domicilio sotto due distinti aspetti: come diritto di ammettere o escludere altre persone da determinati luoghi, in cui si svolge la vita intima di ciascun individuo; e come diritto alla riservatezza su quanto si compie nei medesimi luoghi".
[58] Montagna, *Libertà domiciliare*, in AA. VV. *Diritti della persona e nuove sfide del processo penale. Atti del XXXII convegno nazionale* (Salerno, 25-27 ottobre 2018), Milano, 2019, p. 120.

ISSN 2036-7821

questo modo si tende ad apprestare una piena garanzia allo svolgimento della vita privata del soggetto[59].

5.2. The right to the outdoor space.

Se da sempre è noto che la tutela di riservatezza allude alla presenza dell'individuo all'interno di un luogo privato, parte della dottrina ha avanzato l'ipotesi circa la sussistenza di una legittima aspettativa di *privacy* anche in un luogo pubblico. Alla base di questo, vi è la considerazione, secondo cui, "ciò che una persona cerca di mantenere come "privato" può ricevere una protezione costituzionale, anche nell'ipotesi in cui il soggetto si trova in un'area accessibile al pubblico"[60].

L'idea della tesi poc'anzi prospettata è che oggetto proprio della tutela della *privacy* siano le persone e non i luoghi di loro proprietà. Sviluppando il ragionamento emerge, quindi, che il diritto alla riservatezza debba essere effettivamente tutelato anche nell'ipotesi in cui il soggetto si trovi in un luogo non privato.

Sebbene il riconoscimento della "*full protection of privacy*" sia antico quanto la stessa *common law*[61], è da evidenziare che l'evoluzione tecnologica richiede una nuova riflessione in tal senso[62]. Risulta, *ergo*, non essere più attuale la definizione di *privacy* quale "*the condition in which others are depriyed of access to you*"[63] per differenti motivi. In primo luogo, si realizza una condizione di vulnerabilità rispetto alle persone i cui comportamenti risultano essere controllati. In secondo luogo, non esercitare il controllo su chi osserva e "*segue*" un determinato individuo produce un effetto distruttivo sulla personalità dell'essere umano[64]. In altri termini, un sistema di sorveglianza[65] globale tende a essere distruttivo poiché dimostra la mancanza di rispetto nei confronti di ogni singolo soggetto al punto da non considerarlo più come persona ma come oggetto. La sorveglianza pervasiva, infatti, determina una distorsione della personalità umana: la singola persona diviene un oggetto sul quale

[59] F. PITTAU, *Interferenza illecita nella vita privata e riservatezza domiciliare: la Cassazione estende la nozione di "luogo di privata dimora"*, in *Sistema Penale*, 23 novembre 2021.

[60] *Katz v United States*, 1967: "*what [a person] seeks to preserve as private, even in an area accessible to the public, may be constitutionally protected*", mia traduzione non letterale dall'inglese.

[61] BLACK'S LAW DICTIONARY, 2009.

[62] Questa riflessione si fonda sull'idea secondo cui, il rapporto tra tecnologia e diritto può essere interpretato "*come una tecnica che regola un'altra tecnica, ossia una meta-tecnologia*". L. MERLA, *Droni, privacy e tutela dei dati personali*, in *Informatica giuridica*, 2006, n. I, p. 32.

[63] J. H. REIMAN, *Driving to the Panopticon: A philosophical Exploration of the Risks to Privacy Posed by the Highway Technology of the Future,* in *Santa Clara High Technology Law Journal*, 1, 1995, p. 30.

[64] J. ROSEN, *The Naked Society: Reclaiming Security and Freedom in an Anxious Age*, 2004.

[65] Si è parlato in dottrina di "società sorvegliata" per indicare l'assetto che ha assunto la società nell'era digitale. D. LYON, *Surveillance Society: Monitoring Everydaylife*, Buckingam-Philadelphia, 2001; B. KREENAN, *Automatic Facial Recognition and the Intensification of Police Surveillance*, in *Modern Law Review*, 4, 2021, pp. 886 ss.

ISSN 2036-7821

produrre delle azioni e non viene considerata quale attore moralmente responsabile[66].

Proprio in base a quanto appena riportato, si ritiene che il singolo individuo possa essere ritenuto titolare di un "*right of personal outdoor space*"[67] da contrapporre, di conseguenza, alla necessità di apprestare una tutela ai luoghi privati. La differenza che intercorre tra queste due differenti tutele attiene al fatto che, nel secondo caso, vi è la possibilità per l'individuo di escludere "gli altri" attraverso la predisposizione di barriere, siano esse tende, oscuranti, ecc. Nel primo caso, invece, risulta essere impossibile determinare l'isolamento appena descritto.

Si tratta di un aspetto particolarmente delicato poiché richiede un bilanciamento[68], necessario, rispetto a esigenze di ordine pubblico che posso richiedere la ripresa nonché la potenziale divulgazione di immagini carpite tramite UAV.

Per quanto concerne il rapporto tra videosorveglianza ed esigenze di tutela dell'ordine pubblico, è stato sostenuto che, "*l'essere sorvegliati non è solo un'esperienza del corpo, ma anche un'esperienza della mente. La progressiva riduzione degli spazi liberi dalla sorveglianza (una spazialità intesa non solo in senso fisico, ma anche simbolico) può portare alla generazione di conflitti e di un forte sentimento di controllo insicurezza nei soggetti, contraddicendo la tesi di legittimazione della sorveglianza, la sua vocazione a produrre sicurezza. L'obiettivo delle telecamere è in sé stesso l'esercizio del potere di controllo: ma questo obiettivo non dipende solo dalla capacità di sorvegliare, ma dalla reazione che il soggetto osservato mette in atto nei confronti della sorveglianza*" [69].

---

[66] D.J. GLANCY, *Privacy on the Open Roard*, in *Ohio Northern University Law Review*, 3, 2004, pp. 295 ss.

[67] C. DELLA GIUSTINA, *Unmanned Aerial Vehicle (UAV) e tutela della privacy dell'individuo nella nuova techno-society dell'Unione europea e oltre. Esiste un diritto alla riservatezza nei luoghi pubblici?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1, 2022, pp. 163 ss.

[68] Con il concetto di bilanciamento, si allude a "*una capacità, almeno in parte di carattere intuitivo, di individuare una linea di condotta che risponda in modo adeguato alle peculiarità del caso in esame. Nel caso del bilanciamento tra principi in conflitto sembra si possa affermare, la deliberazione giudiziale assume direttamente, senza mediazioni, i tratti del giudizio morale, il giudice si pronuncia per così dire direttamente senza essere soggetto a gran parte dei vincoli che abitualmente orientano le sue decisioni su questioni di giustizia. La metafora del bilanciamento insomma suggerisce un'immagine quasi sapienziale della decisione giudiziale*". B. CELANO, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in M. BASCIU, (a cura di) *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, in *Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Milano, 2002, pp. 101-102. Ulteriore aspetto da sottolineare è che, "*il bilanciamento consiste nell'istituire tra principi o diritti in conflitto una "gerarchia assiologica mobile"*: la gerarchia prodotta all'esito del bilanciamento giudiziale tra i due diritti o principi in conflitto è assiologica in quanto istituita tramite un giudizio di valore dell'interprete, mobile in quanto relativa al caso concreto e non necessariamente riprodotta in casi futuri. Aderendo a detta ricostruzione teorica bilanciare non vuol dire ponderare o trovare un punto di equilibrio ma piuttosto sacrificare, accantonare un principio a favore di un altro seppur soltanto in relazione ad uno specifico caso concreto". R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Diritto pubblico*, 1998, p. 651 ss.; P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi di interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999, p. 287.

[69] F. ZAMBELLI, *Videosorveglianza e grandi eventi: una questione di legacy*, in *Sicurezza, terrorismo e società*, 1, 2015, pp. 206-207; J. FITCHETT, M. LIM, *Consumer experiences in the "house of the future": An enquiry into-surveillance-based consumer research techniques*, in *Consumption Markets & Culture*, 2, 2007, pp. 137 ss; M. ZALNIERIUTE, *A*

ISSN 2036-7821

Attraverso il rispetto del già menzionato "*right of personal outdoor space*", dovrebbe assicurata all'individuo la possibilità di decidere, in applicazione di un principio di autodeterminazione, se essere o meno destinatario di un controllo da parte di soggetti terzi[70]. Esso dovrebbe essere interpretato come una nuova declinazione del diritto alla *privacy* ma differente e più ampio. Lo stesso e' differente, poiché dovrebbe essere riferito a tutte le situazioni in cui il soggetto si trova a svolgere una attività lecita in un luogo pubblico, in uno spazio pubblico o aperto al pubblico[71]. Più ampio poiché alluderebbe non solamente il diritto a non essere "*oggetto*" di controllo ma, altresì, a non veder divulgate immagini che lo ritraggono in quel determinato spazio[72].

Questa nuova dimensione della *privacy* pubblica non coinciderebbe con il diritto a essere dimenticato o lasciato solo ma, *a contrario*, integrerebbe una rivendicazione di riservatezza per quanto attiene allo svolgimento di attività quotidiane[73]. Viene rivendicato, in altri termini, il diritto a non essere spiato, potenzialmente, in modo continuo[74], da parte di un indeterminato numero di soggetti i quali, a seguito dell'attività di raccolta di una quantità massiccia di informazioni possono arrivare alla divulgazione di queste[75]. A ciò si aggiunga che, proprio per le potenzialità di

---

Struggle for Competence: National Security, Surveillance and the Scope of EU Law at the Court of Justice of European Union, in *Modern Law Review*, 1, 2022, pp. 198 ss.

[70] Sul punto Cfr. M. COCUCCIO, *Dimensione "patrimoniale" del dato personale e tutele risarcitorie,* in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), 1, 2022, pp. 230 ss.; A. DEL NINNO, *Diritto all'autodeterminazione sui propri dati e danno da trattamento,* in P. CENDON (a cura di), *Il risarcimento del danno non patrimoniale. Parte Speciale*, Torino, 2009, pp. 424 ss.; P. PERLINGERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, pp. 262 ss.; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017; A. TURING, *How can we design fair, transparent, and accountable AI and robotics?,* Alan Turing Institute, 2014; T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica,* in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica* (II), 3, 2020, pp. 465 ss.

[71] Questo sembra essere coerente con una delle declinazioni del concetto di *privacy* ai sensi della Costituzione irlandese, secondo la quale, la *privacy* avrebbe tre dimensioni: la prima attiene alla tutela delle proprie informazioni private, la seconda concerne una *privacy* spaziale che si scinde, a sua volta, sia in "*the inviolability of the dwelling*" sia in una aspettativa di *privacy* anche in luogo pubblico. Constitution of Ireland 1937, Art 40.5. D. MCCALLING, *Online behavioural advertising: are the Irish privacy laws in need of "re-Phorm"?* in *Communication Law*, 3, 2011, pp. 60 ss.

[72] Ciò è coerente con il *decisum* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *Peck* and *PG and JH* in base al quale "risulta esservi una zona di interazione tra la persona e gli altri, perfino in un contesto pubblico che può quindi rientrare nel concetto di vita privata, mia traduzione non letterale dall'inglese.

[73] Da una prospettiva di letteratura internazionale, si rimanda a C. DELLA GIUSTINA, P. DE GIOIA CARABELLESE, *AI, Facial Recognition, and Policing: Business Opportunities and Legal Challenges: A UK Analysis with Glimpses of EU Law*, in *Global Privacy Law Review*, n. 1, 2024, pp. 23 ss.

[74] "I cittadini, in assenza di una chiara indicazione al riguardo, non sono in grado di sapere se sono osservati da un SAPR (o che informazioni un SAPR visibile stia acquisendo) sperimentano una riduzione nell'esercizio di libertà civili derivante dalla costante sensazione di trovarsi sotto sorveglianza". A. DAVOLA, *L'acquisizione di dati da parte dei privati nelle operazioni con SAPR*, in E. PALMERINI, M. A. BIASIOTTI, G. F. AIELLO, (a cura di), *Diritto dei droni Regole, questioni e prassi* 2018, Milano, p. 144.

[75] In questo senso, è stato osservato che, viene imposto alla "*dimensione della riservatezza personale delle origini (di) evolve(re) verso una nuova imprevista dimensione informatica-virtuale in cui la persona deve difendersi da trattamenti*

ISSN 2036-7821

queste nuove tecnologie, il controllo potrebbe essere riferito non solamente a un singolo soggetto ma a un indefinito numero di individui[76].

Se nel 1215 con la Magna Charta il concetto dell'*habeas corpus*[77] era connesso alla necessità di tutelare l'individuo da arresti arbitrari del Re, ora, probabilmente, si potrebbe fornire una nuova interpretazione a detto concetto. In altri termini, il concetto di *habeas corpus* potrebbe essere interpretato quale diritto a che la propria persona non sia oggetto di videosorveglianza. Costruendo in questo modo l'interazione tra droni e diritti fondamentali, l'*habeas corpus* potrebbe assumere una visione e interpretazione tecnologica.

Il Re del 1215 viene personificato dalle più moderne tecnologie di videosorveglianza quali, ad esempio, il sistema di riconoscimento facciale. Le differenze rispetto al passato sono almeno due. La prima concerne il fatto che il Re era un essere umano, in carne e ossa mentre, ora, i re sono molteplici e popolano i cieli. La seconda, appunto, strettamente connessa a questa, è la molteplicità di sovrani che possono esercitare la loro sovranità, dunque, la restrizione della libertà personale.

In conclusione, non si deve dimenticare che la problematica sorge anche nell'ipotesi di possibile violazione di domicilio effettuata tramite droni. Questi rappresentano una tecnologia altamente invasiva suscettibile di violare, concretamente, la sfera più intima di riservatezza. Richiamando il precedente britannico per eccellenza[78], ossia, *Wilkes v Wood*[79], le autorità di pubblica sicurezza non possono effettuare delle perquisizioni in base a *general warrants* nella speranza di trovare prove incriminanti. Di qui, la possibilità di adottare uno scudo stellare o costituire servitù di passaggio aeree per limitare l'impatto che questi meccanismi possono determinare sulla

---

automatizzati invasivi e potenzialmente pericolosi per l'identità e per l'esercizio delle libertà costituzionalmente protette". E. TOSI, *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale*, Milano, 2019, p. 14.

[76] Una problematica simile, anche se non rapportata all'accezione di *privacy* oggetto di questo saggio, è quella di *privacy* nel *cyberspazio*, sul punto M. KOUTSIAS, *Privacy and data protection in an information society: how reconciled are the English with the European Union privacy norms?* in *Computer and Telecommunications Law Review*, 8, 2012, pp. 261 ss.

[77] Parte della dottrina ha discorso di habeas data quale evoluzione tecnologica di questo diritto. Quest'ultima accezione di habeas corpus permetterebbe di cogliere la stretta connessione esistente tra il diritto alla riservatezza, artt. 2 e 3 della Costituzione, e il diritto alla libertà personale tutelato dall'art. 13. In tema di habeas data si rimanda, ovviamente, a S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete, Quali i diritti quali i vincoli, Dall'habeas corpus all'habeas data*, Bari-Roma, 2014, pp. 27-28.

[78] Il primo caso che verrà citato è quello sul quale è stato costruito il IV Emendamento della Costituzione americana.

[79] 98 Eng. Rep. 1763. Nel caso di specie, l'attività di perquisizione venne effettuata sulla base di un mandato generale ed emesso nei confronti di quaranta persone che, all'esito di detta attività di indagine, vennero arrestate. La conclusione fu che mandati generali devono ritenersi illegali poiché contrari ai principi fondamentali. Un ulteriore caso da richiamare è che *Entick v Carrington* [1765] EWHC KB J98, il *lending case* del diritto britannico, con il quale è stato precisato il perimetro entro cui si deve svolgere il potere esecutivo al fine di tutelare le libertà individuali.

ISSN 2036-7821

proprietà privata degli individui. Richiamando il caso *Entick v Carrington*[80], infatti, è possibile inferire alcune linee guida.
In *Entick v Carrington*, il diritto di proprietà viene spiegato attraverso il richiamo a Locke: la proprietà privata, in altre parole, è l'elemento che muove gli individui ad associarsi, ergo, una qualsivoglia violazione integra una violazione di domicilio[81]. Solamente la legge può limitare il diritto di proprietà: in assenza di una legge, sia i pubblici poteri che i soggetti privati, sono assoggettati alla medesima *regula* che scaturisce da una illegittima violazione di domicilio altrui.

5.3. La videosorveglianza alla luce dell'AI ACT.

Alla luce della considerazione secondo cui attraverso la tecnologia 'drone' è possibile porre in essere un'intensa attività di videosorveglianza, si devono richiamare due documenti normativi. Il primo è il decreto adottato dalla *Commission National de l'Informatique et des Libertés* (CNIL), l'autorità indipendente francese per la protezione dei dati, mentre il secondo è il recente è l'*Artificial Intelligence Act*.
Partendo dal primo, la CNIL si è pronunciata sul decreto relativo all'implementazione delle telecamere installate sui droni dati in dotazione alle forze di pubblica sicurezza francesi. Nonostante le forze dell'ordine possano fare ricorso a questi sistemi a pilotaggio remoto è necessario che siano rispettate determinate prescrizioni.
La particolarità di questi sistemi a pilotaggio remoto (i droni), appunto, è quello non solo di circolare nei cieli senza nessuno a bordo ma anche di essere dotati di telecamere ad alta risoluzione. Da qui la possibilità di carpire e conservare immagini e suoni.
Le condizioni alle quali la polizia nazionale e i servizi di gendarmeria, le dogane e l'esercito possono utilizzare le telecamere aeree per acquisire, registrare e trasmettere immagini sono stabilite nel codice di sicurezza interno (CSI). Alla luce di questo, la CNIL si è pronunciata due volte (a gennaio e luglio 2021) su queste nuove disposizioni legali e, in questa occasione, ha chiesto una rigorosa supervisione dell'uso dei droni visti i rischi di violazione delle libertà pubbliche e della *privacy* individuale.
In primo luogo, la CNIL evidenzia come la diversità ed eterogeneità delle situazioni operative con cui si confrontano le forze dell'ordine non ha consentito di definire, nella bozza di decreto, criteri esaustivi, chiari e determinati delle ipotesi che potrebbero ammettere la registrazione, l'elaborazione o trasmissione, in tempo reale, delle immagini captate. Sebbene vi sia questa oggettiva difficoltà, questi dettagli

[80] *Entick v Carrington* [1765] EWHC KB J98.
[81] *"No man can set his foot upon my ground without my licence, but he is liable to an action, though the damage be nothing; which is proved by every declaration in trespass, where the defendant is called upon to answer for bruising the grass and even treading upon the soil"*, Lord Camden.

ISSN 2036-7821

svolgono un ruolo cruciale. Essi, infatti, devono essere chiari, precisi e ben definiti per essere poi comunicati agli utilizzatori dei droni. Ciò risulterebbe essere conforme a quella che è stata definita come la "*doctrine d'emploi*". In altri termini, le forze dell'ordine devono essere rese edotte circa i limiti di utilizzazione dei droni.

A questo si aggiunge l'esigenza che il Ministero dell'Interno rilasci un'informazione, a disposizione della collettività, relativa all'impiego dell'uso di questi velivoli a pilotaggio remoto. Le persone devono essere altresì informate che l'uso di droni è stato autorizzato nell'ambito di un particolare intervento o per perseguire un determinato obiettivo. Dette informazioni possono essere rilasciate con ogni mezzo idoneo, salvo che l'urgenza, le finalità perseguite o le condizioni dell'operazione non lo consentano. Infine, per la CNIL è necessario che detta informazione specifichi anche il luogo soggetto alla videosorveglianza dei droni come, ad esempio, il monitoraggio di una piazza durante lo svolgimento di una manifestazione pubblica[82].

Per quanto concerne il secondo, cioè, l'*AI Act*, ossia, il Regolamento Europeo sulla protezione dei dati personali. Da una prospettiva generale, detto Regolamento è impostato su di una architettura di rischi qualificati in: minimi, limitati, alti e, infine, inaccettabili. All'aumentare del rischio si assiste a un aumento delle responsabilità per coloro che sviluppano o che si avvalgono dei sistemi di intelligenza artificiale.

Ai fini di detto contributo è essenziale richiamare la disciplina dettata per il riconoscimento facciale. Precisamente, uno degli aspetti problematici della tecnologia 'droni' concerne, appunto, la captazione di immagini e, dunque, un riconoscimento biometrico da remoto che può avvenire in tempo 'reale'. La posizione assunta dall'Unione Europea è stata quella di consentire il riconoscimento biometrico in tempo reale solamente in tre ipotesi: 1) minaccia di terrorismo prevedibile o manifesta; 2) ricerca di vittima di reati; 3) per identificare i sospettati di alcuni crimini, definiti come 'seri'[83].

Solamente nei casi cui si è appena fatto riferimento è prevista la possibilità per le forze dell'ordine di accedere al riconoscimento facciale seguendo differenti prescrizioni[84].

---

[82] C. DELLA GIUSTINA, *I "droni" al vaglio della Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL),* in *Cammino Diritto*, 6/5/2023.

[83] Essi sono i seguenti: terrorismo; traffico di esseri umani; abusi sessuali su minori e pedopornografia; traffico di droghe e sostanze psicotrope; traffico illecito di armi, munizioni ed esplosivi; omicidio o gravi feriti; traffico di organi; traffico di materiale radioattivo e nucleare; sequestro di persona e ostaggi; crimini sotto la giurisdizione della Corte penale internazionale; dirottamento di aerei e navi; stupri; crimini ambientali; rapine organizzate e armate; sabotaggio; partecipazione a una organizzazione criminale coinvolta in uno o più crimini tra quelli elencati.

[84] Un'altra tematica strettamente delicata concerne l'attività di polizia predittiva, ossia, l'utilizzo di algoritmi per prevedere le probabilità con cui può essere commesso un reato, da chi e dove. Di nuovo, l'accordo prevede un divieto, salvo l'uso di sistemi di analisi dei reati, che utilizzano informazioni anonimizzate per fornire tendenze sulla scena criminale.

ISSN 2036-7821

Di centrale importanza è il rilascio dell'autorizzazione da parte di una autorità giudiziaria o di un ente indipendente finalizzata a valutare l'impatto e la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini. Tuttavia, se gli inquirenti reputano di dover agire con la massima urgenza, spiegano dalla Commissione, possono attivare il riconoscimento biometrico e hanno 24 ore di tempo per ottenere il permesso[85].

6. Droni e tutela dei diritti fondamentali: un ossimoro?

Una tecnologia suscettibile di realizzare un'attività di videosorveglianza pone profili critici di tutela dei diritti fondamentali, tra cui il diritto alla riservatezza. Il rischio che si profila concerne non solamente la conduzione di detto controllo da parte delle forze dell'ordine ma anche da parte di soggetti privati[86].

Tuttavia, l'adozione del Regolamento Europeo sull'Intelligenza Artificiale può rappresentare un possibile punto di partenza per quanto concerne il ricorso di droni a fini di videosorveglianza. Sebbene ciò sia vero, l'aspetto problematico attiene al fatto che tutto il sistema degli *unmanned vehicles* funziona grazie a condizione che vi sia una condivisione di dati. In altri termini, immagini, suoni e altre informazioni costituiscono la linfa vitale per il funzionamento di questi nuovi veicoli.

Alla luce di ciò, la soluzione prospettata in sede europea sembra poter costituire solamente il punto di partenza, poiché una tale soluzione necessita di essere adattata alle esigenze proprie di detta tecnologia.

Precisamente, la legge sull'intelligenza artificiale limita l'uso di sistemi di identificazione biometrica da parte delle forze dell'ordine. Ciò potrebbe interessare i droni dotati di tecnologia di riconoscimento facciale, richiedendo l'autorizzazione giudiziaria per specifiche applicazioni delle forze dell'ordine. A ciò si aggiunga che il regolamento vieta specifiche applicazioni di intelligenza artificiale come lo *scraping* non mirato di immagini facciali e il riconoscimento delle emozioni. Le tecnologie dei droni che utilizzano queste funzionalità per scopi di sorveglianza in spazi pubblici, luoghi di lavoro o istituti scolastici saranno soggette a questi divieti.

Sempre nella medesima direzione ci si deve porre un'ulteriore domanda e da riferire al sistema da apprestare al privato qualora si dovesse realizzare una violazione della sua riservatezza.

---

[85] Volendo applicare le categorie del diritto costituzionale italiano sembra, *mutatis mutandis*, un meccanismo modellato sulle prescrizioni dell'art. 13, secondo e terzo comma, Cost.

[86] A titolo esemplificativo si rimanda a C. DELLA GIUSTINA, *La videosorveglianza "reale" del lavoratore approda alla Corte Edu. Il caso Affaire florindo de almeida vasconcelos gramaxo c. Portugal*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 1, 2023.

ISSN 2036-7821

Il punto di partenza deve essere la considerazione secondo cui una mera violazione della *privacy* e del trattamento dei dati personali non è elemento idoneo e sufficiente per riconoscere un risarcimento del danno[87].

Qualora si dovesse essere materializzata una violazione della *privacy*, l'interrogativo immediatamente successivo attiene all'individuazione del responsabile a cui indirizzare la richiesta di risarcimento del danno. Le possibilità sembrano essere essenzialmente due: l'utilizzatore, sia esso il privato o la forza di pubblica sicurezza, oppure lo stesso drone, *ergo*, il sistema di intelligenza artificiale.

L'ago della bilancia sembrerebbe propendere verso la seconda alternativa poiché per poter imputare al programmatore, al fornitore e/o all'utente la responsabilità per i danni generati dal sistema di IA è necessario che questi ne abbia il controllo. Quest'ultimo, tuttavia, diviene difficile da esercitare poiché i sistemi di IA sono sempre più evoluti e sofisticati, sono fondati sull'automazione e non consentono di apprezzare sin da subito l'effettivo funzionamento e le possibili deviazioni dallo *standard* impostato.

In conclusione, appare chiaro come, al momento attuale, l'unica soluzione è quella di convivere con questa tecnologia al fine di poterne indirizzare l'utilizzo per scopi che siano funzionali al benessere dell'uomo e della società. In altri termini, l'aspetto che si vuole evidenziare è che, proprio a causa della pervasività di detta tecnologia, è impossibile che, di fatto, non si realizzi un'attività di videosorveglianza. Una possibile soluzione è quella di prendere consapevolezza della problematica per, in un momento successivo, adottare le opportune soluzioni e correttivi.

Nell'approcciarsi a questo cambiamento[88], il Legislatore, sia esso nazionale che europeo, dovrebbe informare la regolamentazione al rispetto del principio di precauzione[89].

Ciò diviene essenziale poiché – come è stato evidenziato nel presente contributo – l'evoluzione tecnologica, nel caso di specie quella 'drone', rappresenta,

---

[87] Il riferimento è a: 1) Corte giustizia UE sez. V, 04/05/2023, n. 60; 2) Corte giustizia UE sez. III, 04/05/2023, n. 300. C. DELLA GIUSTINA, *La mera violazione del RGDP non fa sorgere il diritto al risarcimento del danno*, in *Cammino Diritto*, 15/5/2023.

[88] Non si tratta solamente e meramente della transizione tecnologica ma, addirittura, è possibile discorrere anche di transizione dall'essere umano all'essere non-umano. Sul punto, cfr. C. DELLA GIUSTINA, *Dall'umano al non-umano: the cryonic case*, in A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Bioetica, diritti e intelligenza artificiale*, Milano-Udine, 2023, pp. 449-472; P. DE GIOIA CARABELLESE, C. DELLA GIUSTINA, *The Law of Cryonics: A Legal, Philosophical and Financial Analysis*, London and New York, 2024.

[89] Ciò non sorprende dato che la società contemporanea è stata definita come "società del rischio". U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Napoli, 2013. Si ricorda che, sebbene questo principio sia nato con riferimento alla tutela dell'ambiente, successivamente e, precisamente, con la Comunicazione della Commissione Europea del 2 febbraio 2000, è annoverato tra i principi generali dell'Unione Europea. F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e "qualità" dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6, 2005, pp. 1673 ss.; M. ANTONIOLI, *Precauzionalità,gestione del rischio e azione amministrativa*, in *Riv. ita. Dir. Pubbl. Comp.*, 1, 2007, pp. 51 ss.

ISSN 2036-7821

contemporaneamente, sia un ausilio sia fonte di pericoli e danni per gli esseri umani. La soluzione che viene fatta propria dal Legislatore europeo, cristallizzata nel Regolamento sull'Intelligenza Artificiale, concerne il ritiro dal mercato del sistema di IA[90].

Tuttavia, nelle more di una regolamentazione specifica circa l'utilizzo degli *unmanned aerial vehicles*, è doveroso che il loro utilizzo sia informato al rispetto dei diritti costituzionali, primo fra tutti la dignità della persona[91]. Volendo elaborare ulteriormente, assicurare la tutela dell'ordine pubblico non si traduce in una totale violazione della riservatezza dei soggetti privati. Di qui, la necessità di limitare allo stretto necessario l'utilizzo dei droni o, in alternativa, consentirne l'uso a condizione che rispettino elevati standard di sicurezza.

Una possibile soluzione che si prospetta è quella di iniziare a regolamentare lo spazio aereo attraverso la costituzione di "*aerial drone-street*" riprendendo il concetto di autostrade[92]. Così facendo verrebbe regolamentato il 'sorvolo' da parte di questi aeromobili di pre-determinate aree. Al tempo stesso, i consociati sarebbero informati del fatto che in una determinata zona la loro aspettativa di riservatezza può subire delle restrizioni. Eventuali immagini, video, conversazioni che dovessero essere carpite al di fuori delle specifiche aree destinate al volo dei droni dovrebbero essere eliminare. L'eccezione a questa regola potrebbe essere rappresentata da esigenze di ordine pubblico, quali, ad esempio repressione/prevenzione di illeciti. In queste ipotesi, l'utilizzazione dovrebbe essere autorizzata dall'Autorità giudiziaria entro un termine di 48 ore dall'acquisizione e valutazione da parte dell'autorità di pubblica sicurezza[93].

[90] Si rimanda all'art. 67 dell' *Artificial Intelligence Act*.

[91] *Mutatis mutandis*, si rimanda a E. CIBELLA, *Il principio di precauzione nell'ambiente digitale*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1, 2023, pp. 511 ss.

[92] B. SKORUP, *Drones, Airspace Design, and Aerial Law in State and Cities*, in *Akron Law Review*, vol. 55, n. 1, 2022, pp. 157 ss.

[93] In capo a quest'ultima sussisterebbe il dovere di fornire comunicazione all'Autorità giudiziaria entro il termine di 48 ore. Appare chiaro come il meccanismo poc'anzi descritto richiami quello contenuto nell'art. 13 Cost.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il congelamento dei beni

di Lorenzo Cupaioli

(Dottorando di ricerca presso l'Università delle Camere di Commercio "Mercatorum")

Sommario

1. Il contesto internazionale, fattuale e normativo, di riferimento – 2. L'attuazione delle misure nell'ordinamento italiano – 3. La "natura" giuridica del congelamento – 4. Alcune riflessioni sull'effettività della tutela dei diritti e degli interessi coinvolti – 4.1 La tutela procedimentale – 4.2 La tutela giurisdizionale – 5. Conclusioni.

Abstract

The paper proposes a critical reflection on the restrictive measures, of supranational matrix, which Italy has implemented over time and made particularly timely by the well-known events related to the Russian-Ukrainian conflict. The reconstructive thesis develops around the d.lgs. 109 of 2007 with which the institution of freezing was introduced in our legal system. The focus of the investigation concerns the legal "nature" that the restrictive measure has in our country, focusing on all the different nuances that it may take and on the difficulties in identifying a reference model to which this measure refers. The Author then proceeds to an analysis of the different safeguards that the legal system places as a guarantee of the subjects drawn from the freezing, pointing out that the current remedies do not seem to reach the thresholds of effectiveness constitutionally provided.

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

ISSN 2036-7821

1. Il contesto internazionale, fattuale e normativo, di riferimento.

Come noto, nel febbraio del 2022 si è concretizzato il rischio, preannunciato da molti esperti, di un'*escalation* militare in seno all'Europa[1]. Di lì a poco l'Unione Europea ha varato diverse misure restrittive, presto definite ufficialmente «*pacchetti di sanzioni*»[2], nei confronti della Federazione Russa, con il dichiarato obiettivo di interrompere il "finanziamento indiretto" della guerra o, in ogni caso, di isolare economicamente i c.d. "aggressori". Al fine di raggiungere tale scopo, si è cercato di mettere sotto pressione l'*establishment* russo, tentando di colpirlo con specifici provvedimenti mirati a "complicare" i rapporti – economici, commerciali e finanche personali – che intercorrono fra gli oligarchi e le comunità economiche e finanziarie degli Stati membri dell'UE.

A ben vedere, però, l'UE non è nuova all'utilizzo di tali strumenti: già in risposta ai fatti di Kiev e della Crimea del 2014, era stato adottato il Regolamento n. 269/2014. La principale «*misur*[a] *restrittiv*[a] *relativ*[a] *ad azioni che compromettono o minacciano l'integrità territoriale, la sovranità e l'indipendenza dell'Ucraina*»[3] – applicabile, tra gli altri, a personalità con incarichi istituzionali dell'Ucraina, che avrebbero, secondo l'Unione, distratto e poi trasferito illegalmente all'estero dei fondi statali ucraini – era la seguente: «*Sono congelati tutti i fondi e le risorse economiche appartenenti a, posseduti, detenuti o controllati, direttamente o indirettamente, da qualsiasi persona fisica o qualsiasi delle persone fisiche o giuridiche, delle entità o degli organismi ad essa associati elencati nell'allegato I*»[4].

In buona sostanza, è proprio con il costante aggiornamento dei «*soggetti designati*»[5], inseriti nella "lista nera", ovvero nell'Allegato I del suddetto regolamento, che l'UE ha ritenuto di colpire le principali "figure soggettive" russe (persone fisiche, giuridiche, ecc.) presuntivamente coinvolte, direttamente e non, nella vicenda russo-ucraina[6]. Da ultimo, con l'intento di implementare l'efficacia delle misure restrittive,

---

[1] Cfr., fra gli altri, L. CARACCIOLO, *In Ucraina le illusioni di un Blitzkrieg e il rischio di una guerra aperta*, *Limes*, 14 aprile 2021.

[2] Cfr. https://www.consilium.europa.eu/it/policies/sanctions/.

[3] È rubricato così il Regolamento n. 269/2014 del 17 marzo 2014, che attua la Decisone del Consiglio n. 2014/145/PESC. Ancora prima era stato varato il Regolamento n. 208/2014 del 5 marzo 2014, in attuazione della Decisione del Consiglio n. 2014/119/PESC. Per l'identificazione di tutte le figure soggettive attinte da quest'ultimo regolamento cfr. l'Allegato I dello stesso.

[4] Art. 2, comma 1, Regolamento n. 269/2014. Cfr., inoltre, l'art. 2 del Regolamento n. 208/2014.

[5] Per «soggetti designati» si intendono quelli così definiti dall'art. 1, comma 1, lett. l) del d.lgs. n. 109 del 2007, ovvero «le persone fisiche, le persone giuridiche, i gruppi e le entità designati come destinatari del congelamento sulla base dei regolamenti comunitari e della normativa nazionale».

[6] Infatti, il «*listing*» di persone fisiche, società ed altri enti giuridici riconducibili, anche indirettamente, al governo russo è stato continuo anche nel periodo intercorrente fra il 2014 ed il 2022. Nello specifico, l'elenco contenuto nell'allegato I è stato aggiornato, di volta in volta, a seguito di nuove evenienze strategico-militari. Ad oggi, i destinatari delle sanzioni sono 1473 persone fisiche e 207 «entità». La «cronistoria» dei provvedimenti adottati dall'UE dal 2014 in poi è reperibile sul sito *web* del Consiglio dell'Unione Europea,

ISSN 2036-7821

in particolare quella del congelamento, la Commissione europea ha istituito la «*task force "Freeze and Seize"*», composta da rappresentanti di ciascuno Stato membro, oltre che dell'Eurojust e dell'Europol. In questo modo la Commissione intende raggiungere l'obiettivo di coordinare le azioni di «*sequestro*» e «*confisca*» degli «*assets*» degli oligarchi russi e bielorussi[7].

Questi peculiari provvedimenti restrittivi si collocano nel solco delle misure elaborate inizialmente dalle Nazioni Unite e poi anche dalla stessa UE, con lo scopo di contrastare il terrorismo internazionale. Infatti, già nel 1999 una Risoluzione del Consiglio di Sicurezza dell'Onu aveva imposto analoghe misure restrittive nei confronti dei Talebani[8]. Fra le altre, la previsione del congelamento di fondi e di altre risorse finanziarie è stata ritenuta misura idonea a "fare leva" sui gruppi terroristici affinché rinnegassero i loro *leaders*[9].

La principale differenza tra le "nuove" misure restrittive e quelle già adottate nei confronti dei terroristi risiede nel fatto che quelle indirizzate agli oligarchi russi non si basano su alcuna decisione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite (del quale la Federazione Russa è membro permanente)[10].

La base giuridica del diritto euro-unitario primario su cui si fonda l'adozione di questo peculiare genere di misure restrittive è stata individuata nell'art. 215 del

---

https://www.consilium.europa.eu/it/policies/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/history-restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/.

[7] Sull'istituzione della *task force* cfr. il comunicato stampa della Commissione Europea del 17 marzo 2022, reperibile al seguente link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip221828.

[8] Il riferimento è alla *United Nations Security Council Resolution* n. 1267/1999. La successiva Risoluzione n. 1333/2000 conteneva anche una lista di soggetti giuridici cui erano destinate le sanzioni. L'Unione Europea, a seguito dell'attentato alle Torri Gemelle del 2001, ha assunto la Decisione n. 2001/931/PESC con cui, all'art. 2, ha previsto la misura del congelamento: «La Comunità europea, nei limiti dei poteri che le sono conferiti dal trattato che istituisce la Comunità europea, ordina il congelamento dei capitali e delle altre risorse finanziarie o economiche delle persone, gruppi ed entità elencati nell'allegato». Il regolamento di attuazione, n. 2580/2001, all'art. 2, ha precisato che «tutti i capitali, le altre attività finanziarie e le risorse economiche di cui una persona fisica o giuridica, gruppo o entità ricompresi nell'elenco di cui al paragrafo 3 detenga la proprietà o il possesso sono congelati».

[9] Si legge, tra l'altro, nella *United Nations Security Council Resolution* n. 1373/2001, al punto 1, lett. c), che «*the Taliban turn over Usama bin Laden without further delay*». In caso contrario «tutti gli Stati» avrebbero applicato quanto "deciso" al paragrafo 4, lett. b): «*Freeze funds and other financial resources, including funds derived or generated from property owned or controlled directly or indirectly by the Taliban, or by any undertaking owned or controlled by the Taliban, as designated by the Committee established by paragraph 6 below, and ensure that neither they nor any other funds or financial resources so designated are made available, by their nationals or by any persons within their territory, to or for the benefit of the Taliban or any undertaking owned or controlled, directly or indirectly, by the Taliban, except as may be authorized by the Committee on a case-by-case basis on the grounds of humanitarian need*».

[10] Una dottrina ha definito «paralisi» l'impossibilità, nei fatti, del Consiglio di Sicurezza di procedere con una risoluzione di condanna dell'azione russa nei confronti dell'Ucraina (cfr. M. PEDRAZZI, *L'aggressione russa all'Ucraina, l'Europa e la comunità internazionale*, in *Eurojus*, 2022). Ha approfondito l'uso delle sanzioni dell'UE in assenza di una risoluzione del Consiglio di sicurezza S. POLI, *Le misure restrittive autonome dell'Unione europea*, Napoli, 2019.

ISSN 2036-7821

TFUE[11]. In particolare, questa disposizione prevede che «*Quando una decisione adottata conformemente al capo 2 del titolo V del trattato sull'Unione europea prevede l'interruzione o la riduzione, totale o parziale, delle relazioni economiche e finanziarie con uno o più paesi terzi, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta congiunta dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e della Commissione, adotta le misure necessarie. Esso ne informa il Parlamento europeo. // Quando una decisione adottata conformemente al capo 2 del titolo V del trattato sull'Unione europea lo prevede, il Consiglio può adottare, secondo la procedura di cui al paragrafo 1, misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche, di gruppi o di entità non statali*». Sembra, dunque, che l'art. 215, par. 2, rinvii implicitamente all'art. 29 del TUE[12], con la conseguenza che la decisione del Consiglio dell'Unione Europea in sede PESC, assunta ai sensi dello stesso art. 29 TUE, costituisce il presupposto giuridico del successivo Regolamento adottato dal Consiglio dell'Unione Europea[13].

2. L'attuazione delle misure nell'ordinamento italiano.

I regolamenti europei che prevedono il congelamento dei beni sono, come tutti i regolamenti, obbligatori e direttamente applicabili dagli Stati membri, che pertanto sono tenuti a dare concreta attuazione alla misura del congelamento[14].

Per attuare la normativa euro-unitaria sul contrasto al terrorismo, l'Italia ha istituito il Comitato di sicurezza finanziaria[15], quale organo deputato ad impedire l'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose per finanziare gruppi armati sovversivi. Tale organo ha poi assunto anche la funzione di arginare il finanziamento (diretto e indiretto) della Russia[16].

---

[11] Il Regolamento n. 269/2014 richiama espressamente, prima dei considerando, tale articolo: «visto il trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in particolare l'articolo 215».

[12] Cfr. l'art. 29 TUE «Il Consiglio adotta decisioni che definiscono la posizione dell'Unione su una questione particolare di natura geografica o tematica. Gli Stati membri provvedono affinché le loro politiche nazionali siano conformi alle posizioni dell'Unione».

[13] Sulla lettura combinata dell'art. 251 TFUE e dell'art. 29 TUE cfr. https://eur-lex.europa.eu/IT/legal-content/glossary/sanctions-restrictive-measures.html.

[14] Disposta tramite l'aggiornamento dell'Allegato I al Regolamento di cui sopra. Agli Stati è rimesso soltanto di «*stabilire delle norme sulle sanzioni applicabili*» nel caso in cui venissero violate le pertinenti disposizioni euro-unitarie (Sul punto cfr. art. 9 del Regolamento n. 2580/2001 e cfr. art. 15 del Regolamento n. 269/2014)

[15] Il Comitato di Sicurezza Finanziaria è stato istituito con il d.lgs. n. 109 del 22 giugno 2007. Con tale decreto fu data attuazione, in particolare, alla direttiva n. 2005/60/CE, oltre che al Regolamento n. 2580/2001 e n. 881/2002. In realtà, il Comitato era già stato istituito, provvisoriamente, per la durata di un anno, dall'art. 1 del d. l. n. 369 del 2001. Le disposizioni europee appena richiamate erano state adottate, fra gli altri, ai sensi dell'art. 60 del TCE, oggi art. 75 del TFUE, che dispone quanto segue: «[...] per quanto riguarda la prevenzione e la lotta contro il terrorismo e le attività connesse, il Parlamento europeo e il Consiglio, [...] definiscono un insieme di misure amministrative concernenti i movimenti di capitali e i pagamenti, quali il congelamento dei capitali, dei beni finanziari o dei proventi economici appartenenti, posseduti o detenuti da persone fisiche o giuridiche, da gruppi o da entità non statali».

[16] Cfr. art. 2 del d.lgs. n. 109 del 2007: «Il presente decreto detta misure per prevenire l'uso del sistema finanziario a scopo di finanziamento del terrorismo e del finanziamento della proliferazione delle armi di

ISSN 2036-7821

Il Comitato, costituito in seno al Ministero dell'economia e delle finanze, è composto di quindici membri, nominati con decreto dell'omonimo Ministro, sulla base delle designazioni effettuate dai Dicasteri e dalle autorità con competenze in materia[17]. Ai fini del congelamento dei beni, la composizione del Comitato è integrata da un rappresentante dell'Agenzia del demanio[18].

Le funzioni del Comitato, da espletare con l'ausilio dell'Unità d'informazione finanziaria della Banca d'Italia[19], sono molteplici: la principale, come si evince dal dato normativo, è quella di «*dare attuazione alle misure di congelamento disposte dalle Nazioni unite, dall'Unione europea e a livello nazionale*»[20].

Limitatamente al congelamento dei beni, le attività svolte dal Comitato si possono raggruppare in tre macroaree: le prime due si configurano come "attività discendenti", poiché consistono nell'esecuzione dei congelamenti previsti dalle autorità internazionali; la terza si può considerare un'attività "ascendente", poiché gli organi nazionali competenti segnalano alle Istituzioni sovranazionali nuovi soggetti da "listare", ovvero forniscono elementi utili alla loro individuazione[21].

Procedendo nell'ordine in cui esse vengono testualmente elencate nel d.lgs. n. 109 del 2007, la prima funzione attribuita al Comitato è quella di dare diretta attuazione alle misure restrittive – *recte*: al congelamento – previste dalle Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite[22]. In sostanza, su proposta del Comitato, il Ministro

---

distruzione di massa e per attuare il congelamento dei fondi e delle risorse economiche per il contrasto del finanziamento del terrorismo, del finanziamento della proliferazione e dell'attività di Paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale disposte in base alle risoluzioni delle

Nazioni unite, alle deliberazioni dell'Unione europea e a livello nazionale dal Ministro dell'economia e delle finanze».

[17] I componenti vengono scelta sulla base delle designazioni effettuate dai seguenti Ministeri: Ministero dell'interno, Ministero della giustizia, Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, Ministero dello sviluppo economico, Banca d'Italia, CONSOB, IVASS, dall'Unità di informazione finanziaria. Fanno parte del Comitato anche un dirigente in servizio presso il Ministero dell'economia e delle finanze, un ufficiale della Guardia di finanza, un ufficiale di grado equiparato o un ruolo dirigenziale delle forze di polizia in servizio presso la Direzione investigativa antimafia, un ufficiale dell'Arma dei carabinieri, un dirigente dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli e un magistrato della Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo. Alle riunioni del Comitato partecipano, senza diritto di voto, anche i rappresentati dei servizi per l'informazione e la sicurezza.

[18] Cfr. art. 3, comma 3, d.lgs. n. 109 del 22 giugno 2007.

[19] L'Unità di informazione finanziaria è stata istituita presso la Banca d'Italia con il d.lgs. n. 231 del 2007. In particolare, all'art. 6 del decreto sono elencate le modalità di funzionamento nonché i compiti assegnati alla Uif.

[20] Cfr. art. 3, comma 1, d.lgs. n. 109 del 22 giugno 2007.

[21] Sulla classificazione delle attività del Comitato in questi termini cfr. M. SAVINO, *La disciplina italiana della lotta al finanziamento del terrorismo (Commento a D. lgs. 22 giugno 2007, n. 109)*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 5/2008, 497 ss.

[22] Cfr. art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 109 del 2007: «Al fine di dare esecuzione alle misure di congelamento di fondi e risorse economiche stabilite dalle risoluzioni adottate [...] dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite per contrastare e reprimere il finanziamento del terrorismo, il finanziamento della proliferazione delle armi di distruzione di massa e l'attività di Paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale, nelle more dell'adozione delle relative deliberazioni dell'Unione europea e fatte salve le iniziative assunte dall'autorità giudiziaria in sede penale, il Ministro dell'economia e delle finanze, su proposta del Comitato di sicurezza

ISSN 2036-7821

dell'economia e delle finanze, con proprio decreto, dispone il congelamento dei beni dei soggetti designati, individuati secondo i criteri e le procedure stabiliti dalle medesime risoluzioni dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite o da un suo Comitato[23]. Si è visto sopra, peraltro, che, con riferimento alla vicenda russo-ucraina, il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite non ha assunto alcuna posizione.

La seconda funzione di cui è investito il Comitato, strettamente collegata e in parte analoga alla prima, è quella di prevedere misure nazionali di congelamento nei confronti di soggetti che pongono in essere – o che tentino di porre in essere – condotte aventi finalità terroristiche o di finanziamento del terrorismo. La misura in questione mira ad evitare che, nelle more dell'adozione di risoluzioni o di regolamenti, il «*soggetto designato*», individuato in prima battuta soltanto a livello nazionale, possa compiere delle operazioni di distrazione del patrimonio, in guisa da sottrarsi alla misura del congelamento[24].

La terza funzione del Comitato consiste nella possibilità di formulare, alle competenti autorità delle Nazioni Unite e dell'Unione Europea, proposte per l'inserimento di individui o entità giuridiche all'interno delle "liste nere". Il Comitato, nella segnalazione dei soggetti da "listare", è coadiuvato dalle forze di polizia, le quali, a loro volta, trasmettono al Csf tutti gli elementi istruttori di cui sono in possesso[25].

Il controllo sull'attuazione delle misure restrittive adottate dall'Unione Europea, nonché su quelle assunte autonomamente dall'Italia, è demandato all'Unità d'informazione finanziaria. La Uif è deputata anche a raccogliere le informazioni finanziarie dei «*soggetti designati*» e a far circolare, fra le autorità nazionali ed internazionali, le liste in cui i soggetti compaiono[26].

Nel procedimento di congelamento è coinvolta anche l'Agenzia del demanio: essa è incaricata della custodia, della gestione e dell'amministrazione c.d. ordinaria dei beni congelati[27].

---

finanziaria, dispone, con proprio decreto, il congelamento dei fondi e delle risorse economiche detenuti, anche per interposta persona fisica o giuridica, da persone fisiche, giuridiche, gruppi o entità, designati, secondo i criteri e le procedure stabiliti dalle medesime risoluzioni, dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite o da un suo Comitato».

[23] Va sottolineato che il decreto del Ministro ha, di norma, durata semestrale (rinnovabile) e non è previsto un "tetto" temporale massimo: ciò comporta che, potenzialmente, esso ha durata illimitata.

[24] Cfr. art. 4-bis, comma 1, d.lgs. n. 109 del 2007: «Nelle more dell'adozione dei provvedimenti di designazione disposti dalle Nazioni unite, e nel rispetto degli obblighi sanciti dalla Risoluzione n. 1373/2001 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, e delle specifiche misure restrittive disposte dall'Unione europea nonché delle iniziative assunte dall'autorità giudiziaria in sede penale, il Ministro dell'economia e delle finanze, su proposta del Comitato, dispone con proprio decreto, per un periodo di sei mesi, rinnovabili nelle stesse forme fino a quando ne permangano le condizioni, il congelamento dei fondi e delle risorse economiche [...]».

[25] Cfr. art. 4-ter e ss. del d.lgs. n. 109 del 2007.

[26] Cfr. art. 10 del d.lgs. n. 109 del 2007.

[27] La "gestione" delle risorse sottoposte a congelamento è disciplinata dall'art. 12 del d.lgs. n. 109 del 2007.

ISSN 2036-7821

3. La "natura" giuridica del congelamento.

Non è agevole individuare la natura del provvedimento di cui ci si occupa. Eppure, la questione è rilevante, perché l'individuazione della natura giuridica rivestita dall'istituto del congelamento è produttiva di conseguenze sotto il profilo delle tutele a cui possono accedere i soggetti attinti dalla misura restrittiva.

Tra le norme primarie del diritto euro-unitario, l'unica disposizione che contempla il «*congelamento*» è l'art. 75, par. 1, del TFUE, che lo colloca in quell'«*insieme di misure amministrative*» che il Consiglio ed il Parlamento Europeo possono adottare, per ciò che concerne «*la prevenzione e la lotta contro il terrorismo e le attività connesse*», al fine di conseguire gli obiettivi di libertà, sicurezza e giustizia.

Sembra, dunque, che il diritto europeo abbia inteso la misura del congelamento come un provvedimento di natura schiettamente amministrativa: l'art. 75 del TFUE dispone, infatti, che «*Qualora sia necessario per conseguire gli obiettivi di cui all'articolo 67, per quanto riguarda la prevenzione e la lotta contro il terrorismo e le attività connesse, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, definiscono un insieme di misure amministrative concernenti i movimenti di capitali e i pagamenti, quali il congelamento dei capitali, dei beni finanziari o dei proventi economici appartenenti, posseduti o detenuti da persone fisiche o giuridiche, da gruppi o da entità non statali*»[28].

Pertanto, anche alla luce della ricognizione della disciplina di settore, italiana ed europea, effettuata nei precedenti paragrafi, si potrebbe affermare che il legislatore italiano si sia limitato a riprodurre le sopraripportate prescrizioni sovranazionali, concependo il «*congelamento*» come un potere soggettivamente ed oggettivamente amministrativo[29]: il provvedimento di cui è espressione è un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, adottato ad esito di un procedimento amministrativo[30].

---

[28] Gli obiettivi di cui all'art. 67 sono la realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri, e la garanzia di un livello elevato di sicurezza attraverso misure di prevenzione e di lotta contro la criminalità, il razzismo e la xenofobia, attraverso misure di coordinamento.

[29] Ciò sulla scorta dell'art 75 TFUE che, come detto, definisce espressamente il congelamento come una «misur[a] amministrativ[a]». Concorda sulla natura amministrativa del provvedimento di congelamento A. BASSI, *Il "congelamento" di imprese, aziende e società*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare*, 2012, 695 ss., il quale, però, ritiene che «Il termine "congelamento" non è generico (come potrebbe essere la "cristallizzazione" di cui si parla in campo fallimentare); è un termine tecnico, che indica un istituto dotato di sufficiente tipicità, e che quindi evoca una disciplina specifica».

[30] Corrobora la natura amministrativa del congelamento anche la circostanza per cui il d.lgs. 109 del 2007, fra le norme richiamate, ricomprende espressamente la legge 25 gennaio 2006, n. 29, recante disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee, che prevede, fra gli altri, l'attuazione dei «regolamenti comunitari emanati ai sensi degli articoli 60 [oggi art. 75 TFUE] e 301 [oggi art. 215 TFUE] del Trattato istitutivo della Comunità europea per il contrasto del finanziamento del terrorismo e dell'attività dei Paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale». Ebbene, l'art. 75 TFUE, come ricordato all'inizio di questo paragrafo, definisce espressamente il congelamento come una «misur[a] amministrativ[a]». È bene precisare però che, se, da un lato, la normativa interna sembrerebbe aver parificato il

ISSN 2036-7821

La definizione di congelamento fornita dalla normativa italiana rispecchia pedissequamente quella europea: il «*divieto* [...] *di movimentazione, trasferimento, modifica, utilizzo o gestione dei fondi o di accesso ad essi, così da modificarne il volume, l'importo, la collocazione, la proprietà, il possesso, la natura, la destinazione o qualsiasi altro cambiamento che consente l'uso dei fondi, compresa la gestione di portafoglio; // il divieto* [...] *di trasferimento, disposizione o, al fine di ottenere in qualsiasi modo fondi, beni o servizi, utilizzo delle risorse economiche, compresi, a titolo meramente esemplificativo, la vendita, la locazione, l'affitto o la costituzione di diritti reali di garanzia*»[31].

Quindi, muovendo i passi dall'appartenenza del provvedimento di congelamento alla sfera del diritto amministrativo, al fine dell'individuazione della natura giuridica che tale «*misur*[a] *restrittiv*[a]»[32] assume in Italia, sembra opportuno confrontare il congelamento con altri atti che sono parimenti considerati espressione di poteri amministrativi "restrittivi", onde coglierne analogie e differenze.

Tra i poteri restrittivi si distinguono abitualmente quelli ablatori, reali e personali, e quelli sanzionatori. Sembrerebbe, di primo acchito e in base a quanto visto fin qui, che il legislatore abbia concepito il «*congelamento*» alla stregua di un provvedimento amministrativo non diverso dal sequestro amministrativo e dalla confisca amministrativa[33]. Ma potrebbe non essere così[34].

---

contrasto al terrorismo con «le attività di Paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale» (cfr. art. 2, comma 1, d.lgs. n. 109 del 2007), dall'altro, la normativa internazionale non menziona in alcun modo, fra gli obiettivi delle decisioni PESC e dei relativi Regolamenti, la lotta al riciclaggio ed al finanziamento del terrorismo (cfr. art. 29 TUE).

[31] Cfr. art. 1 del d.lgs. n. 109 del 2007. Le disposizioni appena riportate – e in particolar modo il vocabolo «*congelamento*» – sembrerebbero, per l'appunto, il frutto della traduzione letterale della normativa, europea e internazionale, che utilizza il termine «*freeze*». L'utilizzo, anche nella lingua inglese, del termine *freeze* piuttosto che della locuzione, più specifica, *seize* è sintomatico della difficoltà, anche a livello sovranazionale, di individuare con precisione la "natura" giuridica dell'istituto del congelamento. Del resto, il Regolamento 269/2014 è adottato ai sensi dell'art. 215 TFUE e quest'ultimo è collocato nel Titolo IV, Parte V del Trattato, che è rubricato, in modo generico, «misure restrittive».

[32] Così il Regolamento 269/2014.

[33] Sul punto cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988, 1196 ss., il quale fornisce la seguente definizione di procedimento ablatorio reale: «La sostanza di questi procedimenti è più semplice, anche se forse dogmaticamente più sottile: essi sono quasi l'inverso specolare dei procedimenti concessori di beni, ossia consistono in una attribuzione patrimoniale, ma non su beni pubblici a favore di privati, bensì di e su beni privati a favore di pubblici poteri». Ma, lo stesso A., dopo aver differenziato il sequestro, poiché cautelare, dalla confisca, che è conseguenza dell'illecito e sanzione amministrativa accessoria, scrive quanto segue: «[sequestri e confische] non sono procedimenti ablatori, ma sono invece degli atti a contenuto ablatorio, inseriti in procedimenti più ampi, e non aventi neppure sempre natura provvedimentale, anzi il più delle volte essendo atti consecutivi di provvedimenti o atti dovuti in conseguenza dell'inizio dei procedimenti».

[34] Il tema della natura giuridica che assume l'attuazione italiana del congelamento appare oggetto di scarsa attenzione da parte della dottrina. Nel merito, i pochi Autori che se ne sono occupati sembrano non aver approfondito il problema della "natura" giuridica del decreto di congelamento: o viene definito come "sanzione", oppure viene affermato che esso corrisponda ad un sequestro. Fra i pochi, cfr. R. BARBERINI, *Il congelamento dei beni degli oligarchi*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2022, che afferma quanto segue: «la misura [il congelamento] è affine al sequestro amministrativo o giudiziario negli effetti, ma non nella forma [...]». D'altra parte, l'indagine sulla "natura" giuridica del congelamento sembra interessare molto di più alla dottrina penalistica. Fra gli altri, cfr. D.

ISSN 2036-7821

Il sequestro amministrativo è un provvedimento cautelare, inserito in un procedimento amministrativo sanzionatorio, che risponde alle caratteristiche della provvisorietà e della strumentalità[35]. È quindi strettamente legato al potere sanzionatorio: il sequestro rappresenta, da un lato, un atto propedeutico – ma non necessario – alla confisca, e, dall'altro, è uno strumento che mira a salvaguardare la collettività dalla perpetrazione di ulteriori illeciti o da altri rischi derivanti dalla pericolosità del bene sequestrato[36]. Proprio come avviene per il congelamento, il sequestro amministrativo si sostanzia in una temporanea indisponibilità ed impossibilità di godimento del bene, senza che vi siano ripercussioni sulla sua titolarità. Lo scopo è quello di custodire o conservare beni che sono il risultato di – o che, ragionevolmente, potrebbero servire per commettere – un illecito[37].
Si può dire, dunque, che il sequestro integri una «*misura restrittiva*» cautelare, talvolta anche sanzionatoria, con caratteristiche simili alla confisca, differenziandosi da quest'ultima per il fatto che il titolare non è privato della proprietà del bene, ma del possesso e del godimento, in ragione degli stessi principi che governano il sequestro cautelare penale[38].
L'*iter* procedimentale appena descritto, nonché la *ratio* posta alla base dell'istituto, appaiono sovrapponibili a quelli seguiti dal Comitato di sicurezza finanziaria per l'attuazione delle misure di congelamento nazionali: mentre le istituzioni internazionali aggiornano le liste, i beni vengono congelati, in modo da permettere

---

FONDAROLI, F. SGUBBI, *Congelamento di beni senza frontiere. Il caso Ucraina*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3-4/2014, 314 ss., i quali, scagliandosi sull'introduzione di questa misura restrittiva, non hanno dubbi sul fatto che «siamo di fronte a "misure restrittive" che rientrano a pieno titolo nella materia penale, secondo la consolidata prospettazione della Corte Europea dei diritti dell'Uomo: invero, con tali misure, indubbiamente 'autoritative' e afflittive, si sacrificano in modo significativo taluni diritti soggettivi di persone fisiche e giuridiche e si espongono gli interessati a sanzioni che, per natura e livello di gravità, rientrano in linea generale nell'ambito, appunto, della materia penale»

[35] Sul punto cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, II, Napoli, 1989, 886 ss.

[36] Nella maggior parte dei casi, si pone proprio la pericolosità del bene – o l'utilizzo che ne viene fatto – a fondamento della possibilità di adottare un atto di sequestro amministrativo. Fra gli altri, alcuni esempi di sequestri amministrativi sono rinvenibili all'art. 5 del d.lgs. n. 27 del 2021, che, in materia di controlli fitosanitari, dispone quanto segue: «Al fine di tutelare la salute pubblica, le Autorità competenti [...], tra le altre misure previste dagli articoli 137 e 138 del Regolamento, possono procedere ad una delle seguenti tipologie di sequestro o blocco ufficiale di attrezzature, locali, merci o animali: // a) sequestro amministrativo nei casi previsti dall'articolo 13 della legge n. 689 del 1981 [...]»; oppure all'art. 6 della l. n. 136 del 1983, che, in materia di biodegradabilità dei detersivi, prevede che «Il sindaco, qualora accerti l'esistenza di prodotti non rispondenti ai requisiti indicati dalla [...] e dalla presente legge, ordina il sequestro e provvede alla destinazione dei prodotti stessi su direttive del Ministro della sanità».

[37] Ad esempio, l'art. 19 della l. n. 689 del 1981 prevede la restituzione della «cosa sequestrata» a seguito dell'accoglimento dell'opposizione oppure nel caso in cui non sopraggiunga la confisca (o l'atto di ordinanza ingiunzione). Ancor più significativo è l'art. 14 del d.P.R. n. 571 del 1982, poiché prevede che «La restituzione delle cose sequestrate è disposta a favore di colui che le deteneva al momento dell'esecuzione del sequestro ovvero di chi provi di averne diritto e ne faccia istanza». Disposizioni similari sono dettate per il congelamento: il bene è custodito temporaneamente dall'Agenzia del demanio.

[38] Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988, 1225 ss.

ISSN 2036-7821

un futuro accertamento di un illecito o da evitare che quest'ultimo si ripeta. Sembrerebbe deporre in favore di questa tesi, e cioè che il congelamento è un atto di sequestro amministrativo o affine ad esso, anche la terminologia utilizzata a livello europeo: ad esempio, la *task force* istituita presso la Commissione è stata denominata «*Freeze and Seize*».

Sennonché, in alcune ipotesi di congelamento non è dato riscontrare alcun elemento di pericolosità e comunque esso non può essere inteso come un atto propedeutico ad un successivo provvedimento (di confisca). Si prenda ad esempio il congelamento di uno *yatch* o di una villa: risulta difficile individuare la pericolosità intrinseca o derivante da un particolare utilizzo di questi beni che possa giustificare l'adozione di un provvedimento che determina una significativa compressione – seppur "temporanea" – della sfera giuridica del soggetto amministrato.

Ma, se per quanto concerne il congelamento disposto a livello nazionale la *ratio* della misura può comunque individuarsi in un'esigenza cautelare di "non dispersione" dei beni nelle more dell'adozione di un regolamento europeo, altrettanto non può dirsi per i decreti del Ministro con cui si dà attuazione al congelamento disposto a livello sovranazionale. Essi, ancor più dei provvedimenti di congelamento nazionale, sono già "definitivi" e, pertanto, non rispondono ad alcuna esigenza cautelare, né di celerità, né di propedeuticità ad un altro atto amministrativo[39].

Detto ciò, anche in ragione della disciplina "unitaria" che lo governa[40], è plausibile escludere che il provvedimento di congelamento si possa ricondurre all'istituto del sequestro. Né, per ragioni simili, sembra riconducibile all'istituto della confisca[41].

La confisca amministrativa è generalmente concepita come un provvedimento ablatorio ma a carattere sanzionatorio e la disciplina "generale" della confisca amministrativa si rinviene nella normativa generale sulla depenalizzazione, dalla quale si evincono due elementi che si pongono alla base dell'emanazione dell'atto stesso, in parte corrispondenti a quelli del sequestro: la pericolosità dei beni oggetto di confisca e la "definitività" del provvedimento[42]. In particolare, sotto quest'ultimo aspetto, l'atto di confisca viene considerato come una conferma del sequestro amministrativo per mezzo del quale lo Stato – o un altro ente pubblico – acquisisce la

[39] Relativamente alla "definitività" del congelamento, va rilevato che, seppur il decreto di congelamento nazionale non è definitivo nel senso che si rinnova, di norma, ogni sei mesi; andrebbe comunque considerato come un provvedimento "conclusivo" di un procedimento, visto che nessun altro atto amministrativo seguirà al decreto del Ministro.

[40] Il d.lgs. n. 109 del 200 ha previsto un unico procedimento amministrativo per tutte le ipotesi di congelamento, con la conseguenza per cui non è possibile ragionare soltanto sulla fattispecie nazionale, che sembrerebbe sovrapponibile al sequestro

[41] Va rilevato però che in alcuni passaggi di documenti istituzionali europei si utilizza il termine confisca. Fra gli altri, cfr. il già richiamato comunicato stampa della Commissione Europea del 17 marzo 2022 che, peraltro, sembra separare le due fattispecie: «*Such initiatives are vital to achieve the rapid freezing and confiscation of the assets owned by individuals and entities targeted by the sanctions*».

[42] Cfr. art. 20 della l. n. 689 del 1981.

ISSN 2036-7821

proprietà del bene, a titolo originario, senza la corresponsione di un indennizzo[43]. A ciò si aggiunge che la confisca amministrativa, forgiata sul modello di quella penale, è strettamente personale: persino la c.d. confisca obbligatoria diviene recessiva nel caso in cui «*la cosa appartiene a persona estranea alla violazione amministrativa*»[44].
Quest'accenno scolastico alla confisca restituisce in modo chiaro le motivazioni per cui non si può sovrapporre al congelamento: i beni e le risorse congelati né rispondono al requisito della pericolosità, né divengono patrimonio disponibile dello Stato, né, come si ha avuto modo di sottolineare, la loro titolarità è sempre riferibile ad un oligarca.
Il congelamento non si può assimilare neppure a quel genere di confisca che, secondo autorevole dottrina, non si potrebbe considerare ontologicamente tale, poiché l'atto ablatorio stesso rappresenta soltanto una conseguenza del regime giuridico cui sono assoggettati alcuni beni[45]: si prenda, ad esempio, la sottrazione al proprietario di una cava o di una torbiera perché le stesse non vengono coltivate fruttuosamente[46]. Il paragone fra queste due fattispecie non è in alcun modo possibile, dato che i beni sottoposti al congelamento non sono in nessun caso soggetti, né *ab origine* né in modo sopravvenuto, ad un particolare regime vincolistico.
D'altra parte, il congelamento dei beni disposto dal Comitato, tenuto conto delle peculiarità sopradescritte, appare maggiormente sovrapponibile ad altri generi di confisca, afferenti però ad alcuni procedimenti di carattere speciale.
Sovviene, anche in considerazione del contesto di un conflitto armato, la confisca della c.d. preda bellica: tutte quelle *res* sottratte allo Stato nemico od a entità giuridiche "private" nemiche nel corso della guerra[47]; sennonché, non essendo in vigore alcuna legge "marziale", non sembra proficuo soffermarsi sul punto[48].
Ancora, vi è un'ulteriore tipologia di confisca preventiva – che, per alcuni, è di natura amministrativa, ma con finalità di prevenzione penale – nel nostro ordinamento, ovvero quella prevista dal codice antimafia[49]. Questa peculiare confisca sembrerebbe

[43] Sulla confisca cfr. P. PISCIONE, *Confisca*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. IV, 1961, 974 ss.
[44] Art. 20, comma 5, l. n. 689 del 1981. Ma, anche nel precedente comma 3 dello stesso articolo, emerge chiaramente che la confisca "segue" la persona: «Le autorità stesse possono disporre la confisca amministrativa delle cose che servirono o furono destinate a commettere la violazione e debbono disporre la confisca delle cose che ne sono il prodotto, sempre che le cose suddette appartengano a una delle persone cui è ingiunto il pagamento».
[45] Sul punto cfr. C.E. PALIERO – A. TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. X, 1989, 365 ss.
[46] Art. 45, r.d. n. 1443 del 1927.
[47] Sul punto Cfr. G.D. ROMAGNOSI, *Sulle prede marittime*, in *Opuscoli*, Prato, 1840, 150 ss.
[48] Peraltro, la stessa legge di guerra che regola questo peculiare genere di procedimenti, esclude la confisca bellica nei confronti della proprietà privata (cfr. art. 58 del d. r. n. 1415 del 1938), al contrario di tutti i beni, mobili ed immobili, di cui è titolare una Pubblica Amministrazione nemica e che sono atti a servire a scopi di guerra, passano in proprietà dello Stato (art. 60). Tale disposizione subisce una deroga soltanto in relazione alla confisca di navi ed aeromobili
[49] Cfr. art. 24 del d.lgs. n. 159 del 2011. È significativo che, in relazione a questa peculiare misura preventiva anche la dottrina penalistica si sia a lungo interrogata sull'effettiva "natura" giuridica dello strumento: in

ISSN 2036-7821

quella che, più di tutte, presenta caratteristiche comuni al congelamento: entrambe rispondono all'esigenza cautelare di preservare il patrimonio da atti di dispersione o di occultamento, piuttosto che alla finalità di sanzionare la commissione di un illecito. Ambedue, inoltre, si possono applicare ad una "lista" di «*persone fisiche e giuridiche segnalate al Comitato per le sanzioni delle Nazioni Unite, o ad altro organismo internazionale competente per disporre il congelamento di fondi o di risorse economiche, quando vi sono fondati elementi per ritenere che i fondi o le risorse possano essere dispersi, occultati o utilizzati per il finanziamento di organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali*»[50].

Ma, in ordine a questo genere di confisca, va osservato che, sebbene le due fattispecie appaiano, *prima facie*, sovrapponibili, non si può prescindere dal constatare che la confisca prevista dal codice antimafia interviene, di norma, successivamente ad un provvedimento di sequestro ordinato da un Tribunale[51]. Ciò vuol dire che la confisca antimafia afferisce ad un procedimento giurisdizionale e che, pertanto, è un organo appartenente all'Ordine giudiziario a pronunciarsi in merito ad essa (sia che esso confermi la confisca, sia che disponga la restituzione della *res* confiscata). Invece, nel caso del congelamento, l'intervento dell'autorità giudiziaria (amministrativa) è soltanto eventuale: è necessario l'impulso del soggetto attinto dalla misura restrittiva[52].

---

particolare, ciò su cui più si è dibattuto è il fine sanzionatorio a cui essa risponde. Invero, fin dalla sentenza c.d. Simonelli, le Sezioni Unite sembrano averla ascritta ad un *tertium genus*, che si colloca tra una sanzione amministrativa ed una misura preventiva penale.

[50] Art. 16, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 159 del 2011.

[51] Ha già accostato la confisca antimafia al congelamento C. BATTAGLINI, *Le misure patrimoniali antiterrorismo alla prova dei principi dello stato di diritto*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1/2017, 66 ss., rilevando che «La confisca di prevenzione si presenta dunque come una fattispecie ibrida, parapenalistica, poiché nella sostanza pare assumere i tratti di una pena, stante anche la sua afflittività, ma formalmente le si attribuisce il *nomen iuris* di misura preventiva, sottraendola così allo statuto garantistico del diritto penale. Al pari di ogni misura di prevenzione *ante-delictum*, la confisca comporta una notevole anticipazione della soglia di punibilità ponendosi così in attrito con una molteplicità di principi costituzionali. [...] Queste criticità appaiono oltremodo marcate con riferimento all'istituto del congelamento di capitali, in quanto la sua applicazione, a dispetto delle misure di prevenzione patrimoniale nazionali, non avviene all'esito di un procedimento giurisdizionale, ma bensì amministrativo».

[52] Peraltro, differentemente da quanto avviene nel procedimento di congelamento, anche in questo caso la titolarità dei beni diviene dello Stato. Per di più, già nella fase antecedente alla c.d. "confisca di secondo grado", interviene l'Agenzia Nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei Beni Sequestrati e Confiscati alla criminalità organizzata (ANBSC) che, per l'appunto, custodisce e poi individua i destinatari definitivi dei beni confiscati. Anzi, è singolare che, quandanche venga disposta una confisca, anche definitiva – ai sensi del Codice Antimafia –, sui medesimi beni oggetto di congelamento, resta salva la competenza dell'Agenzia del demanio in ordine alla custodia, all'amministrazione ed alla gestione di questi (cfr. art. 12, comma 1, d.lgs. 109 del 2007). Tuttavia, la relazione illustrativa che ha accompagnato il decreto legislativo n. 90 del 2017, recante modifiche al d.lgs. 109 del 2007, rende impossibile un'interpretazione armoniosa e coordinata tra le due fattispecie: si legge (p. n. 22) che l'art. 12 è – *recte*: sarebbe – stato adeguato alle disposizioni antimafia, pertanto «passa dall'Agenzia del demanio al predetto Ente [ANBSC] la gestione delle risorse economiche oggetto di confisca definitiva disposta nell'ambito di procedimenti penali o amministrativi». Per la giurisprudenza, in concomitanza di sequestro o confisca penale e di congelamento, sembra prevalere «la gestione del giudice penale quando il bene,

ISSN 2036-7821

In ragione del fatto che i due istituti giuridici sin qui presi in esame – sequestro e confisca – sono collocati, dal legislatore italiano e da autorevole dottrina, in una posizione "a cavallo" tra gli atti amministrativi restrittivi ablatori e quelli sanzionatori[53], si potrebbe avanzare l'ipotesi per cui il congelamento possa vestire i "panni italiani" di una sanzione amministrativa vera e propria.

Infatti, il congelamento sembra rispondere ad un'esigenza, seppur, per quanto si vedrà *infra*, in senso lato, afflittiva: sanzionare gli oligarchi che, anche indirettamente, finanziano la guerra in corso[54].

In altri termini, la legge demanda all'Amministrazione il potere di individuare discrezionalmente (o sulla base di decisioni politiche dell'UE) dei soggetti da sanzionare: il Csf, quindi, congela i loro beni non con finalità preventive, bensì sanzionatorie.

Un'interpretazione dell'istituto del congelamento così orientata sembra trovare conferma anche nei termini utilizzati nei documenti ufficiali di riferimento: in ogni sito *web* istituzionale, italiano ed europeo, la misura restrittiva del congelamento viene definita come una «*sanzione*»[55].

Sembra deporre in favore di quest'ipotesi anche il tenore letterale della norma che, seppur mai in modo diretto, si riferisce al congelamento nei termini di una misura sanzionatoria. L'inciso che, fra gli altri, fornisce più indicazioni al riguardo è quello dove il legislatore, nel definire le attribuzioni dell'Unità di Informazione Finanziaria,

---

contemporaneamente congelato, viene sequestrato o confiscato, mentre torna nella gestione del Ministero della Economia quando sono venute meno le esigenze penali, come nel caso in esame, in cui correttamente il bene è stato posto a disposizione del Comitato e non invece restituito al ricorrente, poiché, cessato il sequestro penale, "resta salva la competenza della Agenzia del Demanio"» (cfr. Cass. pen., Sez. I, 27 gennaio 2009, n. 3718).

[53] Fra gli altri, cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988, 1173 ss., e cfr. nota n. 33.

[54] In realtà, il congelamento "temporaneamente" nazionale ben potrebbe rispondere, in via prioritaria, ad esigenze cautelari. Tuttavia, la normativa – nazionale ed internazionale – impedisce un ragionamento atomistico sui singoli casi in quanto non prevede diverse modalità applicative per le diverse fattispecie.

[55] Fra gli altri, cfr. il sito *web* del Consiglio Europeo e Consiglio dell'Unione Europea (*www.consilum.europa.eu*) ed il sito *web* del Ministero dell'Economia e delle Finanze (*www.mef.gov.it*). Ad esempio, nella nota del Consiglio dell'Unione Europea del 4 maggio 2018, in cui si elencano le «migliori pratiche dell'UE per l'attuazione effettiva di misure restrittive», queste ultime, già nell'oggetto del documento, vengono definite come «sanzioni». Ancora, dall'indirizzo *web* specificatamente indicato nell'Allegato II dell'ultima versione del Regolamento 269/2014, il Ministero degli esteri italiano dà la seguente definizione – confusionaria e – generale delle misure restrittive: «Nel quadro della politica estera e di sicurezza comune (PESC), l'UE applica misure restrittive al fine di perseguire gli obiettivi specifici della PESC stabiliti nel Trattato sull'Unione Europea. Negli ultimi anni l'UE ha fatto spesso ricorso all'imposizione di sanzioni o misure restrittive sia in modo autonomo sia in attuazione di risoluzioni vincolanti del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. Le sanzioni sono uno strumento di natura diplomatica o economica che intende determinare un cambiamento per quanto riguarda attività o politiche, come le violazioni del diritto e della sicurezza internazionale, dei diritti umani, dello stato di diritto o dei principi democratici. Le misure restrittive imposte dall'UE possono essere dirette contro governi di Paesi terzi, nonché contro entità non statali e persone fisiche o giuridiche (come gruppi terroristici e singoli terroristi)». Si tenga a mente che, anche nel linguaggio giornalistico, è di uso comune definire il congelamento, previsto dai «*pacchetti di* [– per l'appunto –] *sanzioni*», come una sanzione (su tutti, cfr. l'articolo di M. Greco su *Il Sole 24 ORE*, edizione del 1 aprile 2022).

ISSN 2036-7821

utilizza il termine «*sanzioni*» per richiamare le disposizioni sul congelamento e sul procedimento di designazione dei soggetti da listare[56].

Ma, nonostante il congelamento sembri assumere le sembianze – e perseguire le finalità – che più si addicono, nel diritto interno, a quelle di una sanzione amministrativa, esso non rispetta i principi fondamentali posti alla base di quest'istituto. Senza voler richiamare la dottrina risalente per cui la sanzione amministrativa è una pena in senso tecnico ma applicata da una pubblica amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa[57], è, ad oggi, pacifico che la sanzione deve susseguire all'accertamento di un'infrazione: è la reazione dell'ordinamento alla violazione di un precetto da parte del soggetto amministrato con la quale non si persegue alcuna finalità ripristinatoria o risarcitoria[58]. Una sanzione, quindi, si può dire tale soltanto se presenta l'elemento retributivo[59]. Questo requisito non sembra rispettato, neanche in minima parte, dalla "sanzione" del congelamento inflitta al singolo cittadino russo che, apparentemente – o, meglio, senza alcuna prova contraria –, non ha rivestito alcun ruolo nella conduzione del conflitto.

Anzi, il congelamento non rispetta nessun principio di diritto riferibile alle sanzioni amministrative italiane[60]. A queste ultime, plasmate sul modello di quelle penali,

[56] «La UIF cura il controllo dell'attuazione delle sanzioni finanziarie adottate dall'Unione europea ovvero dagli organismi internazionali, nei casi di cui agli articoli 4 e 4-*ter*, ovvero con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze nei casi di cui all'articolo 4-*bis*» (Cfr. art. 10, comma 1, del d.lgs. 109 del 2007). Analogamente all'articolo in cui si stabiliscono le competenze della UIF, anche in quello relativo alle attribuzioni del nucleo speciale di polizia valutaria il legislatore si riferisce al congelamento con la parola sanzione: «Le attribuzioni del Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di finanza previste dalle disposizioni vigenti per la prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio, sono esercitate anche per il contrasto del finanziamento del terrorismo e del finanziamento della proliferazione e per l'attuazione delle sanzioni finanziarie adottate dall'Unione europea, ovvero dagli organismi internazionali, nei casi di cui agli articoli 4 e 4-*ter*, ovvero con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze nei casi di cui all'articolo 4-*bis*» (Cfr. art. 11, comma 1, del d.lgs. 109 del 2007). Ma vi sono anche altri esempi a sostegno di quest'ipotesi: nel procedimento di designazione il Comitato deve tener conto dell'adozione, nei confronti del soggetto, di «altre sanzioni» (cfr. art. 4-*quater*, comma 1, lett. e), del d.lgs. 109 del 2007); il Comitato di sicurezza finanziaria, di propria iniziativa o su istanza del soggetto interessato, ai fini della cancellazione dalla lista di «individui o entità», può formulare una proposta al «Comitato sanzioni presso le Nazioni Unite» (cfr. art. 4-*sexies*, comma 1, del d.lgs. 109 del 2007); le disposizioni contenute nel decreto stesso non si applicano «alle sanzioni di natura commerciale nei confronti di Paesi terzi, incluso l'embargo di armi» (cfr. art. 2, comma 2, d.lgs. 109 del 2007).

[57] Sul punto cfr. G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924.

[58] Sul punto cfr. F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Rivista dir. comunitario*, 2013, 79 ss.

[59] È proprio la violazione di un precetto che rappresenta il discrimine tra sanzione amministrativa e qualsiasi altro atto di coazione amministrativa (così come intesi da G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, 247 ss.)

[60] I principi enunciati nella l. n. 689 del 1981, secondo parte della dottrina, sono riferibili a tutte le sanzioni amministrative, non solo a quelle pecuniarie. Ancor più intensamente, parte della dottrina ha affermato l'estensione delle garanzie penali, fra cui anche quelle di cui all'art. 25, c. 2 Cost., a tutte le sanzioni amministrative di carattere afflittivo: cfr., fra gli altri, M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedimentali*, Napoli, 1983; *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione (Studi preliminari)*,

ISSN 2036-7821

«*nessuno può essere assoggettato*» se non «*in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione*»[61] e il soggetto sanzionato deve aver commesso personalmente un'azione «*cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa*»[62] che integri la commissione di un illecito, cioè la violazione di un precetto. Non vi è alcuna possibilità che un soggetto diverso dal trasgressore sia destinatario di una pena, se non nei casi eccezionalmente previsti dalla stessa legge, né che questa possa essere trasmessa agli eredi[63]. Le sanzioni amministrative, inoltre, dovrebbero rispettare anche quei principi fondamentali del diritto penale, quali: il principio di tassatività della fattispecie, l'irretroattività, la tipicità, il divieto di interpretazione analogica[64].

La tesi per cui il congelamento è una «*misura restrittiva amministrativa*» sanzionatoria sembra trovare conferme anche in giurisprudenza: una recente pronuncia del Tar Lazio, sede di Roma, che rappresenta il *landing case* in materia, ha lapidariamente inteso il congelamento e le altre misure contenute nella decisione PESC come misure «*volte a reagire all'illecito internazionale, perpetrato dalla Federazione russa (Stato sovrano) in danno dell'Ucraina (Stato sovrano), rappresentato dalla violazione della norma internazionale generale di natura cogente (c.d. ius cogens) – consolidatosi fin dall'epoca in cui venne meno il Sacro Romano Impero – della sovranità territoriale e del suo corollario dell'esclusivo e libero esercizio del potere di governo sulla propria comunità territoriale, oggi codificato nell'art. 53 della Convenzione sul diritto dei trattati adottata a Vienna il 23 maggio 1969*»[65].

Pur volendo riconoscere l'esistenza di queste norme internazionali di *ius cogens*, la cui violazione comporterebbe una sanzione in capo all'autore (in questo caso alla Russia), risulta però difficile individuare un collegamento diretto tra l'obiettivo dichiarato, sanzionare la Russia, e il congelamento dei beni di soggetti non coinvolti nelle operazioni belliche: sembra, invece, che si stia colpendo dei soggetti in ragione

---

Napoli, 1981, spec. cap. I; voce *Sanzione – IV) Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVIII, Roma, 1992, 7.

[61] Art. 1 della l. n. 689 del 1981.

[62] Art. 3 della l. n. 689 del 1981.

[63] È questa disposizione, contenuta nell'art. 7 della l. n. 689 del 1981, che, più di tutte, pone l'accento sulla funzione punitiva che hanno le sanzioni amministrative.

[64] Un'altra macroscopica differenza tra le misure amministrative sanzionatorie ed il congelamento attiene al riparto di giurisdizione: i ricorsi avverso il provvedimento di congelamento vanno indirizzati al Tar Lazio, sede di Roma; al contrario, come noto, i ricorsi avverso le sanzioni amministrative, generalmente, sono di competenza "giurisdizionale" del Giudice di Pace. Ad ogni modo, la questione verrà approfondita nel paragrafo successivo.

[65] Il riferimento è alla sentenza del Tar Lazio, Roma, Sez. II, 27 giugno 2022, n. 8669, avverso la quale è stato proposto appello. Di seguito, per ragioni di completezza, si riporta il testo, tradotto dal francese, dell'art. 53 della Convenzione sul diritto dei trattati: «È nullo qualsiasi trattato che, al momento della sua conclusione, sia in contrasto con una norma imperativa di diritto internazionale generale. Ai fini della presente convenzione, per norma imperativa di diritto internazionale generale si intende una norma che sia stata accettata e riconosciuta dalla Comunità internazionale degli Stati nel suo insieme in quanto norma alla quale non è permessa alcuna deroga e che non può essere modificata che da una nuova norma di diritto internazionale generale avente lo stesso carattere».

ISSN 2036-7821

della nazionalità, in violazione del principio espresso dal brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*[66].

Infatti, l'unica responsabilità – se tale la si può definire – imputabile ad alcuni «*imprenditori*» risiede nella circostanza per cui la loro attività costituisce una «*notevole fonte di reddito per il governo della Federazione russa*». Tant'è vero che anche il giudice amministrativo italiano, nella richiamata pronuncia, sembra essersi espresso – cripticamente – in senso negativo sull'utilizzo del congelamento: «*Le "misure restrittive" disposte dall'Unione nei confronti della Federazione russa hanno quindi, nell'ambito del diritto internazionale, natura giuridica di vere e proprie contromisure (espressione di autotutela internazionale) in quanto azioni astrattamente illecite che trovano, tuttavia, giustificazione in concreto poiché adottate, ex post, da uno soggetto della comunità internazionale per reagire alla violazione di una norma di ius cogens che, sebbene riguardi uno specifico Stato sovrano, esplica effetti protettivi erga omnes verso l'intera comunità*». In altri termini, il congelamento sarebbe illecito – *recte*: illegittimo – ma, il solo fatto che è adottato da un gruppo di Stati nei confronti di un altro Stato, con l'obiettivo di "aiutare" uno Stato terzo, è sufficiente a sanare i vizi intrinseci a questa misura restrittiva sanzionatoria.

A questo punto, trarre delle conclusioni sulla "natura" giuridica che questa misura restrittiva assume in Italia è tutt'altro che agevole: sembrerebbe, alla luce di quanto visto, che il congelamento non si possa inquadrare a pieno titolo nemmeno nel genere delle sanzioni amministrative poiché non rispetta alcuni principi posti alla base dell'istituto.

L'ipotesi più verosimile, anche in considerazione del diritto positivo e dell'applicazione che ne è stata fatta, sembra quella che la «*misura restrittiva*» del congelamento rappresenti un *tertium genus* che si colloca tra le sanzioni amministrative, alle quali è più affine, e quelle misure di prevenzione amministrative quali il sequestro e la confisca preventiva[67]. La conferma di trovarci di fronte ad una

[66] Non si riesce ad individuare un criterio con cui vengono adottate le sanzioni che sia verosimilmente diverso dalla nazionalità. Del resto, leggendo con attenzione l'ultima versione del Regolamento, si ammette che, nell'Allegato I, sono ricompresi anche «gli imprenditori di spicco o le persone giuridiche, le entità o gli organismi che operano in settori economici che costituiscono una notevole fonte di reddito per il governo della Federazione russa, resosi responsabile dell'annessione della Crimea e della destabilizzazione dell'Ucraina» (cfr. art. 3, lett. g), ultima versione del Regolamento 269/2014).

E anche il giudice amministrativo italiano riconosce, avallandolo, tale meccanismo: «Si tratta quindi di misure amministrative, aventi natura preventiva e funzione cautelare, dalla durata temporanea in quanto collegata alla permanente violazione del diritto internazionale, con cui si intende reagire (c.d. contromisure), a livello dell'Unione, ad un illecito internazionale perpetrato da uno Stato sovrano (la Federazione russa) nei confronti di un altro Stato sovrano (l'Ucraina), aventi come destinatario indiretto lo Stato autore dell'illecito internazionale e come destinatari quei soggetti [che] traggono o mantengono vantaggi dalla violazione del diritto internazionale» (cfr. Tar Lazio, Roma, Sez. II, 27 giugno 2022, n. 8669).

[67] La confusione sulla "natura" giuridica del congelamento sembra congenita anche nella volontà del legislatore: ciò traspare, anche in questo caso, dalla relazione illustrativa che ha accompagnato il decreto legislativo n. 90 del 2017. In particolare, in un punto della relazion si legge che è stato necessario integrare la composizione del

ISSN 2036-7821

misura restrittiva-sanzionatoria atipica, cioè non inquadrabile in nessun istituto già esistente in Italia, emerge anche dal dato normativo: «*il congelamento non pregiudica gli effetti di eventuali provvedimenti di sequestro o confisca, adottati nell'ambito di procedimenti penali o amministrativi, aventi ad oggetto i medesimi fondi o le stesse risorse economiche*»[68].
Questa conclusione, a parere di chi scrive, deve valere anche per il congelamento nazionale che sembra, invece, più affine al sequestro amministrativo cautelativo. Ciò in quanto non è possibile, a mente del diritto positivo, ragionare atomisticamente sulla misura del congelamento. Infatti, nonostante sia astrattamente realizzabile una scissione di quest'istituto in almeno due fattispecie distinte (una "cautelare", cioè il congelamento nazionale, che è più simile ad un sequestro amministrativo e una "sanzionatoria", cioè il congelamento derivante dall'esecuzione di quanto deciso dall'UE e dall'ONU, maggiormente sovrapponibile alla sanzione amministrativa), il legislatore non ha previsto diversi regimi applicativi per ognuna di esse. Le affermazioni sin qui sostenute sono avvalorate anche dalla totale mancanza di un qualsivoglia elemento di pericolosità dei beni congelati, persino nella fattispecie "cautelare" del congelamento.

4. Alcune riflessioni sull'effettività della tutela dei diritti e degli interessi coinvolti.
La normativa europea prevede che, nel caso in cui i Regolamenti, adottati a seguito delle Decisioni PESC con cui l'Unione ha preso posizione su specifiche tematiche, contengano anche delle misure restrittive, siano disciplinate anche «*le necessarie disposizioni sulle garanzie giuridiche*»[69].
Il Regolamento del 2014 richiama espressamente il rispetto del «*diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*»[70] e stabilisce anche che la procedura per la modifica dell'Allegato I «*dovrebbe prevedere che si comunichino alle persone fisiche o giuridiche, alle entità o agli organismi designati i motivi dell'inserimento nell'elenco, affinché abbiano l'opportunità di dedurre osservazioni*»[71].

Comitato di sicurezza finanziaria con altre Amministrazioni «poiché l'intervento richiesto dai regimi sanzionatori posti dalle risoluzioni ONU, a livello internazionale, e dalle Decisioni e Regolamenti, a livello comunitario, vede sempre di più connessi il profilo delle relazioni commerciali con quello del loro finanziamento»; in un altro punto della stessa si legge che è necessario confermare il limite temporale di sei mesi – tuttavia rinnovabile illimitatamente – dell'efficacia del decreto di congelamento «perché trattandosi di misure restrittive patrimoniali di natura cautelare devono essere confermate alla luce della verifica della persistenza dei requisiti che ne avevano richiesto l'adozione».

[68] Art. 5, comma 7, del d.lgs. n. 109 del 2007. Nello stesso senso si può leggere l'art. 12, comma 1, secondo periodo, che recita come segue: «Se, nell'ambito di procedimenti penali o amministrativi, sono adottati provvedimenti di sequestro o confisca, aventi ad oggetto le medesime risorse economiche, alla gestione provvede l'autorità che ha disposto il sequestro o la confisca».

[69] Art. 215 TFUE, comma 3.

[70] Considerando n. 6 del Regolamento 269/2014.

[71] Considerando n. 8 del Regolamento 269/2014.

ISSN 2036-7821

Emergono, quindi, diversi momenti di "garanzia", interni ed esterni al procedimento amministrativo che culmina con il congelamento, di cui dovrebbe godere il soggetto attinto da questa sanzione: in primo luogo vi sono – *recte*: vi dovrebbero essere – le garanzie procedurali e, in un secondo momento, quelle giurisdizionali. Queste ultime, anche in considerazione dell'applicazione diretta di cui può essere oggetto il Regolamento, meritano di essere approfondite sia per ciò che riguarda i ricorsi alla magistratura domestica sia per i profili di competenza dei tribunali sovranazionali.

4.1 La tutela procedimentale.

Il procedimento amministrativo descritto dalla legge appare *ictu oculi* privo di adeguate garanzie procedurali: il Comitato è esentato, nei fatti, dall'effettuare la comunicazione di avvio del procedimento, in quanto non vi è alcuna previsione espressa sul diritto alla partecipazione e, inoltre, non sembra esserci un obbligo di motivazione "rafforzato" del decreto di congelamento.

La corretta e tempestiva esecuzione del congelamento ha la priorità su tutto e può avvenire in «*deroga ad ogni disposizione vigente in materia di segreto di ufficio*»: anzi, qualora il Comitato necessitasse di ulteriori informazioni su un soggetto, le altre amministrazioni – fra cui anche l'autorità giudiziaria – sarebbero «*obbligate*» a trasmettergliele[72].

La prima grande "lacuna difensiva" è rappresentata proprio dall'assenza di una specifica norma che vincoli l'amministrazione ad effettuare la comunicazione di avvio del procedimento (di congelamento o di inserimento nelle liste): infatti, il Nucleo speciale di polizia valutaria notifica agli interessati soltanto «*l'avvenuto inserimento dei nominativi nelle liste*»[73]. Tuttavia, in considerazione dell'incerta "natura" giuridica del congelamento, non è dato sapere se la mancata comunicazione sia imputabile a «*ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento*» o se la stessa misura restrittiva, potendo essere intesa come un «*provvediment*[o] *cautelare*», sia da considerarsi legittima ancorché essa venga adottata «*prima della effettuazione delle comunicazioni*»[74].

Giova soffermarsi ancora sulla "comunicazione" con cui il Comitato, avvalendosi del Nucleo speciale di polizia valutaria, deve portare a conoscenza del soggetto amministrato l'avvenuto congelamento: essa assume, a tutti gli effetti, le forme della notifica di un atto giudiziario[75].

---

[72] Il corsivo è contenuto nell'art. 3, comma 7, del d.lgs. 109 del 2007.

[73] Cfr. art. 4-*quinquies*, comma 1, del d.lgs. 109 del 2007.

[74] I corsivi sono riproduttivi dei contenuti dell'art. 7 della l. n. 241 del 1990.

[75] Si riporta, di seguito, il testo dell'art. 4-*quinquies*, comma 1, del d.lgs. 109 del 2007: «Il Comitato, avvalendosi del Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di finanza notifica agli interessati, con le modalità di cui agli articoli 137 e seguenti del codice di procedura civile e di cui agli articoli 3-*bis*, 45 e 48 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, l'avvenuto inserimento dei nominativi nelle liste di cui agli articoli 4, 4-*bis* e 4-*ter*, rendendo noti i seguenti elementi: // a) la parte pubblica dei motivi che sono a fondamento della

ISSN 2036-7821

In ogni caso, anche questa speciale "comunicazione di conclusione" del procedimento di congelamento non consente il benché minimo intervento partecipativo del soggetto amministrato, sia che si prenda come paradigma di riferimento la disciplina della sanzione amministrativa (pecuniaria), sia che si considerino le più generali disposizioni contenute nella legge sul procedimento amministrativo. Nel primo caso, essendo il provvedimento già definitivo, è evidente come i destinatari del congelamento non possano far pervenire al Comitato «*scritti difensivi e documenti*» né «*poss*[a]*no chiedere di essere sentiti dalla medesima autorità*»[76], come se si trattasse della fase precedente all'adozione dell'ordinanza ingiunzione con cui vengono irrogate le sanzioni amministrative (pecuniarie); nel secondo è altrettanto evidente come vengano sacrificate tutte quelle facoltà tipiche della «*partecipazione al procedimento amministrativo*»[77].

L'inibizione dei diritti procedurali si ripercuote anche sugli obblighi motivazionali del provvedimento di congelamento: al soggetto attinto dalla misura è resa nota esclusivamente «*la parte pubblica dei motivi che sono a fondamento della decisione di inserimento*»[78]. Ma non è affatto chiaro come il Csf valuti «*ogni informazione rilevante in suo possesso*»[79] e, analogamente, non è in alcun modo precisato in cosa possano sostanziarsi queste informazioni. Più nello specifico, relativamente al congelamento dei beni agli oligarchi, la misura nazionale viene adottata nel caso in cui essi pongano in essere «*una o più condotte che minacciano la pace e la sicurezza internazionale*»[80]. Sennonché, la valutazione della sussistenza di tali «*condotte*», generiche e non meglio esplicitate, sembra essere rimessa all'amplissima – *recte*: infinita – discrezionalità

decisione di inserimento; // b) le misure di congelamento loro imposte; // c) gli effetti delle misure di congelamento e le sanzioni per la loro inosservanza; // d) i casi in cui è possibile chiedere la cancellazione dalle liste; // e) l'autorità, nazionale ed internazionale, competente a ricevere la richiesta di cancellazione; // f) i presupposti e le modalità per richiedere l'autorizzazione in deroga; // g) le autorità, nazionali, comunitarie ed internazionali, competenti a ricevere i ricorsi avverso i provvedimenti adottati». Orbene, la normativa riportata sembra "sostituire", per il procedimento di congelamento, il contenuto degli artt. 7 e 8 della l. n. 241 del 1990.

[76] Cfr. art. 18, comma 1, della l. n. 689 del 1981

[77] Così è rubricato il Capo III della l. n. 241 del 1990. In particolare, vengono inevitabilmente mortificati i diritti di intervento e partecipazione al procedimento (cfr. artt. 9 e 10).

[78] Cfr. art. 4-*quinquies*, comma 1, lett. a), del d.lgs. 109 del 2007. Ad ogni modo, anche ai sensi dell'art. 3 del d.m. n. 59 del 2022, sono sottratti all'accesso, in quanto coperti da segreto di Stato, i seguenti documenti: «a) i processi verbali delle riunioni del Comitato e i resoconti sommari delle riunioni della rete degli esperti; // b) i documenti contenenti scambi di informazioni tra le amministrazioni rappresentate nel Comitato, il Comitato stesso e autorità internazionali o Stati esteri; // c) atti, studi, analisi, proposte, relazioni che riguardano la posizione italiana nell'ambito dei procedimenti di inserimento e cancellazione dalle liste internazionali di persone ed entità sospettati di terrorismo, ad eccezione delle parti pubbliche dei motivi che sono a fondamento della decisione di inserimento; // d) atti, studi, analisi, proposte, relazioni riguardanti singoli casi ovvero le strategie di prevenzione del riciclaggio e di lotta al finanziamento del terrorismo e della proliferazione delle armi di distruzione di massa nonché attività ispettive e investigative da parte delle autorità e degli organi investigativi rappresentati nel Comitato».

[79] Cfr. art. 4-*quater* del d.lgs. 109 del 2007.

[80] Cfr. art. 4-*bis* del d.lgs. 109 del 2007.

ISSN 2036-7821

dell'amministrazione, senza il limite che, di solito, è posto dai principi di tipicità e tassatività dell'azione amministrativa.

Il precipitato giurisdizionale di tali circostanze è che il decreto di congelamento diviene, in buona sostanza, insindacabile.

La giurisprudenza amministrativa ha infatti confermato, in più occasioni, la legittimità dell'operato del Comitato, poiché «*il provvedimento nazionale gravato non* [è] *ontologicamente soggetto alla disciplina sulla comunicazione di avviso del procedimento dettata dall'art. 7 della legge n. 241/1990*»[81]. Il giudice amministrativo, nel precedente richiamato, ha persino sostenuto che il congelamento non sia in ogni caso annullabile perché, ai sensi dell'art. 21-*octies*, «*alla luce delle risultanze procedimentali e processuali versate in giudizio da entrambe le parti, il contenuto dispositivo del provvedimento impugnato non poteva essere diverso da quello che ha in concreto assunto. Ed allora l'eventuale apporto partecipativo in chiave difensiva e collaborativa di parte ricorrente, collocatosi in una fase antecedente all'adozione del provvedimento, non sarebbe stato utile in quanto non avrebbe potuto comunque modificare il contenuto dispositivo del provvedimento né modificarlo in senso a sé favorevole*».

Ma, stando anche a quanto stabilito dalla giurisprudenza, le garanzie di partecipazione verrebbero soddisfatte integralmente dalle disposizioni sulla «*procedura di cancellazione dalle liste*»[82]: la norma prevede che, anche su istanza motivata, il Comitato di sicurezza finanziaria formuli al Comitato sanzioni presso le Nazioni Unite e al Consiglio dell'Unione Europea proposte di cancellazione dalle liste internazionali e comunitarie. Ai fini della presentazione dell'istanza, il Comitato «*tiene conto dell'esito dell'eventuale procedimento penale e di ogni altro elemento rilevante che indichi l'assenza di un coinvolgimento attuale in qualsiasi attività che abbia finalità di terrorismo* [...]». Tale "garanzia", però, sembrerebbe tradursi in un nulla di fatto: il soggetto raggiunto da congelamento che, stando alla lettera della legge, ben può non essere stato mai sottoposto ad alcun – eventuale – procedimento penale, non può neanche produrre memorie o richiedere un'audizione, ma può domandare soltanto una "revisione" del provvedimento che, con ogni probabilità, a causa dell'impossibilità di introdurre nuovi elementi da valutare, non avrà un esito diverso dalla precedente determinazione.

È per questo che, secondo chi scrive, appaiono evidenti i benefici che apporterebbe la partecipazione del soggetto amministrato al procedimento: ad esempio, potrebbe

[81] Cfr. Tar Lazio, Roma, Sez. II, 27 giugno 2022, n. 8669. Peraltro, il giudice amministrativo non scioglie, anzi, se possibile incrementa, i dubbi – espressi nel presente paragrafo – sulle motivazioni per cui il Comitato può obliterare la comunicazione di avvio del procedimento: infatti, da un lato, il Collegio sembra far riferimento al primo comma dell'art. 7 della l. n. 241 del 1990, ricordando che è da «esclude[re] la preventiva comunicazione dove sussistano "ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento"»; dall'altro, viene valorizzato il comma secondo, sottolineando che «il provvedimento di congelamento, attesa la sua natura preventiva, è ontologicamente concepito in modo tale da escludere la comunicazione di avvio».

[82] Disciplinata dall'art. 4-*sexies* del d.lgs. n. 109 del 2007.

ISSN 2036-7821

fornire indicazioni sulla reale titolarità di un bene[83]. In tal guisa si eviterebbero anche quei procedimenti, ulteriori e successivi, finalizzati a rimuovere dalla lista o, perlomeno, a scongelare alcuni beni di soggetti erroneamente coinvolti.
Ad ogni modo, non risultano soddisfatte neppure quelle disposizioni europee volte a «*soddisfare le esigenze di base delle persone fisiche o giuridiche, delle entità o degli organismi elencati nell'allegato I e dei familiari a carico* [...]»[84]. Ciò in quanto le numerose cause di esenzione dal congelamento elencate nel Regolamento si traducono, nella normativa interna, in una rimessione al Csf della questione: è il Comitato che «*individua le modalità operative di autorizzazione all'esenzione*», indicando «*altresì la documentazione che l'interessato è tenuto a produrre a corredo dell'istanza di esenzione*»[85].
Inoltre, non sembrano rispettati neanche i diritti ad una buona amministrazione sanciti dall'art. 41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea: «*Ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione. // Tale diritto comprende in particolare: // - il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio, // - il diritto di ogni individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale, // - l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni*»[86].

4.2 Le tutele giurisdizionali.

Dopo aver provato a far luce sulle esigue garanzie offerte in sede procedimentale, si intende procedere con l'analisi dei possibili rimedi giurisdizionali esperibili avverso il congelamento.
Occorre innanzitutto precisare che la tutela giurisdizionale non differisce in ragione della normativa – nazionale o euro-unitaria – che fonda il congelamento: anche quando il decreto sia meramente attuativo di Regolamenti o Risoluzioni, può essere impugnato innanzi al giudice amministrativo.
Ferma questa premessa, si propone di seguito una ricostruzione sistematica della disciplina in ordine agli strumenti di tutela giurisdizionale azionabili (ricorso al giudice amministrativo) avverso il decreto di congelamento.
Nella sua formulazione originaria, il decreto del 2007, all'articolo rubricato «*strumenti di tutela*», disponeva come segue: «*La competenza territoriale per le impugnazioni di*

[83] Infatti, dal dato letterale della normativa, sembrerebbe che il Comitato – forse – necessita dell'intervento del soggetto amministrato anche per dirimere questioni di gran lunga più modeste: ad esempio «al fine di evitare il possibile coinvolgimento di soggetti diversi con generalità identiche o simili» (cfr. art. 4-*quater*, comma 1, lett c) del d.lgs. 109 del 2007). Timori, quelli di congelare beni a soggetti che nulla hanno a che vedere con il terrorismo, che emergono anche nelle analisi del Csf stesso (cfr. analisi del 2014, p. n. 30).
[84] Cfr. art. 4, lett. a), del Regolamento 269/2014.
[85] Cfr. art. 4-*septies*, comma 1, del d.lgs. n. 109 del 2007.
[86] Cfr. art. 41, par. 1 e 2, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

ISSN 2036-7821

provvedimenti previsti dal presente decreto è attribuita al Tribunale amministrativo regionale del Lazio»[87]. È logico pensare che il termine «*provvedimenti*» ricomprendesse, inevitabilmente, anche i decreti di congelamento[88].

La prima modifica si è avuta con l'introduzione del codice del processo amministrativo, che ha modificato l'articolo in questione così: «*Avverso i provvedimenti previsti dal presente decreto la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal codice del processo amministrativo*»[89]. Lo stesso codice ha disposto che per le «*controversie avverso i provvedimenti previsti dal decreto legislativo 22 giugno 2007, n. 109*»[90] vige la competenza funzionale inderogabile del Tar per il Lazio, sede di Roma. Quindi, ancora una volta, tutti i provvedimenti elencati nell'originario decreto legislativo sembrano trovare tutela nella giurisdizione amministrativa (quindi anche quelli sanzionatori).

Forse è proprio a causa di quella che poteva sembrare un'anomalia, ovvero dalla devoluzione alla giurisdizione amministrativa di controversie vertenti su sanzioni amministrative, normalmente attribuite alla giurisdizione civile, che il legislatore ha avvertito l'esigenza di modificare ancora l'articolo in questione, portandolo alla versione attuale: «*I decreti sanzionatori, adottati ai sensi del presente decreto, sono assoggettati alla giurisdizione del giudice ordinario. È competente, in via esclusiva, il Tribunale di Roma*»[91]. Ad avviso di chi scrive, la disposizione si riferisce alle sole sanzioni adottate in conseguenza della violazione degli effetti del congelamento[92].

Infatti, una diversa esegesi del dato letterale, cioè che anche le controversie in ordine ai decreti di congelamento siano da devolversi alla giurisdizione ordinaria, significherebbe un'implicita abrogazione delle norme contenute nel codice del processo amministrativo[93]. E non può essere condivisa neanche quella dottrina che

---

[87] Cfr. testo originario dell'art. 14 del d.lgs. 109 del 2007.

[88] Semmai, avrebbe dovuto porsi in discussione se, nel termine provvedimenti, non fossero ricomprese le sanzioni amministrative adottate nei confronti di un soggetto che violasse le disposizioni contenute nel decreto di congelamento.

[89] Cfr. art. 3, comma 21, allegato n. 4, cod. proc. amm.

[90] Cfr. art. 135, comma 1, lett. m), cod. proc. amm.

[91] Cfr. attuale versione dell'art. 14, comma 1, del d.lgs. 109 del 2007.

[92] Certo, la formulazione attuale dell'art. 14 – che, è bene ricordarlo, prima si riferiva al riparto di giurisdizione che doveva seguire il decreto di congelamento – non è immediatamente intelligibile: rimuovendo del tutto i riferimenti sulla corretta giurisdizione da adire per i provvedimenti di congelamento, potrebbe sembrare che tutti i decreti adottati ai sensi della medesima legge siano da devolvere alla giurisdizione civile. Ancora una volta, la relazione illustrativa che ha accompagnato la riforma (d.lgs. 90 del 2017) restituisce la confusione in ordine alla misura del congelamento, anche per ciò che concerne il riparto di giurisdizione «[l'art. 14] modific[a] la giurisdizione, investe[ndo] il giudice ordinario in caso di opposizione avverso i decreti sanzionatori. Si tratta di una modifica normativa volta a conformarsi rispetto a quanto affermato negli ultimi anni, in diverse fattispecie, dalla giurisprudenza, anche costituzionale, che riconosce al giudice ordinario, in generale, la giurisdizione in materia di sanzioni amministrative di carattere afflittivo, come sono le sanzioni amministrative pecuniarie».

[93] Sul punto, fra gli altri, R. BARBERINI, *Il congelamento dei beni degli oligarchi*, *op. cit.*, che sostiene quanto segue: «Per ciò che invece riguarda le garanzie, è stata introdotta, per la prima volta nel 2017, la possibilità di ricorrere al giudice ordinario, e precisamente al Tribunale di Roma in via esclusiva, avverso «i decreti sanzionatori, adottati ai

ISSN 2036-7821

non rinviene, in alcuna disposizione normativa, indicazioni sulla tutela giurisdizionale esperibile nei confronti degli atti di congelamento nazionali e che, quindi, le ricava dai principi generali dell'ordinamento[94]

Quanto sostenuto, ovvero che i decreti di congelamento si impugnano innanzi al giudice amministrativo e gli atti sanzionatori – quelli adottati ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 109 del 2007 – innanzi al giudice ordinario, trova conferma nella consolidata giurisprudenza del Tar e del Consiglio di Stato[95].

Ma, d'altro canto, è pur vero che non si comprende perché delle sanzioni amministrative pecuniarie (per intenderci, quelle afflitte a chiunque violi le disposizioni di congelamento) siano state, in origine, devolute alla giurisdizione amministrativa, disattendendo il – pur discutibile – criterio di riparto affermatosi in materia.

Una volta chiarita la "sede", il tema centrale su cui riflettere è quello della tutela realmente offerta, la quale dovrebbe rispondere ai canoni, costituzionalmente sanciti, dell'effettività e della concretezza[96].

Secondo chi scrive, le garanzie giurisdizionali, così come quelle procedimentali, si appalesano insufficienti e ciò, stando all'attuale sistema normativo, non potrebbe essere diversamente. Il decreto di congelamento, in quanto atto amministrativo, può essere sindacato soltanto attraverso le figure sintomatiche dell'eccesso di potere: tuttavia, in mancanza di specifiche norme che indichino i presupposti cui deve conformarsi l'atto di congelamento, il provvedimento diviene sostanzialmente

---

sensi del presente decreto», ma non è del tutto chiaro se ciò riguardi anche le misure restrittive adottate in attuazione dei regolamenti europei. [...] L'interessato potrà, invece, certamente ricorrere alla Corte di giustizia dell'Ue, in quanto i regolamenti sul congelamento dei beni incidono direttamente su diritti individuali». Tale affermazione non può essere condivisa: la tutela giurisdizionale era espressamente prevista, anche per il congelamento attuativo dei Regolamenti, già nella prima versione del decreto del 2007, precisamente all'art. 14. Sembra confermare quanto detto anche Tar Lazio, Roma, Sez. II, 27 giugno 2022, n. 8669, che statuisce così: «[la] cognizione degli atti gravati nella presente controversia [il decreto di congelamento] rientra pienamente nell'ambito della giurisdizione nazionale».

[94] Cfr. M. CERFEDA, *Le 'nuove' misure di congelamento nazionali e il traffico di capitali volti al finanziamento del terrorismo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1/2018, 24-25.

[95] Come detto, il giudice amministrativo si è pronunciato su una molteplicità di ricorsi avverso il congelamento e quindi ha riconosciuto la sua giurisdizione. Al contrario, il Tar Lazio, Roma, Sez. II, 20 luglio 2020, n. 8450, nel dichiarare inammissibile un ricorso avverso una sanzione adottata dal MEF ai sensi dell'art. 13, comma 1, del d.lgs. n. 109 del 2007, ha chiarito che «la giurisdizione in materia di sanzioni amministrative pecuniaria emesse dal MEF per violazione dell'art. 5 del d.lgs. 22 giugno 2007, n. 109, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario. Peraltro, il legislatore con la riforma del 2017 (cfr., art. 6, comma 1, lett. q), d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90), con la quale è stata modificata la disciplina del d.lgs. 22 giugno 2007, n. 109, ha confermato all'art. 14 che i "decreti sanzionatori, adottati ai sensi del presente decreto, sono assoggettati alla giurisdizione del giudice ordinario"».

[96] E, sul punto, ovvero sulla possibilità che la tutela delle posizioni giuridiche soggettive di coloro i quali siano attinti da congelamento è posta sotto l'egida del giudice amministrativo, non deve trarre in inganno la circostanza per cui la decisione PESC, prodromica al Regolamento europeo, include, fra le altre, delle misure che incidono anche su di alcuni diritti c.d. fondamentali: questi, comunque, non ricomprendono anche quelli coperti dalla riserva di giurisdizione e, dunque, ben può occuparsene il giudice amministrativo.

ISSN 2036-7821

insindacabile. Detto altrimenti, la normativa di riferimento è talmente generica da rendere puramente ipotetica l'individuazione di profili di illegittimità intrinseci al provvedimento. Non è un caso che tutti i ricorsi proposti sinora siano stati respinti[97].
L'assenza di una motivazione, come detto, determina una insindacabilità del congelamento «*vi possono essere casi* [fra i quali il congelamento] *in cui la peculiare natura del procedimento e la fattispecie concreta rendano impossibile o altamente difficile accertare o verificare "i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche" che sorreggono e determinino la decisione amministrativa*»[98]
In effetti, l'ampia discrezionalità di cui gode il Comitato nella formulazione di un giudizio prognostico sulla "pericolosità" di un soggetto, in relazione ad azioni che esso neanche ha compiuto direttamente o, nelle quali non è neanche in minima parte coinvolto, mal si presta ad essere sindacata dal giudice amministrativo. Peraltro, la disposizione per cui «*il procedimento è sospeso fino a quando l'atto o i contenuti essenziali dello stesso* [coperti da segreto di Stato] *non possono essere comunicati all'Autorità giurisdizionale*»[99], incide direttamente sulla durata del procedimento giurisdizionale, contravvenendo ad un altro corollario del principio costituzionale del giusto processo, quello della ragionevole durata. Questa sospensione si può protrarre, legittimamente, per una durata di oltre due anni e, solo a seguito del decorso di questo periodo, l'Autorità giurisdizionale può richiedere al Comitato – ma non vi è obbligata – di produrre nuovi elementi ai fini della definizione del giudizio[100].
Come conferma di tale, sostanziale, insindacabilità del decreto di congelamento si può leggere un altro precedente giurisdizionale in cui si stabilisce che, nei confronti di un soggetto – non listato ma – colpito dalla misura del congelamento poiché «*associated*» ad un altro soggetto listato, nonostante quest'ultimo sia stato dichiarato deceduto, il congelamento rimane legittimamente efficace nei confronti del soggetto non listato[101]. Ciò soltanto in ragione della mancanza di una norma «*che stabilisca l'automatica decadenza delle misure di congelamento come conseguenza del decesso della persona designata*»[102]. In altre parole, non vi può essere lo scongelamento automatico dei beni di una persona non listata poiché vige una presunzione di "colpevolezza" nei confronti degli eredi della persona listata a lui collegata: non si ammette «*l'effetto di rendere immediatamente disponibili i fondi congelati agli eredi o a persone legate al soggetto stesso, in assenza di una preventiva valutazione da parte dell'organismo che ha*

[97] Da una ricognizione sulla banca dati del sito www.giustizia-amministrativa.it, sembrerebbe che tutti i ricorsi in materia siano stati rigettati.
[98] Cfr. Tar Lazio, Roma, Sez. II, 27 giugno 2022, n. 8669
[99] Cfr. art. 14, comma 2, del d.lgs. 109 del 2007.
[100] Ma, non è chiaro se la sospensione in parola opera solo nei procedimenti innanzi al Tribunale di Roma (e, quindi, nei ricorsi avverso le sanzioni) o anche nei procedimenti proposti al giudice amministrativo.
[101] Il riferimento è a Tar Lazio, sede di Roma, Sez. II, 22 marzo 2023, n. 5011.
[102] Cfr. Tar Lazio, sede di Roma, Sez. II, 22 marzo 2023, n. 5011.

ISSN 2036-7821

imposto la sanzione»[103]. Né è sufficiente, affinché il Csf valuti positivamente l'istanza di scongelamento in sede procedimentale o per veder dichiarato – giurisdizionalmente – illegittimo tale diniego, la circostanza per cui il soggetto i cui beni siano stati sottoposti al congelamento venga assolto dai reati di autoriciclaggio e di trasferimento fraudolento di valori[104].

Orbene, data la diretta applicabilità delle misure di congelamento sovranazionali, si riporta una rapida rassegna dell'orientamento giurisprudenziale europeo e in merito alle garanzie procedurali e sulla profondità di sindacato con cui, la stessa Cgue, può giudicare in ordine alla legittimità di queste misure restrittive[105]. In ordine alle garanzie procedurali – in particolare sull'obbligo di motivazione – pare che si siano formati due filoni giurisprudenziali: il primo, più risalente, è stato definito, da parte della dottrina, «*conservativo*» in quanto si trincera dietro la discrezionalità; il secondo, più recente, valorizza un controllo giurisdizionale più penetrante circa l'adozione di misure restrittive, consentendo il vaglio delle prove e dei documenti stessi posti alla base delle decisioni del Consiglio[106]. Ad esempio, nel caso Azarov, la Corte di Giustizia chiarisce che «*L'effettività del controllo giurisdizionale garantito dall'articolo 47 della Carta esige che* [...] *nello svolgere il controllo di legittimità dei motivi su cui si basa la decisione di inserire o di mantenere il nome di una persona nell'elenco delle persone oggetto di misure restrittive, il giudice dell'Unione si assicuri che tale decisione, la quale riveste una portata individuale per detta persona, poggi su una base fattuale sufficientemente solida. Ciò implica una verifica dei fatti allegati nell'esposizione dei motivi sottesa a detta decisione, di modo che il controllo giurisdizionale non sia limitato alla valutazione della verosimiglianza astratta dei motivi di decisione addotti, bensì sia inteso a stabilire se questi motivi, o per lo meno uno di essi considerato di per sé sufficiente a suffragare detti atti, siano fondati* [...]»[107]. Ciò implica, come in effetti è avvenuto nel caso preso in esame, la possibilità di valutare nel merito le scelte del Consiglio e, nell'eventualità in cui queste appaiano non fondate su basi solide, il giudice europeo può disporre la cancellazione dalle liste.

Inoltre, il giudice europeo sembrerebbe confermare la stretta correlazione tra l'obbligo di motivazione e l'effettività della tutela giurisdizionale: in assenza di specifiche motivazioni e di paradigmi legislativi di riferimento certi, ai quali l'azione

[103] Cfr. Tar Lazio, sede di Roma, Sez. II, 22 marzo 2023, n. 5011.

[104] È quanto meno singolare che, al termine del procedimento penale, sia stato disposto il dissequestro della stessa somma di denaro che è, invece, stata sottoposta al congelamento. Cfr. Tar Lazio, sede di Roma, Sez. II, 22 marzo 2023, n. 5011.

[105] La CGUE (in prima istanza il Tribunale e poi la Corte) è competente a giudicare la materia delle misure restrittive ai sensi dell'art. 275, paragrafo 2, del TFUE, che deroga al primo paragrafo dello stesso articolo.

[106] Sul punto e per un'elencazione dei casi appartenenti all'uno o all'altro filone, cfr. G. VITALE, *La giurisprudenza dell'Unione in materia di misure restrittive. L'obbligo di motivazione della misura e la tutela giurisdizionale effettiva dei destinatari*, in *Eurojus* n. 1/2021

[107] Cfr. CGUE, ECLI:EU:C:2018:1031, Azarov c/ Consiglio dell'Unione Europea, punto n. 22.

ISSN 2036-7821

del Consiglio deve conformarsi, diventa impossibile ottenere un vero sindacato giurisdizionale. Infatti, in un altro caso recentissimo, riguardante il congelamento dei beni (proprio ai sensi del Regolamento 269/2014) della madre dell'oligarca Prigozhina, capo della c.d. *Wagner*, il Tribunale ha considerato "formalmente" adeguate le motivazioni portate a conoscenza della Signora ma, sindacando nel merito di queste, le ha ritenute infondate e, pertanto, ha accolto il ricorso[108].

5. Conclusioni.

Si è detto delle enormi difficoltà che si incontrano laddove si provi a trarre delle conclusioni sulla natura e sull'inquadramento, nell'ordinamento giuridico italiano, della misura restrittiva del congelamento. Ciò in quanto la materia è regolata da due discipline interconnesse ma, per lo meno astrattamente, autonome fra loro: la prima, di livello sovranazionale, individua, attraverso atti direttamente applicabili negli Stati membri, finanche i nominativi dei soggetti che devono essere colpiti dalla misura stessa; la seconda disciplina, nazionale, attua ed integra quella sovranazionale, sostanzialmente recependo quest'ultima e prevedendo la sua applicazione nei confronti dei soggetti dediti al – o al finanziamento del – terrorismo, al riciclaggio e ad attività in grado di minacciare la pace e la sicurezza internazionale.
Pertanto, data l'esistenza di queste discipline parallele ma ontologicamente differenti fra loro – una risponde ai canoni del diritto europeo e l'altra a quelli dell'ordinamento giuridico italiano –, entrambe meriterebbero delle riflessioni accurate. Tuttavia, in ordine alla normativa sovranazionale, che esula dal campo d'indagine del presente lavoro, si vuole fornire soltanto qualche spunto.
Vista la moltitudine di fattispecie, previste dalla normativa europea, per le quali può essere irrogata la misura del congelamento, va rilevato che quando esso assume il *nomen iuris* di misura restrittiva adottata nei confronti di quei soggetti responsabili – o sostenitori – di azioni politiche che compromettono o minacciano l'integrità territoriale, la sovranità e l'indipendenza dell'Ucraina, la norma di diritto europeo, sulla cui base viene adottata, dal Consiglio, la «*Decisione*», è stata individuata nell'art. 29 del TUE[109].
Diversamente, sembra che il fondamento giuridico sul quale poggia il Regolamento attuativo della Decisione sia l'art. 215 TFUE, poiché la fattispecie per cui viene imposto il congelamento non è strettamente legata al terrorismo[110]. Infatti, non risulta

[108] Cfr. Tribunale, ECLI:EU:T:2023:104, Prigozhina c/ Consiglio dell'Unione Europea.

[109] Si riporta il testo completo dell'art. 29 del TUE: «Il Consiglio adotta decisioni che definiscono la posizione dell'Unione su una questione particolare di natura geografica o tematica. Gli Stati membri provvedono affinché le loro politiche nazionali siano conformi alle posizioni dell'Unione».

[110] Si riporta il testo completo dell'art. 215 TFUE: «Quando una decisione adottata conformemente al capo 2 del titolo V del trattato sull'Unione europea prevede l'interruzione o la riduzione, totale o parziale, delle relazioni economiche e finanziarie con uno o più paesi terzi, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta congiunta dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e della

ISSN 2036-7821

afferire alla fattispecie in esame in questo contributo l'annosa *querelle* tra Parlamento e Consiglio dell'Unione Europea circa la norma europea primaria che si sarebbe dovuta porre alla base del congelamento dei beni di alcuni terroristi: in quel caso, secondo il Parlamento, la base andava individuata, più correttamente, nell'art. 75 TFUE[111].

Venendo alle considerazioni in merito alla normativa italiana preposta all'attuazione del Regolamento, obbligatorio e direttamente applicabile, va preliminarmente rilevato che, in realtà, il legislatore si è limitato a disciplinare un solo procedimento amministrativo ed un solo "tipo" di congelamento, utilizzabile indistintamente per tutte le diverse fattispecie – contrasto del finanziamento del terrorismo, del finanziamento della proliferazione e dell'attività di Paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale – contemplate dalla normativa sovranazionale (sia europea sia dell'ONU).

Sulla "natura" giuridica che il congelamento riveste in Italia si è già argomentato sul perché, secondo chi scrive, essa sia affine a quella della sanzione amministrativa, nonostante i principi, ai quali queste ultime sono solitamente sottoposte, vengano significativamente disattesi dalla disciplina del congelamento[112]. Ma ciò non dovrebbe stupire perché, anche a livello europeo, sembrerebbe che questo genere atipico di misure restrittive sia un ibrido tra le *smart sanctions* e le contromisure collettive[113].

Commissione, adotta le misure necessarie. Esso ne informa il Parlamento europeo. // Quando una decisione adottata conformemente al capo 2 del titolo V del trattato sull'Unione europea lo prevede, il Consiglio può adottare, secondo la procedura di cui al paragrafo 1, misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche, di gruppi o di entità non statali. // Gli atti di cui al presente articolo contengono le necessarie disposizioni sulle garanzie giuridiche».

[111] Sul punto cfr. CGUE, ECLI:EU:C:2012:472, Parlamento europeo c/ Consiglio dell'Unione europea.

[112] La conferma di trovarci di fronte a sanzioni amministrative atipiche o ad un *tertium genus* tra sanzioni e misure preventive (amministrative), si può rinvenire anche nella nota del Consiglio dell'Unione Europea del 4 maggio 2018: «Il congelamento amministrativo deve essere distinto da congelamento giudiziario, sequestro e confisca, che non possono essere imposti nell'ambito di applicazione delle misure restrittive, ma soltanto quale misura nazionale di esecuzione».

[113] Sul punto cfr. F. SPERA, *Dalle sanzioni generali alle smart sanctions: evoluzione e impatto del fenomeno sanzionatorio nel diritto internazionale e la natura delle misure restrittive europee*, in *Eunomia*, n. 1/2022, 113 ss. il quale ritiene che le misure restrittive siano più sovrapponibile alle contromisure collettive in quanto, diversamente, «contrasterebbero con le principali teorie di diritto internazionale, in base alle quali le sanzioni sono adottate principalmente in risposta a minacce all'ordine pubblico internazionale, non a violazioni del diritto internazionale». Anche quest'Autore sembra lanciare il monito sulla "pericolosità" di questo strumento «date le debolezze intrinseche nei giudizi unilaterali e soggettivi da parte degli stati e organizzazioni regionale su quando imporre tali misure non coercitive, si è dell'opinione che le stesse dovrebbero rappresentare un trampolino di lancio temporaneo verso sanzioni collettive imposte a livello centrale con un consenso più ampio della comunità internazionale».

ISSN 2036-7821

Ebbene, la convinzione di trovarsi di fronte a delle sanzioni deriva, come visto, dall'utilizzo del criterio ermeneutico c.d. teleologico[114]: appare evidente che esse rispondano ad uno scopo afflittivo – quasi punitivo – nei confronti di coloro i quali pongono in essere delle azioni che minacciano la sovranità dello Stato ucraino[115]. In effetti, il fine ultimo di questi provvedimenti è creare «*disagio*» nei confronti di quei soggetti che l'Unione Europea ha ritenuto, a vario titolo, che abbiano appoggiato le strategie di destabilizzazione attuate dalla Russia nei confronti dell'Ucraina[116].

Il cuore del problema è proprio questo: non si comprende il motivo per cui se la Federazione russa ha violato, come ritenuto dalla giurisprudenza, delle norme internazionali di *ius cogens*, a farne le spese debbano essere alcuni cittadini russi individuati e poi inseriti, da organi politici dell'Unione Europea, in una sorta di moderne liste di proscrizione[117]. Difatti, quantomeno in merito ai decreti del Ministro dell'economia e delle finanze che, in attuazione delle disposizioni europee, congelano dei beni, ben potrebbero individuarsi dei profili di incostituzionalità: il Regolamento è, ai sensi del TFUE, a tutti gli effetti un atto legislativo[118]. Esso, però, si discosta palesemente da quei caratteri di generalità, astrattezza e intersoggettività,

---

[114] In effetti, l'originario scopo per cui è stato introdotto il congelamento era quello di combattere il terrorismo internazionale ed il riciclaggio. Un'impostazione in questo senso sembra raccogliere anche l'invito di L. PASCULLI, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminosi internazionali*, Padova, 2012, 187-188, che mette in guardia gli interpreti sull'inevitabile autonomia terminologica propria del diritto internazionale. Infatti, l'A. ricorda che, proprio nella materia del sequestro e della confisca dei proventi di reato e sul finanziamento di terrorismo, a volte si utilizzano interscambiabilmente i termini *freezing* e *seizure*. Tuttavia, «nonostante gli sforzi di uniformazione e l'apprezzabile prassi di fornire (generalmente nelle norme di apertura) espressa definizione dei termini-chiave di ogni atto normativo, si ha ancora l'impressione di una terminologia incoerente e ambigua, destinata ad aprire il varco a incertezze interpretative e, conseguentemente, a distorsioni applicative. // Tale consapevolezza deve, quindi, allertare l'interprete circa la insidiosità di un approccio ermeneutico del diritto sovranazionale basato esclusivamente sulle omonime espressioni di diritto interno (che spesso non sono che dei «falsi amici») e orientarlo, piuttosto, alla ricerca dei tratti contenutistici e procedurali che caratterizzano misure identiche nella sostanza, benché diversamente denominate».

[115] Altrimenti non potrebbe essere: il congelamento è stato introdotto nel nostro ordinamento con lo scopo di "punire" i terroristi.

[116] Questa ricostruzione è da imputarsi al Tar Lazio, sede di Roma, Sez. II, 11 aprile 2023, n. 6256.

[117] Sul punto cfr. R. RUOPPO, *Sanzioni individuali dell'unione europea nel conflitto russo-ucraino e diritti fondamentali: luci ed ombre all'indomani delle prime pronunce della corte di giustizia*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, 1201 ss., che afferma: «le sanzioni adottate dalle istituzioni dell'Unione sembrano non rispecchiare fedelmente tale proposito [il rispetto del principio di proporzionalità della sanzione], in quanto, alla luce delle motivazioni a supporto delle medesime, queste ultime risultano destinate a pregiudicare i diritti di un ampio novero di soggetti, non solo di coloro effettivamente coinvolti nella compromissione dell'integrità territoriale dell'Ucraina. // La particolare disinvoltura con la quale sono designati i soggetti sanzionati sembra suffragare così l'idea che le finalità perseguite tramite le misure sanzionatorie si presentano eterogenee: queste ultime, infatti, non si limiterebbero esclusivamente ad ostacolare l'iniziativa illegittima del governo di Mosca rendendo maggiormente dispendiosa l'attività

bellica; mirerebbero, altresì, a condizionare l'attività dello Stato aggressore invitandolo a cessare l'illecito in atto; infine è stato rilevato che le sanzioni assolverebbero una funzione promozionale dei valori dell'Unione, svolgendo un ruolo definito pedagogico».

[118] Sul punto cfr. art. 288 ss. del TFUE.

ISSN 2036-7821

propri delle leggi nazionali, sino a sanzionare – in via diretta – dei soggetti individuati[119]. Queste «*ritorsioni*»[120] adottate dall'Unione Europea nei confronti della Russia, cui l'Italia dà attuazione, incidono pesantemente soltanto nella sfera giuridica soggettiva di alcuni individui che non hanno violato alcuna disposizione imperativa vigente nel nostro ordinamento. Da questo punto di vista, la circostanza per cui è l'Unione Europea ad adottare degli atti – sostanzialmente – politici, non appare *in re ipsa* idonea a giustificare il sacrificio dei principi costituzionali posti alla base del nostro ordinamento: dovrebbe trovare applicazione la teoria dei controlimiti, così come concepita dalla Corte costituzionale[121].

A maggior ragione, si prospetta costituzionalmente critica la soluzione italiana per cui la valutazione finale del Csf in merito alle proposte di *listing* di altri soggetti, nonché la scelta di congelare *ad interim* i beni di questi ultimi, si risolve in un giudizio prognostico sulla possibilità che un soggetto sia, secondo la tecnica del "più probabile che non", responsabile a vario titolo del conflitto.

La critica più importante che si può muovere nei confronti di queste misure restrittive è che esse incarnano la nemesi dei principi cui sono sottoposte le altre sanzioni: i soggetti amministrati attinti dal congelamento sono, con ogni probabilità, ignari di aver violato delle norme (inesistenti); la sanzione si estende a chiunque sia legato a loro; i beni congelati sono – retroattivamente e indistintamente – tutti quelli di cui l'oligarca dispone.

---

[119] Sul punto cfr. S. COGNETTI, *Sindacato giurisdizionale tra discrezionalità amministrativa e indeterminatezza della norma*, relazione al Convegno organizzato dal Consiglio di Stato (su "*Itinerari della Giustizia amministrativa e del suo giudice. Per i 130 anni dall'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato*", tenutosi a Roma, Palazzo Spada, il 20 novembre 2019

[120] Si esprime così M. PEDRAZZI, *L'aggressione russa all'Ucraina, l'Europa e la comunità internazionale*, *op. cit.*, che al riguardo scrive: «Dal punto di vista del diritto internazionale tali misure si qualificano quali ritorsioni, laddove non incidano su obblighi internazionali precedentemente in vigore, o, in caso contrario, quali contromisure collettive, cioè adottate unilateralmente da Stati (nel caso in esame per il tramite di un'organizzazione intergovernativa) non specialmente lesi da violazioni di obblighi *erga omnes*. La liceità di tali contromisure, sempre sostenuta dai paesi occidentali, è ancora dibattuta, sebbene non sia dubbio che nel caso di specie tali misure contribuiscano, almeno negli obiettivi, all'attuazione dell'obbligo gravante su tutti gli Stati di cooperare al fine di porre fine a gravi violazioni dello *ius cogens*, tantopiù trattandosi di un'aggressione (art. 41 degli Articoli sulla responsabilità degli Stati per illeciti internazionali). Va comunque ricordato, ed in ciò le misure adottate da vari Stati e dall'Unione presentano profili potenzialmente problematici, che le contromisure non devono comportare la lesione di diritti fondamentali delle popolazioni degli Stati destinatari né la lesione ingiustificata di diritti individuali».

[121] Sul punto cfr. Corte costituzionale, Ord. n. 24 del 2017: «Il riconoscimento del primato del diritto dell'Unione è un dato acquisito nella giurisprudenza di questa Corte, ai sensi dell'art. 11 Cost.; questa stessa giurisprudenza ha altresì costantemente affermato che l'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia. Qualora si verificasse il caso, sommamente improbabile, che in specifiche ipotesi normative tale osservanza venga meno, sarebbe necessario dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati, per la sola parte in cui essa consente che quell'ipotesi normativa si realizzi».

ISSN 2036-7821

Venendo alla questione delle tutele, procedimentali e giurisdizionali, dovrebbe essere chiaro che, chi scrive, le ritiene entrambe insufficienti. Ciò perché, in considerazione del diritto positivo, sembra mancare una benché minima previsione di giusto procedimento e di giusto processo. In altri termini, il giudizio di legittimità non sembra praticabile: la norma di riferimento non fornisce quella tipicità e tassatività all'azione amministrativa del Csf tale da permettere la proposizione di un ricorso. L'amplissima discrezionalità di cui gode il Comitato nella valutazione di qualsiasi elemento imputabile al "malcapitato" vanificherebbe qualsiasi censura di eccesso di potere. Tant'è che sembra venir meno il disposto dell'art. 24 della Costituzione: la tutela, come visto, non è affatto garantita. Ancor meno garantito appare quel principio posto a corollario del diritto di difesa, ovvero quello dell'effettività della tutela: a fronte della complessità, nonché della non giuridicizzazione del procedimento amministrativo prodromico all'emanazione del congelamento (governato, principalmente, dalla segretezza e dalla celerità), appare difficile – se non impossibile – ottenere un provvedimento di annullamento[122].

[122] Ragiona sul principio di tassatività-determinatezza delle sanzioni amministrative M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, in *Federalismi.it*, n. 4/2017.

S. COGNETTI, *Sindacato giurisdizionale tra discrezionalità amministrativa e indeterminatezza della norma*, 5, sottolinea che «l'introduzione del principio di proporzionalità [nel processo di giuridicizzazione del potere amministrativo], rispetto alla cui applicazione la giurisprudenza europea ha affermato che esso viene violato ogni qualvolta la clausola generale "non dota il giudice nazionale di criteri sufficientemente precisi, idonei a verificare la proporzionalità della scelta" (Corte europea, causa C-463/00 e C-98/01). [...] L'indeterminatezza della norma pone problemi applicativi di particolare gravità specie con riferimento al principio di uguaglianza sia formale che sostanziale».

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Verso il servizio sport. Considerazioni a seguito della riforma dell'art. 33 della Costituzione

di Ludovico Castiglione

(Avvocato, Dottorando di ricerca in diritto amministrativo presso Università Telematica Pegaso)

Sommario

1. Premessa. Il novellato art. 33 della Carta Costituzionale; 2. Il ruolo dello Stato nella tutela del *welfare*; 3. La partecipazione dei privati alla gestione del "Servizio Sport"; 4. Considerazioni conclusive. La precettività della norma Costituzionale.

Abstract

This paper investigates the normative context in which set the reform of Article 33 of the Constitution. The amendment recognizes that the sports activity has educational value, social value and the value of promoting psychophysical well-being. The constitutionalization of sports activity aims to strengthen the right to sport, connected with fundamental human rights. Furthermore, the paper analyzes the effects of the specific position of sport in the Third Sector.

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa. Il novellato art. 33 della Carta costituzionale.

Come noto, l'iter legislativo per l'approvazione del disegno di legge costituzionale finalizzato all'introduzione della tutela dello sport nelle previsioni costituzionali, è terminato il 20 settembre 2023 con la seconda e ultima deliberazione da parte della Camera dei deputati[1].

La proposta di riforma mira a dare effettività al principio della tutela dello sport, con una previsione specifica e ulteriore rispetto alla menzione dell'"ordinamento sportivo" previsto dall'articolo 117, comma 3, della Costituzione – introdotto con la riforma del Titolo V approvata nel 2001[2] – nella parte in cui enumera le materie di competenza concorrente[3].

A tal fine, la nuova formulazione di legge si compone di un unico articolo, che modifica l'articolo 33 della Costituzione, aggiungendo un nuovo ultimo comma, in virtù del quale *"la Repubblica riconosce il valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme"*. L'aver optato per il verbo "riconoscere" rimanda alla formula linguistica dell'art. 2 della Carta Costituzionale[4], ammettendo, di fatto, che l'attività motoria è una realtà preesistente e invitando la Stato, pertanto, a promuoverla e tutelarla.

---

[1] In altri testi costituzionali già nella loro previsione originaria era previsto un esplicito riferimento allo sport o all'ordinamento sportivo. A titolo meramente esemplificativo: La Costituzione Francese, all'art. 17, sottolinea come *"[…] Lo sport è accessibile a tutti. La sua pratica è incoraggiata. La legge favorisce l'uguaglianza degli accessi alle pratiche sportive e la partecipazione delle associazioni sportive, nell'ambito del rispetto dei principi giuridici e finanziari fissati dalla legge"*; per la Costituzione Sudafricana, invece, al Capitolo 2 sezione 31 *"Tutti hanno il diritto di partecipare alle attività sportive, anche come spettatori, e di avere l'accesso a eventi sportivi in termini di legge."*; Anche la Costituzione della Repubblica Federale di Germania, senza menzionare esplicitamente lo sport, affronta il tema del diritto a condurre uno stile di vita sano e l'importanza della cultura fisica nell'articolo 2.

[2] Cfr. Corte costituzionale, 29 dicembre 2004, n. 424 ove si osserva che: *"non è dubitabile che la disciplina degli impianti e delle attrezzature sportive rientri nella materia dell'ordinamento sportivo e che in merito alla stessa operi il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni sancito dall'art. 117, terzo comma, della Costituzione"*. Pertanto, una volta precisato che si verte *"in materia di ordinamento sportivo, ne consegue che lo Stato deve limitarsi alla determinazione dei principi fondamentali, spettando invece alle Regioni la regolamentazione di dettaglio, salvo una diversa allocazione, a livello nazionale, delle funzioni amministrative, per assicurarne l'esercizio unitario, in applicazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza con riferimento alla disciplina contenuta nell'art. 118, primo comma, della Costituzione"*. Le stesse argomentazioni sono state utilizzate dalla Consulta nella sentenza del 23 ottobre 2013, n. 254, con riferimento alla disciplina della edilizia sportiva potendosi *"tranquillamente, ascrivere la destinazione del fondo in questione – finalizzato non a favorire l'attività sportiva agonistica ma destinato allo «sviluppo ed alla capillare diffusione della pratica sportiva a tutte le età e tra tutti gli strati della popolazione» – all'ambito materiale di competenza concorrente regionale dell'«ordinamento sportivo» di cui all'art. 117, terzo comma, Cost."*.

[3] Va osservato che, circa tale previsione, si è diffusamente osservato come la formula costituzionale non abbia inteso negare il principio consolidato dell'autonomia dell'ordinamento sportivo rispetto all'ordinamento statuale (*cfr.*, per tutte, Corte cost., sent. n. 49 del 2011; ma si tratta di orientamento risalente e condiviso anche nella giurisdizione ordinaria e amministrativa: si veda almeno, fra le pronunce più recenti e per ulteriori rinvii, Cass., SS.UU., sent. n. 30714 del 2021, C.d.S., sent. n. 5554 del 2017).

[4] A mente del quale, *"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."*

ISSN 2036-7821

Difatti, va osservato preliminarmente che, in mancanza di un riferimento formale all'attività sportiva, la dottrina e la giurisprudenza, con attenta interpretazione estensiva, e traendo fondamento dagli articoli 2, 3, 18 e 32 Cost.[5], hanno costantemente assegnato una rilevanza centrale allo sport nell'ambito dei valori costituzionali del nostro ordinamento[6].

In tale prospettiva è stato evidenziato dalla stessa Corte costituzionale che *"nel quadro della struttura pluralista della Costituzione, orientata all'apertura dell'ordinamento dello Stato ad altri ordinamenti, anche il sistema dell'organizzazione sportiva, in quanto tale e nelle sue diverse articolazioni organizzative e funzionali, trova protezione nelle previsioni costituzionali che riconoscono e garantiscono i diritti dell'individuo, non solo come singolo, ma anche nelle formazioni sociali in cui si esprime la sua personalità (art. 2 Cost.) e che assicurano il diritto di associarsi liberamente per fini che non sono vietati al singolo dalla legge penale (art. 18). Con la conseguenza che eventuali collegamenti con l'ordinamento statale, allorché i due ordinamenti entrino reciprocamente in contatto per intervento del legislatore statale, devono essere disciplinati tenendo conto dell'autonomia di quello sportivo e delle previsioni costituzionali in cui essa trova radice.[7]"*

Tale interpretazione sembra propugnare una visione dello sport quale bene collettivo-comune[8] che, tuttavia, per trovare effettività anche sotto il profilo della tutela, deve essere regolamentata sulla base del diritto positivo.

---

[5] Cfr. P. SANDULLI, *Costituzione e sport*, in *Riv. dir. econ. sport*, 2018, 1, p. 1; T.E. FROSINI, *La giustizia sportiva italiana e comparata*, in *federalismi.it*, 2017, n. 15, pp. 1-14. M. RUOTOLO, *Giustizia sportiva e Costituzione*, in *Riv. dir. sport.*, 1998, 3-4, pp. 403 - 428. M. SANINO, *Sport (ad vocem)*, in Enc. giur., vol. 32, Roma, Treccani, 2006; G. VALORI, *Il diritto nello sport*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 100; B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del titolo V*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 79; V. SANNONER, *La Costituzione italiana e lo sport*, in Aspetti giuspubblicistici dello sport, a cura di D. MASTRANGELO, Bari, Cacucci, 1994, pp. 13-14; C. PARINELLO, *Attività sportiva e sviluppo della persona*, in *Dir. fam*., 1991, 3, pp. 741-785.

[6] Con particolare riferimento agli artt. 2 e 18 della Costituzione, la Corte costituzionale ha evidenziato, in più occasioni, che rappresentano il fondamento dell'autonomia sportiva *"dato che non può porsi in dubbio che le associazioni sportive siano tra le più diffuse «formazioni sociali dove [l'uomo] svolge la sua personalità» e che debba essere riconosciuto a tutti il diritto di associarsi liberamente per finalità sportive"* (cfr. Corte cost., sent. n. 49 del 2011; più di recente, anche sent. n. 160 del 2019).

[7] Sentenza della Corte Costituzionale, 17 aprile 2019, n. 160.

[8] In Italia, il dibattito sui beni comuni, nasce dal fallimento dei tradizionali modelli amministrativi di gestione di "cose", e, pertanto, dal bisogno di cercare delle soluzioni alternative. Più nello specifico, il termine "cose" viene volutamente utilizzato per la ampiezza di concetti che rientrano nella nozione di beni comuni. In tale definizione vengono inclusi oggetti di diversa natura come l'acqua, il patrimonio storico-artistico in generale, il suolo, le opere dell'ingegno, anche digitali, alcuni edifici, la sanità, l'università, alcuni spazi urbani, la città, il lavoro, l'informazione, il web etc. Appare evidente come tutte le "cose" menzionate posseggono una peculiarità che le accomuna: Il legame con i valori e interessi generali, con la tutela dei diritti fondamentali e con la sfera di libertà individuale e collettiva. Tale caratteristica stimola un diverso modello amministrativo, non più incentrato sulla autoritarietà dell'apparato pubblico, bensì ispirato al principio di sussidiarietà orizzontale dove il cittadino viene incentivato alla gestione di tali beni. Nascono, dunque, le più recenti teorie sui beni comuni quali beni oggetto di una collaborazione tra pubblica amministrazione e cittadinanza attiva in quanto di interesse generale. Siffatta nuova "alleanza" tra pubblico e privato, come si vedrà nel prosieguo, pone l'attenzione sull'utilizzo di nuovi strumenti giuridici del diritto amministrativo non più esclusivamente autoritativi, ma ispirati a una

ISSN 2036-7821

La rilevanza dello sport quale bene giuridico risulta travagliata, poiché ignorato inizialmente dalla Costituzione e avente un carattere poliedrico, nell'ambito del quale si intrecciano obiettivi, principi e interessi differenti (sociali, culturali ed economici)[9].

Occorre ricordare che il Libro bianco sullo Sport[10] utilizza la definizione ampia di "sport" stabilita dal Consiglio d'Europa (Rodi – 1992), che comprende *"qualsiasi forma di attività fisica che, mediante una partecipazione organizzata o meno, abbia come obiettivo il miglioramento delle condizioni fisiche e psichiche, lo sviluppo delle relazioni sociali o il conseguimento di risultati nel corso di competizioni a tutti i livelli"*[11].

Già dalle definizioni sopra riportate appare evidente che si tratta di una forma di indiretta tutela del bene fondamentale della salute.

Il nesso che lega indissolubilmente sport e vita umana[12] allude quasi a una sorta di "diritto fondamentale dello sport", da collocare sullo stesso piano di altri diritti di rango cosiddetto super-primario, quali quello alla vita e alla salute.

È fondamentale rilevare che questo concetto presuppone un auspicato ruolo attivo dello Stato, che assumerebbe un dovere di garantire il libero accesso al bene dello sport.

2. Il ruolo dello Stato nella tutela del welfare.

---

collaborazione civica. Amplissima la dottrina che specificatamente si è appuntata sul tema dei beni comuni. *Ex multis*, si veda F. CORTESE, *che cosa sono i beni comuni?,* in *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione,* a cura di M. BOMBARDELLI, Napoli; Editoriale Scientifica, 2016 38-51; C. IAIONE e E. DE NICTOLIS, *Urban Pooling,* in *Fordham Urban Law Journal*, 2017, 44, n. 3, 665.

[9] Per uno scorcio più approfondito sulle caratteristiche che connotato lo sport moderno si fa rinvio a: A. GUTMANN, *From Ritual to Record: The Nature of Modern Sports*, Columbia University Press, 1978, p. 57 ss.

[10] Il Libro Bianco sullo Sport, presentato dalla Commissione europea al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato delle regioni e al Comitato economico e sociale europeo l'11 luglio 2007, rappresenta il principale contributo della Commissione sul tema dello sport e sul ruolo dello sport per tutti i cittadini europei.

[11] Nello stesso senso si muovono anche la Carta Olimpica e il Trattato di Lisbona che, inducendoci a considerare lo sport quale attività rientrante nel principio personalistico della Costituzione lo definiscono come "*qualsiasi forma di attività fisica che, attraverso una partecipazione organizzata o non organizzata, abbia per obiettivo l'espressione o il miglioramento della condizione fisica e psichica, lo sviluppo delle relazioni sociali o l'ottenimento di risultati in competizioni di tutti i livelli.*". A livello giuridico nazionale, invece, lo sport è così declinato dal D.lgs. 28 febbraio 2021, n. 36, recante riordino e riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici, nonché di lavoro sportivo: *"qualsiasi forma di attività fisica fondata sul rispetto di regole che, attraverso una partecipazione organizzata o non organizzata, ha per obiettivo l'espressione o il miglioramento della condizione fisica e psichica, lo sviluppo delle relazioni sociali o l'ottenimento di risultati in competizioni di tutti i livelli".*

[12] Estremamente interessante è la riflessione proposta da R. MALTER, *Elementi di vitalismo nell'idea olimpica di Coubertin*, in Riv. Dir. Sportivo, 1972, pp. 181-189, che nell'affermare come il fenomeno sportivo dimostri l'esistenza di un rapporto storicamente determinato dall'uomo con sé stesso come essere vivente, e dunque, l'affermazione della propria vitalità, teorizza che *"Quale che sia l'interpretazione che in epoche successive si voglia dare dello sport, c'è un aspetto della teoria di Coubertin che non si potrà rinnegare: essa coglie il nucleo del fenomeno sportivo quando – sia pure indirettamente, come abbiamo visto – nell'intensa cura del corpo vede l'affermazione accentuata della vita fisica e sensibile, e quindi nello sport riconosce in forma concreta e pratica quello che nella filosofia vitalistica è rappresentato sotto un aspetto astratto e ideologico."*

ISSN 2036-7821

È ben noto che alle pubbliche Amministrazioni compete non solo l'attività autoritativa, ma anche quella di prestazione strumentale alla c.d. garanzia del benessere e che si concretizza nell'erogazione di servizi pubblici[13].
Autorevole dottrina[14], infatti, nel novero di tali attività distingue tra i servizi sociali, tesi a preservare il benessere fisico e psichico della persona (come la sanità, l'istruzione, l'assistenza sociale, l'assistenza scolastica e universitaria, la sicurezza e la previdenza sociale) e quelli economici - produttivi (come i trasporti, le poste e la comunicazione).
Il concetto di servizio pubblico ha subito, nel tempo, una forte evoluzione. Prima del 1948, non vi era alcun obbligo dello Stato per l'erogazione di servizi considerati coessenziali alla stessa forma di governo in essere.
Con l'avvento della Costituzione, e, più nello specifico, dell'art. 43[15], si è valorizzata l'idea che occorre rendere fruibili a tutti i cittadini determinati servizi, naturalmente, senza la consapevolezza che a questo dovere corrispondevano posizioni giuridiche esigibili direttamente presso la pubblica amministrazione.
Progressivamente, il dovere di garantire a tutti i cittadini taluni servizi minimi volti al raggiungimento del benessere sociale della collettività è divenuto un cardine del nostro ordinamento[16].
Altrettanto noto, è che il concetto di benessere non si riduce a un modello di sviluppo, ma comporta l'attenzione verso una serie di bisogni che si inserisce nel quadro dei diritti fondamentali.

---

[13] La letteratura, sul punto, è, come noto, vastissima. *Ex multis*: M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1995, ed. 5; G. CAIA, *I servizi pubblici, in Diritto amministrativo*, vol. 1, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO et al., Bologna, Monduzzi, 2005, ed. 4a, p. 137 ss.; S. LICCIARDELLO, *I servizi pubblici locali*, in *Percorsi di diritto amministrativo*, a cura di S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, et. al., Torino, Giappichelli, 2014, p. 541 ss; G. GASPARE, *Il servizio pubblico tra teoria e storia*, Milano, 2005; R. GIOVAGNOLI, *è servizio pubblico solo l'attività rivolta direttamente a soddisfare le esigenze dell'utenza*, in Urbanistica e appalti, 2006; C. IANNELLO, *Poteri pubblici e servizi privatizzati. L'idea di un servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Torino, 2005; F. MERUSI, *I servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990; V. PARISIO, *Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo*, Milano, 2003; A. POLICE e W. GIULIETTI, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in Serv. Pubbli. E app., 2004, 447 ss.; E. ZANELLI, *Ancora su teoria e storia dei servizi pubblici*, in Enciclopedia di diritto terziario, Milano, 2007; G. ROSSI, *Dove inizia il "Pubblico servizio"; avvio di una riflessione*, in Riv. Quadr. Pubbl. serv., 2000, n.2, 7 ss.; G. CAIA, I servizi pubblici, in Aa. Vv., Diritto Amministrativo, II, Bologna, Monduzzi, 2005, 131 ss. M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 193 ss.

[14] G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2017.

[15] Su questo articolo, senza pretesa di completezza: F. GALGANO, *Art. 43*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2003 e A. DI MAJO, *L'avocazione delle attività economiche alla gestione pubblica o sociale*, in AA.VV., *Trattato di diritto commerciale e di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1977, C. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, Cagliari, 1953.

[16] Il primo che ha descritto il servizio pubblico in termini di *munus* affidato secondo un vincolo teleologico alla pubblica amministrazione è M.S. GIANNINI in *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950.

ISSN 2036-7821

Tale nozione è suscettibile di trattazione multidisciplinare, essendo un concetto oggetto di interesse per le scienze economiche, sociali, etiche, politiche e giuridiche[17].
Come autorevolmente rilevato, infatti, il *welfare state* è un sistema socio-politico-economico in cui lo Stato si assume la responsabilità di promuovere la sicurezza e il benessere sociale ed economico dei cittadini.
In altre parole, lo Stato si impegna a garantire una serie di servizi pubblici, come l'assistenza sanitaria, l'istruzione, la previdenza e l'assistenza sociale, al fine di migliorare la qualità della vita dei propri cittadini[18].
Da un punto di vista giuridico, l'occasione per riaprire il dibattito sul *welfare*, e, conseguentemente, sulla sua tutela, ci viene offerta dal sopra richiamato inserimento nel testo costituzionale dello sport.
L'incorporazione dello sport, cioè la 'scrittura' di questo in un ampio (benché ancora incompleto) catalogo – che riepiloga, positivizza e rende visibili i diritti fondamentali - indubbiamente incide in modo rilevante nel processo di affermazione dello stesso, costituendone momento decisivo.
Tuttavia, nonostante tale processo di affermazione dal punto di vista giuridico, nella sostanza non si è assistito a un parallelo e proporzionato incremento dei servizi pubblici in ambito sportivo.
Difatti, accanto alla questione dell'identità dello sport pare fondamentale affrontare la questione della sua tutela, laddove per tutela non si intende solo l'accesso alla tutela processuale, ma anche le diverse garanzie obiettive che il sistema garantisce in favore del cittadino.
Questa nuova concezione di sport come bene che rimarca la sua funzione di sviluppo e realizzazione della personalità umana dovrebbe aiutare a individuare le maglie entro le quali esercitare il potere pubblico, tenendo presente, ovviamente, che,

---

[17] Per una prospettiva multidisciplinare si veda: S. GIUBBONI e A. PIOGGIA, *Lo Stato del benessere: dalla redistribuzione al riconoscimento, in Felicità e benessere. Una ricognizione critica* a cura di C. CORSI, Firenze, Firenze University Press, 2015, 75; A. BRIGGS, *The Welfare State in Historical Perspective, in Archives Européennes de Sociologie,* 1961, n. 2, 228 ss.; M. FERRERA, *Il Welfare State in Italia. Sviluppo e crisi in prospettiva comparata,* Bologna, Il Mulino, 1984; J. ALBER, *Dalla carità allo Stato sociale (1982),* trad. it., Bologna, Il Mulino, 1987; G. ESPING-ANDERSEN, *The Three Worlds of Welfare Capitalism, Princeton, Princeton University Press*, 1990; C. SARACENO, *Il Welfare. Tra vecchie e nuove diseguaglianze,* Bologna, Il Mulino, 2021; Aa.Vv., *Welfare. Attualità e prospettive, a cura di* C. GIORGI, Roma, Carocci, 2022; M. FERRERA, *Trent'anni dopo. Il welfare state europeo tra crisi e trasformazione, in Stato e mercato, 2007, n. 3, 343 ss.;* U. ASCOLI, *Introduzione, in Il Welfare in Italia a cura di* U. ASCOLI, Bologna, Il Mulino, 2011, 10; E. GRANAGLIA, *Il welfare nel PNRR. Riconoscere quanto c'è, ma non trascurare i rischi, in Menabò di etica ed economia,* 31 maggio 2021; G. BRONZINI, *Il senso di Ursula per la solidarietà: verso un welfare paneuropeo?, in Questione giustizia,* 14 aprile 2021, 1 ss; R. CERAOLO, *Il welfare state in Europa: brevi note su origine, modelli e tipologie, in Quaderni di Intercultura, 2011;* K. HEINEMANN, *Sport and the welfare state in Europe*, in *Eur. jour. sport. sc.*, 2005, 5 (4), pp. 181-188.

[18] D.DONATI, *Origini e sviluppo dei sistemi di welfare. Basi Costituzionali e definizioni della materia,* in *Lineamenti di diritto pubblico per i servizi sociali*, Giappichelli Editore, 2014, p. 185-198.

ISSN 2036-7821

essendo un ambito riconducibile alla sfera giuridica del privato, tale intervento non può sostituirsi alla libertà di scelta di quest'ultimo[19].

Se, pertanto, il potere pubblico deve assicurare alla collettività la possibilità di svolgere attività sportive, l'*an* e il *quomodo* delle stesse sono del tutto scevri da qualsiasi condizionamento esterno, rientrando nella piena autodeterminazione del singolo[20].

Tuttavia, sebbene lo sport rientri nel principio di autodeterminazione, ciò non significa che sia giustificata una totale o parziale assenza di interventi pubblici.

Tutt'altro, occorre interrogarsi su una eventuale sussistenza di un potere - dovere di intervento in capo all'amministrazione, al fine di assicurare il diritto allo sport.

Ponendo l'attenzione sul soggetto pubblico, la pretesa di fruire di strutture e spazi urbani, ad esempio, si riflette sul piano dei doveri di buona amministrazione *ex* art. 97 cost[21].

In altre parole, le rispettive autorità amministrative sono tenute a porre in essere tutte le misure necessarie per promuovere e consentire lo svolgimento delle attività fisiche (art. 118 Cost.[22]).

---

[19] Così, F. GOISIS, *Sport e tempo libero (ad vocem)*, in *Enc. dir., vol. III*, Milano, Giuffrè, 2022, pp. 1155-1157. Cfr. anche B. MARCHETTI, *Il tempo libero (ad vocem)*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 967-968 nonché K. HEINEMANN, *Sport and the welfare state in Europe*, in *Eur. jour. sport. sc.*, 2005, 5 (4), pp. 181-188, il quale afferma, fra l'altro, che l'espansione del *welfare* ha interessato lo sport, il tempo libero e la cultura, divenute oggetto di specifiche politiche pubbliche. Dal momento che lo sport viene considerato (anche) un settore del *welfare*, diviene inevitabile assimilarlo ad altri settori riguardo alla sua organizzazione, considerando che modelli di *welfare* universalistici o liberisti influenzano lo sport e il tipo di intervento pubblico.

[20] Per un approfondimento sulla concezione di "autodeterminazione" da un punto di vista più filosofico che giuridico si veda JS. MILL, *Saggio sulla libertà*, Milano: Il Saggiatore 1999, laddove afferma che *"Il principio è che […] il solo scopo per cui si può legittimamente esercitare un potere su qualunque membro di una comunità civilizzata, contro la sua volontà, è per evitare danno agli altri. Il bene dell'individuo, sia esso fisico o morale, non è una giustificazione sufficiente. Non lo si può costringere a fare o non fare qualcosa perché è meglio per lui, perché lo renderà più felice, perché, nell'opinione altrui, è opportuno o perfino giusto: questi sono buoni motivi per discutere, protestare, persuaderlo o supplicarlo, ma non per costringerlo o per punirlo in alcun modo nel caso si comporti diversamente. […] Su se stesso, sulla sua mente e sul suo corpo, l 'individuo è sovrano"*.

[21] Sul diritto alla Buona amministrazione, si rimanda, in particolare a: F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M.P. CHITI e G. GRECO, *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo, Tomo I, II* ed., Milano, p. 49 ss.; P. PIVA, Art. 41. *Diritto ad una buona amministrazione*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, Giuffré, 2017; C. CELONE, *Il "nuovo" rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione alla luce dell'art. 41 della carta dei diritti fondamentali dell'unione europea*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone* F. ASTONE, M. CALDARERA, F. MANGANARO, F. SAITTA, N. SAITTA, A. TIGANO (a cura di), Napoli, Editoriale Scientifica. 2017, p. 401 ss.; D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2019, p. 165 ss.

[22] L'art. 118 è strutturato concependo nei primi due commi la relazione verticale tra le istituzioni finalizzata alla definizione della logica sottesa alla definizione della potestà amministrativa e tra i vari livelli di Governo. Vedi, D. DONATI, *La sussidiarietà orizzontale da principio a modello: dinamiche, limiti e ruolo della concorrenza, in Sussidiarietà e concorrenza. Una nuova prospettiva per la gestione dei beni comuni*, a cura di D. DONATI, A. PACI, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 215-218; R. BIN, *I decreti di attuazione della legge Bassanini e la sussidiarietà verticale*, in

ISSN 2036-7821

Peraltro, quanto detto trova anche conferma nel già richiamato art. 2 Cost., in virtù del quale lo Stato, anche attraverso attività sportive, ricreative e culturali, assicura lo sviluppo della personalità umana.

Fermo quanto detto, occorre evidenziare, e prendere atto del progressivo superamento della impostazione classica di servizio pubblico inteso come *"Un'attività imputabile direttamente o indirettamente allo Stato, volta a fornire prestazioni ai singoli cittadini"*[23].

Invero, possono esistere servizi pubblici che, tuttavia, sono esercitati da soggetti privati non rilevando, dunque, la formale ascrizione al plesso pubblico.

Sono noti, sul tema, gli orientamenti fatti propri dalla giurisprudenza. In un primo momento, il Consiglio di Stato, proprio con riguardo ai settori di attività di cui ci si occupa nel presente contributo, ha precisato che *"non sembrano sussistere dubbi sulla natura di pubblico servizio da riconoscersi alla fattispecie (concernente, si ricorda, impianti sportivi), ove si intenda, sul piano oggettivo, per pubblico servizio, un'attività economica esercitata per erogare prestazioni volte a soddisfare bisogni collettivi ritenuti indispensabili in un determinato contesto sociale e collocata in un ordinamento di settore al vertice del quale è posta un'autorità pubblica di vigilanza, indirizzo e controllo"*[24].

Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali, a cura di A. RINELLA, L. COEN, R. SCARCIGLIA, Padova, Cedam, 1999, pp. 183-194; P. VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà "verticale". Attuazioni e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2002, 203 ss. Sul principio di sussidiarietà, la letteratura è vastissima, T.E. FROSINI, *Sussidiarietà (principio di - dir. cost.) (ad vocem), in Enc. dir. - Annali*, vol. 2, Milano, Giuffrè, 2008, p. 1136; M. CAMMELLI, *La sussidiarietà presa sul serio*, in Il Mulino, 2000, 3, pp. 447-455; S. CASSESE, *L'Aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea, in Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni*, a cura di F. ROVERSI MONACO, Rimini, Maggioli, 1997, pp. 73-84; P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluralista, in Studi sulla riforma costituzionale,* a cura di A. CERVATI, S. PANUNZIO, P. RIDOLA, Torino, Giappichelli, 2001.

[23] La citazione è di A. DE VALLES, *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Milano 1930, IV, tuttavia, sul tema si veda anche G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in Scritti giuridici, Milano, 1987.

[24] Sullo stesso filone del Consiglio di Stato, sez. V, 15 marzo 2001, n. 1514, si confronti anche la sentenza 27 marzo 2001, n. 1807 e anche l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, 12 marzo 1998, n. 30/1998 laddove sono state incluse nella nozione di pubblico servizio *"tutte le attività svolte da qualsivoglia soggetto, riconducibili ad un ordinamento di settore, sottoposto cioè a controllo, vigilanza o mera autorizzazione da parte di amministrazione pubblica"*. Si inserisce nell'ambito del dibattito tra la nozione soggettiva e oggettiva di servizio pubblico anche la sentenza del Consiglio di stato del 5 aprile 2012, n. 2021, in *Foro amm. Cons. St.*, 2012, 4, pp. 974 ss., in cui è stato dato maggiore risalto alla seconda impostazione laddove viene precisato che *"per identificare giuridicamente un servizio pubblico, non è indispensabile, a livello soggettivo, la natura pubblica del gestore, mentre è necessaria la vigenza di una norma legislativa che, alternativamente, ne preveda l'obbligatoria istituzione e la relativa disciplina oppure che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione all'Amministrazione. Oltre alla natura pubblica delle regole che presiedono allo svolgimento delle attività di servizio pubblico e alla doverosità del loro svolgimento, è ancora necessario, nella prospettiva di un'accezione oggettiva della nozione, che le suddette attività presentino un carattere economico e produttivo (e solo eventualmente costituiscano anche esercizio di funzioni amministrative), e che l'utilità da esse derivanti siano dirette a vantaggio di una collettività più o meno ampia di utenti (in caso di servizi divisibili) o comunque di terzi beneficiari (in caso di servizi indivisibili)"*.

ISSN 2036-7821

Al contrario, la Corte di Cassazione, ha ritenuto, adottando una nozione c.d. soggettiva di servizio pubblico[25], che il servizio *"si qualifica come "pubblico" perché l'attività in cui esso consiste si indirizza istituzionalmente al pubblico, mirando a soddisfare direttamente esigenze della collettività in coerenza con i compiti dell'amministrazione pubblica (che possono essere realizzati direttamente o indirettamente, attraverso l'attività di privati). Il servizio pubblico è, cioè, caratterizzato da un elemento funzionale (soddisfacimento diretto di bisogni di interesse generale) che non si rinviene nell'attività privata imprenditoriale, anche se indirizzata e coordinata a fini sociali."*[26].
La distinzione fra queste due concezioni, l'una più soggettiva, l'altra oggettiva, di servizio pubblico è stata, invero, in buona parte superata perché ritenuta fuorviante e poiché ritenute presupposte l'una all'altra.
Sarebbe utile, piuttosto, porre l'attenzione sull'ambito di attività pubblica orientata a soddisfare gli essenziali bisogni della cittadinanza intera. In tal senso, la circostanza che l'attività sia attribuita in via diretta o indiretta ai pubblici poteri sta a significare che essi sono dotati di una organizzazione più confacente alla concretizzazione degli obiettivi prefigurati dall'ordinamento.
Ciononostante, occorre rilevare, che recenti impulsi normativi, come la riforma del terzo settore[27] di cui si tratta di seguito, stanno andando nella direzione di ridimensionare l'intervento statale nella gestione del "servizio sport".

3. La partecipazione dei privati alla gestione del "Servizio Sport"

Il connubio fra il mondo sportivo e terzo settore, dovuto ai recenti interventi normativi, prefigura nuove forme organizzative che sembrano andare nella direzione di stimolare l'interesse del privato al settore sportivo che non sempre ha rivestito una particolare rilevanza imprenditoriale.
In particolare, si fa riferimento all'adozione del Codice del Terzo settore, adottato con D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 ed entrato in vigore il 3 agosto 2017[28].

---

[25] Per una dettagliata ricostruzione della tesi soggettiva si veda E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, in *Dig. Disc. Pubbl., Aggiornamento*, Torino, 2011, 629 ss. in cui l'autrice sostiene che *"alla base del servizio pubblico v'è l'individuazione di un bisogno collettivo e l'assunzione, da parte dell'ente locale, della garanzia che le prestazioni necessarie a soddisfarlo siano rese alla collettività secondo canoni di universalità, uguaglianza, accessibilità e secondo un programma di offerta predeterminato."*.

[26] Corte di Cassazione civile, Sezioni Unite, 30 marzo 2000, n. 71.

[27] Il terzo settore, pur essendo un fenomeno risalente nel tempo, solamente di recente ha ricevuto una definizione giuridica grazie alla legge delega di riforma. L'art. 1, comma1 della legge n. 106 del 6 giugno 2016 ("*Delega al Governo per la Riforma del Terzo Settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale*") lo definisce letteralmente, come *"il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi."*. In Italia le statistiche del non profit testimoniano la presenza di 360.000 enti che corrispondono a una forza lavoro che supera le 860.000 unità.

[28] Cfr., in generale, A. FICI, *Un diritto per il terzo settore, studi sulla riforma*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020; D. CALDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della*

ISSN 2036-7821

Il decreto del 2017 detta una nuova disciplina degli enti c.d. *non profit* e s'inserisce in una riforma di più ampio respiro, che trova riferimento nella legge 6 giugno 2016, n. 106, con la quale si è consolidata l'interazione fra il terzo settore e il sistema sportivo.
Tale interazione si realizza attraverso la possibilità da parte delle associazioni e le società sportive dilettantistiche di iscriversi nel registro del Terzo settore quali enti[29] anche di promozione sociale, godendo delle relative agevolazioni[30].
In altri termini, le società e le associazioni sportive possono scegliere se rimanere solo sportive (mantenendo, appunto, solo l'iscrizione al registro CONI) o diventare una associazione di promozione sociale iscritta sia all'istituendo registro unico nazionale del Terzo settore che, per svolgere attività sportiva dilettantistica, al relativo registro CONI.
Un altro degli aspetti più interessanti riguarda la disciplina contenuta nel Titolo VII (artt. 55, 56 e 57), dedicato ai rapporti tra le pubbliche amministrazioni e il Terzo settore, che ha da sempre costituito oggetto di importanti contributi sul piano scientifico, con l'obiettivo di definirne il ruolo e la rilevanza nell'organizzazione e gestione dei servizi sociali[31].
Si tratta di istituti che nel disciplinare i rapporti tra soggetti pubblici e soggetti privati smorzano *"la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà"*.
Del resto, lo stesso legislatore europeo ha sempre riconosciuto *"in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un*

---

solidarietà, in federalismi.it, 2018; M. CLARICH – B. BOSCHETTI, *Il Codice del Terzo settore un cambio di paradigma*, in Jusonline, 2018, n.3.

[29] Con il termine Enti del Terzo settore si intendono, ai sensi dell'art. 4 comma 1 del Codice del terzo settore: "*Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le societa' di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle societa' costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalita' civiche, solidaristiche e di utilita' sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o piu' attivita' di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualita' o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore.*"

[30] Per un maggiore approfondimento in ambito sportivo si consiglia la lettura di: A. SANTUARI, *Gli enti sportivi dilettantistici (Esd) e i rapporti giuridici di collaborazione con gli enti pubblici alla luce del codice del terzo settore e della riforma dello sport*, in *Dir. dello sport*., 2021, pp. 17-20. Sul sistema di convenzionamento e sulla descrizione di co-programmazione e co-progettazione si veda A. GUALDANI, *Il rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli enti del terzo settore alla luce dei recenti interventi normativi*, in federalismi.it, 2021, 21, pp. 113-135; S. MONZANI, *Le nuove dinamiche competitive nell'affidamento dei servizi sociali*, in Dir. proc. amm., 2020, pp. 1140-1156. Per l'inquadramento generale, anche se nella normativa previgente, si confronti P. DE ANGELIS, *I sistemi di affidamento dei servizi*, in *Terzo settore e servizi socio-sanitari: tra gare pubbliche e accreditamento*, a cura di C. BOTTARI, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 55-88.

[31] Sul tema, cfr. G. PASTORI, *Pubblico e privato nei servizi sociali*, in E. BALBONI - A. MATTIONI - G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, Milano, 2007, pp. 206 ss.; A. ALBANESE, *Servizi sociali*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, tomo IV, pp. 1897 ss.; M. CONSITO, *Accreditamento e terzo settore*, Napoli, 2009, pp. 33 ss.; E. VIVALDI, *I servizi sociali e le Regioni*, Torino, 2008, 183 *ss.*, P. DE ANGELIS, *La partecipazione dei soggetti privati, non profit e for profit, nella erogazione dei servizi sanitari*, Torino, 2017, pp. 75 ss.

ISSN 2036-7821

modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà (sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscano, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali)".[32]

Più nel dettaglio, è la previsione di cui all'art. 55[33] (in materia di co-programmazione e co-progettazione) che suscita maggiore interesse ponendo le basi per l'applicazione di una "amministrazione condivisa"[34].

---

[32] Così, Corte costituzionale, 26 giugno 2020, n. 131, la quale, peraltro, ha specificato che gli enti del Terzo settore *"costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale, […] in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico sia preziosi dati informativi (altrimenti conseguibili in tempi più lunghi e con costi organizzativi a proprio carico), sia un'importante capacità organizzativa e di intervento: ciò che produce spesso effetti positivi, sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della "società del bisogno".*

[33] Letteralmente, *"1. In attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare, le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co - programmazione e co - progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona.*

2. La co-programmazione è' finalizzata all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità' di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili.

3. La co-progettazione è' finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui comma 2".

Cfr., per una analisi dettagliata di questo articolo, F. GIGLIONI – A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, 228; E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2021; A. SANTUARI, *Gli enti sportivi dilettantistici (ESD) e i rapporti giuridici di collaborazione con gli enti pubblici alla luce del codice del terzo settore e della riforma dello sport*, in Dir. dello sport, 2021, p. 18.

La tecnica della co-progettazione era già prevista dal D.P.C.M. 30 marzo 2001 per la sintesi delle istanze dei soggetti non profit e la P.A., instaurandosi come dinamica collaborativa che, in forza di linee di indirizzo impartite dalle Regioni può essere utilizzata per la definizione di interventi emergenziali, o comunque non "standard", alla luce dei nuovi bisogni della società civile, che le associazioni a vocazione solidaristica sono per antonomasia in grado di intercettare meglio rispetto all'amministrazione. Per l'aggiornata definizione è utile richiamare la Relazione illustrativa del Governo sullo schema del d.lgs. 117/2017, nella parte in cui chiarisce che *"Anche la coprogettazione viene individuata dal legislatore come strumento ordinario di esercizio dell'azione amministrativa, non più` limitato ad interventi innovativi e sperimentali, attraverso il quale si realizzano forme di collaborazione pubblico/privato […]".* In proposito la sentenza della Corte costituzionale 131 del 2020 ha definito l'istituto come modello che *"non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico".*

[34] Cfr. sul tema: D. CALDIROLA, *Il terzo settore nello stato sociale in trasformazione*, Napoli, 2021, 148, che correttamente osserva che nella co-progettazione «*l'amministrazione non acquista una prestazione e neppure affida un servizio, bensì è alla ricerca di un partner con il quale condividere le scelte organizzative migliori per soddisfare i bisogni della comunità di riferimento*». Sul punto si consiglia, inoltre, una lettura di: A. Lombardi, *Gli strumenti collaborativi tra P.A. e terzo settore nel sistema delle fonti,* in A. FICI, L. GALLO, F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore. Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, 2020, 37 ss. S. PELLIZZARI, *La co-progettazione come forma di collaborazione tra p.a. e enti del terzo settore*, in *Munus*, n. 2, 2019, 545 ss.; P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Il diritto del terzo settore*, Bologna, 2018, 134; L. GILI, *Il Codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, cit., 18; F. SCALVINI, *Co-programmazione, co-progettazione e*

ISSN 2036-7821

Tale concezione di amministrazione condivisa trova nella gestione di beni comuni finalizzata al raggiungimento dell'interesse generale lo scopo tanto della società quanto dello Stato.

Le sopraesposte considerazioni sono rilevanti per il settore sportivo proprio perché è stata data rilevanza all'indissolubile legame tra benessere (quindi anche sport) e inclusione sociale[35].

Sviluppo della persona, inclusione e beni comuni sono tutti argomenti di cui la citata riforma si occupa già dall'art. 1, rubricato «Finalità ed oggetto», che così recita: «*Al fine di sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli artt. 2, 3, 4, 9, 18 e 118, comma 4, cost., il presente Codice provvede al riordino e alla revisione organica della disciplina vigente in materia di enti del Terzo settore*».

La riforma del Terzo settore complessivamente intesa e la comparsa dello sport in Costituzione hanno certamente diversi punti di contatto.

Ciò avviene, come è stato ben messo in luce in dottrina, quando *"oltre ad essere legato all'aspetto competitivo – dove entra in gioco, a quel punto, anche il ruolo delle federazioni – l'ordinamento sportivo realizza una missione che va ben oltre il profilo agonistico, poiché mira alla realizzazione di quegli interessi, di quei bisogni della persona, intesa nella sua individualità e non, che vanno dallo «stare con gli altri» alla pratica armonica dello sport, strumento di integrazione e benessere."*[36].

Alla luce di tale quadro, pare che il cerchio possa chiudersi, confermandosi l'attività sportiva come un bene costituzionalmente tutelato, che ha a che fare con diritti inviolabili della persona umana.

Tuttavia, come si è già detto sopra, la consistenza della posizione giuridica di chi ambisce alla fruizione dello sport, sia come diritto individuale assoluto, sia come diritto della collettività non è collegata a una consequenziale forma di gestione pubblica.

---

accreditamento: profili e questioni applicative, in A. FICI (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale*, Napoli, 2018, 263 ss.; E. FREDIANI, *I rapporti con la pubblica amministrazione alla luce dell'art. 55 del codice del Terzo settore,* in *Non profit*, n. 3, 2017, 13; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali,* in Dir. Pubbl. 2002, 29; G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in St. parl. Pol. Cost. 117/118, 1997.

[35] Il Principio dell'inclusione sociale trova fondamento nei principi costituzionali di dignità umana e sociale (art. 3, co. 1 e art. 41, co. 2), di solidarietà (art. 2), di uguaglianza, formala e sostanziale (art. 3), e di pieno sviluppo della persona umana (art. 3, co. 2) che sono alla base dello Stato sociale e di diritto del nostro paese. Sul concetto di inclusione: J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, 1998; per gli aspetti filosofici si veda, invece, N. LUHMAN, *Inklusion und Exlusion, in Soziologische Aufklarung. Die Soziologie und der Mensch, Opladen*, 1995, 237 ss.

[36] A.M. GAMBINO, *La riforma del Terzo settore e l'attività sportiva*, in *Rivista di Diritto Sportivo*, n. 1, 2020, 7.

ISSN 2036-7821

Difatti, volendo ricomprendere tale attività nella nozione di servizio pubblico occorre trarne le conseguenze, anche con riferimento ai modi con i quali i privati possono partecipare a questa attività interagendo con la funzione pubblica.
Si giunge, quindi, al punto di incontro tra pubblico e privato.
Laddove lo sport assume una dimensione sociale e collettiva, la sua gestione non può essere impermeabile agli apporti dei privati e del terzo settore.
Questa rinnovata funzione ordinamentale apre la strada a nuove forme di collaborazione tra amministrazione e cittadini dando spazio a più ampie forme di codeterminazione delle scelte di interesse generale.
Si ottiene così il duplice vantaggio, da un lato, di meglio tutelare i cittadini, dall'altro, di sollevare lo Stato dallo svolgimento di una autoritarietà che, sempre più, rappresenta un centro di costo non necessario.
Questo è il tracciato sul quale terzo settore, privato e pubblico collaboreranno nell'inveramento materiale del diritto collettivo e individuale allo sport.

4. Considerazioni conclusive. La precettività della norma Costituzionale.

La finalità di valorizzare lo sport come bene della vita attraverso la sua cristallizzazione in Costituzione rappresenta una positiva novità ordinamentale.
Ad una prima lettura si potrebbe sostenere che la portata della riforma non sarebbe particolarmente innovativa, non introducendo particolari canoni ermeneutici capaci di favorire radicali cambiamenti, emergendo la problematicità della precettività delle norme costituzionali volte ad enucleare principi di natura programmatica[37].
Per chi scrive una ricaduta positiva potrebbe, e dovrebbe, rinvenirsi (come del resto spesso avviene) in un'interpretazione evolutiva da parte della giurisprudenza,

[37] Sull'argomento restano sicuri punti di riferimento: M. LUCIANI, *Le norme programmatiche e la sentenza n. 1 del 1956 della Corte costituzionale,* in *La magistratura ordinaria nella storia dell'Italia unita*, Atti del Convegno di Studi del CSM, Torino, 6 marzo 2012, Giappichelli, Torino, 2012, 80; V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio,* Giuffrè, Milano, 1952, ristampato dall'Editoriale Scientifica di Napoli, 2015; A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, Jovene, Napoli, 2011, 159; R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa,* Atti del XX Convegno annuale dell'AIC (Roma 27 – 28 ottobre 2006), Napoli 2010, 201 s.; R. BIN, La costituzione tra testo e applicazione, in Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica, 14, 2009, 1; F. MODUGNO, Interpretazione giuridica, Padova 2009, 293; G. SILVESTRI, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale,* Editoriale Scientifica 2009, 13 s.; V. CRISAFULLI, *Le norme "programmatiche" della Costituzione* (1952), ora anche in Id., Stato Popolo Governo – *Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985 p. 65; In generale, sul valore ermeneutico della teoria della Costituzione, vedi M. MORLOK, *Was heißst und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?*, Berlin, 1988, part. P. 84 ss. Sulla concretizzazione come attività di regola rimessa al legislatore, vedi anche P. LERCHE, *Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff*, in J. Isensee, P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Band V, Heidelberg, 2000, § 121, p. 739 ss., part. p.763. In generale, sulla genesi anche storica del concetto di concretizzazione, vedi in particolare K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Heidelberg*, 1953, part. 50 ss.

ISSN 2036-7821

chiamata, in sede di contenzioso, a dare risposte tenendo conto di una lettura sportivamente orientata della Costituzione.

Tuttavia, la Carta costituzionale non ha inteso distinguere fra norme programmatiche e norme immediatamente precettive.

Difatti, il primo decisivo indirizzo sulla natura precettiva si rinviene nei lavori preparatori della (Costituzione Assemblea Costituente – seduta del 23 aprile 1947) in cui fu espressamente affermato che tutte le disposizioni costituzionali, anche se di natura programmatica, devono considerarsi a contenuto precettivo e cogente.

Secondo le parole di G. Zagrebelsky, *"le regole ci danno il criterio delle nostre azioni, ci dicono come dobbiamo, non dobbiamo, possiamo agire in determinate, specifiche situazioni previste dalle regole stesse. I principi non ci dicono nulla, direttamente, a questo proposito, ma ci danno i criteri per "prendere posizione" di fronte a situazioni a priori indeterminate, quando vengano a determinarsi concretamente. I principi determinano atteggiamenti favorevoli o contrari, di adesione e sostegno o di dissenso e ripulsa rispetto a tutto ciò che può coinvolgere la loro salvaguardia in concreto. Poiché non hanno "fattispecie", ai principi, a differenza che alle regole, non può darsi significato operativo se non facendoli "reagirre con qualche caso concreto. Il loro significato non è determinabile in astratto, ma solo in concreto e solo in concreto se ne può intendere la portata".*[38]

Ossia, l'"essere", illuminato dal principio, non contiene in sé, ancora il suo "dover essere", cioè la sua regola, ma almeno l'indicazione di una direzione lungo la quale deve porsi la regola per non contravvenire al valore contenuto nel principio".

Al riguardo, è stato in più occasioni evidenziato che i principi generali rappresentano vere e proprie norme giuridiche, cogenti e bilanciabili, che esprimono i valori fondanti dell'intero ordinamento, entro cui devono operare anche le clausole generali[39].

Se è vero che tale metodo di normazione per concetti indeterminati e per clausole generali può sembrare tradire l'ideale giuspositivistico di analiticità e completezza dell'ordinamento è anche vero che permette l'immissione nel sistema di principi e valori extragiuridici.[40]

---

[38] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi 1992, p. 149.

[39] Si veda G. TERRACCIANO, A.M. COLARUSSO, *L'indizio nella decisione amministrativa. Teoria e prassi dell'inferenza probatoria nell'esercizio delle funzioni amministrative e del potere giurisdizionale*, Napoli 2021, p. 63 ss.

[40] Per approfondimenti su tale dibattito dottrinale si fa rinvio a V. VELUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010; S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in Giur. It., 5, 2012, 1197-1231; S. PATTI, *Clausole generali e discrezionalità del giudice,* in Riv. Notariato, 2, 2010, 303 e ss.; A BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in Politica del diritto, 1998; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999.

ISSN 2036-7821

Insomma, in una società complessa e policentrica detti principi *"consentono all'ordinamento di adeguarsi alla progressiva evoluzione della realtà sociale, affiancando al giudice un ampio potere di concretizzazione del contenuto precettivo"*.[41]

Conclusivamente, sarebbe auspicabile, alla luce del novellato art. 33 della Costituzione, che rappresenta, senz'altro, un positivo principio ordinatorio, anche un consolidamento della vigente normativa in materia, e una conseguenziale applicazione uniforme di tale precetto costituzionale da parte del potere giudiziario.

Così facendo, nella cornice della esaminata novella costituzionale, e alla luce del suo carattere tendenzialmente programmatico, potranno progressivamente essere elaborate norme di immediata precettività atte a fondare posizioni giuridiche soggettive di rilievo costituzionale con consistenza di diritti fondamentali.

[41] C. M. BIANCA e S. PATTI, *Lessico di diritto civile*, Milano, 2002, 125.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il partenariato pubblico-pubblico nel nuovo codice degli appalti

di Piergiuseppe Basile

(Dottorando di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università degli Studi della Campania "L. Vanvitelli")

Sommario

1. Premessa – 2. L'autorganizzazione nelle fonti comunitarie – 2.1. (segue) L'art. 7,co. 4, del d. lgs. n. 36/2023 - 3. L'emersione dei limiti dell'istituto nella giurisprudenza – 4. La cooperazione procedimentale - 5. L'effettività della cooperazione e la comunanza degli obiettivi – 5.1. (Segue) La cooperazione sulle attività da espletare - 6. Sul corrispettivo economico – 7. Il partenariato nel settore del trasporto ambulatoriale – 8. Il partenariato come accordo - 8. Conclusioni.

Abstract

The paper investigates the institution of public-public partnership, identified by Art. 7, para. 4, of the Public Contracts Code (Legislative Decree No. 36/2023).
In particular, the research focuses on the evolution of the "principle of administrative self-organization," highlighting the rationale behind the instrument of cooperation between public authorities and the related prerequisites and/or limits of application identified by case law, national and European for the purpose of recourse to the institution under consideration.

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

1. Premessa.

La materia dei partenariati pubblici riveste notevole importanza nell'ambito dell'ordinamento nazionale ed europeo e pone diverse questioni in ordine ai confini di applicabilità in relazione al tema della contrattualistica pubblica.

La recente approvazione del nuovo codice degli appalti pubblici nazionale pone le basi per tornare a soffermarsi su tale istituto ed osservarne le relative peculiarità.

Tale testo, infatti, introdotto con d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici[1], individua all'art. 7, definito "principio di auto-organizzazione amministrativa"[2], le forme di organizzazione dell'esecuzione di lavori o prestazione di beni e servizi previsti nell'ordinamento nazionale, rappresentate dall'esternalizzazione, dalla cooperazione e dall'auto produzione.

Il presente contributo si pone l'obiettivo di considerare la *ratio* che si cela dietro lo strumento della cooperazione tra autorità pubbliche e l'interpretazione offerta dalla giurisprudenza al fine di individuare i principi ispiratori dell'istituto.

2. L'autorganizzazione nelle fonti comunitarie.

Il ricorso allo strumento del partenariato pubblico-pubblico nell'ambito della contrattualistica pubblica s'innesta nell'alveo della scelta, in capo alla p.a., tra l'esternalizzazione e la cooperazione[3] per la fornitura di beni e servizi e, pertanto, tra

[1] In generale, in tema di contratti si cfr. F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, 90; R. DIPACE, I *contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, a cura di G. Alpa, *Appalto pubblico ed appalto privato*, Napoli, 2010; A. MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Napoli, 1988; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997; C. E. GALLO, *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, 2014, Torino; G. D. COMPORTI, *La sfida delle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni, Federalismi.it*, 2015, n. 6; M. COZZIO, *Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di Public Procurement*, in M. CAFAGNO- A. BOTTO- G. FIDONE- G. BOTTINO, 2013, Milano, 119.

[2] Sul principio in parola si cfr. M. TIBERII, *Il principio di auto-organizzazione amministrativa negli appalti pubblici*, in *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, AA.VV., Napoli, 2023, pp. 138 e ss.

[3] Sul tema si cfr. M. LOTTINI, *Principio di autonomia istituzionale e pubbliche amministrazioni nel diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2017; F. ASTONE, *Le amministrazioni nazionali nel processo di formazione ed attuazione del diritto comunitario*, Torino, 2004; A. MASSERA, *Ordinamento comunitario e pubblica amministrazione. Dall'Atto Unico Europeo al Trattato sull'Unione*, Bologna, 1994; E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003.

ISSN 2036-7821

la tutela delle regole concorrenziali ed il principio di autorganizzazione[4] di cui è titolare la p.a.[5].

Tale rapporto trova precisi riferimenti all'interno della normativa comunitaria di settore.

In particolare, un primo richiamo deriva dal riconoscimento del principio di autonomia giuridica delle amministrazioni[6], che può considerarsi diretta espressione dell'art. 2 della direttiva 23/2014, per il quale quest'ultime possono liberamente organizzare i propri lavori o prestare i propri servizi in modo da raggiungere un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, nonché parità di trattamento e promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nell'ambito dei servizi pubblici[7].

---

[4] Sul punto, è stato rilevato che il principio in parola è effetto dell'obbligo per la p.a. d'intervenire nelle ipotesi di cd. fallimento del mercato: «*tale che il servizio può essere considerato necessario per l'interesse della comunità e affidato a imprese pubbliche o private con l'obbligo di espletamento a determinate condizioni*», emergendo: «*l'applicazione del principio di sussidiarietà, lo Stato interviene soltanto quando il mercato non è idoneo a svolgere quel determinato servizio d'interesse pubblico autonomamente*». Così M. TIBERII, *Il principio di auto-organizzazione amministrativa negli appalti pubblici*, in *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, AA.VV., Napoli, 2023, pp. 138-139. In generale, in tema di autorganizzazione M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano 1966; G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, nonché

[5] Come riferito nella Comunicazione 2010 della Commissione*: «Nei casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici cooperano con l'intento di garantire congiuntamente l'esecuzione di compiti di interesse pubblico, ciò può comportare che gli appalti vengano aggiudicati senza far scattare l'obbligo di applicare il diritto UE sugli appalti pubblici. Tale cooperazione può assumere la forma di un controllo congiunto su una terza entità incaricata dell'esecuzione del compito ("cooperazione verticale/istituzionalizzata"). In alternativa, la cooperazione può essere intrapresa senza la creazione di un'entità nuova o ad hoc ("cooperazione orizzontale/non istituzionalizzata")».* In dottrina non sono mancate voci critiche in merito alla compatibilità di tale istituto rispetto, oltre alle regole proprie del mercato europeo, anche in relazione alla cd. anima contabilistica propria della contrattualistica pubblica, in quanto: *non manca qualche dubbio in ordine alla piena compatibilità del modello derogatorio del partenariato pubblico-pubblico anche rispetto all'altra delle due "anime" del principio dell'evidenza pubblica: quella che più intimamente si lega ad una più risalente – ma comunque non trascurabile – «concezione contabilistica» della normativa in materia di scelta del contraente. Si vuol con ciò dire che l'opzione per l'autoproduzione pubblica di beni e servizi – e, con essa, la "fuga dal mercato" – non dovrebbe comunque esser slegata da un'adeguata valutazione in ordine ad un impiego effettivamente efficiente delle risorse pubbliche,* così C. P. SANTACROCE, *Osservazioni sul «partenariato pubblico-pubblico», tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2014, 2, 197.

[6] In tema di principi di autorganizzazione amministrativa si cfr. G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Milano, 1969; V. BACHELET, *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa. Strutture tradizionali e tendenze nuove*, Milano 1965 A. PIOGGIA, *Organizzazione amministrativa*, a cura di S. CASSESE, *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, 4019; F.G. SCOCA, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, I,2a ed., Bologna, 1998, 441; G. BOTTINO, *Amministrazione e funzione organizzatrice*, Milano, 2008; F. D'ANGELO, *I modelli organizzativi e la coamministrazione*, a cura di R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAITTA, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, Firenze, 2016, 535.

[7] Sul punto si confronti la sentenza C-285/18 C.G.U.E. secondo la quale: «*l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una norma nazionale con la quale uno Stato membro subordina la conclusione di un'operazione interna, in particolare alla condizione che l'aggiudicazione di un appalto pubblico non garantisca la qualità dei servizi forniti, la loro accessibilità o continuità, sempre che la scelta espressa a favore di una particolare modalità di prestazione di servizi, e effettuata in una fase precedente a quella dell'aggiudicazione dell'appalto*

Ma, a ben vedere, il principio appena richiamato trova una sua fonte altresì all'interno degli obiettivi indicati al quinto considerando della direttiva[8], il quale prevede che: «*nessuna disposizione della presente direttiva impone agli Stati membri di affidare a terzi o esternalizzare la prestazione di servizi che intendono prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva*»[9], consacrando così la giurisprudenza della Corte di giustizia europea sviluppatasi anteriormente sul tema[10].

Ed, infine, la giurisprudenza europea fa derivare il rapporto tra auto-organizzazione e concorrenza direttamente dal considerando n. 31 della direttiva 24/2014, per il quale l'impianto pro-concorrenziale della disciplina non può comunque incidere sulla libertà delle autorità pubbliche nella scelta sulle modalità di gestione dei servizi e/o forniture di beni, anche attraverso il ricorso alla cooperazione tra le stesse.

Un controlimite alle libertà di autorganizzazione si rinviene, tuttavia, all'art. 18 della medesima direttiva, nella parte in cui, da un lato, impone alle amministrazioni di agire nel rispetto dei principi di parità e non discriminazione nei confronti degli operatori economici e, dall'altro, pone il divieto di limitazione artificiosa della concorrenza laddove la procedura d'appalto: «*sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici*».

2.1. (segue) L'art. 7, co. 4, del d. lgs. n. 36/2023

Di riflesso, trasposto sul piano nazionale, tali indicazioni hanno trovato un primo riferimento all'art. 6, co. 5, del d.lgs. n. 50/2016.

La norma, in particolare, richiamava al suo interno la facoltà per le pp.aa. di procedere all'erogazione di un servizio o alla fornitura di un bene attraverso il

---

pubblico, rispetti i principi di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza».

[8] Com'è stato notato: «*il diritto UE – conformandosi al «principio di neutralità» di cui all'art. 345 del TFUE – non ha mai formalmente imposto alle amministrazioni soluzioni di esternalizzazione, ovvero di necessitato ricorso, per la gestione dei servizi pubblici, a operatori economici che agiscono nel mercato (c.d. outsourcing), riconoscendo invece libertà per i poteri pubblici di decidere «di erogare direttamente prestazioni di servizi a favore degli utenti mediante proprie strutture organizzative senza dovere ricorrere, per lo svolgimento di tali prestazioni, ad operatori economici attraverso il mercato»*, così E. CARUSO, *Principio di libera amministrazione, in house providing e cooperazione fra amministrazioni. Brevi riflessioni a partire da Corte cost. n. 65 del 2019 sul sistema idrico integrato della Regione Sardegna*, in *Le Regioni*, 3/2019, 780.

[9] Sul punto, in dottrina è stato evidenziato come le forme di accordo tra pubbliche amministrazioni attuano una: «*forma di cooperazione fra due enti pubblici che non si pone in contrasto con i principi dei Trattati e delle Direttive dell'Unione Europea ed anzi, attua l'opposto principio di legittima cooperazione nell'adempimento degli interessi istituzionali affidati dunque con l'utilizzo di propri strumenti e senza ricorrere al mercato ove sia possibile una collaborazione con altre autorità pubbliche*». In questi termini G. M. RACCA, *Gli accordi fra amministrazioni pubbliche: cooperazioni nazionali ed europee per l'integrazione organizzativa e l'efficienza funzionale*, in *Dir. Amm.*, 2017/1, 117. Si cfr. altresì C.E. GALLO, *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, 2014.

[10] C.G.U.E., C-285/18, par. 45, caso Irgita.

ISSN 2036-7821

ricorso alla disciplina dell'*in house providing* o mediante il partenariato pubblico-pubblico.

Tralasciando le procedure volte all'affidamento *in house* ed i relativi presupposti applicativi[11], il codice, nel richiamare quanto disposto dall'art. 12, co. 4, della direttiva 2014/24, sanciva specifici limiti di operabilità del partenariato.

In particolare, il legislatore permetteva il ricorso al partenariato laddove: a) l'accordo stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune; b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; c) le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione[12].

I presupposti appena richiamati avrebbero dovuto, in ogni caso, legarsi al generale obbligo per le pp.aa. di organizzare autonomamente[13] l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi, nel rispetto del delicato bilanciamento con i principi pro-concorrenziali della disciplina e, pertanto, nella libertà di circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, nonché dei principi

---

[11] Per quanto attiene alla, sconfinata, dottrina in tema di in house providing si cfr: M. COMBA, S. TREUMER, *The In -House Providing in Europan Law*, Copenhagen 2010; E. CAMPAGARO, *L'evoluzione dell'in-house providing, dall'eccezione all'efficiente attuazione del PNRR*, in *Contr. e Impr.*, n. 4\2022; A. GIORDANO, *Codice dei Contratti pubblici*, a cura di C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO, Napoli, 2023, p. 159; C. CONTESSA, *Gli affidamenti in-house*, (a cura di) C. Contessa, *Il contenzioso e la giurisprudenza in materia di appalti pubblici*, Piacenza, 2019, R. CAVALLO PERIN, *Il modulo derogatorio: in autoproduzione o in house providing*, a cura di H. BONURA, M. CASSANO, *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino 2011; F. FRACCHIA, *In house providing, codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico*, in *Dir. econ.*, 2, 2012. L'autonomia di scelta rimessa in capo agli Stati membri e concessa dal legislatore comunitario è stata oggetto di commento diffuso in dottrina. Sul punto, tra gli altri, si cfr. M. CLARICH, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti in house e concorrenza per il mercato*, in *Corriere Giur.*, 2007, 893 e ss.; C. IAONE, *Gli equilibri instabili dell'in house providing fra principio di auto-organizzazione e tutela della concorrenza. Evoluzione o involuzione nella giurisprudenza comunitaria?*, in *Giust. civ.* 2006, 1; D.U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in House providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv it. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2007, 17; G. RUBERTO, *La disciplina degli affidamenti in house nel d.lgs. n. 50/2016, tra potestà legislativa statale e limiti imposti dall'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Federalismi*.it, n. 6/2021; I. CAVALLINI, *La nuova stagione delle società in house dopo il PNRR, la riforma del codice appalti e la legge concorrenza 2022*, *Azienditalia*, n. 11/2022.

[12] Del resto, il legislatore nazionale non ha fatto altro che riportare pedissequamente le indicazioni contenute all'art. 12, par. 4, della direttiva n. 24/2014.

[13] In generale, sul principio di autonomia istituzionale si cfr. M.S. GIANNINI, *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 979 e ss, A.. MASSERA, *I principi generali,* a cura di M.CHITI E G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo, parte generale*, 2007, Milano, I, p287 e ss; G. VESPERINI, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi*, Milano, 2011; L.M. DIEZ-PICAZO, *What does it mean to be a State*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2002, 12, 4, pp. 655; D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?, Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009, p. 2.

ISSN 2036-7821

che ne derivano come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza.
La nuova formulazione dell'istituto, viceversa, contenuta all'art. 7 del d. lgs. n. 36/2023, muove dall'elaborazione pretoria, nazionale e sovranazionale, richiamata nei seguenti paragrafi, degli elementi costitutivi della fattispecie, legittimando, in particolare: a) la facoltà di stipulare l'accordo tra pp.aa. che svolgono competenze diverse tra loro; b) la garanzia di effettiva partecipazione ai compiti d'interesse comune individuati dai contraenti, senza alcun rapporto sinallagmatico tra prestazioni; c) il perseguimento di una "convergenza sinergica" delle amministrazioni, anche nell'eventuale diversità del fine istituzionale perseguito dalle stesse e d) confermando il limite del 20% delle attività svolte dalle stesse per effetto dell'accordo nel mercato[14].

3. L'emersione dei limiti dell'istituto nella giurisprudenza.

L'esigenza di una ricognizione giurisprudenziale dell'argomento, la cui elaborazione è stata trasposta nell'attuale art. 7 del Codice, risulta necessaria in virtù dell'iniziale assenza di previsioni normative dell'istituto[15] a livello comunitario.
Nel buio normativo anteriore alle direttive nn. 23 e 24 del 2014, pertanto, in via pretoria sono stati individuati i principi cardine della materia, stabilendo il perimetro entro il quale potessero svilupparsi le deroghe non scritte al principio dell'evidenza pubblica che, da un iniziale discredito nei confronti dello stesso, si possono ricondurre secondo il seguente schema[16].
In via generale, la facoltà delle autorità pubbliche di regolare la propria attività mediante l'autorganizzazione e/o l'autoproduzione, a discapito, dunque, del mercato, ha trovato riconoscimento, in primo luogo, in molteplici pronunce in tema di *in house providing*, le quali hanno in prima battuta evidenziato come presupposto l'esigenza di non imporre alle autorità pubbliche il divieto di ricorrere a propri strumenti, amministrativi, tecnici o di altro tipo, per adempiere ai compiti d'interesse pubblico di cui sono portatrici[17].

---

[14] Si cfr. altresì la Relazione al Codice dei contratti pubblici redatta dal Consiglio di Stato in data 7.4.2022.

[15] Sotto questo profilo era stato sottolineato in giurisprudenza come l'autoproduzione fosse un elemento che rischiava di compromettere l'obiettivo della costruzione di un mercato unico europeo per tale ragione andava limitato quanto più possibile. Attraverso la storica sentenza *Teckal*, tuttavia è stata avallata l'opzione del ricorso all'autoproduzione attraverso l'istituto dell'*in House providing* e tale apertura ha portato la dottrina a sintetizzare efficacemente che: «*prius emerge un forte sfavore per l'autoproduzione pubblica, the inde una maggiore elasticità, senza tuttavia che la giurisprudenza, per così dire, molli mai la presa, in una continua ricalibratura tra aperture e chiusur*e», così M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato ''Pubblico-Pubblico''*, in *Giur. it.*, 6/2013, 1417. Sul punto si cfr. altresì G. TACCOGNA, *I partenariati pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, *Federalismi.it*, 30.9.2015, n. 18/2015.

[16] In questi termini C. P. SANTACROCE, op. cit., 186

[17] Tra le tante si cfr. C.G.U.E., C-107/98, Teckal; C.G.U.E., C-324/07, Coditel, par. 48.

ISSN 2036-7821

Inoltre, sin da tempi risalenti, ed anche nel silenzio del legislatore comunitario, veniva riconosciuta la possibilità per le pp.aa. di perseguire detti interessi anche attraverso la collaborazione con altre autorità pubbliche[18].
Su tali presupposti venne considerato del tutto legittimo un accordo stipulato tra quattro *Landkreise* della Bassa Sassonia, ossia quelli di *Rotenburg (Wümme), di Harburg, di Soltau-Fallingbostel* e di *Stade*, e i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo, avente ad oggetto lo smaltimento dei loro rifiuti nel costituendo impianto di termovalorizzazione di *Rugenberger Damm*[19].
In particolare, l'interpretazione che offre la Corte parte dalla centralità della cooperazione tra autorità pubbliche, tutte amministrazioni aggiudicatrici[20], finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune ai soggetti stipulanti l'accordo, consistente, nel caso che occupa, lo smaltimento dei rifiuti, considerato come obiettivo da parte di tutti gli Stati membri[21].
La Corte, pertanto, ha considerato del tutto legittimo il ricorso al partenariato – non istituzionalizzato – in quanto, da una parte, e facendo proprie le conclusioni cui era giunta la giurisprudenza comunitaria in tema di *in house providing*[22], la disciplina allora vigente non obbligava l'autorità pubblica ad affidare a soggetti esterni compiti d'interesse pubblico e, dall'altra, la cooperazione adottata era retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico che non avrebbero potuto comportare una distorsione nel mercato, non potendo porre, in tal modo, alcun operatore economico in una posizione privilegiata rispetto ad altri, essendo stipulato tra amministrazioni aggiudicatrici.
Del resto, ha sostenuto la Corte, dall'accordo trapelava un'effettiva funzionalizzazione del contratto finalizzato a gestire il servizio di smaltimento di rifiuti, sottoscritto senza la partecipazione di eventuali parti private e con un riconoscimento solo di un mero rimborso spese, senza pregiudicare l'eventuale

[18] Par. 49, C-324/07,Coditel; C.G.U.E., C-340/04, Carbotermo.
[19] In siffatta fattispecie, la Commissione lamentava la qualità di amministrazioni aggiudicatrici dei Landkreise, nonché la qualifica di contratto a titolo oneroso dell'accordo e l'inquadramento come servizio sottoposto alla disciplina eurocomunitaria di allora (direttiva 92/50) dell'attività di smaltimento di rifiuti, lamentando, dunque, l'elusione della procedura di appalto da parte delle province tedesche. C.G.U.E., C-480/06, Commissione/Germania.
[20] Sul requisito dell'obbligo di sottoscrivere un partenariato da parte di due amministrazioni aggiudicatrici, e sul percorso giurisprudenziale che ha individuato tale limite, si cfr. S. FOÀ e M. R. CALDERARO, *Il partenariato tra università ed enti locali: strumenti pattizi e modello fondazionale*, in *federalismi*.it, 4/2016.
[21] In particolare, sul punto è stato evidenziato come: «*l'accordo organizzativo in questione, che pur aveva un risvolto economico significativo (il pagamento del canone per il servizio per vent'anni), definiva un oggetto ben più complesso in termini di collaborazione*», così C.E. Gallo, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*, in Urb. e app., 10/2009, 1181.
[22] Su tutte si cfr. la nota sentenza C.G.U.E. C-107/1998, Teckal, nonché C.G.U.E., cause riunite C-182/11 e C-183/11, Econord, e, causa C-573/07, *Sea SRL*, 65; C-340/04, Carbotermo.

ISSN 2036-7821

aggiudicazione degli appalti eventualmente necessari per la costruzione e la gestione dell'impianto di trattamento rifiuti all'uopo necessario[23].
Da quanto appena richiamato, dunque, si ricava un primo scheletro dell'istituto, i cui contorni di legittimità si sostanziano nell'effettiva realizzazione di un servizio d'interesse pubblico comune alle parti pubbliche contraenti.
Siffatta indicazione è stata poi oggetto di ulteriori specificazioni da parte di un ulteriore blocco di pronunce che si sono concentrate sull'analisi della prestazione oggetto dell'accordo per valutare l'effettiva comunanza d'interessi tra le parti.
In alcuni casi, la Corte, infatti, ha dichiarato la contrarietà al diritto comunitario di quegli accordi stipulati tra Università e autorità pubbliche proprio alla luce del servizio oggetto del rapporto controverso.
In particolare, è stato ritenuto contrario alle regole pro-concorrenziali il partenariato stipulato al fine di realizzare attività di studio e valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere, ciò in quanto[24] le stesse non rientrano nell'attività di ricerca scientifica[25].
In tali occasioni, seppur le autorità pubbliche avessero motivato la scelta di sottoscrivere un partenariato con un'Università in virtù della multidisciplinarietà dell'organizzazione e delle strutture scientifiche, il tenore del contratto stipulato tra le parti era volto ad eludere la normativa comunitaria in materia di parità di trattamento e non discriminazione, poiché l'accordo, in realtà, aveva ad oggetto prestazioni che esulavano dall'ambito della ricerca scientifica, mancando, pertanto, una funzione d'interesse pubblico di uno dei contraenti.
La differenza rispetto al caso di scuola poc'anzi rappresentato è tuttavia evidente.
In quel caso, la Corte aveva concentrato l'esame della fattispecie sulla comunanza dell'interesse oggetto di accordo (raccolta e gestione dei rifiuti), perseguito allo stesso modo da tutte le parti del partenariato. Viceversa, in queste pronunce, l'interesse sotteso all'accordo non rivestiva la qualifica di interesse pubblico, manifestandosi l'illegittima scelta di non esternalizzare il servizio in virtù dell'allora obbligo di affidare al mercato quanto meno una parte delle attività oggetto di partenariato ed in particolare le attività generalmente svolte da ingegneri o architetti e che, se pur basate su un fondamento scientifico, non assomigliano ad attività di ricerca scientifica[26].

---

[23] In questi termini C.P. SANTACROCE, *op. cit.*, 184.
[24] C.G.U.E. C-159/2011, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce. Sul punto si cfr. S. FOÀ, M. R. CALDERARO, *op. cit.*, 11.
[25] La Corte, in particolare, aveva evidenziato che le attività oggetto di partenariato trovavano collocazione nell'allora disciplina europea di cui all'allegato II A, categoria 8, alla direttiva 2004/18, che ricomprendeva i servizi di ricerca e sviluppo sottoposti alle regole del mercato europeo. Allo stesso modo, sono stati dichiarati contrari al diritto comunitari accordi stipulati con l'obiettivo di realizzare Piani di Governo del Territorio comunali. Si cfr., su tutte, C.G.U.E. C-564/11 Ordine Ingegneri Pavia.
[26] Cfr. C.G.U.E., C-159/2011, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce, par. 37.

ISSN 2036-7821

A ben vedere, dunque, il discrimine è dettato dall'analisi delle attività oggetto di partenariato che avrebbero dovuto essere sottoposte alla disciplina concorrenziale in quanto connotate di una serie di funzioni svolte da ingegneri o architetti che non rientravano nel perseguimento dell'interesse pubblico[27] proprio delle amministrazioni contraenti[28] e che, pertanto, ponevano l'Università nella veste di mero operatore economico chiamato a prestare un servizio in favore di altro ente pubblico[29].

4. La cooperazione procedimentale.

Successivamente, con l'art. 12, par. 4, della direttiva n. 2014\24, sono stati riportati gli approdi della giurisprudenza comunitaria in tema di partenariati[30], stabilendo una serie di requisiti non derogabili, trasposti fedelmente dal legislatore nazionale all'interno del precedente art. 5, co. 6, del d.lgs. 50/2016: a) la comunanza della funzione pubblica perseguita dalle pp.aa. contraenti; b) l'interesse pubblico alla base dell'accordo; c) l'obbligo di non superare, attraverso l'attività oggetto del partenariato, la quota del 20% del mercato.

---

[27] In relazione a tale aspetto non è mancato chi è evidenziato che: «*la lesione della concorrenza virgola in virtù della quale gli stessi ordini professionali sono legittimati ad impugnare, come nel caso di specializzato, contratti di collaborazione conclusi tra amministrazioni pubbliche virgola non si configura laddove la cooperazione tra enti sia posto in essere in virtù del comune perseguimento dell'interesse pubblico, oltre che delle esclusività del servizio reso dell'attività svolta dall'amministrazione rispetto alle prestazioni che non sarebbero in grado di garantire i privati, stante la natura istituzionale dell'attività stessa*. Così B. DI GIACOMO RUSSO, *Il partenariato pubblico pubblico tra giurisprudenza comunitaria italiana*, in *I contr. Stat. Ent. Pubbl.*, 4, 2013 4/13, 27.

[28] Sul punto, è stato notato che il tema del complesso inquadramento della categoria fi "interesse pubblico comune", ha condotto la dottrina a sottolineare come l'elasticità della questione possa offrire una duplice lettura del fenomeno: una più restrittiva volto a legittimare il partenariato nelle sole ipotesi d'identità d'interessi perseguiti, ed una meno rigida, che valorizza esclusivamente il presupposto del perseguimento da parte di ciascun contraente di un interesse pubblico. In questi termini R. CARANTA, *op. cit.*, 395.

[29] Come è stato sottolineato in dottrina, nei casi appena richiamati l'applicazione della deroga non scritta del partenariato pubblico: *sarebbe risultata inapplicabile in tutti e tre i casi sottoposti dagli organi di giustizia amministrativa italiana all'attenzione della Corte di giustizia per mancanza di uno di quei presupposti cumulativi già indicati nella prima elaborazione del modello ossia che l'instaurazione del rapporto contrattuale o comunque convenzionale tra le pubbliche autorità potesse dirsi effettivamente finalizzato all'adempimento di una funzione di servizio pubblico ad esse comune*. Così C.P. SANTACROCE, *op. cit.*,194.

[30] Un contratto concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) il contratto stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune; b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; e c) le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 % delle attività interessate dalla cooperazione. Tali presupposti, dunque, attengono ai limiti posti dall'ordinamento comunitario all'autorganizzazione dell'amministrazione, in favore delle regole del mercato:«*come i casi in cui la collaborazione è in grado di apportare, surrettiziamente, vantaggi competitivi solo a taluni operatori economici, finendo per alterare la concorrenza nel (o per il) mercato o, ancora, quando si tratta di una cooperazione non genuina, elusiva dei più elementari principi dell'evidenza pubblica*». Così E. Caruso, op. cit. 809.

ISSN 2036-7821

Sin dalle prime riflessioni, è emersa, tuttavia, una oggettiva difficoltà interpretativa nella catalogazione del requisito della cooperazione tra le autorità pubbliche stipulanti, ciò in quanto non è stato chiarito il portato di tale requisito, nonostante sia, evidentemente, al centro della tematica[31].

Da ciò ne è conseguita, come sottolineato in dottrina[32], una certa confusione, emergendo una duplice declinazione del requisito in parola.

Da una parte, alla luce di un'interpretazione meramente letterale della norma, sembrava albergare l'interesse ad una cooperazione del tutto paritetica, sia in termini di servizi da prestare, sia in termini di interessi perseguiti, tra le autorità stipulanti.

Dall'altra, in base alla lettura pretoria del requisito, è stata valorizzata una qualificazione elastica dello stesso, mossa non tanto da una considerazione legata all'omogeneità e/o identità d'interessi prefissati istituzionalmente dalle autorità pubbliche, quanto dal generale obbligo di perseguire un interesse pubblico che attraverso il partenariato avrebbe trovato piena e più efficace attuazione[33].

In particolare, l'interpretazione elastica del requisito muove dall'analisi di più aspetti, tra i quali l'esame dell'*iter* procedimentale intrapreso per la sottoscrizione dell'accordo, il quale, pertanto, rappresenta il momento dell'esternazione della motivazione[34] che ha portato le pp.aa. alla scelta di tale istituto, e l'effettività delle prestazioni oggetto di partenariato.

Sotto il primo profilo, emerge la necessità di vagliare il procedimento che ha portato alla stipulazione del partenariato.

---

[31] Sotto questo profilo già il *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'Ue in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, Bruxelles, 27.1. 2011,* consultabile su eur-lex.Europa.Eu, evidenziava come occorresse valutare un corretto bilanciamento tra il principio concorrenziale che avrebbe comportato con tutta evidenza una preclusione alla sottoscrizione di accordi di partenariato e il diritto all'auto organizzazione per il raggiungimento dei propri obiettivi ed in particolare per lo svolgimento di funzioni di servizio di pubblico interesse di cui le autorità pubbliche sono ontologicamente portatrici.

[32] Si cfr. sul punto R. CARANTA, *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 4/2013, 395-396.

[33] Ciò che occorre effettuare, secondo il giudice comunitario, è una valutazione del concreto servizio oggetto di partenariato, ponendo quasi sullo sfondo il ruolo dell'interesse pubblico comune che gli enti avrebbero dovuto perseguire, individuando, dunque: «*una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi, non retta unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico, oppure tale da porre un prestatore privato in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti*», così C.G.U.E. C-564/11 Ordine Ingegneri Pavia, par. 40.

[34] In punto di motivazione, tuttavia, la disciplina in oggetto non offre un dato normativo chiaro a differenza di quanto prescritto per gli affidamenti in house dove, a riguardo, è stato evidenziato che in tali ipotesi sussiste un onere motivazione volto a riconoscere i vantaggi per la collettività, la congruità economica della prestazione, gli obiettivi di universalità e socialità nonché i vantaggi in termini di economicità, celerità o di perseguimento d'interessi strategici, restando esclusa: «*la necessità di prevedere una motivazione espressamente rivolta all'individuazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato, prescritto nella versione abrogata dell'art. 192, ovvero al presupposto, considerato in precedenza fondamentale, del cd. fallimento del mercato*», così M. TIBERII, *Il principio di auto-organizzazione amministrativa negli appalti pubblici*, in *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, AA.VV., Napoli, 2023,p. 149.

ISSN 2036-7821

In particolare, sono stati considerati sintomatici di detto *iter* procedimentale, l'interlocuzione costante tra i vari enti allo scopo di: «*fornire il supporto alla Regione per le finalità di pubblico interesse in parola*»[35].
Del resto, tali indicazioni derivano dalla differenza intrinseca tra la cooperazione e la procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, in cui la prima valorizza il dialogo tra gli enti per il raggiungimento dell'interesse in comune, dialogo che, ontologicamente, viene meno nella logica di mercato che accompagna le direttive europee, dove la stazione appaltante, generalmente[36], non individua le modalità di acquisto di beni, forniture o servizi attraverso un'intesa con l'operatore economico.
Sul punto, è stato chiarito che risulta necessaria una collaborazione più strutturata e articolata tra gli enti coinvolti nel partenariato, che non può essere semplicemente basata su una dichiarazione di intenti generici[37].
Infatti, l'attività di cooperazione richiede la definizione di una strategia comune, che preveda la concentrazione delle attività coincidenti o complementari dei vari enti, presentando una dimensione intrinsecamente collaborativa, che va oltre la semplice assegnazione di un contratto e che richiede un impegno congiunto per il raggiungimento di obiettivi comuni, nell'interesse pubblico e con standard di qualità adeguati. E tale processo non può che trovare precisa collocazione *nell'iter* procedimentale volto all'individuazione degli obblighi reciproci in capo alle singole autorità che poi saranno parte della convenzione[38], seppur la precedente formulazione normativa e l'art. 7 del nuovo codice non esplicitano tale requisito, facendolo ricavare dall'insieme di obblighi oggetto dell'accordo come conseguenza di elaborazione comune dell'intervento da operare.

5. L'effettività della cooperazione e la comunanza degli obiettivi.

Per quanto attiene al profilo dell'effettività della cooperazione, è stato rilevato come, seppur in assenza di una definizione normativa del termine, il riferimento contenuto

[35] Cons. St., Sez. III, 25.8.2021, n. 6034.

[36] Tuttavia, occorre rilevare che l'ordinamento prevede alcune forme di rapporto antecedente la stipulazione dei contratti pubblici. In particolare, ci si riferisce all'istituto del dialogo competitivo, oggi trasposto all'art. 74 del nuovo Codice, attraverso il quale le stazioni appaltanti indicano agli operatori economici le esigenze che intendono perseguire, i relativi requisiti, il criterio di aggiudicazione e la durata della procedura. Per un'analisi dell'istituto si cfr. F. GAMBRADELLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2016, nonché P. CARBONE, *Il dialogo competitivo*, in *Riv. Trim. App.*, n. 3/2017, p.479; P. CONTESSA, C. DE SALVO, *La procedura di dialogo competitivo tra partenariato pubblico/privato e tutela della concorrenza*, in Urb. App., 2006, n. 5, 501. P. CARROZZA, R. FRACCHIA, *Il difficile equilibrio tra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE*, www.giustamm.it, n. 11/2004.

[37] C.G.U.E. C. C-618/19, Automobile Club d'Italia.

[38] Si cfr. C.G.U.E., C-429/19, Remondis, par. 32: «*oltre, la conclusione di un accordo di cooperazione tra enti nell'ambito del settore pubblico deve costituire la conclusione di un'iniziativa di cooperazione tra le parti di quest'ultimo (v., in tal senso, sentenza del 9 giugno 2009, Commissione/Germania, C-480/06, EU:C:2009:357, punto 38). L'elaborazione di una cooperazione tra enti nell'ambito del settore pubblico presenta, infatti, una dimensione intrinsecamente collaborativa, che è assente in una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico rientrante nelle norme previste dalla direttiva 2014/24*».

ISSN 2036-7821

nel terzo comma del considerando 33 della direttiva 2014/24, secondo cui la cooperazione deve: «*fondarsi su un concetto cooperativistico*», comporta la necessità di indagare il reale oggetto dell'accordo e i relativi obblighi delle amministrazioni contraenti.

I parametri per riconoscere tale effettività sono da ricercare nella definizione delle reciproche esigenze delle parti stipulanti, nell'individuazione di soluzioni concordate per la gestione del servizio oggetto di partenariato, nella suddivisione di compiti e di responsabilità tra le stesse così che: «*le attività svolte in sinergia convergano nella realizzazione di un obiettivo comune*»[39].

Da tali indicazioni sembrerebbe derivare la constatazione che l'interesse pubblico comune potrebbe declinarsi in una molteplicità di interpretazioni.

In particolare, sarebbe concepibile sia un partenariato stipulato tra due amministrazioni che perseguono il medesimo fine pubblico, sia un accordo in cui l'interesse sia effetto di una sintesi di obiettivi, astrattamente non perfettamente coincidenti tra le autorità stipulanti, ma effetto dell'accordo[40].

Sintomatico di tale apertura, è il ricorso al partenariato nell'ipotesi di affidamento di servizio di elisoccorso da realizzarsi in un'area aeroportuale militare stipulata tra ENAC[41] - l'Autorità italiana di regolamentazione tecnica, certificazione e vigilanza nel settore dell'aviazione civile - e l'ente della Regione Lazio titolare del pertinente interesse di cura della gestione e coordinamento dell'attività di elisoccorso e del personale sanitario operante sui mezzi addetti[42] .

L'interesse comune, come sintesi, è incentrato sulla tutela della salute e sull'ordinato svolgimento del trasporto aereo, in particolare nel contesto dell'attività di elisoccorso.

Entrambe le parti coinvolte perseguono, infatti, obiettivi non perfettamente coincidenti ma rientranti nella categoria della tutela della salute da assicurare

---

[39] In particolare, Cons. St., Sez. V, 25.3.2022, n. 2201, ha sottolineato come: «*deve escludersi che la mera definizione delle attività come "di interesse comune delle parti per il raggiungimento delle rispettive attività istituzionali" sia da solo sufficiente a delineare una strategia comune da perseguire,ciò in quanto il percorso di cooperazione intrapreso dalle amministrazioni si arrestava alla mera dichiarazioni d'intenti ex art. 6 del disciplinare per cui: "La Regione e l'ACI si impegnano, ognuno per quanto di competenza, a predisporre le migliori condizioni per l'esecuzione delle attività previste nel presente Disciplinare, nel reciproco interesse pubblico e con un adeguato standard di qualità"*». Da tali presupposti, com'è stato evidenziato, ne deriva che: «*ciò non significa che ogni ente debba offrire lo stesso tipo di prestazione, la cooperazione si può infatti fondare anche sulla divisione dei compiti in base ai criteri di competenza e di specializzazione, al fine di concorrere tutti in modo sinergico alla realizzazione dell'obiettivo comune*», così M. Tiberii, *Il principio di auto-organizzazione amministrativa negli appalti pubblici*, in *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, AA.VV., Napoli, 2023, p. 159.

[40] Ciò in quanto: «*il criterio distintivo fondato sul perseguimento di un "interesse pubblico comune" è, nella pratica, foriero di difficoltà applicative*», così A. BARTOLINI, *op. cit.*, 1262

[41] L'Autorità di regolazione tecnica, certificazione, vigilanza e controllo nel settore dell'aviazione civile, è responsabile del rilascio delle concessioni per le aree destinate alle basi di elisoccorso.

[42] Consiglio di Stato, Sez. III, 25.8.2021, n. 6034.

ISSN 2036-7821

attraverso il servizio di elisoccorso, espletato attraverso l'utilizzo di aree del demanio militare per funzioni esclusivamente pubbliche.
Si evidenzia, quindi, una dimensione collaborativa tra i due enti pubblici, nonostante i ruoli diversi che ricoprono nell'ambito dell'attività di elisoccorso[43], che attraverso la stipulazione del partenariato perseguono un obiettivo comune inteso quale sintesi degli interessi pubblici di cui sono portatori.
Questa interpretazione potrebbe trovare conferma laddove, in alcune occasioni[44], è stato evidenziato che risulta necessario individuare una: «*strategia comune condivisa basata sull'intercambio e sull'armonizzazione degli interessi rispettivi*».
Di conseguenza, sembrerebbe ragionevole sostenere che l'espressione "interessi rispettivi" debba essere interpretata come riferita agli interessi propri di ciascuna amministrazione, consentendo quindi la possibilità che il contratto di partenariato venga sottoscritto anche da amministrazioni che perseguono fini di interesse pubblico diversi.
In altre parole, le amministrazioni coinvolte nella cooperazione potrebbero avere obiettivi individuali distinti, ma lavorano insieme per creare una strategia comune che tenga conto di tali interessi diversi[45].
La *ratio* sottesa a tale ricostruzione muove dall'esigenza di non poter limitare le forme di partenariato esclusivamente alle amministrazioni che operano all'interno della medesima branca amministrativa, favorendo, di converso, la *"sinergica convergenza"* su attività di interesse comune, inteso come sintesi degli interessi di cui le autorità sono portatrici la cui individuazione, stando alla ricostruzione giurisprudenziale, è rimessa direttamente nelle mani della autorità pubbliche[46].
E tale ricostruzione è oggi fatta propria dal legislatore nazionale laddove richiama esplicitamente, a differenza del passato, la legittimità del partenariato stipulato: «*pur nella eventuale diversità del fine perseguito da ciascuna amministrazione*»[47], nonché dal riconoscimento dell'accordo stipulato tra due parti che abbiano: «*competenze diverse*»[48]

5.1. (Segue) La cooperazione sulle attività da espletare.

[43] Del resto, com'è stato evidenziato in dottrina: «*la Corte di Giustizia non impone che ciascuna amministrazione partecipi alla cooperazione nella stessa misura: l'esecuzione del compito potrebbe essere basata su una divisione dei compiti o su una certa specializzazione*», A. BARTOLINI, cit., 1262.

[44] Si confr. par. 75 delle conclusioni dell'Avv. Gen. V. Trstenjak, C.G.U.E., Causa C-159/11.

[45] Sul punto D. MARESCA, *La cooperazione inter-amministrativa tra appalti e accordi orizzontali: i recenti orientamenti della Corte di Giustizia*, in *Dir. pubbl. comp. eur*. 2/2013, 701. Si cfr. altresì A. DE MICHELE, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, (a cura di) F. MASTRAGOSTINO, *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, 713.

[46] In tal modo: «*se all'inizio della vicenda troviamo più soggetti pubblici con distinti interessi da coordinare per la realizzazione di un'iniziativa comune, alla fine abbiamo un progetto di azione per il conseguimento del risultato*», così G.D. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, 1996, 330.

[47] Così art. 7, co. 4, l. c).

[48] Art. 7, co. 4, l. a).

ISSN 2036-7821

Al tempo stesso, l'effettività della cooperazione non comporta la necessità d'instaurare un rapporto sinallagmatico che conduca ad una vera e propria identità degli obblighi da prestare attraverso l'accordo[49].
Com'è stato evidenziato, infatti, tale presupposto non conduce a richiedere che tutte le amministrazioni partecipanti si assumano la responsabilità di eseguire i principali obblighi contrattuali[50].
Ciò anche in considerazione del fatto che l'attività oggetto di cooperazione può riguardare tutti i tipi di attività, così come espressamente indicato dal considerando n. 33 della direttiva 2014/24[51], connesse alla prestazione di servizi e alle responsabilità affidate alle amministrazioni partecipanti o da esse assunte.
E proprio dall'espressione "tutti i tipi di attività" si fa ricavare anche la possibilità di realizzare un'attività accessoria a un servizio pubblico, a condizione che tale attività contribuisca effettivamente alla realizzazione della funzione di servizio pubblico[52] oggetto della cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti[53].
Del resto, non sono mancati ulteriori specificazione sul tema, in particolare sull'assenza di obbligo alla identità di funzioni e\o attività che le parti dell'accordo devono sostenere.
In particolare, se in un primo momento la giurisprudenza comunitaria[54] vagliava il requisito della comunanza degli interessi alla stregua della omogeneità delle attività da realizzare, successivamente è stato chiarito che l'obiettivo dell'art. 12, par. 4, lettera a), della direttiva 2014/24 deve essere interpretato in modo da permette alle

[49] Anche sotto tale profilo, non risulta necessaria la «*perfetta sovrapposizione di competenze e di interessi pubblici, essendo invece sufficiente il ricorrere di un'evenienza in cui una determinata attività possa essere complementare e sinergica a un'altra di competenza di altra amministrazione*». In questi termini A. DE MICHELE, *op. cit.*, 732.

[50] Così C.G.U.E, caso *Remondis, C-429/19*, par. 18.

[51] A mente del quale: «tale cooperazione potrebbe riguardare tutti i tipi di attività connesse alla prestazione di servizi e alle responsabilità affidati alle amministrazioni partecipanti o da esse assunti».

[52] In particolare, la cooperazione in oggetto potrebbe, astrattamente, attenere qualsiasi attività connessa alla prestazione di servizi e responsabilità affidate dalle amministrazioni aggiudicatrici. Sul punto cfr. Cons. St., Sez. III, 4.10.2017, n. 4631, che cita le sentenze della CGUE nelle cause C- 159/11, C-564/11, C-386/11 e C-352/12.

[53] Nel caso in esame si discuteva di un accordo stipulato tra il circondario di *Mayen-Coblenza*, il circondario di *Cochem-Zell* e la città di Coblenza in Germania, le quali hanno affidato al consorzio da loro controllato congiuntamente l'incarico di gestire il recupero e lo smaltimento dei rifiuti prodotti nei rispettivi territori. Tuttavia, il giudice europeo ha ritenuto non soddisfatti i requisiti del partenariato, in quanto, dall'accordo sottoscritto emergeva che: «*né il fatto che, conformemente all'articolo 2, paragrafo 2, e all'articolo 4, paragrafo 3, della convenzione di cui al procedimento principale, il consorzio debba riprendere i rifiuti residui, al fine di metterli in discarica, i quali corrispondo al 46% dei materiali di input, né la circostanza che la remunerazione del Circondario, in forza dell'articolo 5, paragrafo 1, di tale convenzione, assume unicamente la forma di un rimborso spese senza presa in considerazione di un margine di profitto per le spese correnti di funzionamento, possono essere sufficienti per dimostrare l'esistenza di un'autentica cooperazione tra il consorzio e il Circondario*». *Così C.G.U.E., C-429/19, Remondis, par. 37.*

[54] Si cfr. Commissione/Germania, laddove gli enti cooperavano in vista della realizzazione del medesimo servizio pubblico che consisteva nella attività di smaltimento dei rifiuti e pertanto come è stato anche sottolineato in dottrina, la comunanza di interessi doveva: «*tradursi nella omogeneità degli interessi perseguiti dalle autorità cooperanti*», così M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 1419.

ISSN 2036-7821

amministrazioni aggiudicatrici coinvolte di svolgere sia congiuntamente che individualmente una funzione di servizio pubblico.
Il fondamento della disciplina risiede, pertanto, nella necessita che la cooperazione tra le autorità pubbliche consenta di raggiungere gli obiettivi che condividono, implicando l'assenza di identità tra le stesse ed ampliando il novero delle attività anche a funzioni complementari al fine del raggiungimento dell'obiettivo comune attraverso un'efficace collaborazione[55].
La nuova formulazione del partenariato sembrerebbe far propria questa interpretazione giurisprudenziale sia in relazione alla già ricordata diversità delle competenze che comunque legittimano il ricorso all'istituto in parola, sia sotto il profilo dello: «*svolgimento di compiti funzionali all'attività d'interesse comune*», potendo, dunque, questi coincidere anche con attività complementari rispetto all'obiettivo da realizzare.

6. Sul corrispettivo economico.
Un ulteriore elemento per valutare la legittimità di accordi di partenariato non elusivi della disciplina pro-concorrenziale emerge dalla effettiva partecipazione delle parti contraenti ad un rapporto sinallagmatico che possa prevedere la corresponsione di un corrispettivo economico.
In particolare, secondo la giurisprudenza, poiché l'accordo deve rispondere unicamente a considerazioni inerenti all'interesse pubblico, la partecipazione congiunta, indispensabile per garantire che i servizi pubblici di cui le parti dell'accordo devono garantire la prestazione vengano realizzati, non può essere considerata di per sé soddisfatta: «*quando l'unico contributo di taluni contraenti si limita a un mero rimborso delle spese sostenute da un altro dei contraenti*»[56].
Tale prescrizione, dunque, muove dall'obbligo per l'interprete d'indagare l'oggetto della convenzione ed i relativi obblighi di *facere* in capo ai contraenti, escludendosi la legittimità di quei partenariati che si fondano esclusivamente sul riconoscimento economico del servizio prestato in assenza di una cooperazione stipulata al fine del raggiungimento dell'interesse pubblico attraverso il riconoscimento di attività, complementari o sussidiarie, che in ogni caso devono essere realizzate da entrambi gli attori pubblici contraenti.[57]

---

[55] C.G.U.E., C-796/18, Ignis Plus.

[56] Par. 29 C.G.U.E., C-429/19 *Remondis*. Sul punto si è altresì osservato che il: «*coordinamento può anche implicare la regolamentazione di profili di carattere economico, ma come necessario riflesso delle attività amministrative che in esso sono interessate*», così Cons. St., Sez. V, 15.7.2013, n. 3849.

[57] E' stato in questo modo escluso il partenariato laddove: «*la prestazione onerosa dovuta dalla Regione all'A.C.I. come remunerazione dei servizi prestati, essendo superiore al mero rimborso delle spese, rappresenta un indicatore attendibile della mancanza di rispondenza della cooperazione unicamente all'interesse pubblico. Perché possa essere considerata un'effettiva cooperazione, è richiesto che essa avvenga senza remunerazione, ad eccezione del mero rimborso delle spese sostenute, anche in via forfettaria*» cfr. Cons. St., Sez. V, 25.3.2022, n. 2201.

ISSN 2036-7821

Anche sotto tale profilo, il legislatore ha inteso escludere la logica di scambio meramente economico laddove si riferisce allo svolgimento di attività: «*in un'ottica esclusivamente collaborativa e senza alcun rapporto sinallagmatico tra prestazioni*»[58].

7. Il partenariato nel settore del trasporto ambulatoriale.

Ulteriore aspetto d'indagine è rappresentato dal relazionarsi dell'istituto in oggetto con i servizi di trasporto in ambulanza che pone diverse questioni in rapporto al concreto atteggiarsi del partenariato pubblico nel settore socio-sanitario[59].

Sotto questo profilo, è noto come la disciplina del trasporto sanitario sia generalmente suddivisa tra trasporto ordinario e trasporto emergenziale[60] - inteso quale necessità di trasferire un paziente per il quale esiste un rischio di peggioramento dello stato di salute durante il percorso[61] - che riflette, sul piano interno, i rapporti tortuosi che connotano la disciplina del terzo settore con quella della contrattualistica pubblica.

In particolare, la disciplina europea considera oggetto di gara l'affidamento del servizio ambulatoriale ordinario[62] mentre, viceversa, l'art. 57 del Codice del Terzo

[58] art. 7, co. 4, l. b).

[59] Sul rapporto tra concorrenza e interessi mercantilistici nel settore in esame si cfr. M. MATTALIA, *Gli operatori economici nella disciplina sugli appalti e concessioni tra concorrenza e solidarietà*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 465, laddove l'A. sottolinea come: «*rileva piuttosto la tendenza più recente di abbandonare la tutela della concorrenza come valore assoluto, poiché la stessa va bilanciata con tutte le altre posizioni soggettive pariordinate, a livello nazionale, europeo, o sovranazionale. A tal fine sono utile strumento per effettuare il bilanciamento i principi di solidarietà, di economicità e di equilibrio di bilancio*». Allo stesso modo F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 15, precisa che: «*come la realizzazione di condizioni di concorrenza accresce l'efficienza produttiva, cosi gli interventi pubblici che alterano il funzionamento dei mercati di concorrenza riducono tale efficienza e, con essa, la ricchezza aggregata. La contrapposizione tra la crescita economica promossa dalla concorrenza e l'equità distributiva (c.d. trade-off tra crescita ed equità), che ricorre nei ragionamenti degli economisti, esprime la relazione che corre tra la modalità dell'intervento redistributivo dei poteri pubblici e gli effetti che ne seguono per la crescita economica*». In generale sui servizi pubblici si rinvia a M. TRIMARCHI, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n.1/2020, p. 53; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici, diritto alla concorrenza e funzioni dell'autorità garante*, in *www.federalismi.it*, 2010

[60] Ci si riferisce, in particolare, al considerando n. 28 della stessa direttiva, per il quale questa non dovrebbe applicarsi a taluni servizi di emergenza se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, in quanto il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva. La loro esclusione, tuttavia, non dovrebbe essere estesa oltre lo stretto necessario.

[61] Cfr. par. 46 sentenza C.G.U.E. C-465/17 *Falck*.

[62] Il riferimento è al regime c.d. alleggerito previsto dalla direttiva 2014/24/UE per i servizi sociali, assistenziali e sanitari, riconoscendo che tali categorie di servizi, per la loro stessa natura, continuano ad avere una dimensione limitatamente trans-frontaliera e sono prestati all'interno di un particolare contesto che variano notevolmente da uno Stato membro all'altro a causa delle diverse tradizioni culturali, per i quali viene riconosciuta agli Stati membri un'ampia discrezionalità nell'organizzazione della scelta dei fornitori di servizi pur nel rispetto dei principi fondamentali di trasparenza e parità di trattamento.

ISSN 2036-7821

settore permette di affidare in convenzione[63] alle organizzazioni di volontariato il servizio di trasporto emergenziale.

Tuttavia, e per quanto attiene l'oggetto è presente contributo, occorre rilevare come la generale distinzione sopra accennata e, pertanto, l'obbligo di evidenza pubblica nell'ipotesi di servizi emergenziali, sia subordinata al potere di autorganizzazione della p.a., rovesciando in tal modo il rapporto tra regola ed eccezione della gara per i servizi in oggetto[64].

Rilevante, a tal fine, è la giurisprudenza comunitaria, che si è pronunciata in relazione ad una legge regionale[65] che obbligava, attraverso una opzione a discrezionalità zero, le aziende sanitarie a stipulare degli accordi di partenariato con enti pubblici accreditati al fine di erogare il servizio in oggetto, e solo in assenza di eventuali di tali soggetti, permetteva il ricorso alla procedura ad evidenza pubblica.

In particolare, il servizio oggetto di partenariato si basava sul trasporto misto, ordinario e di "soccorso ed emergenza"[66].

Tuttavia, la stipulazione di partenariati pubblici nel settore del trasporto sanitario, sia esso ordinario, sia emergenziale, non può essere considerata una mera opzione alternativa all'affidamento mediante gara quanto, piuttosto, una libera scelta dell'amministrazione.

Ciò in quanto sembrerebbe emergere la volontà della giurisprudenza di garantire, oltre che il principio di libera amministrazione di cui al considerando n. 5 e all'art. 2 della direttiva[67] 23/2014, elevati livelli di qualità, sicurezza e accessibilità nonché la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici, nel rispetto dei limiti di cui all'art. 12, par. 4, della direttiva, che, in questo specifico settore, verrebbero assicurati in modo ottimale dall'autorità pubblica.

Pertanto, l'apertura fornita dalla Corte al partenariato pubblico nell'ambito dei servizi di trasporto, ordinario ed emergenziale, rispecchia un *favor* dell'ordinamento comunitario all'erogazione dei servizi pubblici attraverso forme di cooperazione, nel solco anche di precedenti pronunce che hanno posto in primo piano come la finalità

---

[63] In tema di convenzioni con specifico riguardo al Terzo Settore, si rinvia a M. TIBERII, *Il settore "no profit" nella programmazione e gestione dei servizi pubblici*, in *MUNUS*, 2/2019.

[64] C.G.U.E., C-11/19, Azienda ULSS n. 6 Euganea.

[65] Ai sensi dell'articolo 5 della legge regionale n. 26/2012, il trasporto «*di soccorso ed emergenza» in ambulanza, qualora non sia svolto direttamente dalle ULSS, dev'essere effettuato da soggetti iscritti nell'elenco regionale di cui all'articolo 4 di tale legge e i rapporti con tali ULSS, nonché le modalità di svolgimento del servizio, sono regolati da apposite convenzioni. Inoltre, soltanto qualora tale attività non possa essere assicurata dai soggetti iscritti a detto elenco regionale, l'appalto relativo all'attività di trasporto sanitario di soccorso ed emergenza in ambulanza potrebbe essere affidato mediante procedure concorsuali ad evidenza pubblica*».

[66] Per urgenza, si intende l'attività di trasporto di un paziente per il quale esiste un rischio di peggioramento dello stato di salute durante detto trasporto. Questa è l'interpretazione offerta da C.G.U.E., C-465/17, *Falck Rettungsdienste e Falck*, punto 51.

[67] Par. 45 C.G.U.E., C-285/18, Irgita.

ISSN 2036-7821

pubblica comune[68] dei contraenti, inserita e/o desumibile dall'oggetto di partenariato, non si ponga in contrasto con la disciplina pro-concorrenziale nel settore del trasporto sanitario[69].

8. Il partenariato come accordo.

In base alla ricostruzione pretoria offerta, emerge come il partenariato, inteso quale strumento di collaborazione istituzionale delle pubbliche amministrazioni, finalizzato a organizzare e/o svolgere delle attività di interesse comune nell'esercizio delle funzioni di cui sono portatrici[70], possa trovare legittimazione nell'ambito della contrattualistica pubblica, seppur con i limiti appena individuati.

Tale ricostruzione, del resto, consente d'individuare la reale portata dell'istituto e, in particolare, il suo relazionarsi con gli strumenti volti ad ampliare gli accordi tra pp.aa., da parte del legislatore nazionale e comunitario[71], nell'ambito di una sorta di amministrazione plurilivello[72], ammettendo così forme di coordinamento e cooperazione per il raggiungimento delle finalità pubbliche.

---

[68] Del resto, è stato notato che: «*il tratto caratterizzante dell'accordo fra amministrazioni pubbliche sembra dunque la necessità che più amministrazioni insieme cooperino per migliorare la qualità e l efficienza delle relative organizzazioni e attività*», così G. M. Racca, *op. cit*., 103.

[69] Inoltre, secondo la ricostruzione della giurisprudenza, anche antecedente, su di un caso analogo relativo alla stipulazione della convenzione da parte della Croce Rossa Italiana, è stato rilevate che, ai sensi dell'art. 2 del relativo Statuto, la C.R.I.: «*ha, fra suoi compiti, quello di effettuare, con propria organizzazione, il servizio di pronto soccorso e trasporto infermi, anche in ambito locale, concorrendo all'adempimento delle finalità del Servizio sanitario nazionale attraverso la stipula di apposite convenzioni*». Così Cons. St., Sez. V, 12.4.2007, n. 1707.

La giurisprudenza di questa Sezione, in precedenza richiamata, dunque, attribuisce rilievo al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico mediante accordi tra pubbliche amministrazioni e ne afferma la compatibilità con la normativa comunitaria in materia di appalti; in tale quadro, la comunione di interessi, che è alla base degli accordi di collaborazione tra amministrazioni previsti dall'art. 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, rende, in definitiva, inapplicabili, per la conclusione degli accordi stessi, le regole del diritto dell'Unione in materia di evidenza pubblica, di cui detta conclusione non può considerarsi in alcun modo elusiva.

[70] G. M. RACCA, *op. cit.*, 101.

[71] R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, analizza le origini germaniche del modello di accordo poi trasposto all'interno dell'ordinamento nazionale attraverso gli artt. 11 e 15 della l. n. 241/1990. Sul punto, si cfr. altresì F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo,* Torino, 1962; M D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni,* Napoli, 1981; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri,* Milano, 1984; A. MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico,* Napoli, 1988; N. BASSI, *Gli accordi tra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano, 2004.

[72] Sul punto è stato evidenziato come:« *il modello di azione pubblicistica consensuale è consolidato sia nell'ordinamento italiano che in quello comunitario e che l'utilizzo di tale strumento sembra essere finalizzato non tanto a sostituire le forme tradizionali di esercizio del potere autoritativo, ma piuttosto per consentire che in una amministrazione multilivello il potere sia congiuntamente esercitato da diverse amministrazioni mediante forme concordate di coordinamento e di cooperazione*», così R. CHIEPPA, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario,* in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comp.*, 6/2009, 1325.

ISSN 2036-7821

La declinazione dell'accordo tra autorità pubbliche per il soddisfacimento comune degli interessi trova pieno riconoscimento, come noto, nell'ambito della disciplina interna attraverso l'art. 15 della l. n. 241/1990[73].

L'istituto in oggetto, assieme alle intese ed alle convenzioni in genere[74], rappresenterebbe uno strumento idoneo al raggiungimento dell'interesse "comune" degli enti contraenti, anche allo scopo di valorizzare la funzionalizzazione dell'attività amministrativa a discapito del carattere autoritativo della stessa[75].

Ne deriva, dunque, un quadro all'interno del quale la cooperazione assume un valore rilevante nell'ambito dell'organizzazione e/o dell'esercizio delle attività d'interesse pubblico che trova pieno riconoscimento su più livelli normativi.

Altresì rilevante è il riconoscimento europeo[76] del ruolo[77] svolto dagli accordi di cooperazione[78], legittimati con lo scopo di perseguire l'attuazione efficiente del diritto comunitario.

Sotto tale profilo, l'accordo tra autorità pubbliche diverrebbe, da una parte, istituto a carattere generale, funzionale e strumentale al raggiungimento degli interessi

---

[73] Il percorso di riconoscimento di tale strumento è del resto frutto di svariate interpretazioni. Da una parte, ed in una prospettiva dinamica, si suole far discendere l'origine dell'accordo come conseguenza dell'aumento delle competenze delle singole amministrazioni e della loro autonomia effetto, com'è stato sottolineato in dottrina, della riforma del titolo V della Costituzione, nei rapporti tra centro e periferia, al fine di coordinare efficacemente l'azione amministrativa volta al perseguimento dell'interesse pubblico. In questi termini R. CHIEPPA, *op. cit*., 1325.

[74] Non mancano, inoltre, ulteriori ipotesi di accordo che, nel tempo, sono state introdotte nell'ordinamento. Ci si riferisce, in particolare all'art. 30 del T.U. enti locali, il quale prevede la facoltà per le pp.aa. di stipulare convenzioni al fine di realizzare un coordinamento delle funzioni e dei servizi predeterminati, nonché il successivo art. 34, il quale disciplina gli accordi di programma riguardanti: «*la definizione e l'attuazione di opere, di interventi o di programmi di intervento per progetti che coinvolgono più enti quali comuni, province e regioni*».

[75] Sul punto, è noto che l'emersione di figure tipiche di accordo tra pubbliche amministrazioni trovano fondamento nella problematica della scelta da parte dell'amministrazione del perseguimento dell'interesse pubblico attraverso l'utilizzo di strumenti privatistici da affiancare al provvedimento amministrativo, Si cfr. sul punto in particolare G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 165 e ss.

[76] In particolare, si cfr. l'art. 6 del T.F.U.E., a mente del quale l'Unione europea svolge azioni intese a sostenere, tra gli altri, la cooperazione amministrativa.

[77]In particolare, si suole distinguere gli accordi in oggetto tra accordi cd. orizzontali, caratterizzati dalla stipulazione da parte di amministrazioni dello stesso livello, ed accordi cd. verticali, possono assumere carattere orizzontale (tra amministrazioni dello stesso livello) o verticale, nell'ambito dei quali le amministrazioni si trovano su livelli di governo distinti.

[78] In materia è stato evidenziato come: «la cooperazione offre un bilanciamento tra concorrenza nell'esercizio delle libertà economiche e principio di solidarietà — con un'effettiva attuazione dei diritti sociali, già riconosciuti negli ordinamenti degli Stati Membri — perseguendo una coesione sociale e economica, che può favorire lo sviluppo di servizi pubblici europei, anche mediante forme di aggregazione di contratti pubblici, strumentali all'erogazione degli stessi, ed in favore dell'innovazione, della crescita e dello sviluppo sostenibile» così R. CAVALLO PERIN-G.M. RACCA, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e servizi pubblici,* in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 6/2016, 1461. In tema di servizi pubblici, in generale si cfr., tra gli altri, D. D'ORSOGNA - M. OCCHIENA, *I servizi pubblici a rilevanza economica e sociali: un bilancio*, in *Munus*, 2, 2013, 330 ss; M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. Cassese, Parte Speciale, vol I., Milano, 2003; D. SORACE, *I servizi 'pubblici' economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. Amm.*, 2010, 3; F. CINTIOLI, *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, in *Federalismi.it*, 2012, 11 e ss.

ISSN 2036-7821

pubblici perseguiti[79] e, dall'altra, in base all'art. 197 T.F.U.E., un valido strumento di realizzazione effettiva del diritto europeo, essenziale per il funzionamento dell'Unione, intesa quale questione d'interesse comune.
Ed in aderenza alla funzionalizzazione dell'istituto, la *ratio* della cooperazione, dunque, sarebbe rinvenibile nella valorizzazione del raggiungimento di elevati livelli di qualità, sicurezza e accessibilità dei servizi pubblici, di cui l'art. 2 della direttiva 23/2014, in favore della collettività, anche in una prospettiva di coesione sociale[80].

8. Conclusioni

Alla luce di quanto appena esposto, l'attuale formulazione normativa del partenariato sembrerebbe, com'è stato evidenziato[81], maggiormente in linea con l'interpretazione giurisprudenziale offerta in materia.
Tale dato è offerto in modo nitido dalla ricostruzione del concetto di comunanza d'interessi.
In particolare, la previgente versione del Codice, e l'interpretazione che ne è stata offerta, declinavano il requisito in parola sia come interesse istituzionale comune alle parti, sia come obiettivo derivante dalle medesime competenze perseguite dai contraenti.
Alla luce dell'art. 7 del nuovo Codice, tuttavia, sembrerebbero essere state abbracciate quelle tesi che consideravano non necessaria l'identità delle competenze svolte dalle parti, né la coincidenza dell'interesse pubblico perseguito.
La comunanza d'interessi non si pone come prerequisito istituzionale e/o per competenze tra le parti ma, viceversa, come effetto stesso dell'accordo, determinando: «*una convergenza sinergica su attività di interesse comune*», a prescindere, dunque, dalla differenza branca amministrativa in cui sono collocate le autorità procedenti.
Ed il fulcro dell'istituto, dettato dalla convergenza sinergica tra le autorità per il raggiungimento d'un interesse comune, legittima il partenariato come modello di esecuzione di servizi del tutto parallelo, e con eguale dignità, rispetto all'esternalizzazione della commessa pubblica, trovando anzi un *favor* in settori specifici, come sopra evidenziato.

---

[79] N. BASSI, *op. cit.*, 188

[80] S. CIMINI, M. D'ORSOGNA, *Le politiche comunitarie di coesione economica e sociale. Nuovi strumenti di sviluppo territoriale in un approccio multidimensionale*, Napoli, 2011, R. SAPIENZA, *La politica comunitaria di coesione economica e sociale*, Roma, 2000 (VEDI TESTO A CASA)

[81] Si cfr. Cons. st., relazione allo Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", Roma 7 dicembre 2022

ISSN 2036-7821

La cooperazione pubblica, pertanto, si presta ad essere veicolo di efficace attuazione delle finalità pubbliche, anche a scapito della disciplina pro-concorrenziale e dagli obblighi da esso nascenti, nei limiti descritti nei paragrafi precedenti.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La disciplina delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative: profili applicativi, criticità e prospettive di regolazione

di Giovanni Fornabaio

(Avvocato)

Sommario

1. Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative. L'impianto normativo nazionale ed europeo. – 2. La pronuncia della Corte di giustizia del 20 aprile 2023. – 3. Nello specifico: il criterio-presupposto della scarsità delle risorse naturali per l'indizione di una gara pubblica di concessione demaniale marittima. Il lavoro del Tavolo tecnico. – 4. Le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative in alcuni Stati europei (cenni). – 5. La ricerca di un paradigma normativo applicabile alle gare per le concessioni demaniali marittime e la preferenza del modello pubblicistico. – 6. Il caso pratico del Comune di Jesolo (VE). – 7. Il diritto all'indennizzo per il concessionario uscente. – 8. Considerazioni conclusive. Connotazioni del quadro regolamentare e criticità applicative.

Abstract

From 31 December 2024, maritime state property licenses for tourist-recreational purposes have been subject to a regulatory change. The current licenses held by private owners are now to be considered terminated, and to be reassigned through competitive public auctions, in compliance with the principles of competition, impartiality and transparency of community law. This is the result of in-depth regulatory work by Parliament and Government, which have operated in a continuous dialogue with national jurisprudence and with the European Court of Justice, to radically change the current licensing structure. After an overview of the legal framework regarding concessions of maritime assets for tourist-recreational purposes, the article focuses on the problems that public administrators find themselves facing in finding an alternative solution to license extensions (prohibited by law), and enforce the ban on public tenders, in a climate of legal uncertainty and inexperience. The objective of the notes is, therefore, to propose alternative solutions to this problem by also carrying out a brief comparative analysis on other European states dealing with the same to verify whether their reform regulations, where issued, and/or their approach can be an example. The present situation, in any case, appears delicate but it is necessary to prepare, among other things, urgently, a new and clear regulation that operationally supports the municipal levels that lack the technical skills necessary to be able to draw up indisputable tender notices. The objective is to lay the foundations so that concessions of maritime state property for tourist-recreational purposes are regulated by a logic of generalized competition from the first access to the licenses by the owners.

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

ISSN 2036-7821

1. Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative. L'impianto normativo nazionale ed europeo.

Lo studio dell'impianto normativo delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative deve prendere necessariamente l'avvio dagli artt. 822 e 823 c.c. che definiscono il demanio pubblico e ne individuano la condizione giuridica. In particolare, la prima norma precisa che: «appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti» ("marittimo naturale necessario")[1]. I beni appena indicati sono, peraltro, «inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano».

Tra le *leggi che li riguardano*, su tutti, vi è il R.D. 30 marzo 1942, n. 327, meglio noto come codice della navigazione. In particolare, il suo art. 36 dispone(va) che: «l'amministrazione marittima, compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, può concedere l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo».

Il concetto di partenza è che la concessione di un'area demaniale marittima rappresenta, indubbiamente, un'occasione cospicua di guadagno per i soggetti richiedenti e, per questa ragione, le pubbliche amministrazioni debbono comportarsi, vista la rilevanza pubblica della questione, secondo principi di imparzialità, trasparenza e concorrenza, sia in occasione della scelta del candidato a cui affidarla sia in sede di individuazione del tempo massimo di durata della stessa, per permettere anche ad altri soggetti privati di accedere a questo mercato[2]. Occorre garantire, cioè, la "rotazione" dei concessionari[3] su un'area demaniale per consentire agli operatori, in possesso di determinati requisiti, di gestire la cosa pubblica nel tempo, senza sacrificare l'interesse collettivo a una proficua utilizzazione del bene.

Il legislatore, in principio, ha però proposto una soluzione legislativa in senso opposto ai canoni predetti, probabilmente più snella e veloce da attuare ma, come si osserverà, non ritenuta conforme ai dettami dell'Unione europea a tal punto da far

---

[1] Invero, già la classificazione dei beni del demanio marittimo presenta incertezze, dal momento che, accanto a quella rinvenibile nell'elenco di cui all'art. 822 c.c., vi è la disciplina di cui all'art. 28 del codice della navigazione che contempla anche le lagune, le foci dei fiumi che sboccano in mare e altro. Come segnalato, gli elenchi contenuti nei due codici non hanno risolto il problema dell'individuazione dei beni del demanio marittimo, soprattutto in relazione ad alcuni di essi, tra cui le lagune. Per i necessari approfondimenti, cfr. A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza. Contributo in tema di compatibilità tra logica proconcorrenziale e principi di diritto interno in tema di cessione di beni pubblici*, Napoli, 2017, p. 65.; M. DE BENEDETTO, *Spiagge in cerca di regole. Studio d'impatto sulle concessioni balneari,* Bologna, 2011, p. 157; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo,* Napoli, 2020, p. 365; M. CLARICH, *Il processo amministrativo a rito ordinario,* in *Rivista di diritto processuale*, 2002, 4, p. 81.

[2] In generale, sul regime applicabile ai beni pubblici, si vedano S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969, p. 245; B. MURRONI, *Demanio marittimo*, Bologna, 1980, p. 157; V. CERULLI IRELLI, *Diritto pubblico della proprietà e dei beni*, ì Torino, 2022, p. 173; L. BENVENUTI, *La frontiera marina*, Milano, 1988, p. 98; M.L. CORBINO, *Il demanio marittimo. Nuovi profili sostanziali*, Milano, 1990, p. 147.

[3] G. MARCHEGIANI, *Le concessioni demaniali marittime e la sindrome di LochNess*, in *Giustamm.it*, 2015, 3, p. 47.

ISSN 2036-7821

incorrere il nostro Stato in due procedure di infrazione promosse in due diversi momenti dalla Commissione

Procedendo con ordine, la previgente formulazione dell'art. 37, comma 2, ultimo periodo, del cod. nav. (abrogato) riconosceva al precedente concessionario un diritto di insistenza sull'area demaniale oggetto di concessione, in sede di rinnovo di quest'ultima, senza alcun sostegno fattuale o giuridico. In altri termini, alla scadenza della durata di una concessione, la legge preferiva che la stessa continuasse a restare in capo a colui che era stato individuato quale concessionario al momento della scadenza del termine, senza una particolare motivazione. Difatti, al fine di tutelare l'ambiente costiero, si prevedeva che venisse «altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze».

Il rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime negli anni Novanta del secolo scorso a favore di precedenti concessionari, supportato da altri e successivi interventi legislativi nella medesima direzione[4], ha prodotto, di fatto, l'effetto di bloccare l'avvio di procedure di affidamento per l'ingresso di nuovi operatori economici nel settore e ha cristallizzato il titolo autorizzativo in capo ai concessionari storici. Nel corso del 1993, ad esempio, è stato introdotto il rinnovo automatico delle concessioni in essere di sei anni in sei anni, mentre nel 2006 la durata massima di una concessione demaniale è stata fissata in vent'anni.

La permanenza *sine die* di un concessionario su un'area demaniale è stata favorita poi da provvedimenti di proroga *ex lege* del termine di scadenza della concessione che, dal 2006, hanno fatto ingresso nell'ordinamento con quantificazione, per la prima volta, nel corso di un ventennio, del periodo massimo di proroga di una concessione[5].

A scalfire in modo significativo l'assetto normativo così delineato è stata, dapprima, la giurisprudenza amministrativa nazionale che, condannando l'atteggiamento del legislatore relativamente alla gestione delle concessioni demaniali marittime, poiché ritenuto contrario ai principi di concorrenza e imparzialità, ha auspicato e consigliato una rivisitazione della disciplina dal momento che, con i titoli autorizzativi di cui si parla, in numero per forza circoscritto a causa della scarsità del bene concedibile, si forniva inevitabilmente un'occasione di monopolio a soggetti privati, inammissibile con riferimento a un bene dello Stato e difficilmente giustificabile alla sfera pubblica[6].

Di seguito, la direttiva del Parlamento e del Consiglio europeo 12 dicembre 2006, n. 2006/123/CE ("direttiva Bolkestein"), ha imposto l'adozione di una procedura ad

[4] La nozione di concessione di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative è stata oggetto di una specifica definizione legislativa ad opera dell'art. 1 del d.l. n. 400/1993 (conv. in l.n. 494/1993 e oggetto di interpretazione autentica ad opera dell'art. 13 della l. n. 172/2003).

[5] È il caso della l. n. 296/2003.

[6] Sul punto T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 11 dicembre 2002, n. 2815; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 12 ottobre 2003, n. 758; Cons. Stato, Sez. VI, 11 dicembre 2004, n. 7765; T.A.R. Liguria, Sez. I, 29 giugno 1998, n. 292.

ISSN 2036-7821

evidenza pubblica atta a garantire imparzialità e trasparenza nella scelta del concessionario di un bene demaniale in ragione della scarsità della risorsa naturale. In sostanza, dal momento che i lidi del mare e le spiagge praticabili costituiscono una risorsa limitata, al punto da rendere ristretto anche il numero di titoli autorizzativi rilasciabili rispetto al totale dei richiedenti, gli Stati membri periodicamente debbono adottare una procedura competitiva rispettosa dei principi Ue della libera circolazione dei servizi e non discriminazione al fine di permettere a tutti gli operatori di partecipare, negli anni, a gare per il rilascio di titoli concessori di tal tipo secondo canoni di imparzialità.

L'Italia non ha, però, rispettato i principi evidenziati con conseguente avvio ad opera della Commissione di una prima procedura di infrazione, la n. 2008/4908, archiviata poi con l'emanazione del d.l. n. 194/2009 che ha abrogato l'art. 37, comma secondo, ultimo periodo, cod. nav. in merito al diritto di insistenza. Tuttavia, lo stesso atto normativo ha anche previsto all'art. 18 che […] «nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi […], il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 è prorogato fino al 31 dicembre 2020».

Nel 2010 con il d.lgs. n. 59, recepita la "direttiva Bolkestein", il Governo è stato poi delegato a commisurare la durata delle concessioni a un uso rispondente all'interesse pubblico e alla remunerazione dell'investimento, nonché a definire delle procedure coerenti con i principi di concorrenza, libertà di stabilimento, garanzia delle attività imprenditoriali e tutela dell'investimento. Per cui, «nelle ipotesi di un limite ai titoli autorizzatori rilasciabili, in ragione della scarsità delle risorse naturali o delle capacita` tecniche disponibili», occorre «una procedura di selezione tra i candidati potenziali previa fissazione dei relativi criteri e modalità atti ad assicurarne l'imparzialità». È stato precisato, inoltre e in ogni caso, che «la concessione non può essere *sine die* ne´ può essere rinnovata automaticamente, cosi` come non possono accordarsi dirimenti vantaggi all'uscente».

La delega, non evasa, ha in sostanza il compito di stabilire che una concessione non possa né essere senza termine né rinnovata automaticamente, ponendosi in netto contrasto con il d.l. n. 194 cit. che, al contrario, aveva rinnovato tutti i titoli concessori esistenti fino al 2020.

Con le indicate coordinate normative, la giurisprudenza di settore si è consolidata sull'assunto opposto secondo cui l'obbligo di attivare le procedure competitive per assegnare beni pubblici suscettibili di sfruttamento economico grava in capo alla pubblica amministrazione[7].

[7] Sul punto Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2013, n. 5; Ad. Plen., 25 febbraio 2013, n. 3250; Sez. V, 31 maggio 2011, n. 3250.

ISSN 2036-7821

La rilevanza di questi interventi non è secondaria, anche in termini di sorte delle leggi prese in esame. L'obiettivo, infatti, è quello di far perdere efficacia alle norme che contemplano la proroga automatica del termine di durata delle concessioni demaniali marittime, il rinnovo automatico del titolo concessorio o qualsiasi altra forma di postergazione del concorrente subentrante, poiché determinano una disparità di trattamento tra operatori economici e preclusioni ingiustificate alla gestione dei beni demaniali a soggetti privati concorrenti, in violazione dei principi sovranazionali richiamati.

Al riguardo è intervenuto, dapprima, il Giudice delle leggi che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle normative regionali abilitanti la proroga delle concessioni demaniali su richiesta dell'interessato[8] e, poi, la Corte di giustizia nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15 del 2016, rilevando profili di incompatibilità tra il decreto del 2009 cit., la "direttiva Bolkestein" e il TFUE, all'art. 49, in quanto «le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo rientrano nel campo di applicazione della direttiva dei servizi del 2006». Inoltre, le proroghe *ex lege* di queste concessioni equivalgono a un loro rinnovo automatico, espressamente vietato dal legislatore europeo considerata la scarsità delle risorse marittime (*i.e.*: lidi del mare e spiagge) e l'interesse transfrontaliero certo della vicenda[9].

La Corte di Lussemburgo precisa altresì che una proroga di una concessione demaniale va «giustificata laddove finalizzata a tutelare la buona fede del concessionario, ovverosia qualora questi abbia ottenuto una determinata concessione in un periodo in cui non era stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza». Dunque, «la tutela della buona fede del concessionario va relazionata alla data di adozione della direttiva 2006/123, cosicché nell'ipotesi di concessione demaniale marittima rilasciata in data antecedente, la cessazione anticipata della concessione deve essere preceduta da un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili» (dal punto di vista soprattutto economico).

Il Giudice europeo incombe, pertanto, sull'ordinamento italiano e inibisce l'efficacia delle proroghe contemplate considerandole *tamquam non esset* e disponendone la disapplicazione.

---

[8] Corte cost., 12 maggio 2010, n. 180, relativamente alla legge regionale dell'Emilia-Romagna 23 luglio 2009, n. 8.

[9] La decisione della Corte eurounitaria è stata oggetto di molte riflessioni dottrinarie. Tra queste, cfr. L. DI GIOVANNI, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, in *Rivista italiana di diritto amministrativo*, 2016, 3, p. 56; G. BELLITTI, *La direttiva Bolkestein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, 2, p. 13; A. SQUAZZONI, *Il regime di proroga delle concessioni demaniali marittime non resiste al vaglio della Corte di giustizia*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, 4, p. 78; L. CAIANIELLO, *Concessioni demaniali marittime fino al 2035: alcune precisazioni in ordine alle proroghe dei titoli*, in *Foro amministrativo*, 2018, 12, p. 56.

ISSN 2036-7821

Sennonché, «forse intimorito dai possibili impatti politici di decisioni sgradite a un settore economico molto radicato nel nostro Paese», il nostro legislatore risponde con un'ulteriore proroga automatica di quindici anni[10].

Nella l. n. 145/2018, l'art. 1, comma 683, dispone che le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative mantengano validità sino al 31 dicembre 2033, «al fine di garantire la tutela e la custodia delle coste italiane affidate in concessione, quali risorse turistiche fondamentali del Paese, e tutelare l'occupazione e il reddito delle imprese in grave crisi per i danni subiti dai cambiamenti climatici e dai conseguenti eventi calamitosi straordinari»,

Ne conseguono interventi forzati e rischiosi, anche a livello regionale.

In particolare, l'Assemblea siciliana estende la durata delle concessioni demaniali marittime fino al 31 dicembre 2033, mentre la Regione Campania emana una circolare in cui si precisa che la proroga si applica a tutte le concessioni demaniali ad uso turistico-ricreativo debitamente vigenti al 1° gennaio 2019. Anche la Regione Basilicata interviene prevedendo che «l'asseveramento dell'estensione della durata delle concessioni potrà essere formalizzato con l'adozione di un provvedimento di natura ricognitiva/dichiarativa mediante acquisizione/accertamento/espletamento delle formalità indicate dalla legge».

A questo punto, la Commissione rileva come l'Italia non risulti rispettosa degli obblighi imposti con la "direttiva Bolkestein" e avvia nel 2020 una seconda procedura di infrazione, la n. 2020/4118 ("concessioni balneari"). Nello specifico, l'Istruzione ritiene che la normativa italiana miri a mantenere la validità delle concessioni balneari, vigenti in quel momento, per un numero di anni indefinito e senza alcun ordine di durata.

In questo contesto, a dir poco confusionario, il giudice amministrativo interviene a supportare, soprattutto, le amministrazioni locali e prova a far ordine nella disciplina da applicare proponendo soluzioni pratiche e transitorie alla luce delle decisioni dei giudici europei, da ritenersi vincolanti[11].

---

[10] F. ARMENANTE, *La non disciplina delle concessioni demaniali: dall'abrogazione dell'innaturale diritto di insistenza alle plurime e asistematiche proroghe anticomunitarie*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2020, 4, p. 261; R. CARANTA, *Es gibt noch Richter in Berlin! Stop alle proroghe delle concessioni balneari*, in *Giurisprudenza italiana*, 2022, 4, p. 1204.

[11] Inoltre, come ribadito dal T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 29 ottobre 2019, n. 5135, a seguito dell'intervenuta cessazione del rapporto concessorio, il titolare del titolo concessorio può vantare un mero interesse di fatto a che l'amministrazione proceda a una nuova concessione in suo favore, e non già una situazione qualificata in qualità di concessionario uscente, con conseguente inconfigurabilità di alcun obbligo di proroga *ex lege* o motivazionale dell'amministrazione. Ancora più recentemente si è ribadito che la concessionaria di un bene pubblico comunale non è titolare di alcuna aspettativa al rinnovo del rapporto, il cui diniego, nei limiti della ragionevolezza dell'agire amministrativo, è parificabile al rigetto di un'ordinaria istanza di concessione con conseguente facoltà dell'ente locale di non procedere al rinnovo della concessione di suolo pubblico che si intenda riservare a una destinazione più adeguata e idonea alle caratteristiche del bene e alla realizzazione degli interessi generali; né l'eventuale pregressa considerevole durata della concessione può incidere, affievolendolo, sul potere discrezionale dell'amministrazione a destinare il proprio bene a usi più coerenti all'interesse pubblico.

ISSN 2036-7821

Il Consiglio di Stato, infatti, nelle sentenze gemelle del 2021 (9 novembre 2021, nn. 17 e 18) ribadisce, dapprima, che le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative ricadono nella "direttiva", da qualificare come direttamente applicabile, e afferma poi il principio secondo cui i provvedimenti amministrativi di proroga delle concessioni debbano reputarsi *tamquam non esset* traendo linfa da norme illegittime da disapplicare.

Come soluzione transitoria, i Giudici di Palazzo Spada suggeriscono di concedere efficacia alle concessioni demaniali in essere al tempo della pronuncia, sino al 31 dicembre 2023, al fine di temperare gli effetti delle decisioni rese, nel dichiarato intento «di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi ulteriore proroga che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'U.E.».

Come si evince, l'intervento del Collegio, alquanto incisivo, introduce una disciplina-ponte per consentire al legislatore di poter disporre in materia, emergendo un comportamento al confine tra un'interpretazione pro-futuro (*prospective overruling*)[12] e un'invasione della sfera di competenza del potere legislativo.

Le pronunce segnalate sono state definite dalla dottrina prevalente di importanza storica e di studio, testimoniando quanto oltre possa estendersi la funzione del giudice alla ricerca di una soluzione definitiva a un problema non più procrastinabile[13]. Se anche qualcuno parla di funzione consultiva espressa in sede giurisdizionale[14], non possono ignorarsi i passaggi delle due sentenze in cui si decreta la cessazione di tutti gli effetti delle proroghe delle concessioni esistenti a una data certa individuata discrezionalmente dall'organo giudicante.

La deroga in esame perde, comunque, risonanza sotto il profilo dell'ingerenza nel potere legislativo se si pensa che, di lì a poco, il Parlamento ha accolto con favore i suggerimenti del Consiglio di Stato e fatto proprie le modifiche normative. Tuttavia, in generale, non possono trascurarsi le serie ricadute economico-sociali che

[12] G. LIGUGNANA, *Prospective overruling e giudice amministrativo,* in *Diritto processuale ammnistrativo*, 2023, 2, p. 293; G. MARCHEGIANI, *La proroga al 2033 delle concessioni balneari nell'ottica della procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea,* in *Urbanistica e appalti*, 2021, 2, p. 153.

[13] N. DURANTE, *È davvero sceso il sipario sulle concessioni turistico-ricreative?*, in *www.giustizia-amministrativa*, 2022. Cfr. altresì M. TIMO, *Concessioni balneari senza gara … all'ultima* spiaggia, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2021, 5, p. 567; C. VOLPE, *Le concessioni demaniali marittime,* in *www.giustizia-amministrativa*, 2022.

[14] M. DENICOLÒ, *Al di là del prospective overruling. Note critiche a margine delle sentenze dell'Adunanza Plenaria nn. 17 e 18 del 2021*, in *Urbanistica e appalti,* 2021, 4, p. 293; M. GABOARDI, *Mutamento del precedente giudiziario e tutela dell'affidamento della parte,* in *Rivista di diritto processuale,* 2017, 2, p. 145.

ISSN 2036-7821

un'interpretazione retroattiva di questo tipo avrebbe avuto su ragioni di conservazione dei rapporti giuridici sorti nella situazione preesistente in assenza di successivi adattamenti da parte della legge.
Come anticipato, la l. n. 118/2022 e la l. n. 14/2023 recepiscono i solleciti giurisprudenziali.
Difatti, la proroga di validità delle concessioni viene ridotta dal 31/12/2033 al 31/12/2023, oppure in presenza di ragioni oggettive che impediscano la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2023, non oltre il 31 dicembre 2024.
Il Governo viene delegato poi a emanare una disciplina di riordino e semplificazione in materia e per la costituzione e il coordinamento di un sistema informativo di rilevazione delle concessioni di beni pubblici rivolto a promuovere massima pubblicità e trasparenza dei principali dati e delle informazioni riguardanti tutti i rapporti concessori ("mappatura delle concessioni demaniali").
Infine, viene istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri un tavolo tecnico con compiti consultivi e di indirizzo in materia di concessioni demaniali marittime per poter pervenire a un definitivo riordino legislativo del settore.

2. ***La pronuncia della Corte di giustizia del 20 aprile 2023***

Al termine della sequenza di riforme legislative riportata interviene, nuovamente, la Corte di giustizia nell'ambito di una controversia tra l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e il Comune di Ginosa in merito alla decisione di quest'ultimo di prorogare nel proprio territorio le concessioni di occupazione del demanio marittimo fino al 31 dicembre 2033[15].
Nella pronuncia, resa il 20 aprile 2023, la Terza Sezione aggiorna la giurisprudenza pregressa e, dunque, l'assetto normativo, già scosso e alquanto frastagliato, data la natura vincolante delle pronunce della Corte, ritornando a esprimersi in modo netto e innovativo dopo che il TAR Lecce l'aveva interpellata poiché dubitava che la "direttiva" potesse trovare diretta applicazione in Italia, in quanto non auto-esecutiva, nonché ritenendo che le pubbliche amministrazioni, inclusi i piccoli comuni, fossero obbligate a disapplicare le norme nazionali contrastanti con il diritto europeo.
Si esamina, di seguito, la decisione in questione per coglierne i tratti più significativi e innovativi.
Innanzitutto, la Corte precisa che i suoi orientamenti hanno valore normativo ed efficacia diretta, con immediata operatività, negli Stati membri e, inoltre, sottolinea come la "direttiva" si applichi anche alle concessioni che non presentano un interesse transfrontaliero certo e, cioè, anche al di fuori dei casi previsti dall'art. 49 TFUE, ampliandone l'ambito applicativo.

[15] Causa (C-348/22) avente a oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale.

ISSN 2036-7821

Appare evidente, cioè, che un rilievo preminente deve essere dato all'elemento della scarsità delle risorse naturali, quale presupposto primario per l'individuazione di una concessione da affidare per il tramite dell'esperimento di una procedura pubblica selettiva; ciò nel senso che, poiché si tratta di una risorsa scarsa, la stessa non può essere affidata a un eccessivo numero di operatori economici in modo diretto e, pertanto, necessita di essere assegnata, per ragioni di equità e concorrenza, mediante gare pubbliche.

La scarsità delle risorse naturali e delle concessioni disponibili, nel caso di specie, può essere valutata, combinando o meno, relativamente al territorio costiero, un approccio generale e astratto a livello interno e un approccio caso per caso basato su un'analisi locale.

La Corte stabilisce, inoltre, che la "direttiva" possiede senza dubbio, come accennato, i caratteri che ne assicurano l'esecutività immediata e diretta e che sussiste l'obbligo di disapplicare le disposizioni nazionali contrarie al diritto europeo sia in capo alle autorità amministrative sia ai giudici nazionali[16].

L'atto giuridico, in conclusione, è applicabile direttamente in quanto prevede un obbligo non soggetto ad alcuna condizione e tale applicabilità non è subordinata all'adozione di nessun atto autoritativo nazionale. Si tratta di una direttiva sufficientemente precisa per essere invocata anche da un singolo e applicata da un giudice e ciò pure se lascia un certo margine di discrezionalità agli Stati nell'adottare le modalità per la sua attuazione, dal momento che pone a carico degli stessi un obbligo di risultato preciso e incondizionato con riguardo all'applicazione della norma che enuncia e prevede un nucleo di diritti minimi individuanti una tutela minima imprescindibile[17].

---

[16] Per approfondimenti, cfr. F. FRANCARIO, *Se questa è nomofilachia. Il diritto amministrativo 2.0 secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021; F. CAPELLI, *Evoluzioni, splendori e decadenza delle direttive comunitarie. Impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli, 2021, p. 92; G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *Federalismi.it*, 2021, 20, p. 21; A. LUCARELLI, *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime*, in *Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2021, 7, p. 56; A. GIANNACCARI, *Stessa spiaggia, stesso mare. Di concessioni demaniali marittime e (assenza di) concorrenza,* in *Mercato Concorrenza Regole*, 2021, 2, p. 13; M. MANFREDI, *L'efficacia diretta della "direttiva servizi" e la sua attuazione da parte della pubblica amministrazione italiana: il caso delle concessioni balneari*, in *Jus*, 2021, 1, p. 25; G. CARULLO, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, in *Federalismi.it*, 2020, 26, p. 14.

[17] Al riguardo M. TIMO, *Le concessioni balneari alla ricerca di una disciplina fra normativa e giurisprudenza*, Torino, 2020, p. 78; R. ROLLI, *Concessioni demaniali marittime: la tutela della concorrenza quale Nemesi del legittimo affidamento*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2021, 5, p. 78; A. GANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza: contributo in tema di compatibilità tra logica pro-concorrenziale e principi di diritto interno in tema di gestione dei beni pubblici*, Napoli, 2017, p. 78; F. SANCHINI, *Le concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo tra meccanismi normativi di proroga e tutela dei principi europei di libera competizione economica: profili evolutivi alla luce della pronuncia della Corte di giustizia resa sul caso Promoimpresa-Melis*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, 2, p. 57; C. BENETAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, 2016, 25, p. 14.

ISSN 2036-7821

3. ***Nello specifico: il criterio-presupposto della scarsità delle risorse naturali per l'indizione di una gara pubblica di concessione demaniale marittima. Il lavoro del Tavolo tecnico***

Come anticipato, la decisione della Corte di giustizia pone una particolare attenzione al presupposto della scarsità delle risorse naturali che legittima o, meglio, pretende, l'esperimento di gare pubbliche per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime.

Tuttavia, l'interpretazione resa, sebbene supportata dal dato letterale della direttiva 2006/123/CE e da diverse pronunce precedenti in pari direzione, va adattata alla regolamentazione di settore presente in ciascun Stato membro e non deve far cadere in errore l'esegeta.

Vero è che il presupposto della scarsità delle risorse naturali assurge a presupposto indefettibile per l'esperimento di una gara pubblica di concessione demaniale, ma si ritiene che lo stesso possa condurre (erroneamente) a pensare che se le risorse naturali dell'Italia fossero reputate non scarse dagli esperti del settore e dal Tavolo tecnico, istituito nel 2022, si finirebbero con il concedere nuovi titoli autorizzativi su aree eventualmente non occupate con procedure ad evidenza pubblica e, magari, con proroghe al termine di durata per quelli in essere dei precedenti concessionari su aree già occupate. In altri termini, anche se i modelli di riferimento a livello europeo mancano, è ragionevole che la legislazione di settore di ogni Stato possa predisporre gli strumenti necessari a stilare criteri di valutazione idonei a definire se una risorsa sia scarsa o meno, ma ciò non deve far sottrarre rilevanza all'obiettivo principale. Ossia, a prescindere dalla scarsità delle risorse in questione, occorre un ricambio radicale degli operatori economici sulle aree demaniali mediante procedure ad evidenza pubblica.

Tutto ciò premesso e passando alla questione principale della sentenza riportata, non si rinviene, ad oggi, una legge di uno Stato membro che in maniera astratta e generale definisca il concetto di "scarsità" di una risorsa.

A tale scopo, la Corte europea ha conferito agli Stati – come anticipato – un certo margine di discrezionalità nella scelta dei criteri applicabili circa la valutazione della scarsità delle risorse naturali, sia pur nel rispetto di alcune linee generali. Tale discrezionalità può indurre a preferire, alternativamente, una valutazione valida per tutto il territorio nazionale, a privilegiare un approccio caso per caso che ponga l'accento sulla situazione esistente nel territorio costiero di un dato comune o, comunque, dell'autorità competente a pronunciarsi oppure ad adottare un sistema misto che combini i predetti approcci. Anzi, quest'ultima soluzione appare come la più idonea a garantire il rispetto degli obiettivi prefissati dalla pronuncia in questione e dei principi europei di non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e concorrenza.

ISSN 2036-7821

In conclusione, dall'analisi della decisione del 2023 ogni Stato interessato viene chiamato a stilare un complesso di criteri valutativi in base ai quali le risorse naturali possono definirsi o non definirsi scarse e, quindi, applicare la direttiva 2006/123/CE per l'indizione di gare pubbliche di concessione.

Più sinteticamente, non si può procedere a rinnovi automatici e generalizzati delle concessioni demaniali marittime a carattere turistico-ricreativo e, al contempo, occorrono procedure ad evidenza pubblica allorquando una risorsa risulti "scarsa" secondo un ventaglio di criteri individuati dall'autorità nazionale nel rispetto delle linee guida orientative della Ue.

A questo proposito, si è anticipato, l'art. 10-*quater* del d. l. n. 198/2022 ha previsto la costituzione di un tavolo di esperti con compiti consultivi e di indirizzo per "mappare" le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali e, in particolare, definire i criteri tecnici per determinare la sussistenza della scarsità di una risorsa naturale disponibile, tenuto conto del dato complessivo nazionale e di quello disaggregato a livello regionale.

Per costituire il *tavolo* si è ricorsi al Sistema informativo del demanio marittimo, in attesa di altri sistemi previsti dalla legge istitutiva, tra i quali il Sistema informativo di rilevazione delle concessioni di beni pubblici, entrato in vigore dal 25 agosto 2023.

In base ai dati forniti dal primo Sistema e a opinione degli esperti del settore, quasi la metà delle coste sabbiose è occupata da stabilimenti balneari, con maggiorazioni in alcune regioni (Liguria, Emilia-Romagna e Campania), mentre gran parte della costa libera residua risulta non fruibile per finalità turistico-ricreative, poiché soggetta a erosione, inquinata o abbandonata. Inoltre, molte regioni prevedono un limite massimo di costa che può essere oggetto di concessione che coincide, per lo più, con quelle già rilasciate.

I rappresentanti dei ministeri competenti, delle regioni e delle associazioni di categoria del settore hanno fornito, peraltro, un'indicazione preliminare delle aree effettivamente occupate a livello nazionale, pari a circa il 33% del territorio costiero disponibile.

Si è trattato di un dato, invero, parziale e da aggiornare. Infatti, è stato segnalato come lo stesso non fosse da assumere come inconfutabile nel corso dello svolgimento dell'istruttoria sulla scarsità della risorsa, anche perché, seguendolo, non si poteva parlare, forse, di una risorsa scarsa, con il rischio di optare per la messa a gara di ulteriori aree disponibili senza risolver prima e il problema per cui l'Italia era stata sottoposta a una procedura di infrazione della Commissione data la permanenza *sine die* dei concessionari storici su diverse aree.

Il *tavolo*, pertanto, ha dapprima acquisito i dati e gli elementi informativi necessari a fotografare lo stato di occupazione delle aree demaniali su base territoriale in rapporto alle diverse tipologie di concessioni e ha focalizzato poi la sua analisi sulle

ISSN 2036-7821

sole aree e sui soli tratti di costa effettivamente utilizzabili ai fini delle concessioni per lo svolgimento di attività turistico-ricreative. Sono state espunte, infatti, oltre alle aree militari e secretate, le aviosuperfici, le aree protette, incluse le marine, quelle per scopi commerciali industriali o nella competenza delle Autorità portuali.
Tuttavia, rispetto alle modalità seguite, sono state sollevate diverse critiche e, principalmente, relativamente alle modalità di calcolo della percentuale di occupazione e alla mancata considerazione delle particolari situazioni in cui versano talune regioni e taluni comuni che, da anni, vedono le loro coste quasi del tutto occupate.
È giusto sottolineare, nuovamente e però, che il lavoro svolto è stato considerato come solo un inizio, pur se ciò fa temere la possibilità che si prevedano altre proroghe concernenti le scadenze delle concessioni e il termine generale di "fine lavori" al fine di "preparare" le amministrazioni locali alle procedure selettive, con l'evidente rischio di incorrere in altre sanzioni europee.
Un altro problema, poi, è che i comuni non sempre hanno banche dati aggiornate sul numero, sul posizionamento, sulla tipologia e sulla dimensione delle attività svolte dai concessionari demaniali marittimi. I sindaci, gli assessori e i funzionari dei territori, a loro volta, non sempre sono a conoscenza delle problematiche particolari del settore, degli adempimenti autorizzativi e delle procedure atte a gestire le attività esercitabili sul demanio marittimo. Di sovente, infatti, essi non hanno avut mai o contatti con l'Agenzia del Demanio, l'Agenzia delle dogane e dei monopoli o gli Uffici tecnici delle Capitanerie di porto, né hanno personale qualificato per l'utilizzo del S.I.D.
I piani comunali, i regolamenti o i piani regolatori, peraltro, raramente comprendono la regolamentazione delle aree costiere; piuttosto, sono presenti regolamenti portuali datati, redatti dalle regioni, spesso inefficaci e, talvolta, persino in contrasto con le previsioni indicate nei piani urbanistici.
In un contesto contraddistinto da così tanta incertezza e, talvolta, inesperienza, appare essenziale un continuo aggiornamento e studio della materia, una costante interlocuzione con il livello Ue per riordinarla in modo organico, il supporto fornito dalla giurisprudenza amministrativa[18] .

4. ***Le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative in alcuni Stati europei (cenni)***

Ai fini dell'indagine, appare confacente procedere a un sintetico confronto della legislazione demaniale marittima presente in altri Stati europei, caratterizzati da variegati modelli di disciplina in tema di concessioni non sono sempre in linea con i

[18] Si veda, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2019, n. 1368; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 10 febbraio 2020, n. 221; T.A.R. Campania, Salerno, 2 ottobre 2019, n. 1697; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 4 febbraio 2020, n. 159.

ISSN 2036-7821

principi sovranazionali o, quantomeno, con quelli espressi dalla Commissione nella censura del 2020 nei riguardi dell'Italia.
In sostanza, anche nei principali Stati costieri dell'Unione non mancano previsioni normative in merito a diritti di prelazione per il concessionario uscente oppure indicanti durate anomale delle concessioni demaniali.
Partendo dall'ordinamento francese, che si presenta come quello in cui emergono meno criticità, esso risulta improntato a una gestione prevalentemente pubblica delle concessioni in argomento, caratterizzate da una durata piuttosto breve dei titoli autorizzativi.
In particolare, il Code général *de la propriété des personnes publique*[19] stabilisce il principio generale secondo cui l'accesso alle spiagge e il loro uso debbono essere liberi e gratuiti, salvo che non sussistano motivi di sicurezza, difesa nazionale o protezione ambientale che ne giustificano particolari limitazioni[20].
Il rilascio e il rinnovo delle concessioni che acquistano, quindi, carattere particolare ed eccezionale, sono subordinati allo svolgimento di una ricerca pubblica di interesse da parte del prefetto competente tenuto a informare la collettività o i comuni interessati dell'intenzione di procedere a un'assegnazione, un rinnovo o di aver ricevuto una domanda in tal senso da parte di soggetti non beneficiari del diritto di prelazione (riconosciuto alle amministrazioni locali e ai loro raggruppamenti). A decorrere dall'informativa, gli interessati dispongono del termine di due mesi per far valere il proprio diritto di richiesta di partecipare alla gara di assegnazione, presentando all'organo amministrativo periferico, entro sei mesi, una domanda contenente la documentazione necessaria, oggetto di un apposito procedimento. La concessione viene accordata, in via prioritaria, ai comuni o alle associazioni di più comuni titolari, come anticipato, del diritto di prelazione. Se questo diritto non viene fatto valere, l'attribuzione in questione è subordinata a una procedura di valutazione comparativa ai sensi di legge.
In ogni caso e in via generale, la durata della concessione non può eccedere i dodici anni e la subconcessione, a sua volta, non può andar oltre la durata della concessione principale.
Osservando, ancora, l'ordinamento croato, le condizioni di utilizzo del demanio marittimo sono disciplinate dal *Maritime Domain and Seapors Act* n. 11/2002, in cui si specifica che le concessioni relative allo sfruttamento economico, all'uso o alla costruzione di edifici di rilievo regionale non possono durare più di vent'anni.

[19] *Ordonnance* n. 2006-460 del 21 aprile 2006. Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, Temi dell'attività parlamentare, XVII Legislatura, *Le concessioni demaniali marittime in Croazia, Francia, Grecia, Portogallo e Spagna.*
[20] Per approfondimenti in una lettura comparatistica, si vedano F. DI LASCIO, *La concessione di spiaggia in altri ordinamenti*, in *Amministrazione in cammino*, 2010, 12, p. 24; S. GOBBATO, *Concessioni balneari in Italia e Direttiva 2006/123/CE, nel contesto europeo. Studio per la Commissione PETI,* in *European Union*, 2017, 5, p. 89; G. FERONI, *La gestione del demanio costiero. Un'analisi comparata in Europa*, in *Federalismi.it*, 2020, 4, p. 15.

ISSN 2036-7821

Tuttavia, tale termine può essere esteso a trent'anni, su richiesta del concessionario e previa approvazione del Governo, qualora giustificato da nuovi investimenti o in presenza di una causa di forza maggiore.
Quanto all'ordinamento portoghese, si riscontra un'ampia discrezionalità per la determinazione della durata delle concessioni marittime[21] disciplinata nel d.l. 226-A/2007 recante i criteri che le amministrazioni procedenti debbono seguire, oltre a chiarire, tra l'altro, che l'avvio della procedura è su istanza di parte. Il principio della gara, in ogni caso, risulta fortemente ridimensionato, dal momento il decreto dispone altresì che la durata massima di una concessione è fissata in settantacinque anni e che, entro tale termine, va considerata la "dimensione" degli investimenti associati e la loro rilevanza sul piano economico-ambientale.
È previsto, inoltre, un diritto di prelazione in capo al concessionario uscente, da esercitare entro un anno dalla scadenza del titolo.
Per completare il rapido esame comparatistico che si sta compiendo e trarre alcune conclusioni, si osserva anche l'ordinamento spagnolo caratterizzato da alcuni profili di criticità contrastanti con la normativa Ue osservata.
La legge di riferimento[22], infatti, prevede autorizzazioni e concessioni abilitanti all'uso del demanio marittimo terrestre ma l'amministrazione concedente ha una piena discrezionalità sulla decisione relativa al celebrare o meno una gara di concessione nelle selezioni, pur occorrendo il rispetto dei principi di pubblicità, obiettività, imparzialità, trasparenza e concorrenza[23]. Quanto al termine massimo di durata di una concessione, questo e` stabilito in settantacinque anni, prorogabili di ulteriori settantacinque.
Dalle osservazioni compiute è agevole notare come in Croazia, Portogallo e Spagna sia presente un arco temporale piuttosto dilatato in merito alla durata del titolo autorizzativo; nondimeno, questi Stati, almeno in un primo momento, hanno ritenuto di osservare pienamente i principi di concorrenza e imparzialità espressi nella "direttiva Bolkestein". Di lì a poco, però, sono pervenute censure sia dai giudici nazionali che dall'Unione.
In particolare, in Spagna è stato censurato, in un giudizio relativo al rilascio, senza previo svolgimento di una gara, di una concessione demaniale marittima, lo sviamento di potere perpetrato dallo Stato con leggi, come quelle di cui sopra, emanate in totale violazione del principio di concorrenza. Successivamente, un altro

[21] M.A. SANDULLI, *Osservatorio sulla giustizia amministrativa*, in *Foro amministrativo*, 2023, 12, p. 34; F. SANCHINI, *Le concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo tra meccanismi normativi di proroga e tutela dei principi europei di libera competizione economica: profili evolutivi alla luce della Corte di giustizia resa sul caso Promoimpresa-Melis,* in *Rivista della regolazione dei mercati,* 2016, 25, p. 87; G. CARULLO, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione,* in *Federalismi.it*, 2020, 12, p. 26.
[22] L. n. 22/1988 ("Ley de Costas").
[23] M.A. SANDULLI, *Osservatorio sulla giustizia amministrativa*, in *Foro amministrativo*, cit., p. 37.

ISSN 2036-7821

Tribunale[24] ha disapplicato una proroga "straordinaria" su alcune concessioni demaniali marittime e ha dichiarato la nullità del riferibile atto amministrativo condannando l'amministrazione interessata a svolgere e portare a termine, entro termini precisi, una procedura selettiva[25]. Spingendosi oltre, un ulteriore Tribunale ha negato in radice la possibilità di ogni proroga automatica di concessioni finalizzate a svolgere attività economiche su beni del demanio marittimo, in quanto del tutto incompatibile con i principi della Ue[26].

Tutti motivi questi che, poco dopo, hanno indotto la Commissione ad avviare una procedura di infrazione nei confronti dello Stato «per non aver garantito una selezione trasparente e imparziale per il rilascio delle concessioni relative alle zone costiere e, anzi, per avere previsto la possibilità di prorogare le concessioni esistenti per un periodo massimo di settantacinque anni senza giustificazione».

Quanto al Portogallo, è stato censurato il diritto di preferenza riconosciuto al titolare uscente che, titolare di concessione e licenza, può manifestare – all'esito della gara e nel termine di dieci giorni dall'aggiudicazione – la volontà di accettare le medesime condizioni proposte dal candidato aggiudicatario, così da proseguire l'occupazione.

Davanti a una simile disposizione, la Commissione ha aperto anche in questo caso una procedura di infrazione, in quanto contenente un diritto preferenziale a favore degli operatori storici dissuadente altre imprese dal fornire servizi balneari nello Stato.

In conclusione, può notarsi come la "direttiva servizi" del 2006 non sia riuscita ad armonizzare, esaustivamente, per usare un eufemismo, i regimi dei Paesi membri rientranti nel suo campo di applicazione. Gli ordinamenti passati in rassegna, difatti, differiscono in diversi punti dalla stessa e, tra questi, il più significativo concerne la durata massima delle concessioni in aderenza al principio di concorrenza.

La Commissione, pertanto, dovrebbe condurre un dialogo più collaborativo con gli Stati, avulso dal ricorso, almeno in prima linea, del deterrente dell'apertura di procedure di infrazione, provando a colmare in modo congiunto con essi le lacune delle loro disposizioni nazionali.

5. La ricerca di un paradigma normativo applicabile alle gare per le concessioni demaniali marittime e la preferenza del modello pubblicistico

[24] Tribunal Superior de Justicia de Cataluna, 23 giugno 2020, n. 2800.

[25] In dottrina, in particolare, M.A. SANDULLI, *Edilizia*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2022, 3, p. 171; F. GASPARI, *Decorrenza del termine per ricorrere, piena conoscenza dell'atto lesivo e giusto processo amministrativo*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2020, 4, p. 389; A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012, p. 45; A. REGGIO, *La piena conoscenza del provvedimento amministrativo e la decorrenza del termine per la sua impugnazione*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, 11, p. 1367; E. CANNADA, *Decorrenza dei termini e possibilità di conoscenza dei vizi*, in *Foro amministrativo*, 1961, 1, p. 1085.

[26] Tribunal Superior de Justicia de Valencia, 30 giugno 2020, n. 4621.

ISSN 2036-7821

Ammesso che la disapplicabilità delle norme contrastanti con la disciplina unionale in tema di proroghe asistematiche, contrarie alla "direttiva servizi", sia ormai pacifica e consolidata nella giurisprudenza nazionale e ultra-nazionale[27], in ragione del principio secondo cui, in determinati settori, come quello oggetto di queste note, il diritto europeo prevale su quelli nazionali, appare necessario provare a individuare un modello normativo applicabile per l'espletamento del dovere incombente sulle amministrazioni nel predisporre una procedura selettiva per l'assegnazione di un titolo autorizzativo allo svolgimento dell'attività imprenditoriale balneare a uso turistico-ricreativo.

Principio di partenza, alla luce delle pronunce che, comunque, non individuano uno strumento normativo preciso, è che l'occupazione di una porzione del suolo pubblico possa scaturire solo da un provvedimento concessorio della p.a. con cui la stessa sottrae un bene pubblico alla fruizione comune per metterlo a disposizione degli operatori economici privati, ove realizzino la funzione primaria di perseguire un interesse pubblico. Si tratta, al proposito, di ricercare un paradigma normativo applicabile alle gare in questione, dal momento che non esiste per le concessioni demaniali marittime, assumendo quale base di partenza il concetto di concessione che appare il più adeguato al caso di specie, pur se la prassi potrebbe smentire la teoria, come si osserverà.

In via generale, la concessione amministrativa si presenta come una fattispecie complessa in cui convergono un atto autoritativo e unilaterale, qual è la concessione, e un contratto integrativo di stampo privatistico che fa nascere obblighi e diritti reciprochi in capo all'amministrazione e all'operatore economico. Lo schema ipotetico, quindi, è quello della concessione-contratto, ossia un contratto ad evidenza pubblica che rientra nella categoria dei c.d. contratti accessivi al provvedimento. Tali sono quei moduli convenzionali che accedono a provvedimenti, i quali già sono fonte di obbligazioni per il privato e possono produrre effetti unilaterali o bilaterali, a seconda se stabiliscano obbligazioni solo per il privato o anche per la p.a.

In questo caso, è solo il provvedimento a determinare la sorte del contratto, non viceversa.

Per l'appunto, l'esempio classico di contratti accessivi al provvedimento sono le concessioni-contratto che rappresentano moduli convenzionali nei quali il provvedimento sarebbe, di per sé, fonte di obbligazioni ma per una più chiara e

[27] *Ex multis*, T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 9 marzo 2016, n. 271; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 28 settembre 2015, n. 2127; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 27 gennaio 2014, n. 1031; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 22 aprile 2014, n. 406; Cons. Stato, Sez. VI, 11 settembre 2013, n. 4497; Id., Sez. V, 26 gennaio 2012 n. 340; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 28 settembre 2015, n. 2127; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 12 maggio 2011, n. 1188; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-ter, 22 marzo 2016, n. 3527; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 21 aprile 2016, n. 2024; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 9 settembre 2011, n. 963.

ISSN 2036-7821

specifica disciplina del provvedimento medesimo si affianca quest'ultimo a un contratto che contiene la disciplina di specie delle obbligazioni[28].
In tali ipotesi si assiste a una compresenza di un provvedimento amministrativo, in cui la p.a. conserva il suo carattere di autorità, e una convenzione di carattere privatistico avente funzione integrativa e chiarificatoria che può essere precedente, concomitante o successiva all'emanazione della concessione[29].
A questo schema possono essere ricondotte la maggior parte delle concessioni previste dal legislatore, anche se la disciplina relativa si presenta, ad oggi, significativamente modificata a seguito del d.lgs. n. 36/2023, per cui talune distinzioni non hanno più ragion d'essere.
Si prenda, ad esempio, la concessione di servizi, per la quale è prevista una disciplina organica rivolta ad assicurare meccanismi di assegnazione certi sotto il profilo della trasparenza e della concorrenza, dapprima dal codice dei contratti pubblici" (d.lgs. n. 50 /2016) e, poi, dal "nuovo".
In questo caso, l'amministrazione trasferisce a un operatore economico la gestione di servizi e prestazioni di propria competenza e d'interesse primario per la collettività. L'importanza e la principalità di tali concessioni sono dimostrate dal fatto che l'unico corrispettivo riconosciuto ai privati è il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla loro gestione.
Si pensi, altrimenti, alla concessione di lavori con cui, mediante modalità similari, le amministrazioni affidano l'esecuzione di opere di interesse pubblico ad imprese private nel rispetto dei principi di concorrenza e trasparenza.
Per tutte queste concessioni, la cui disciplina è stata unificata dal nuovo codice, il legislatore prevede specificazioni e dettagli per quanto attiene ai principi generali da rispettare per l'affidamento con esclusioni, modalità e procedure connesse, per la pubblicazione e redazione di bandi e avvisi, così come per i criteri di aggiudicazione.
Non si rinviene, tuttavia, nel "vecchio" codice, così come nel "nuovo" e, più in generale, nell'ordinamento, una disciplina altrettanto di dettaglio in materia di concessione di un bene demaniale marittimo anche se, in questo ambito, i principi della concorsualità e dell'evidenza pubblica debbono trovare applicazione, in special modo in questo periodo di particolare attenzione per la materia.
L'art. 4 del d.lgs. n. 50/2016, come novellato dall'art. 5 del d.lgs. n. 56/2017, in materia di principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi, prevede – con riferimento quelli che abbiano a oggetto l'acquisto o la locazione di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili riguardanti diritti su tali beni, quali ne siano le modalità finanziarie, il rispetto dei canoni di economicità, efficacia, imparzialità,

[28] M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo,* Torino, 2018, p. 373.
[29] G. P. CIRILLO, *I contratti e gli accordi delle amministrazioni pubbliche,* in *www.giustiziaamministrativa.it,* 2019.

ISSN 2036-7821

parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.
In altri termini, il legislatore, al cospetto di contratti pubblici o di interesse pubblico, categoria alla quale può ricondursi la concessione di beni demaniali per i motivi esposti, reputa che non si possano ipotizzare modelli o strumenti di affidamento né discrezionali né arbitrari, ma ispirati a principi concorsualistici e trasparenti[30].
Con l'avvento del d.lgs. n. 36/2023, il d.lgs. n. 50/2016 è stato abrogato a partire da luglio 2023 e con esso la disposizione appena esaminata. Pur tuttavia, nel nuovo codice è stato inserito l'art. 181 sui "contratti esclusi", il cui comma 3, dispone: «L'affidamento dei contratti di concessione esclusi dall'ambito di applicazione delle presente Parte si applicano i principi dettati dal Titolo I della Parte I del Libro I». Per cui, in tal modo riemergono i principi della fiducia, dell'accesso al mercato nel rispetto dei principi di concorrenza e imparzialità, della buona fede e della non discriminazione e trasparenza.
Nella specie, le concessioni prese in considerazione dal codice dei contratti pubblici sono quelle di lavori, servizi e fornitura, ove – per unanime dottrina e giurisprudenza – non rientrano le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative ma, se si volesse ragionare per analogia, l'art. 178 del d.lgs. n. 36 cit. stabilisce che la durata di queste concessioni è limitata e determinata dall'ente concedente nonché, in via generale, che i contratti aggiudicati senza gara (a titolo esemplificativo, per affidamento diretto) non sono mai prorogabili.
Il modello pubblicistico di disciplina appare, senz'altro, preferibile a uno privatistico che trova quale unico riferimento probabile il contratto di locazione. Trattasi, come noto, di un contratto di diritto comune in cui non emerge alcun profilo di autoritatività dell'azione amministrativa; un contratto che non subisce modificazioni per il fatto che una delle parti è una p.a. e in cui i contraenti si trovano su un piano di assoluta parità.
Si comprende il rischio di affidare a una contrattazione del genere la gestione di un bene pubblico che vede coinvolti (anche) interessi economici ingenti. La p.a. deve ricoprire una posizione di supremazia nei confronti del privato, giustificata dal perseguimento di un interesse pubblico che, per definizione, è mutevole nel tempo e, quindi, assumere caratteri diversi nel corso del contratto per sopravvenienti motivi sempre di pubblico rilievo. In questo modo, dunque, è più agevole per la stessa

[30] M.A. SANDULLI, *L'accordo di programma, strumento di affidamento delle infrastrutture portuali turistiche e garanzia dell'imprenditorialità dell'iniziativa*, in *www.Diritto.it*, 2009, ribadisce l'auspicio che le concessioni amministrative c.d. giustificate (intendendo come tali, secondo la definizione dell'Antitrust, quelle che trovano giustificazione in leggi che riservano allo Stato o ai pubblici poteri la titolarità esclusiva di funzioni pubbliche, di proprietà o di attività economiche) siano soggette a revisione, essendo necessaria una modifica delle procedure di scelta del concessionario che riduca la discrezionalità dell'amministrazione, rafforzando l'evidenza pubblica, oltre che un intervento su alcuni profili della disciplina sostanziale (quali il regime giuridico dei rinnovi, la durata, *etc.*) in modo da assicurarne la conformità ai principi della normativa comunitaria.

ISSN 2036-7821

modificare accordi, recedervi senza pregiudizi o riconoscere alla controparte le tutele tipiche del diritto privato, giustificate da una posizione di parità ed equità dei paciscenti.

6. ***Il caso pratico del Comune di Jesolo (VE)***

Per ricercare un idoneo modello pubblicistico di riferimento, può essere di aiuto l'esame di un caso pratico affrontato dall'amministrazione del Comune di Jesolo, in provincia di Venezia.

Ai fini della problematica principale sottoposta ad analisi, ossia la promozione del principio di rotazione dei concessionari su aree già occupate e la ricerca di un modello applicativo per l'espletamento delle gare, la vicenda presenta un rilievo non trascurabile poiché pone l'interprete di fronte a una situazione concreta in cui la p.a. risolve il problema del vuoto di disciplina, seppur rischiando di crearne un altro, di tutela.

Nella specie, una s.r.l., in data 28 settembre 2023, aveva presentato un'istanza per ottenere una concessione demaniale marittima per finalità turistico-ricreative (uso stabilimento balneare), con decorrenza dal 1° gennaio 2024, e per la durata di vent'anni.

La norma presa a riferimento dalla p.a. è stato l'art. 55 del codice della navigazione, in base al quale «l'esecuzione di nuove opere entro una zona di trenta metri dal demanio marittimo o dal ciglio dei terreni elevati sul mare è sottoposta all'autorizzazione del capo del compartimento».

Lo strumento per occupare il suolo pubblico è, dunque, quello dell'autorizzazione che, a differenza della concessione, è un atto della p.a. ad istanza di parte per rimuovere gli impedimenti giuridici posti all'esercizio di diritti o poteri di cui il privato già sia titolare.

Sotto il profilo strutturale, l'autorizzazione e la concessione non si differenziano solo per la situazione sostanziale di base in capo al privato, ma anche per la diversa fisionomia dei procedimenti relativi dovuta al fatto che, solo nella prima, è ravvisabile una preesistente situazione giuridica in termini di diritto, potere o facoltà. Ne è prova il fatto che, ad esempio, i provvedimenti autorizzatori sono assoggettati al regime del silenzio-assenso e ciò è possibile inquanto la p.a. viene chiamata solo a verificare l'assenza di profili pregiudizievoli per la collettività nel compimento di un certo atto da parte del privato. Nelle concessioni, al contrario, deve essere preventivamente verificata la presenza di un vantaggio o utilità per l'amministrazione nel conferire un determinato diritto al privato.

Ma l'aspetto che più interessa in questa sede riguarda l'assenza di un obbligo in capo all'autorizzato a svolgere in modo continuativo la propria attività; nello schema

ISSN 2036-7821

concessorio sussiste, invece, un vero e proprio obbligo di garanzia del risultato[31]. Ne consegue che l'applicazione analogica di una norma o un istituto al fine di colmare lacune legislative, come nel caso di specie, rischia di degenerare nella creazione di vuoti di altra natura, come quello di un'assenza di un'adeguata tutela a tutte le posizioni soggettive coinvolte.

Ciononostante, il Comune, rendendo pubblica l'istanza di cui sopra, rimarcava che, a tutela della *par condicio* e della concorrenza, non potevano essere visionati gli allegati progettuali e che nell'ipotesi del concorso di più domande di concessione occorreva procedere a una procedura comparativa nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza, imparzialità, concorrenza e *par condicio*.

Il 12 dicembre 2023, l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato pubblicava una nota in cui rendeva considerazioni in merito alle procedure di affidamento delle concessioni demaniali marittime nel Comune. In particolare, l'Autorità valutava favorevolmente la decisione dello stesso di voler adeguare le sue procedure per l'affidamento delle concessioni in questione con finalità turistico-ricreative ai principi suddetti, derivanti dalla legislazione e dalla giurisprudenza nazionale ed euro-unitaria e, parimenti, ne apprezzava la scelta di chiedere che, nell'ambito del procedimento di rilascio di una nuova concessione marittima su istanza di parte, occorreva presentare un programma di investimenti e un piano economico-finanziario, sempreché conforme ai principi di adeguatezza e proporzionalità, non quale ostacolo alla partecipazione alla procedura da parte di microimprese e piccole imprese.

Tuttavia, l'Autorità auspicava, in riferimento al modello procedimentale da seguire per il rilascio delle concessioni, la previsione di «forme procedimentali di avvio d'ufficio piuttosto che su istanza di parte». Inoltre, «il Comune dovrebbe declinare sin dall'atto di avvio della procedura, in maniera oggettiva, trasparente non discriminatoria e proporzionata, tutti i criteri che lo stesso intende valutare nell'assegnazione delle concessioni demaniali marittime con il relativo punteggio massimo attribuibile». Infine, con riferimento alla durata, ribadiva – al fine di non vanificare il ricorso a procedure concorrenziali di assegnazione – che le concessioni avrebbero dovuto avere «una durata limitata, commisurata al valore della concessione e alla riferibile complessità organizzativa. Gli investimenti dovrebbero essere proporzionati alla durata della concessione, la quale, a sua volta, non dovrebbe eccedere il tempo ragionevolmente necessario per il recupero degli investimenti autorizzati dall'ente concedente in sede di assegnazione della concessione e un'equa remunerazione del capitale investito. Il valore di eventuali investimenti effettuati dal gestore uscente, non ancora ammortizzati al temine della concessione, e per i quali non è possibile la vendita su un mercato secondario, può

[31] R. GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Molfetta, 2018, p. 761.

ISSN 2036-7821

essere posto a base d'asta nella successiva procedura selettiva. In tal modo, l'esigenza di rimborsare i costi non recuperati sopportati dal concessionario uscente risulterebbe compatibile con procedure di affidamento coerenti sia con i principi della concorrenza, sia con gli incentivi ad effettuare gli investimenti».
La nota, come risulta evidente, oltre a mostrare un percorso logico articolato, basato sugli stessi punti fondamentali presenti nelle più recenti pronunce giurisprudenziali, ha riconosciuto la primazia del diritto Ue tutelando la concorrenza e promuovendo meccanismi di rotazione del concessionario balneare senza dimenticare, in ogni caso, gli "sforzi", soprattutto economici, dei concessionari uscenti.
Ciò conferma come i canoni cardine per indire le gare di concessione demaniale siano stati individuati con certezza anche dalle autorità di controllo e messi al servizio del legislatore, al quale non resta altro che predisporre una legge che si mostri all'altezza del lavoro profuso, anche per evitare che l'applicazione in via analogica di norme avvenga in modo impulsivo e improvvisato.

7. *Il diritto all'indennizzo per il concessionario uscente*

Se una qualche soluzione può individuarsi rispetto al modello normativo di riferimento per l'indizione delle gare di concessione[32], altrettanto ottimismo non è stato mostrato dalla dottrina e dalla giurisprudenza relativamente alla gestione del rapporto tra p.a. e vincitore della gara (se diverso) con il concessionario uscente e alla quantificazione dell'indennizzo dovuto a quest'ultimo, come previsto dalla legge di riforma del 2022.
Il legislatore, in definitiva, si trova a dover gestire la "transizione" nel modo meno gravoso possibile per tutte le parti coinvolte.

---

[32] Sul tema, cfr. A. Cossiri, *Il bilanciamento degli interessi in materia di concessioni balneari: quali spazi per il legislatore statale e per le autonomie*, in *federalismi.it*, 2022, 9, p. 78; A. Lucarelli, *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime, Principi Costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Quaderni di rassegna di diritto pubblico europeo*, 2021, 7, p. 134; A. Police, *Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma. Punti critici e spunti di riflessione*, in *Amministrativ@mente*, 2022, 2, p. 74; B. Caravita di Toritto, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *federalismi.it*, 2021, 20, p. 23; E. Lamarque, *Le due sentenze dell'Adunanza plenaria... le gemelle di Shining*, in *Diritto e società*, 2021, 3, p. 89; F. Ferraro, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?*, Napoli, 2020, p. 345; A. Cutolo, *Concessioni demaniali: dopo vent'anni di incertezza siamo arrivati davvero ad un punto di svolta?*, in *Rassegna di diritto amministrativo*, 2022, 1, p. 58; M.A. Sandulli, *Per la Corte costituzionale non c'è incertezza sui termini per ricorrere nel rito appalti: la sentenza n. 204 del 2021 e il creazionismo normativo dell'Adunanza plenaria*, in *federalismi.it*, 2021, 26, p. 40; M. Luchetti, *La devoluzione delle opere allo Stato e gli effetti sui futuri affidamenti delle concessioni demaniali marittime*, in *Urbanistica e appalti*, 2019, 1, p. 30; M. Conticelli, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2020, 4, p. 1071; M. Magri, *"Direttiva Bolkestein" e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di giustizia Ue*, in *Rivista trimestrale di diritto amministrativo*, 2016, 4, p. 359; C. Benetazzo, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *federalismi.it*, 2016, 25, p. 9.

ISSN 2036-7821

I concessionari storici, come noto, avviano ogni anno un piano di investimenti calibrato su un orizzonte temporale mediamente lungo che, adesso, vedono drasticamente ridursi.

Non si può ignorare, infatti, che nella maggior parte dei casi gli stabilimenti balneari siano vere e proprie imprese, frutto di ingenti costi di avviamento[33]; ciò, d'altronde, non lo ignora neanche il Consiglio di Stato che, nelle "sentenze gemelle" del 2021 citate, ha riconosciuto che una qualche forma di tutela va apprestata, magari attraverso un indennizzo, comunque lo si voglia quantificare, ai concessionari uscenti per gli eventuali investimenti compiuti.

Come anticipato, il legislatore se ne è occupato nella l. n. 118/2022, recependo i suggerimenti della giurisprudenza, mentre, ad esempio, nel codice della navigazione citato non si rinvengono riferimenti nella stessa direzione e l'unica possibilità di un indennizzo, peraltro, eventuale, viene contemplata nell'art. 49, secondo cui: «Salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di concessione, quando venga a cessare la concessione, le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, restano acquisite allo Stato senza alcun compenso o rimborso».

La norma dispone, quindi, che le opere non amovibili realizzate su un'area demaniale siano devolute automaticamente e a titolo gratuito allo Stato, a meno che quest'ultimo non decida di ordinarne la demolizione. I beni realizzati sul suolo demaniale, in altri termini, sono privati fino allo scadere della concessione per poi confluire nel patrimonio statale.

Secondo parte della dottrina e della giurisprudenza[34], si è innanzi un esproprio sostanziale che determina l'incameramento da parte dell'amministrazione dei beni in proprietà superficiaria del concessionario in assenza di indennizzo, in violazione degli artt. 3 e 42 Cost.

Ne consegue che è corretto immaginare che un indennizzo debba sempre essere previsto per non arricchire indebitamento lo Stato e non arrecare vantaggi ingiusti all'eventuale nuovo concessionario. La l. n. 118 cit. dispone, al proposito che lo stesso, è a carico del concessionario subentrante, indicando una serie di criteri quantificativi per non pregiudicare la posizione di alcuna delle parti. Ad esempio, si valorizza l'esperienza tecnica e professionale del concessionario uscente, anche considerando *se* la concessione demaniale marittima sia la principale fonte di reddito di un nucleo familiare. Su questo ultimo punto, tuttavia, accorerebbe tener conto che, forse, i concessionari attuali potrebbero ritenersi già sufficientemente "remunerati" dalla longevità maturata dai rispettivi titoli autorizzativi. Per di più, il fatto che un eventuale indennizzo sia a carico del concessionario subentrante non appare un

[33] A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza. Contributo in tema di compatibilità tra logica pro-concorrenziale e principi di diritto interno in tema di gestione dei beni pubblici,* Napoli, 2017, p. 32; ID., *Beni sfruttabili o consumabili: demanio marittimo e porti*, in *federalismi.it*, 2016, 22, p. 8.

[34] Così T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 28 gennaio 2011, n. 200; Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3145.

ISSN 2036-7821

fattore risibile, specialmente in termini di costo dell'investimento. In effetti, piuttosto che favorire l'apertura del mercato, si potrebbe falsare il meccanismo concorrenziale; infatti, se la remunerativitá di un investimento e la concorrenza procedono di pari passo, coloro i quali partecipano a una gara come nuovi aspiranti concessionari, di certo non gareggiano ad "armi pari", dal momento che – per un verso – in caso di vittoria, sono tenuti a indennizzare quelli uscenti e – per un altro – sono ben consapevoli, a seguito delle vicende europee che hanno interessato il nostro Stato, della durata minore del loro titolo concessorio rispetto ai predecessori.

Sul tema non sono mancati interventi dottrinali e un orientamento ha reputato la configurazione di un indennizzo come "doverosa" in quanto svolge la funzione di strumento di compensazione rispetto all'acquisizione al patrimonio demaniale. Il concessionario subentrante, infatti, beneficia del bene riqualificato, nella maggior parte dei casi costantemente "svecchiato" da quello uscente, mentre l'amministrazione di un miglioramento che le permette di imporre un canone concessorio più elevato. Lo stesso orientamento ritiene altresì che l'indennizzo in questione debba essere a carico del subentrante in quanto permette di instaurare un sistema analogo a quello dei rapporti commerciali tradizionali: l'acquirente paga la "ceditura" a colui che dismette l'attività.

Tuttavia, un'altra parte degli Autori ritiene che, in tal modo, non si considera affatto che l'aspirante concessionario, così facendo, oltre a pagare la "buona uscita" all'uscente, versa anche un canone maggiorato all'amministrazione, del tutto irragionevole[35].

Per un altro orientamento, ancora, l'indennizzo, comunque imprescindibile, deve essere a carico dell'amministrazione, evitando una disparità tra concessionario uscente e aspirante tale durante lo svolgimento di una gara, dovendo quest'ultimo prevedere un considerevole esborso di denaro a solo titolo di indennizzo. Egli, infatti, viene chiamato a indennizzare l'uscente, pagare un canone maggiorato e formulare un piano d'investimenti per permettere il recupero in un tempo, fortemente ridotto rispetto al passato, del denaro investito. Al contrario, il concessionario uscente, in caso di vittoria, non deve auto-indennizzarsi.

Un'altra visione ritiene poi irragionevole la determinazione in assoluto di un indennizzo, non solo se posto sul subentrante ma anche sull'amministrazione. La ragione di ciò è rintracciata nella natura giuridica di un bene demaniale, qual è un bene naturale marittimo, rispetto al quale il concessionario ha un diritto di superficie solo temporaneo e senza riconoscimento di alcun diritto di uscita per via dell'interesse sotteso e collettivo che prevale. Questo orientamento, però, non considera l'aspetto anti-competitivo e anti-concorrenziale dell'assenza di un

[35] A. CUTOLO, *Concessioni demaniali: indennizzo o punteggio maggiorato al concessionario uscente? Le scelte del legislatore ad un anno dalle sentenze gemelle dell'adunanza plenaria,* in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2022, 6, p. 527.

ISSN 2036-7821

indennizzo che rende meno attraente l'esercizio delle attività in disamina e rischia di non favorire un ricambio imprenditoriale degli operatori di settore. Tanto, nel senso che i concessionari entranti, già sapendo che le loro concessioni hanno una durata temporale limitata, perdono interesse a investire in un contesto ove non ricevono a conclusione del rapporto concessorio alcun "riconoscimento".
In definitiva, rispetto agli attuali rapporti risulta ampiamente giustificabile e ammissibile la sussistenza di un onere indennitario. Le perplessità, tuttavia, permangono rispetto al fatto che lo stesso sia posto sul concessionario subentrante, oltre che considerando una ragione di ordine pratico. Prevedere tale incombenza significa, difatti, che anche nel bando di assegnazione della concessione debba essere indicato il valore riconosciuto a ciascuna impresa balneare, da cui dipende il *quantum* indennitario, affinché gli aspiranti possano scegliere se partecipare o meno alla gara.
Visto lo stato dell'arte, appare difficile che il tutto trovi attuazione entro la fine del 2024 e, in particolar modo, perché ci si "maschera" ancora "dietro l'assenza del presupposto della scarsità delle risorse naturali per evitare che, a monte, si predispongano bandi di gara.
In conclusione, è certo che il legislatore sia stato chiamato a risolvere, tra gli altri, un problema spinoso ovvero quello d'individuare il soggetto che deve versare l'indennizzo, discutibilmente identificato dalla l. n. 118/202, e successiva sua quantificazione. Occorre, però, che tale questione si risolva quanto prima, perché (anche) da essa dipende la puntualità della disciplina sulle gare concessorie, tale da evitare lo spiacevole inconveniente, magari, di una diffida ai comuni nel bandire gare da parte degli operatori economici interessati a entrare nel mercato delle attività balneari turistico-ricreative

8. *Considerazioni conclusive. Connotazioni del quadro regolamentare e criticità applicative*

Il tema dell'indennizzo dell'avviamento dell'attività di impresa ne introduce un altro di primaria importanza avente un rilievo economico-sociale consistente: il legittimo affidamento in capo al concessionario uscente, titolare di una concessione che, in forza della proroga di cui alla l. n. 145/2018, poi dichiarata illegittima, sarebbe dovuta durare sino al 2033. Questo soggetto, infatti, avrebbe potuto avviare una serie di investimenti, ad esempio nel 2019, ritenendo di avere avanti a sé un orizzonte temporale che ha visto poi drasticamente diminuire.
Ci si chiede, pertanto, se l'anticipata cessazione del rapporto concessorio potrebbe determinare una lesione del diritto dell'operatore balneare di programmare e gestire la propria attività imprenditoriale sulla base di posizioni contrattuali predeterminate, ovviamente da dimostrare in base alle mancate entrate subite e rispetto agli

ISSN 2036-7821

investimenti effettuati, non recuperabili entro l'imminente nuova scadenza del rapporto concessorio.
La risposta che ne consegue è affermativa, per cui occorrerebbe riflettere sull'affidamento in questione traducendolo, forse, in un riconoscimento economico a favore dell'uscente. Al contrario, si chiederebbe ai cittadini, imprenditori e non, di diffidare per il futuro da leggi o atti aventi forza di legge e, più in generale, dall'operato delle Istituzioni.
In effetti, nel tentativo di evitare l'intervento delle sanzioni economiche europee, si finirebbe con il compromettere il rapporto, non solo con un settore economico altamente radicato nel nostro paese, ossia quello dei concessionari balneari "storici", ma anche con una parte dell'elettorato attivo.
Del resto, al posto di un intervento regolatorio che stravolga l'impianto passato, più volte disatteso, pare profilarsi un'ulteriore proroga delle concessioni balneari, seppur fortemente contestata dalle associazioni nazionali più rappresentative degli imprenditori del settore che hanno sollecitato, piuttosto, l'Esecutivo a metter fine alla questione "gare", ormai presente dal 2022, rendendo impossibile qualsiasi tipo di pianificazione economica.
La situazione, peraltro, potrebbe aggravarsi ulteriormente se si considera che il titolare di una concessione scaduta si troverebbe privo di un titolo per occupare il bene demaniale, di fatto occupato, con il rischio di essere destinatario di un provvedimento di sgombero dell'area da parte dei funzionari della p.a. non intenzionati a rischiare di incorrere in un'azione di responsabilità della Corte dei Conti per danno all'Erario in ragione della mancata applicazione di una normativa extra-statale vincolante.
Per preservare la credibilità del sistema e, al contempo, le entrate dello Stato, *medio tempore* e nell'attesa della formulazione di una disciplina sostenibile sotto ogni profilo, si potrebbero prendere in esame, tra l'altro, le seguenti ipotesi per trovare una soluzione.
Per cominciare, occorrerebbe prendere in considerazione la direttiva 2006/123/CE, da tempo recepita, per cui le amministrazioni non dovrebbero far altro che applicarla.
In alternativa, da subito si potrebbero mettere a gara le aree decretate "libere" dal tavolo tecnico, seguendo i criteri stabili dalla l. n. 118/2022 sulla concorrenza, quale autorevole banco di prova rispetto alle aree occupate dai concessionari storici, più delicate sotto il profilo dei risvolti socio-economici.
Ancora, diversamente, come accaduto nel Comune di Jesolo, potrebbe applicarsi il codice della navigazione nella parte in cui dispone che chiunque intenda occupare, per qualsiasi uso, una zona del demanio marittimo, ha la facoltà di presentare una domanda all'ente concedente specificandone l'uso, le opere che intende realizzare e la durata della concessione. Ricevuto l'assenso dagli organi amministrativi coinvolti

ISSN 2036-7821

nel procedimento, la domanda viene pubblicata nell'Albo pretorio con l'invito a tutti i soggetti interessati a presentare, entro un dato termine, comunque non inferiore a venti giorni, osservazioni, anche oppositive, nonché le eventuali offerte concorrenti che, se del caso, sono sottoposte ad adeguata comparazione volta, comunque, a privilegiare l'offerente che presenti maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e proponga di avvalersi di un uso rispondente a un interesse pubblico maggiormente rilevante[36].

L'obiettivo, comunque, deve sempre essere quello di permettere alla logica concorrenziale, nella fase di accesso alle concessioni demaniali marittime, di affermarsi nei prossimi anni con certezza e periodicità.

[36] Per approfondimenti sugli sviluppi attuali, si vedano M. CLARICH, *Concessioni balneari: no rinnovo automatico per le spiagge italiane e spazio a gare imparziali e trasparenti,* in *Guida al Diritto*, 2023, 17, p. 95; ID., *Concessioni spiagge, soluzione lontana e resta il rischio della sanzione europea, ibidem*, 2023, 39, p. 12; C. FOTINA, *Balneari, un doppio binario per affidare le concessioni, ibidem*, 2023, 4, p. 15; T. UGOCCIONI, *Balneari, le alternative possibili alla proroga delle concessioni*, *ibidem*, 2024, 1, p. 35.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

la dimensione del contraddittorio procedimentale nella riformata disciplina delle informative antimafia

di Enrico Vetrone

(Avvocato)

Sommario

1. Premessa – 2. Informative antimafia e tassatività sostanziale - 3. Uno sguardo al passato – 4. La disciplina vigente – 5. Sui limiti del novellato contraddittorio procedimentale in materia di interdittive antimafia – 6. Sulla valenza costituzionale del giusto procedimento – 7. Giusto procedimento e interdittive antimafia – 8. Conclusioni.

Abstract

The article builds on the recent legislative decree 6 November 2021, n. 152, which, replacing the art. 92, paragraph 2-bis, of the Anti-Mafia Code, provides for a form of mandatory discussion between the private party and the Prefect within the procedure for adopting the anti-mafia information. Once the merits and defects of the reformed discipline have been examined, an attempt will be made to evaluate its compliance with the canons of "due process".

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Il sistema della documentazione antimafia, la cui disciplina è oggi interamente collocata nel D.lgs. 159/2011 (da qui in avanti "Codice antimafia"), nasce con l'obiettivo di contrastare il fenomeno dell'inquinamento economico mafioso[1]. Alla sua base vi è l'esigenza di mediare tra due contrapposti interessi; da un lato, quello alla tutela della libertà di iniziativa economica privata, che rientra tra i valori costituzionalmente protetti (art. 41, comma 1, Cost.), dall'altro quello alla sicurezza pubblica, che si declina nel contrasto alla criminalità organizzata, e alla tutela della libera concorrenza.

Notoriamente il sistema si compone di due strumenti: la comunicazione antimafia e l'interdittiva antimafia.

La comunicazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o divieto di cui all'art. 67 del Codice antimafia (art. 84 Codice antimafia).

Essa riguarda i rapporti tra privati. Se adottata, preclude lo svolgimento delle attività private, sottoposte a regime autorizzatorio, che possono essere intraprese su

[1] Senza alcuna pretesa di esaustività, si segnalano sul tema: D. ALBANESE, *Le modifiche del d.l. 152/2021 al "codice antimafia": maggiori garanzie nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia e nuove misure di "prevenzione collaborativa"*, in *Sistema penale*, 2022; G. AMARELLI, *Interdittive antimafia e 'valori fondanti della democrazia': il pericoloso equivoco da evitare*, in *Giustizia insieme*, 17 luglio 2020; P. AMOVILLI, *Brevi note in tema di riforma delle interdittive antimafia contenuta nel d.l. 6 novembre 2021, n. 152, convertito dalla l. 29 dicembre 2021, n. 233 per l'attuazione del PNRR*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2022.; T. BENE, *Tentativi di aggressione alle risorse pubbliche, Il rafforzamento del sistema di prevenzione antimafia*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 1/2022, pp. 163 e ss.; L. BORDIN, *Contraddittorio procedimentale e interdittive antimafia: la questione rimessa alla Corte di Giustizia. E se il problema fosse altrove?*, in www.federalismi.it, n. 22/2020, pp. 34 e ss. ; L. BORDIN, *Le interdittive antimafia tra potere prefettizio e sindacato del giudice amministrativo*, in www.federalismi.it, n. 14/2023, pp. 21 e ss.; M. COCCONI, *Il perimetro del diritto al contraddittorio nelle informazioni interdittive antimafia*, in www.federalismi.it, n. 15/2022, pp. 45 e ss.; G. D'ANGELO- G. VARRASO, *Il decreto legge n. 152/2021 e le modifiche in tema di documentazione antimafia e prevenzione collaborativa*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2022, pp. 12 e ss.; R. DI MARIA- A. AMORE, *Effetti inibitori dell'interdittiva antimafia e il bilanciamento fra principi costituzionali: alcune questioni di legittimità dedotte in una recente ordinanza di rimessione alla Consulta*, in www.federalismi.it, n. 12/2021, pp. 91 e ss.; N. DURANTE, *Il contraddittorio nel procedimento di rilascio d'informazione antimafia*, in *www.giustiziaamministrativa.it*, 2022; F. FIGORILLI- W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela della giurisdizione*, in www.federalismi.it, n. 14/2021, pp. 56 e ss.; S. IPPEDICO, *Le interdittive antimafia tra collaborazione e contraddittorio: nuove contraddizioni?*, in *Cassazione Penale*, 12/2023, pp. 4337 e ss.; A. LONGO, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittiva antimafia e sofferenze costituzionali*, in www.federalismi.it, n. 19/2019, pp. 2 e ss.; A. LONGO, *La Corte costituzionale e le informative antimafia. Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2020*, in *Nomos*, 2/2020, pp. 1 e ss.; M. NOCCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia*, www.giustiziaamministrativa.it, 2018; M. NOCCELLI, *Le informazioni antimafia tra tassativita` sostanziale e tassativita` processuale*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2020; R. ROLLI – M. MAGGIOLINI, *Brevi note sul riformato contraddittorio procedimentale in tema di interdittive antimafia (nota a Ordinanza TAR Lecce, sez. III; n. 116/2022*, in *Giustizia insieme*, 19 maggio 2022; M.A. SANDULLI, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova informativa antimafia*, in *Giustizia insieme*, 25 maggio 2023; V. SALAMONE, *L'efficacia temporale delle interdittive antimafia e le procedure di revisione. Si tratta veramente di un "ergastolo imprenditoriale"?* in www.giustiziaamministrativa.it, 2023; M. VULCANO, *Le modifiche del decreto legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, in *giurisprudenza penale web*, 2021;

ISSN 2036-7821

segnalazione certificata di inizio attività da parte del privato alla pubblica amministrazione, nonché quelle sottoposte alla disciplina del silenzio assenso (art. 89, comma 2, lett. a) e b) D.Lgs. n. 159/2011).

La comunicazione antimafia fotografa il cristallizzarsi di una situazione di permeabilità mafiosa accertata in un provvedimento giurisdizionale definitivo con cui il Tribunale ha applicato una misura di prevenzione personale. Essa presenta contenuto vincolato di carattere ricognitivo[2]. Trattasi di una attestazione in senso proprio[3]

Affatto diversa è la natura delle informative antimafia[4].

L'interdittiva antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, sospensione o di divieto di cui all'art. 67 del Codice antimafia, nonché, fatto salvo quanto previsto dall'art. 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 (art. 84 del D.Lgs. n. 159/2011).

L'informativa ha ad oggetto i rapporti tra privati e pubbliche amministrazioni e al suo rilascio segue l'impossibilità per l'impresa destinataria di mantenere o instaurare qualsivoglia rapporto contrattuale con le pubbliche amministrazioni (art. 94, comma 1, D.Lgs. n. 159/2011).

L'informativa antimafia rientra tra le cause di esclusione automatica dell'operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto. L'art. 94, comma secondo, del D.Lgs. n. 36/2023, stabilisce tuttavia che l'esclusione non opera laddove, entro la data dell'aggiudicazione, l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ai sensi dell'art. 34-bis del Codice antimafia[5].

---

[2] V. SALAMONE, *L'efficacia temporale delle interdittive antimafia e le procedure di revisione. Si tratta veramente di un "ergastolo imprenditoriale"?* op. cit., p. 4

[3] F. FIGORILLI- W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela della giurisdizione*, op. cit. p. 59.

[4] In base all'art. 91, co. 1, del Codice antimafia l'informazione antimafia (liberatoria o interdittiva) deve essere acquisita dalle pp. AA. e dai soggetti a esse equiparati "*prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67, 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*".

[5] La disciplina oggi recata dall'art. 94, comma 2, del D.Lgs. 36/2023 innova radicalmente quanto previsto dal previgente codice degli appalti. L'art. 80 del D.Lgs. 50/2016 imponeva l'esclusione immediata dell'operatore economico colpito dall'interdittiva, rimanendo irrilevante l'eventuale ammissione al controllo giudiziario, che avrebbe semplicemente consentito all'operatore di partecipare alle gare successive. In virtù della disciplina vigente, l'operatore colpito da interdittiva antimafia nelle more della procedura di gara può continuare a partecipare laddove l'ammissione alla misura di cui al 34-bis del codice antimafia intervenga prima dell'aggiudicazione.

ISSN 2036-7821

L'art. 92, comma 4, del Codice antimafia impone alla stazione appaltante di recedere dal contratto d'appalto laddove il tentativo di infiltrazione mafiosa dell'impresa aggiudicataria venga accertato dopo la stipula del negozio.

Le coordinate legislative evidenziano la natura duplice dell'interdittiva, essa assumendo carattere vincolato o discrezionale a seconda che la relativa adozione segua rispettivamente l'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, sospensione o di divieto di cui all'art. 67 del codice antimafia (in analogia con la comunicazione antimafia) o l'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate[6].

In tale ultima ipotesi, l'interdittiva viene adottata all'esito di una valutazione discrezionale (di tipo tecnico[7]) attestante la permeabilità mafiosa del soggetto sottoposto al controllo.

Quanto alla natura giuridica dell'istituto sono state prospettate due opposte ricostruzioni. Un primo indirizzo, accolto dalla giurisprudenza amministrativa[8], desume dalla collocazione sistematica della disciplina della documentazione antimafia, inserita nel libro II del Codice antimafia, l'intenzione del legislatore di sottolineare la natura preventivo/cautelare dell'interdittiva, che rimarrebbe del tutto aliena all'ambito penalistico o parapenalistico[9]. La Corte costituzionale ha avallato detta ricostruzione, confermando il carattere anticipatorio e la funzione di "frontiera avanzata" dell'informativa[10].

All'opposto, un secondo indirizzo[11], partendo dal dato della particolare afflittività e severità delle conseguenze connesse al provvedimento, spesso causa della "morte" delle imprese che ne sono attinte, ritiene che l'informativa soddisfi i requisiti

---

Tale disposizione evidenzia la particolare attenzione che il nuovo codice riserva alle misure di self-cleaning. Per ulteriori approfondimenti cfr. R. ROLLI, F. DE CICCO, *Mafia e contratti pubblici, cosa cambia con il nuovo codice*, in www.ratioiuris.it

[6] M. NOCCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia,* op. cit., p. 5.

[7] La qualificazione in chiave tecnica della discrezionalità esercitata dall'autorità prefettizia nel procedimento di adozione dell'interdittiva antimafia, benchè confermata dalla Consulta nella sentenza n. 57/2020, non è unanime. Non condivide l'assunto A. LONGO, *La Corte costituzionale e le informative antimafia. Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2020,* op. cit., p. 8, che ritiene che l'atto del Prefetto sia frutto di un giudizio su elementi di fatto acquisiti a valle di una attività solo nominalmente istruttoria.

[8] Ex multis: Cons. St., sez. III, 24 aprile 2015, n. 2054, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 5, 681 e ss., con nota di F. V. VIRZI, *Lo scioglimento dei consigli comunali per infiltrazione mafiosa*, e più di recente Cons. St., sez. III, 24 febbraio 2016, n. 748, in *Giur. it.*, 2016, 6, 1722 e ss., con nota di F. G. SCOCA, *Scioglimento di organi elettivi per condizionamento della criminalità organizzata;* Cons. St., Ad. Plen., sentenza n. 3/2018.

[9] M. NOCCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia,* op. cit., p 1.

[10] Cfr. Corte cost., 26 marzo 2020, n. 57, in *Guida al dir.*, 2020, 29, p. 96 e ss., con nota di A. CISTERNA, *Una misura giustificata dalle dimensioni del fenomeno.*

[11] A. LONGO, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittiva antimafia e sofferenze costituzionali,* op.cit., p. 22 e ss

ISSN 2036-7821

delineati dalla Corte Edu nella sentenza *Engel e altri c. Paesi Bassi*[12] per essere collocato nella *matière pénale*[13].
La disciplina delle interdittive contenuta nel Codice antimafia è stata recentemente innovata dal legislatore, che, mediante il d.l. 6 novembre 2021, n. 152, convertito in l. 233/2012, in particolare attraverso gli artt. dal 47 al 49, ha modificato l'art. 92 e introdotto l'art. 94-*bis*, così mutando alcuni tratti della scansione procedimentale che conduce all'adozione del provvedimento interdittivo e così parzialmente rimodulando la dimensione del potere e della discrezionalità riconosciuta all'autorità prefettizia.

2. Informative antimafia e tassitività sostanziale.
La permeabilità mafiosa dell'impresa, cui consegue l'adozione dell'interdittiva, può esser desunta da molteplici situazioni indiziarie. Gli artt. 84, comma 4, e 91, comma 6, del D.Lgs. n. 159/2011 si preoccupano di elencare[14] i predetti indicatori, dando rilievo ad una serie di elementi eterogenei.
Ad un nucleo di situazioni espressamente tipizzate, in specie quelle indicate nelle lett. a),b),c), f) del citato art. 84, comma 6, del codice antimafia, il legislatore ha affiancato situazioni "atipiche", facendo ricorso alla tecnica della clausola generale. In particolare, le lett. d) ed e) dell'art. 84 prevedono che il tentativo di infiltrazione possa desumersi anche dagli accertamenti all'uopo disposti dal prefetto procedente, mentre l'art. 91, comma 6, prevede che l'infiltrazione possa essere dedotta 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.

[12] Corte EDU, 8 giugno 1976, Engel e a. c. Paesi Bassi.
[13] Pur senza condividere la qualificazione delle interdittive offerta dall'esposto indirizzo G. AMARELLI, *Interdittive antimafia e 'valori fondanti della democrazia': il pericoloso equivoco da evitare,* ritiene che l'adozione dell'informativa, in quanto comportante la limitazione di un diritto fondamentale, in specie il diritto di proprietà, "deve sempre essere prevedibile e agganciata ad elementi predeterminati, concreti e consistenti, pena una violazione dell'art. 1 Prot. Add. CEDU, e non possa mai essere legata a compendi indiziario-probatori così poveri e ad un procedimento che non prevede un contraddittorio obbligatorio, pena una violazione anche dell'art. 6 CEDU, nonché dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali della UE equiparato dall'art. 6 § 1 TUE al diritto primario dell'UE, che prevede il diritto del cittadino europeo a una buona amministrazione, e, dunque, anche il diritto di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento pregiudizievole".
[14] Cons. St., sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743 ha escluso il carattere tassativo di detta elencazione, chiarendo come tali situazioni sintomatiche assumano «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».

ISSN 2036-7821

Conseguentemente, l'adozione di una misura interdittiva può seguire tanto al riscontro di uno o più elementi tipizzati, quanto all'individuazione di elementi che, pur non indicati dal testo normativo, e, quindi, non conoscibili *ex ante*, evidenzino l'esistenza di un tentativo di infiltrazione mafiosa.

La tecnica legislativa adoperata per l'accertamento della permeabilità mafiosa dell'operatore economico non ha incontrato il favore di una parte della dottrina[15], che ha riscontrato il *deficit* di tassatività sostanziale della disciplina sulle interdittive recata dal Codice antimafia. Critiche acuitesi all'indomani della sentenza *De Tommaso c. Italia*[16], taluni autori avendo riscontrato analogo *deficit* in punto di determinatezza dei presupposti tra misure di prevenzione personale, oggetto della sentenza citata, e informative prefettizie[17].

La giurisprudenza amministrativa, dal canto suo, non ha mai condiviso l'indirizzo dottrinale testè esposto.

Il supremo consesso, con la sentenza n. 6105/2019, ha affrontato *ex professo* il tema, escludendo che la disciplina dei presupposti per l'adozione delle informative prefettizie sconti un deficit di tassatività e ritenendo non prospettabile alcuna violazione dell'art. 1, Protocollo 1 addizionale, CEDU, con riferimento al diritto di proprietà, e, per il tramite di tale parametro interposto, nessuna violazione dell'art. 117 Cost.

Il massimo consesso amministrativo ha ritenuto coerente la scelta del legislatore di ricorrere a clausole generali in *subiecta materia*, rimarcando come l'attestazione della permeabilità mafiosa dell'impresa, anche laddove non fondata sulla valorizzazione di elementi tipizzati, debba essere tratta in ogni caso da indicatori gravi, precisi e

---

[15] G. AMARELLI, *Interdittive antimafia e "valori fondanti della democrazia": il pericoloso equivoco da evitare,* op. cit.; A. LONGO, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittiva antimafia e sofferenze costituzionali*, cit., p. 28.

[16] Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, in *Giur. it.*, 2017, 3, 580-581. Alla pronuncia della Grande Camera sono seguite le sentenze n. 24/2019 e n. 27/2019 della Corte costituzionale. Con la sentenza n. 24 del 27 febbraio 2019 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, lettera c), del d. lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui stabilisce che i provvedimenti previsti dal capo II si applichino anche ai soggetti indicati nell'art. 1, lettera a), e ha altresì dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 16 dello stesso d. lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui stabilisce che le misure di prevenzione del sequestro e della confisca, disciplinate dagli articoli 20 e 24, si applichino anche ai soggetti indicati nell'art. 1, comma 1, lettera a). Con la sentenza n. 25 del 27 febbraio 2019 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 2, del d. lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui prevede come delitto la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti alla misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi» e ha dichiarato in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della n. 87 del 1953, l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 1, dello stesso d. lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui prevede come reato contravvenzionale la violazione degli obblighi inerenti alla misura della sorveglianza speciale senza obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni appena ricordate di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi».

[17] Ci si riferisce in particolare a M. NOCCELLI, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in www.giustiziaamministrativa.it, p. 18.

ISSN 2036-7821

concordanti, capaci di evidenziare inequivocabilmente la sussistenza di situazioni di permeabilità mafiosa

D'altronde, afferma il Collegio, subordinare l'attestazione della sussistenza del pericolo di infiltrazione all'accertamento di elementi solo "tipici" restringerebbe eccessivamente lo strumentario preventivo a disposizione delle autorità per l'opera di contrasto alla criminalità organizzata. La "*funzione di "frontiera avanzata" svolta dall'informazione antimafia nel continuo confronto tra Stato e anti-Stato impone, a servizio delle Prefetture, un uso di strumenti, accertamenti, collegamenti, risultanze, necessariamente anche atipici come atipica, del resto, è la capacità, da parte delle mafie, di perseguire i propri fini*".

Nella sentenza in commento i giudici di Palazzo Spada ricordano lo sforzo "tassativizzante" della giurisprudenza amministrava, che, a partire dalla sentenza 1743/2016, ha enucleato una serie di situazioni indiziarie tipiche onde consentire all'ordinamento di poter contrastare efficacemente l'infiltrazione mafiosa all'interno dell'impresa[18] e porre al contempo il potenziale destinatario delle misure limitative in condizione di poterne ragionevolmente preveder l'applicazione[19].

Il giudice delle leggi, nella sentenza 57/2020[20], ha mostrato di condividere gli approdi della giurisprudenza amministrativa, ribadendo l'insussistenza di una reale tensione tra il principio di tassatività sostanziale e la disciplina delle informative antimafia. Detta posizione è stata sostenuta facendo leva su tre argomentazioni: la necessità che l'adozione della misura si fondi su di un quadro indiziario completo ed esaustivo, composto da elementi precisi, gravi e concordanti che militino nel senso dell'esistenza, secondo il canone del "più probabile che non", di un tentativo di infiltrazione mafiosa; la possibilità del sindacato giurisdizionale pieno sui presupposti dell'interdittiva; l'intervenuta "tassativizzazione pretoria" degli indicatori sintomatici del tentativo di infiltrazione mafiosa.

Gli approdi della giurisprudenza amministrativa e costituzionale non hanno sopito il dibattito[21] e sulla questione della sufficiente tassatività della disciplina delle

[18] Cons. St. Sez. III, n. 1743/2016 ha chiarito 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".

[19] M. NOCCELLI, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale,* op. cit., p. 22.

[20] Corte cost., 26 marzo 2020, n. 57, in *Guida al dir.*, 2020, 29, p. 96 e ss., con nota di A. CISTERNA, *Una misura giustificata dalle dimensioni del fenomeno.*

[21] Esprime un giudizio negativo sulla decisione della Corte Costituzionale A. LONGO, *La Corte costituzionale e le informative antimafia. Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2020,* in www.nomos-leattualitaneldiritto.it, che afferma "non può, dunque, stupire il profondo disaccordo con la decisione di rigetto che qui si commenta;

ISSN 2036-7821

interdittive le posizioni della giurisprudenza e di buona parte della dottrina rimangono diametralmente opposte.

3. Uno sguardo al passato.

Prima del citato d.l. 6 novembre 2021, n. 152 (di qui in avanti "decreto *discovery*"), la disciplina positiva non recava alcun obbligo di confronto con la parte privata nel corso del procedimento di rilascio dell'informazione. L'art. 93, comma 7, del Codice antimafia si limitava a rimettere al Prefetto, ma solo laddove ciò fosse da questi ritenuto utile, la scelta di disporre l'invito dei soggetti interessati ad un'audizione personale per consentire la produzione di ogni elemento ritenuto rilevante. Conseguentemente, e in netta discontinuità con il disposto della legge generale sul procedimento, l'instaurazione di un contraddittorio procedimentale in questi casi risultava solo eventuale, essendo rimessa ad un giudizio, difficilmente sindacabile[22], dell'autorità prefettizia.

La scelta del legislatore non aveva incontrato il favore di buona parte della dottrina[23], che in più occasioni aveva rimarcato l'esigenza di porre mano alla normativa, prospettandone una modifica in senso più garantista per il privato, onde evitare indebite limitazioni di libertà costituzionalmente protette[24]. Detti autori mostravano di non condividere la posizione di quanti sostenevano che l'esigenza di garantire un celere contrasto alle mafie fosse sufficiente ragione giustificativa dell'attenuazione delle garanzie partecipative degli operatori economici[25].

---

inoltre, al di là degli esiti, ci si sarebbe potuto aspettare (quantomeno auspicare) che la Corte avesse affrontato con argomenti ben più solidi (quantomeno più approfonditi) un problema tanto spinoso, invece di appiattirsi, è il caso di dirlo, pedissequamente, sugli arresti della giurisprudenza amministrativa".

L'autore non condivide la qualificazione giuridica che la Corte assegna alle interdittive, ritenendo che ad esse debba riconoscersi natura afflittivo/sanzionatoria, il che ne imporrebbe, peraltro, l'assoggettamento alle guarentigie previste dalla Carta EDU per la materia penale. L'autore critica, inoltre, il giudizio positivo che la Corte esprime in ordine alla conformità al principio di legalità dell'istituto e lo fa, da un lato, negando che il sindacato esercitato dal giudice amministrativo sulle interdittive presenti reale carattere "intrinseco", dall'altro, smentendo l'effettiva capacità della c.d. tipizzazione pretoria di contenere la discrezionalità della P.A.

[22] A. M. SANDULLI, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova informativa antimafia*, op.cit

[23] In termini critici A. LONGO, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittiva antimafia e sofferenze costituzionali*, pp. 26 e ss, il quale ritiene che la disciplina delle interdittive rappresenti un "cono d'ombra nel sistema delle garanzie costituzionali". Sulla stessa scia si pone G. AMARELLI, *Interdittive antimafia e 'valori fondanti della democrazia': il pericoloso equivoco da evitare,* per il quale "l'adozione di misure così drastiche e restrittive sulla base di presupposti legislativi assolutamente indeterminati (le indagini del prefetto, *sic*!), ed in assenza (potenziale) di un contraddittorio endo-procedimentale e (certa) di un controllo giurisdizionale sui presupposti fattuali, sembra far affiorare logiche di matrice autoritaria, piuttosto che di ispirazione democratica, foriere anche di effetti estremi ed imprevedibili". Si rinvia anche a F. FIGORILLI- W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela della giurisdizione*, op. cit, p. 84.

[24] Per una ricostruzione del dibattito si veda A. M. SANDULLI, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova informativa antimafia*, op.cit.; G. D'ANGELO - G. VARRASO, *Il decreto-legge n. 152/2021 e le modifiche in tema di documentazione antimafia e prevenzione collaborativa*, p. 3 e ss.

[25] A. M. SANDULLI, op. cit.

ISSN 2036-7821

Si rimarcava come il confronto procedimentale: avrebbe potuto garantire un esercizio più consapevole del potere interdittivo, tanto più necessario alla luce delle gravose conseguenze connesse all'adozione dell'interdittiva; avrebbe consentito all'impresa di esercitare già in sede procedimentale il proprio diritto di difesa, favorendo l'adozione di misure di *self cleaning*[26]; avrebbe positivamente influito sulla successiva parentesi giurisdizionale, consentendo al giudice di sindacare più efficacemente il provvedimento interdittivo.

Un dibattito si era innestato sulla stessa compatibilità del procedimento di adozione delle interdittive antimafia con il diritto europeo. In particolare, il T.A.R. per la Puglia, sede di Bari, dubitando della conciliabilità con il quadro normativo europeo della mancanza di un confronto procedimentale in seno al procedimento di adozione del provvedimento interdittivo, aveva adito il giudice di Lussemburgo ex art. 267 TFUE, affinché si pronunciasse sulla compatibilità della normativa interna con il principio del contradditorio previsto dall'art. 41 della CDFUE[27].

Benchè la questione, dichiarata manifestamente irricevibile per difetto di rilevanza transfrontaliera, non sia stata poi affrontata nel merito dalla Corte di Giustizia[28], il giudice di Lussemburgo ha colto l'occasione per rammentare che il rispetto del diritto di difesa costituisce un principio generale del diritto dell'Unione che deve trovare applicazione laddove l'amministrazione intenda adottare provvedimenti lesivi della sfera giuridica dei destinatari.

Dal canto suo, la giurisprudenza amministrativa sosteneva che l'esigenza di arginare tempestivamente la criminalità organizzata giustificasse il regime derogatorio in punto di partecipazione procedimentale operante in materia di interdittive[29]. Più volte il supremo consesso amministrativo aveva ribadito come la *discovery* necessaria all'attivazione del contraddittorio procedimentale avrebbe potuto inficiare il carattere

---

[26] *Ibidem*

[27] Cons. St., Sez. III, n. 820/2020 ha preso posizione sulla questione rilevando come "l'assenza di una necessaria interlocuzione procedimentale in questa materia non costituisca un vulnus al principio di buona amministrazione, perché, come la stessa Corte UE ha affermato, il diritto al contraddittorio procedimentale e al rispetto dei diritti della difesa non è una prerogativa assoluta, ma può soggiacere a restrizioni, a condizione che "queste rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti" (sentenza della Corte di Giustizia UE, 9 novembre 2017, in C-298/16, 35 e giurisprudenza ivi citata) e, in riferimento alla normativa italiana in materia antimafia, la stessa Corte UE, seppure ad altri fini (la compatibilità della disciplina italiana del subappalto con il diritto eurounitario), ha di recente ribadito che "il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici" (Corte di Giustizia UE, 26 settembre 2019, in C-63/18, 37)".

[28] Sulla questione L. BORDIN, *Contraddittorio procedimentale e interdittive antimafia: la questione rimessa alla Corte di Giustizia. E se il problema fosse altrove?*, op. cit.

[29] Cfr. M. NOCCELLI, *I più recenti orientamenti*, op. cit., p. 3.

ISSN 2036-7821

preventivo del provvedimento interdittivo, così ledendo l'obiettivo di impedire il tentativo di infiltrazione mafiosa[30].

Invero, senza che da ciò fosse discesa alcuna rimeditazione in ordine al giudizio espresso circa la legittimità dell'impianto normativo in materia di interdittive, il supremo giudice amministrativo aveva cominciato a segnalare l'opportunità d'un intervento normativo che ampliasse le garanzie partecipative del privato. Nella sentenza 10 agosto 2020, n. 4979, i giudici di palazzo Spada rilevavano che "la partecipazione procedimentale, prima ancora che doverosa in base al principio del giusto procedimento, sarebbe utile per l'autorità prefettizia, nei termini di una più efficiente azione amministrativa rispondente al principio del buon andamento della p.a. (art. 97 Cost.), perché le consentirebbe di acquisire, un quadro istruttorio più ampio e complesso, notizie ed elementi utili ad evitare l'emissione di un provvedimento tanto incisivo sulla libertà di impresa"[31]. Anche la Corte costituzionale nella sentenza n. 57/2020 evidenziava l'opportunità di un ripensamento della disciplina[32], rivolgendo un "garbato monito"[33] in tal senso al legislatore.

4. La disciplina vigente.

Con il d.l. n. 152/2021, convertito nella l. n. 233 del 29 dicembre 2021, il legislatore ha messo mano all'impianto normativo in materia di informazione antimafia.

Per quel che più interessa ai fini del presente scritto, l'art. 48 del decreto ha modificato l'art. 92 del codice antimafia, sostituendone il comma 2-bis, che, nella sua versione oggi vigente, prevede un momento di interlocuzione obbligatoria tra Autorità e parte privata[34]. La garanzia partecipativa introdotta dal decreto *discovery* si

[30] Cons. St. sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979, con nota di R. ROLLI – M. MAGGIOLINI, *Informativa antimafia e contraddittorio procedimentale*, in *Giustizia insieme*, 19 novembre 2020.

[31] Nella medesima direzione Cons. St., Sez. III, 9 Aprile 2021, n. 2899.

[32] Si legge al punto 7.2. del considerato in diritto "L'altro rilievo attiene alla impossibilità di esercitare in sede amministrativa i poteri previsti nel caso di adozione delle misure di prevenzione dall'art. 67, comma 5, del d.lgs. n. 159 del 2011, e cioè l'esclusione da parte del giudice delle decadenze e dei divieti previsti, nel caso in cui per effetto degli stessi verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia.

La differenza, che in parte trova una compensazione nella temporaneità dell'informazione antimafia (ciò che valorizza ulteriormente l'importanza del riesame periodico cui sono chiamate le autorità prefettizie), *merita indubbiamente una rimeditazione da parte del legislatore*, ma non può essere oggetto di una pronuncia specifica poiché non è dedotta in modo autonomo (non vi è infatti alcun riferimento al caso concreto), e come argomento integrativo e secondario dell'illegittimità dell'informazione interdittiva non ha una incidenza determinante."

[33] M. NOCCELLI, *Le informazioni antimafia tra tassativita`sostanziale e tassativita`processuale*, *op. cit*, p. 5.

[34] Nella versione oggi vigente il comma 2-bis dell'art. 92 del codice antimafia prevede che "Il prefetto, nel caso in cui, sulla base degli esiti delle verifiche disposte ai sensi del comma 2, ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione antimafia interdittiva ovvero per procedere all'applicazione delle misure di cui all'articolo 94-bis, 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

ISSN 2036-7821

aggiunge a quella già prevista dall'art. 93, comma 7, del Codice antimafia, la cui matrice solo eventuale, nonostante le modifiche al testo apportate dall'art. 48 del citato decreto, rimane immutata[35].

In specie, l'art. 92, comma 2-bis, impone al Prefetto, ma solo laddove ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione antimafia o per l'applicazione delle misure di cui all'art. 94-bis[36] (a sua volta subordinata all'accertamento dell'esistenza di situazioni di agevolazione occasionale), di darne tempestiva comunicazione al soggetto interessato, contestando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa. Con tale comunicazione è assegnato un termine, che non può superare i 20 giorni, durante il quale il soggetto interessato può presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché richiedere l'audizione personale, da effettuarsi secondo le modalità previste dall'art. 93, commi 7, 8 e 9.

La comunicazione prevista dal summenzionato art. 92, comma 2-bis, può essere legittimamente omessa in presenza di "particolari esigenze di celerità del procedimento" e, in ogni caso, non possono formarne oggetto "elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose".

Come rilevato in dottrina[37], il Prefetto, prima di adempiere all'obbligo comunicativo, deve valutare se ricorra un'ipotesi di motivata urgenza e se gli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria siano svelabili o meno. Laddove sussistano le "particolari esigenze di celerità del procedimento" o gli elementi raccolti siano tutti non svelabili, il Prefetto non dovrà effettuare alcuna comunicazione, nel primo caso perché preclusa dal disposto normativo, nel secondo perché del tutto inutile.

---

previste dall'articolo 93, commi 7, 8 e 9. In ogni caso, non possono formare oggetto della comunicazione di cui al presente comma elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose. La predetta comunicazione sospende, con decorrenza dalla relativa data di invio, il termine di cui all'articolo 92, comma 2. La procedura del contraddittorio si conclude entro sessanta giorni dalla data di ricezione della predetta comunicazione."

[35] A. M. SANDULLI, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova informativa antimafia*, op. cit.

[36] Trattasi delle misure di "prevenzione collaborativa" che il Prefetto, in luogo dell'informativa antimafia, può disporre a carico dell'impresa ove rilevi che i tentativi di infiltrazione mafiosa siano riconducibili a situazioni di agevolazione solo occasionale.

Per approfondimenti sul tema e sui rapporti tra dette misure e la disciplina dell'art. 34-bis del codice antimafia vedasi: P. AMOVILLI, *Brevi note in tema di riforma delle interdittive antimafia contenuta nel d.l. 6 novembre 2021, n. 152, convertito dalla l. 29 dicembre 2021, n. 233 per l'attuazione del PNRR*, op. cit; G. D'ANGELO- G. VARRASO, *Il decreto legge n. 152/2021 e le modifiche in tema di documentazione antimafia e prevenzione collaborativa,* op. cit.; M. VULCANO, *Le modifiche del decreto legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, op. cit.

[37] N. DURANTE, *Il contraddittorio nel procedimento di rilascio d'informazione antimafia, op cit.*, p. 2.

ISSN 2036-7821

L' interlocuzione tra parte privata e Autorità che il legislatore ha voluto inserire nel procedimento di adozione dell'informazione antimafia non ha una dimensione solo difensiva. Per potere comprendere appieno il significato della novella occorre attenzionare il comma 2-*quater* dell'art. 92, anch'esso introdotto dal decreto *discovery*. Secondo il disposto del summenzionato comma "nel periodo tra la ricezione della comunicazione di cui al comma 2-*bis* e la conclusione della procedura in contraddittorio, il cambiamento di sede, di denominazione, della ragione o dell'oggetto sociale, della composizione degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza, la sostituzione degli organi sociali, della rappresentanza legale della società nonché della titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, il compimento di fusioni o altre trasformazioni o comunque qualsiasi variazione dell'assetto sociale, organizzativo, gestionale e patrimoniale delle società e imprese interessate dai tentativi di infiltrazione mafiosa, possono essere oggetto di valutazione ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva antimafia".
Dalla lettura in combinato disposto dei commi 2-*bis* e 2-*quater* dell'art. 92 del codice antimafia emerge come la parentesi di contraddittorio risulti funzionale a garantire una partecipazione che, a seconda delle circostanze, può assumere una dimensione tanto difensiva, quanto *proattiva*, consistente "nell'approntare, eventualmente d'intesa con l'organo procedente, idonee misure di *self cleaning*, nel periodo intercorrente tra la conoscenza degli elementi ostativi e la conclusione del procedimento"[38].
Parte della dottrina ha accolto favorevolmente le modifiche legislative. In specie, si è affermato che la novella avrebbe determinato l'inversione della logica sottesa al procedimento di adozione dell'interdittiva, la precedente impostazione para-sanzionatoria essendo stata superata mediante la valorizzazione della dimensione collaborativa[39].
Tale dottrina ritiene, altresì, che la novella abbia notevolmente circoscritto l'ambito applicativo dell'informativa antimafia, che avrebbe assunto carattere del tutto residuale, potendo essere legittimamente adottata solo laddove la bonifica dell'impresa sottoposta al controllo risulti del tutto impraticabile[40].
L'intervento del legislatore parrebbe, dunque, avere del tutto superato quell'indirizzo teso a riconoscere la prevalenza dell'interesse al contrasto della

[38] *Ibidem*, p. 4.
[39] M. VULCANO, *Le modifiche del decreto-legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, op. cit., p. 8.
[40] P. AMOVILLI, *Brevi note in tema di riforma delle interdittive antimafia contenuta nel d.l. 6 novembre 2021, n. 152, convertito dalla l. 29 dicembre 2021, n. 233 per l'attuazione del PNRR*, op. cit, p. 6, il quale evidenzia come la novella abbia realizzato gli auspici del supremo consesso amministrativo, che, nella sentenza 10 agosto 2020 n. 2749, aveva espresso l'esigenza di un rafforzamento del contraddittorio procedimentale "specie in tutte quelle ipotesi ove la permeabilità mafiosa appaia dubbia rispetto alle quali l'apporto procedimentale potrebbe fornire utili elementi, contraddittorio d'altronde utile al fine dell'adozione di misure di "*self cleaning*".

ISSN 2036-7821

criminalità organizzata rispetto alle esigenze partecipative e riconosciuto le potenzialità del contraddittorio procedimentale anche in *subiecta* materia.

4. Sui limiti del novellato contraddittorio procedimentale in materia di interdittive antimafia.

Il decreto *discovery* ha indubbiamente modificato in senso più garantista per il privato il procedimento di adozione dell'interdittiva antimafia. L'attribuzione al Prefetto del potere di adottare, in luogo dell'interdittiva, le misure di prevenzione collaborativa di cui all'art. 94-bis in presenza di "agevolazioni solo occasionali" e l'introduzione di una parentesi obbligatoria di contradditorio nella fase prodromica all'adozione dell'informazione evidenziano chiaramente l'intenzione del legislatore di addivenire ad un migliore bilanciamento tra l'interesse al contrasto alla criminalità organizzata e quello alla libertà di iniziativa economica privata.

Benché gli sforzi del legislatore meritino sicuramente un plauso[41], v'è da dire che la novella non soddisfa completamente e lascia insoluti molti dei problemi che la più accorta dottrina aveva già segnalato con riguardo alla precedente disciplina.

Il contraddittorio previsto dal comma 2-bis dell'art. 92 presenta, infatti, numerosi limiti : se l'obiettivo perseguito del legislatore era quello di rafforzare la dimensione collaborativa del procedimento di adozione dell'interdittiva, esso non può dirsi raggiunto.

Non stupisce, dunque, che buona parte della dottrina abbia espresso un giudizio negativo sulle modifiche normative introdotte dal decreto *discovery*[42]. Giudizio negativo che viene argomentato sulla base di molteplici considerazioni, delle quali, pur brevemente, occorre dar conto.

In primo luogo, si fa notare come la novella abbia inteso collocare la *discovery* delle risultanze investigative e il confronto tra autorità prefettizia e parte privata nella fase pre-decisoria, così attribuendo alla comunicazione di cui all'art. 92, comma 2-*bis*, del Codice antimafia caratteristiche tali da avvicinare l'istituto più ad un preavviso di diniego (art. 10- *bis* l. 241/90), che ad una comunicazione di avvio del procedimento.

---

[41] Un giudizio negativo sull'introduzione di una parentesi di contraddittorio obbligatorio in seno al procedimento di adozione dell'interdittiva è espresso da S. CARLI, *Le recenti modifiche al Codice antimafia. Spunti di riflessione, in Amministrazione Pubblica, Rivista di cultura istituzionale dei funzionari dell'Amministrazione civile dell'Interno*, Anno XXV n. 109/2022, il quale ritiene che il nuovo procedimento, consentendo al privato di prospettare interventi di *self-cleaning*, rischi di far dilatare i tempi istruttori, così potendo determinare l'applicazione del disposto del comma 3 dell'art. 92 del codice antimafia (silenzio assenso *sub condicione*), e fornisca anche occasione per aggirare la disciplina antimafia ed evitare l'adozione dell'interdittiva.

[42] M. A. SANDULLI, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova informativa antimafia*, op. cit.; R. ROLLI – M. MAGGIOLINI, *Brevi note sul riformato contraddittorio procedimentale in tema di interdittive antimafia (nota a Ordinanza TAR Lecce, sez. III; n. 116/2022,* op. cit.; Osservatorio misure patrimoniali e di prevenzione dell'Unione delle camere penali italiane, *Le modifiche legislative presentate dal Governo in materia di interdittive antimafia e controllo giudiziario.*

ISSN 2036-7821

Il legislatore ha ritenuto, inoltre, di limitare l'occasione di confronto tra P.A. e parte privata alla sola ipotesi in cui la prima abbia maturato un certo convincimento in ordine alla sussistenza della permeabilità mafiosa della seconda. Il contraddittorio immaginato e imposto dal legislatore, laddove concretamente attivato, posto che la celerità può giustificarne la deroga, assumerà, quindi, una connotazione eminentemente difensiva, anticipando al momento procedimentale quella che, nella previgente disciplina, sarebbe stata la difesa processuale del soggetto.
La peculiare collocazione temporale del contraddittorio nell'ambito dei procedimenti di rilascio delle interdittive pone una serie di interrogativi. In particolare, essa non rischia di rendere più gravosa la posizione del privato, posto che questi si troverà a dover persuadere del contrario un'autorità che ha già maturato un certo convincimento in ordine alla sua permeabilità mafiosa? E ancora, collocare il contraddittorio in una posizione tanto prossima all'adozione dell'interdittiva non rischia di incidere negativamente sull'attività imprenditoriale in corso, finendo per produrre danni economici irreparabili anche laddove l'autorità dovesse poi concludere il procedimento senza adottare l'informazione antimafia?
Si tratta di interrogativi che sicuramente il legislatore si sarà posto, ma a cui evidentemente è stata data risposta negativa o che, comunque, non lo hanno condotto a rimeditare la scelta poi confluita nella novella.
Un giudizio negativo è stato espresso anche in ordine all'eccessiva brevità del termine entro cui il privato è ammesso a presentare osservazioni. Infatti, secondo il disposto dell'art. 92, comma 2-*bis*, del Codice antimafia, detto termine, che è la stessa Prefettura ad indicare, non può superare i 20 giorni. La partecipazione difensiva del privato, in assenza di un meccanismo di interruzione del termine previsto dall'art. 92, comma 2-*bis*, del Codice antimafia, rischia di svolgersi senza che questi abbia effettiva contezza del contenuto degli atti[43]. Difatti, ai sensi dell'art. 25 della l. 241/90, il silenzio-rigetto sull'istanza di accesso agli atti si forma una volta decorsi 30 giorni dalla sua presentazione ed il ricorso avverso il silenzio ex art. 117 c.p.a. può essere promosso solo una volta formatosi il silenzio-rigetto.
La dottrina ha, inoltre, sottolineato il carattere soltanto tendenzialmente obbligatorio dell'attivazione del contraddittorio[44]. L'esistenza di particolari esigenze di celerità del procedimento può, difatti, ancora oggi condurre all'esclusione dell'attivazione del contraddittorio procedimentale. Benché tale eventualità sia prevista anche dall'art. 7 della legge 241/90, nel contesto del procedimento interdittivo una tale deroga appare difficilmente giustificabile, e ciò per almeno due ordini di motivi.
In primo luogo, come si è evidenziato in precedenza, la comunicazione prevista dall'art. 92, comma 2-bis, del Codice antimafia si avvicina assai più a quella di cui

[43] N. DURANTE, *Il contraddittorio nel procedimento di rilascio d'informazione antimafia,* op cit., p. 3.
[44] M. A. SANDULLI, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova informativa antimafia*, op. cit.

ISSN 2036-7821

all'art. 10-bis della l. 241/90, che non ammette deroghe giustificate dall'esistenza di ragioni di celerità, che alla comunicazione di avvio del procedimento.
In secondo luogo, va sottolineato come il contraddittorio previsto dall'art. 92, comma 2-*bis*, abbia carattere (anche se non solo) eminentemente difensivo, essendo finalizzato ad indurre l'Autorità a non adottare un provvedimento sovente produttivo di effetti esiziali per l'impresa destinataria. Negare, sulla base di esigenze di celerità, la possibilità all'impresa coinvolta nel procedimento di difendersi e allegare situazioni capaci, quantomeno in potenza, di evitare l'adozione dell'informazione antimafia o di consentire l'applicazione delle ben meno gravose misure di prevenzione collaborativa, pare non del tutto equa. Né si potrebbe addurre a giustificazione della scelta legislativa la possibilità per l'interessato di attivare il rimedio giurisdizionale, e ciò, vale ricordare, perché esso rappresenta un gravoso onere e un rischio per l'attore; e ancora perché nelle more del processo gli effetti dell'interdittiva, ove non tempestivamente sospesi, potrebbero determinare conseguenze irreparabili, anche solo a livello di immagine per l'impresa.
Si auspica che l'autorità prefettizia interpreti rigidamente la deroga e vi faccia ricorso in situazioni realmente eccezionali. Interpretazione rigida che si impone, peraltro, alla luce del formante giurisprudenziale, che da tempo evidenzia l'esigenza che la valutazione prefettizia si fondi su di un quadro istruttorio quanto più possibile completo ed esaustivo[45].
Da ultimo mette conto evidenziare che, secondo il disposto dell'art. 92, comma 2-*bis*, del Codice, nella versione da ultimo novellata, non possano formare oggetto del "preavviso di interdittiva" tutti quegli elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose.
La disposizione, benché giustificata dall'esigenza di evitare che la *discovery* procedimentale si riverberi negativamente su procedimenti antimafia in corso, rischia di rendere inutile l'attivazione della parentesi
di interlocuzione, posto che ove l'istruttoria risulti fondata su di elementi istruttori non ostensibili le osservazioni difensive del privato potranno riguardare solo taluni degli elementi presi in considerazione dal Prefetto.
La novella presenta, dunque, evidenti limiti e non v'è dubbio che il legislatore avrebbe potuto fare molto di più. Non è detto, però, che la novella si risolva, come autorevole dottrina[46] ha rilevato, nell'introduzione di una mera "parvenza di garanzia partecipativa". Molto dipenderà dall'interpretazione e dall'applicazione che della normativa faranno l'autorità amministrativa e giurisdizionale.

[45] Da ultimo Cons. St., Sez. III N. 552/2024 del 17 gennaio 2024.
[46] M. A. SANDULLI, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova informativa antimafia*, *op. cit.*

ISSN 2036-7821

È presto, quindi, per formulare un giudizio complessivo sull'intervento del legislatore. Nell'attesa che in materia si formi il "diritto vivente", si può solo auspicare che le autorità chiamate ad applicare la normativa si dimostrino capaci di contemperare adeguatamente i numerosi (e rilevantissimi) interessi coinvolti.

6. Sulla valenza costituzionale del giusto procedimento.

Conclusa la disamina delle innovazioni introdotte dal decreto *discovery* in tema di procedimento d'adozione dell'interdittiva antimafia, occorre ora chiedersi se, alla luce della novella, l'attuale disciplina normativa soddisfi i canoni del "giusto procedimento".

Prima di affrontare il tema, occorre brevemente fermare l'attenzione sul principio, che, come si vuole di dimostrare, ha assunto valenza costituzionale.

Nella giurisprudenza costituzionale, un primo accenno al "giusto procedimento"[47] si rinviene nella sentenza n. 13/1962, in cui la Corte stabilì che "quando il legislatore dispone che si apportino limitazioni ai diritti dei cittadini, la regola che il legislatore normalmente segue è quella di enunciare ipotesi astratte, predisponendo un procedimento attraverso il quale gli organi competenti provvedano ad imporre concretamente tali limiti, dopo avere fatto gli opportuni accertamenti, con la collaborazione, ove occorra, di altri organi pubblici, e dopo avere messo i privati interessati in condizioni di esporre le proprie ragioni sia a tutela del proprio interesse, sia a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico".

Il "giusto procedimento" venne, quindi, dalla Consulta elevato a parametro di valutazione della legittimità dell'*agere* amministrativo.

L'esercizio del potere, soprattutto ove limitativo della posizione giuridica del destinatario, sarebbe dovuto passare attraverso un procedimento amministrativo "giusto", perché completo e strutturato in modo da consentire, anche e soprattutto mediante l'instaurazione di un momento di confronto con il privato interessato, la raccolta di tutto quanto fosse necessario ad assumere una decisione formalmente e sostanzialmente corretta.

Il "giusto procedimento" fu presentato dalla Consulta come modello d'esercizio della funzione amministrativa, come cura contro l'arbitrio amministrativo[48].

La sentenza citata innescò, come auspicato da Crisafulli nel commentarla[49], un vivace dibattito, ancora oggi non sopito, circa la natura del principio e, in particolare, circa la possibilità di inquadrarlo tra i valori costituzionali.

---

[47] Per approfondimenti, cfr. F. TEDESCHINI, *"Procedimento amministrativo", in Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Milano, 1989, p. 877.

[48] L'importanza del giusto procedimento rispetto alla dialettica libertà/autorità viene messa in luce da L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del "giusto procedimento e l'archetipo del "processo"*, in www.forumcostituzionale.it, 2009, p. 1 .

ISSN 2036-7821

V'è da dire che sul punto la dottrina e la giurisprudenza, tanto costituzionale (salvo alcune recenti aperture) quanto amministrativa, assunsero posizioni antinomiche. Sin dalla sentenza n. 13/1962, in cui il "giusto procedimento" fu elevato a principio generale dell'ordinamento, la Corte ne escluse costantemente il rango costituzionale. La possibilità del controllo giurisdizionale sull'operato dell'amministrazione rappresentava per la Consulta un valido argomento per negarne la matrice costituzionale[50]. La giurisprudenza amministrativa, dal canto suo, temendo che al generale riconoscimento di garanzie partecipative al privato sarebbe seguito un cospicuo allungamento delle tempistiche procedimentali, sovente rimarcò l'inopportunità di assegnare valore costituzionale al "giusto procedimento"[51].
In direzione diametralmente opposta si mosse sin dalla stessa configurazione del "giusto procedimento" la dottrina giuspubblicistica. In mancanza di una legge generale che delineasse le componenti indefettibili del procedimento amministrativo, il rinvenimento di un appiglio cui ancorare il valore costituzionale del principio assunse il carattere di vero e proprio "assillo"[52] per gli operatori della scienza amministrativa.
D'altronde, il riconoscimento di un rango siffatto al principio non solo avrebbe enormemente ampliato le garanzie del privato, ma avrebbe altresì limitato la discrezionalità del legislatore nel disciplinare la materia procedimentale.
Le soluzioni prospettate in dottrina sono state tanto numerose quanto variegate[53]. A chi, ponendo in rapporto di mezzo a fine il principio del giusto procedimento con i principi dell'imparzialità e del buon andamento, ha collegato il primo all'art. 97 del dettato costituzionale[54], si è affiancato chi ha ritenuto di potere far rientrare il giusto procedimento nel catalogo aperto dei diritti inviolabili dell'individuo dell'art. 2 Cost. e chi, ancora, ha ricondotto il valore costituzionale del "giusto procedimento" al diritto di difesa di cui all'art. 24, comma 2, Cost. ed alla garanzia della tutela giurisdizionale di cui al 113, comma 1, Cost.
Più di recente, in particolare all'indomani della legge costituzionale n. 2/1999, che ha costituzionalizzato il giusto processo, si è fatta strada l'idea che esista una circolarità

[49] V. CRISAFULLI, *Principio di legalita`e "giusto procedimento"*, in *Giur. cost*., 1962, p. 132, in cui l'autore evidenziò l'opportunità di una legge generale sul procedimento che delimitasse le modalità attraverso cui i poteri pubblici avrebbero potuto legittimamente limitare le posizioni individuali dei consociati.
[50] L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del "giusto procedimento e l'archetipo del "processo"*, op. cit.
[51] S. MANGIAMELI, *"Giusto procedimento" e "giusto processo". Considerazioni sulla giurisprudenza amministrativa tra il modello dello Stato di polizia e quello dello Stato di diritto*, in *associazionedeicostituzionalistiitaliani.it*.
[52] L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del "giusto procedimento e l'archetipo del "processo"*, op. cit. p. 3.
[53] Per una più esaustiva trattazione del tema cfr. *ibidem, p. 12 e ss.*
[54] U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, CEDAM, 1965.

ISSN 2036-7821

tra giusto processo e giusto procedimento e che, di rimando, l'indubbia valenza costituzionale del primo possa estendersi al secondo[55].

Nonostante gli sforzi profusi dalla dottrina nel tentativo di condurre la giurisprudenza costituzionale a rimeditare l'indirizzo maturato circa il rango da riconoscersi al principio del "giusto procedimento", il giudice delle leggi, malgrado alcune timide aperture[56], rimase fermo nel ribadire i propri approdi. Ancor più netta rimase la posizione del Consiglio di Stato, che, addirittura, giunse ad escluderne la sostanza di principio generale dell'ordinamento[57].

L'opportunità di una rimeditazione dell'impostazione dogmatica assunta sul tema dalla Consulta e dal Consiglio di stato si manifestò presto e con forza all'indomani dell'adozione della l. n. 241/90. Con tale intervento normativo, il legislatore, colmando una lacuna da tempo avvertita dalla dottrina amministrativista, introdusse una normativa generale sul procedimento amministrativo. L'approccio casistico fino a quel momento scelto per la regolamentazione della materia procedimentale venne finalmente accantonato e furono per la prima volta fissati chiaramente i passaggi che l'amministrazione avrebbe dovuto seguire prima di addivenire al provvedimento[58]. Mediante la l. n. 241 vennero regolamentati: la comunicazione di avvio del procedimento, il diritto di accesso ai documenti detenuti dalle amministrazioni, le modalità di partecipazione al procedimento, *etc*. Vennero fissati i termini di conclusione del procedimento e introdotta la figura del responsabile del procedimento, sì da facilitare il dialogo tra privati e pp.aa.

Molti videro nella legge n. 241/90 la continuazione naturale del disegno costituzionale in materia di pubblica amministrazione[59].

Essa fu "un autentica rivoluzione amministrativa"[60] e, come tale, impose il rinnovamento.

---

[55] L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del "giusto procedimento e l'archetipo del "processo"*, op. cit., p. 17 e ss.; G. COLAVITTI, *Il "dibattito pubblico" e la partecipazione degli interessi nella prospettiva costituzionale del giusto procedimento*, in www.Amministrazioneincammino.it, 9 Luglio 2020, p. 30.

[56] Nella sentenza n. 143/1989 la Corte costituzionale non negò il possibile ancoraggio del "giusto procedimento" all'art. 42, comma 3, Cost. Di seguito il passaggio per esteso "anche ritenendo che il principio del giusto procedimento goda in materia di una copertura costituzionale grazie all'art. 42, terzo comma, della Costituzione, per un verso, non può escludersi che quel principio sia rispettato pur all'interno di un procedimento culminante in un'approvazione legislativa (v. sent. n. 13 del 1962) e, per altro verso, non può affermarsi che esso debba comportare che gli interessati siano messi in grado di far valere le proprie ragioni e di esperire gli opportuni rimedi in ogni momento del complessivo intervento pubblico diretto a limitare il pieno godimento della proprietà privata, dovendosi dire, piuttosto, che quella garanzia e richiesta soltanto in relazione ai procedimenti comportanti vincoli o limiti per i privati."

[57] Sul punto L. PEDULLÀ, *Contributo per una teoria sulla costituzionalizzazione del giusto procedimento, op. cit., p. 99 e ss.*, il quale collega l'atteggiamento di chiusura mostrato sul punto dalla giurisprudenza amministrativa ad una visione autoritaria del rapporto tra privato e P.A.

[58] G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 521.

[59] S. CASSESE, *Passato, presente e futuro della legge sul procedimento amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1994, 2401 ss.; M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 35.

ISSN 2036-7821

Segnali in direzione del rinnovamento si scorgono nella sentenza n. 14/1999 della Plenaria, in cui si definì il "giusto procedimento" come "criterio di orientamento sia per il legislatore che per l'interprete".[61]
La definitiva consacrazione del rango costituzionale del principio si registrerà tuttavia solo con la sentenza n. 104/2007, in cui la Corte costituzionale sottolineò lo strettissimo legame, la sostanziale compenetrazione tra il "giusto procedimento" e i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità[62].
D'altronde, posto che l'imparzialità presuppone l'equidistanza dell'amministrazione e dei suoi funzionari dai soggetti con cui entra in contatto e impone l'attenta ponderazione del complesso degli interessi in gioco, la partecipazione procedimentale, che è il canale attraverso il quale gli interessi privati confluiscono nel procedimento amministravo, non può che rappresentarne il logico corollario.
Il rilievo della scansione procedimentale è stato poi ulteriormente puntualizzato nella sentenza n. 69/2018, in cui la Consulta ha chiarito che il procedimento amministrativo costituisce il luogo elettivo di composizione degli interessi, in quanto è "nella sede procedimentale […] che può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l'interesse del soggetto privato operatore economico, sia ancora (e non da ultimo) con ulteriori interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità, e che trovano nei princìpi costituzionali la loro previsione e tutela. La struttura del procedimento amministrativo, infatti, rende possibili l'emersione di tali interessi, la loro adeguata prospettazione, nonché la pubblicità e la trasparenza della loro valutazione, in attuazione dei princìpi di cui all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241[…]: efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza. Viene in tal modo garantita, in primo luogo, l'imparzialità della scelta, alla stregua dell'art. 97 Cost., ma poi anche il perseguimento, nel modo più adeguato ed efficace, dell'interesse primario, in attuazione del principio del buon andamento dell'amministrazione, di cui allo stesso art. 97 Cost.".
Un ulteriore conferma dell'inquadramento costituzionale del principio del "giusto procedimento" si rinviene poi nella recente sentenza n. 116/2020 della Consulta in materia di leggi-provvedimento[63].

---

[60] S. CASSESE, L*e basi del diritto amministrativo*, Garzanti, Milano, 1995, p. 216.
[61] Ad. Plen., 15 settembre 1999, n. 14, in *Foro it.*, 2000, III, 26.
[62] Nel punto 2.10 del considerato in diritto della sentenza si legge "l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione esigono che la posizione del direttore generale sia circondata da garanzie; in particolare, che la decisione dell'organo politico relativa alla cessazione anticipata dall'incarico del direttore generale di Asl rispetti il principio del giusto procedimento". Sul punto cfr. R. BIFULCO, *Il rilievo costituzionale della l. 241/1990*, in *Nuove Autonomie*, 2/2010, p. 298.
[63] Per approfondimenti cfr. C. CHIARIELLO, *Una possibile apertura della Corte costituzionale alla riserva di procedimento amministrativo*, in *Giur. Cost.*, 6/2021, pp. 2959 ss.; Sul tema delle leggi provvedimento cfr. E. RINALDI, *Leggi provvedimento e statuto costituzionale dell'amministrazione*, Costituzionalismo.it, 1/2023.

ISSN 2036-7821

Nell'occasione la Corte ha introdotto la categoria delle materie tipicamente amministrative, caratterizzate dalla complessità degli interessi in gioco e delle valutazioni comparative che debbono ivi essere effettuate. Secondo la Corte, l'intervento normativo diretto tramite leggi provvedimento è precluso al legislatore laddove la materia presenti caratteristiche tali da enfatizzare il rispetto di regole che trovano la loro naturale applicazione nel procedimento amministrativo.
Se la materia è *naturaliter* amministrativa, la decisione finale non può che seguire la celebrazione di un "giusto procedimento", pena la violazione degli artt. 3 e 97 Cost., che divengono parametri per vagliare la legittimità costituzionale delle leggi-provvedimento intervenute in materia.
La giurisprudenza costituzionale pare, dunque, avere definitivamente superato quell'indirizzo che assegnava al "giusto procedimento" valore di semplice principio generale dell'ordinamento.
Il percorso che ha condotto all'agognata costituzionalizzazione del "giusto procedimento" è stato lungo e tortuoso[64]. Benché qui si sia optato per un approccio storico, in cui l'evoluzione degli orientamenti costituzionali è stata presentata come uniforme e graduale, è importante ricordare come, in realtà, l'atteggiamento della Corte rispetto al "giusto procedimento" non sia stato affatto lineare. Importanti aperture e nette chiusure si sono susseguite nei decenni, spesso senza apparenti ragioni giustificatrici. Basti considerare che anche di recente la Consulta ha negato il rango costituzionale del principio nella sent. n. 71/2015, laddove nel dichiarare infondata la questione di costituzionalità dell'art. 42-bis del D.P.R. n. 327/2001 ha respinto la censura fondata sulla violazione del principio del "giusto procedimento".
A parere di chi scrive, se ancora oggi si discute della natura del principio del "giusto procedimento" molto dipende proprio dall'ondivago atteggiamento del giudice delle leggi, che ha sempre mostrato una certa ritrosia nel riconoscerne con chiarezza la valenza costituzionale[65].
La costituzionalizzazione del principio è, tuttavia, ormai una realtà incontestabile e la conformità a Costituzione delle discipline procedimentali speciali richiede di essere vagliata alla luce di questo fondamentale parametro di giustizia.

6. Giusto procedimento e interdittive antimafia.

È dato consolidato che la disciplina previgente sul procedimento di adozione dell'informazione antimafia obliterasse eccessivamente le garanzie procedimentali

[64] In termini P. MEZZANOTTE, *Il tortuoso percorso del giusto procedimento come garanzia costituzionale dei diritti,* in *Percorsi costituzionali*, III, 1, 2010.

[65] Sul rango costituzionale del principio malgrado le incerte applicazioni della giurisprudenza costituzionale cfr. G. COLAVITTI, *Il "dibattito pubblico" e la partecipazione degli interessi nella prospettiva costituzionale del giusto procedimento*, op. cit., p. 28; N. LONGOBARDI, *Il sistema politico amministrativo e la riforma mancata*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 158.

ISSN 2036-7821

dei soggetti sottoposti a controllo. Se la posizione critica della dottrina sul punto è stata sempre piuttosto netta[66], il giudizio negativo della giurisprudenza amministrativa e costituzionale circa l'eccessiva ampiezza delle deroghe alla partecipazione procedimentale del privato si è formato progressivamente, consolidandosi nel tempo[67].

Come dimenticare chi ha definito la previgente disciplina delle interdittive come "un cono d'ombra nel sistema delle garanzie costituzionali"[68] e chi, ancora, ha invocato l'art. 6 CEDU come parametro su cui valutare la legittimità costituzionale del lacunoso sistema di garanzie approntato dal legislatore in materia di interdittive[69].

Benché di fatto la Corte costituzionale non abbia mai dichiarato l'incostituzionalità della normativa in commento, si può ragionevolmente affermare che, se nulla fosse cambiato, probabilmente una pronuncia di incostituzionalità o quantomeno una sentenza contenente un monito meno "garbato" di quello rivolto al legislatore nella sentenza n. 57/2020 sarebbe stata emessa.

Ad ogni modo, passando dal quanto sarebbe potuto accadere a quanto in concreto accaduto, occorre volgere lo sguardo alla disciplina risultante dalle modifiche introdotte dal decreto *discovery*.

Si è già detto che la disciplina vigente, malgrado il rimaneggiamento del legislatore, continui a presentare evidenti limiti. Il contraddittorio "obbligatorio" oggi previsto dall'art. 92, comma 2-*bis*, del Codice antimafia è tale solo sulla carta; le tempistiche del confronto appaiono, a dir poco, esigue e il pericolo che la *discovery* sia solo parziale (e, di rimando, il contraddittorio totalmente inutile) in ragione della non disvelabilità degli elementi indiziari raccolti piuttosto concreto.

Sorge a questo punto spontanea la domanda: ma la disciplina sul procedimento di adozione delle interdittive, come recentemente novellata, è conforme a Costituzione?

I parametri su cui basare il giudizio sono sostanzialmente tre: l'art. 41 CDFUE, l'art. 6 CEDU, l'art. 97 Cost.

Nel prosieguo ci si focalizzerà solamente sul terzo dei parametri invocati, e ciò non perché i primi due siano inconferenti, quanto perché tali strade sono state già sondate, con esiti negativi, nel vigore della previgente disciplina[70].

---

[66] P. AMARELLI, *Interdittive antimafia e 'valori fondanti della democrazia': il pericoloso equivoco da evitare*, op. cit; LONGO, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittiva antimafia e sofferenze costituzionali*, op.cit.

[67] Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 57/2020, punto 7.2 del considerato in diritto; Cons. St., Sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979, in cui si afferma che "la partecipazione procedimentale, prima ancora che doverosa in base al principio del giusto procedimento, sarebbe utile per l'autorità prefettizia, nei termini di una più efficiente azione amministrativa rispondente al principio del buon andamento della p.a. (art. 97 Cost.)".

[68] LONGO, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittiva antimafia e sofferenze costituzionali, op.cit.*

[69] P. AMARELLI, *Interdittive antimafia e 'valori fondanti della democrazia': il pericoloso equivoco da evitare*, op. cit.

[70] La possibilità di invocare a parametro di costituzionalità della disciplina l'art. 6 CEDU (diritto a un equo processo) va esclusa alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, che ha costantemente negato la possibilità di inquadrare le misure di prevenzione patrimoniale nell'ambito della *matière pénale*, presupposto indefettibile perché possa operare il sistema di garanzie contenuto negli artt. 6 e 7 CEDU.

ISSN 2036-7821

Nel precedente paragrafo si è evidenziata l'avvenuta costituzionalizzazione del principio del "giusto procedimento" mediante la valorizzazione del collegamento esistente tra esso e i principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.
Il principio in parola, nell'elaborazione che di esso la Consulta ha fatto nel lontano 1962, impone al legislatore di predisporre un procedimento aperto alla partecipazione del privato, cui deve essere garantita la possibilità di esporre le proprie ragioni, e ciò soprattutto allorquando l'amministrazione sia chiamata all'esercizio di poteri capaci di menomare le situazioni giuridiche dei consociati.
Perché la partecipazione si realizzi, l'autorità amministrativa deve, in primo luogo, rendere il privato edotto dell'esistenza del procedimento, e, per renderne proficuo l'intervento, deve consentirgli di prendere visione degli atti e assicurargli il diritto di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove pertinenti.
In sostanza, il procedimento "giusto" è quello delineato dalla l. n. 241/90, i cui articoli hanno attuato fattivamente il principio democratico all'interno della pubblica amministrazione, riconoscendo al privato una posizione non deteriore, bensì paritaria, a quella della p.a. nel contesto del rapporto giuridico amministrativo[71].
Se quanto detto è vero, per potere comprendere se la disciplina del procedimento di adozione dell'informativa antimafia sia conforme al principio del giusto procedimento e, di rimando, a Costituzione è sufficiente confrontarla con quella prevista dalla legge generale sul procedimento.
Ebbene, basta una veloce e persino disattenta lettura delle due normative per comprendere che la distanza tra le discipline è siderale.
È sufficiente dire che mentre nella l. n. 241/90 la partecipazione del privato è considerata un valore, nella disciplina in materia di interdittive essa è considerata una sorta di ostacolo alla celere definizione del procedimento.
E allora, posto che la normativa oggi collocata negli artt. 90 ss. del codice antimafia non soddisfa i canoni del "giusto procedimento" e posto che detto principio ha rango costituzionale, la disciplina del procedimento d'adozione dell'informativa è incostituzionale?
Al quesito, alla luce di quanto esposto, sembrerebbe potersi agevolmente rispondere in senso positivo. La realtà, però, è che la scelta di ridimensionare le garanzie partecipative del privato non è un capriccio del legislatore, posto che la lotta alla criminalità organizzata rientra tra gli obiettivi primari dello Stato ed è riconducibile a

---

Per quanto riguarda, invece, l'art. 41 CGUE è sufficiente rammentare quanto precisato dalla CGUE nel rispondere all'ordinanza di rinvio pregiudiziale sollevata dal T.A.R. Puglia, sede di Bari, di cui si è fatto cenno nello scritto. In specie nell'occasione la CGUE ha precisato che il diritto al contraddittorio procedimentale non rappresenta una prerogativa assoluta ma piuttosto soggetta nella sua applicazione ad alcune restrizioni. Sul punto si rinvia a M. COCCONI, *Il perimetro del diritto al contraddittorio nelle informazioni antimafia*, op. cit. p. 52.

[71] R. CHIEPPA, *Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 681 ss.

ISSN 2036-7821

valori costituzionali[72]. Per vero, approntare un sistema di tutela efficace contro le mafie rileva tanto quanto garantire la partecipazione del privato in seno al procedimento amministrativo.
D'altronde, il nostro ordinamento non conosce "diritti tiranni" e la Costituzione richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi[73].
Per valutare la legittimità costituzionale della disciplina sul procedimento di adozione delle informative antimafia occorre, prima e soprattutto, comprendere se il bilanciamento fatto dal legislatore tra il valore della sicurezza e le esigenze partecipative del privato soddisfi quella ragionevolezza che, prima di essere parametro giuridico, è parametro di civiltà.
Il bilanciamento tra diritti è un'operazione molto complessa. Un po' come quando la coperta è corta, riuscire a coprire adeguatamente un lato porta alla scopertura dell'altro. Tuttavia, risulta piuttosto evidente che la disciplina delle interdittive antimafia sia a tutto vantaggio della lotta alla criminalità organizzata e trascuri eccessivamente la posizione del privato.
È auspicabile, dunque, un nuovo intervento legislativo, stavolta davvero soddisfacente e risolutivo, che, meglio del precedente, riesca a bilanciare i numerosi e rilevantissimi interessi coinvolti dalla disciplina antimafia.

7. Conclusioni.

Le modifiche introdotte dal decreto *discovery* al codice antimafia non hanno risolto la strutturale lacunosità della disciplina dell'informativa antimafia in punto di garanzie procedimentali.
La partecipazione del privato al procedimento rimane, difatti, tendenzialmente eventuale e la scelta del legislatore di collocare il confronto con l'interessato nella fase pre-decisoria ne ha, di fatto, ridimensionato enormemente le potenzialità.
Il legislatore, insomma, pare in questo caso aver fatto proprio l'insegnamento di Tancredi, nipote del principe Fabrizio Salina che, nel celebre romanzo "il Gattopardo", ebbe a dire "se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi".
Nella forma, in effetti, il legislatore molto ha cambiato. La sostanza pare, invece, immutata.
Ci si trova dinanzi ad un'occasione persa, perché se il legislatore avesse adeguatamente esteso le garanzie partecipative del privato coinvolto nel

[72] Per approfondimenti sul tema della sicurezza pubblica e del suo rilievo costituzionale cfr. T. F. GIUPPONI, *La sicurezza e le sue "dimensioni" costituzionali*, in *Diritti Umani. Teorie, analisi, applicazioni*, a cura di S. VIDA, Bologna, 2008.
[73] Corte cost., sent. 85/2015, punto 9 del considerato in diritto.

ISSN 2036-7821

procedimento interdittivo molto probabilmente le "sofferenze costituzionali" della disciplina sarebbero state definitivamente accantonate.

Si rammenti, in particolare, come la dottrina da tempo sottolinei come la disciplina delle interdittive antimafia sia affetta da un evidente *deficit* di tassatività sostanziale, e ciò in ragione dell'eccessiva indeterminatezza dei presupposti che possono essere posti a base dell'adozione del provvedimento interdittivo.

È certamente vero che la giurisprudenza, amministrativa prima e costituzionale poi, ha negato l'esistenza del problema sottolineando l'adeguatezza dell'impianto normativo, ciononostante, il dibattito sul punto rimane vivo.

È lecito chiedersi se un'estensione concreta delle garanzie partecipative del privato avrebbe consentito il definitivo superamento degli esposti dubbi sull'eccessiva indeterminatezza dei presupposti applicativi delle informative, e ciò anche in considerazione del fatto che la garanzia del contraddittorio procedimentale agevola il sindacato giurisdizionale sulle misure[74].

[74] Al *deficit* di legalità sostanziale può supplire la legalità procedurale. Sul punto cfr. Cons. St. Sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182, in cui si afferma "Il principio di legalità dell'azione amministrativa, di rilevanza costituzionale (artt. 1, 23, 97 e 113 Cost.), impone che sia la legge a individuare, anche se indirettamente, lo scopo pubblico da perseguire e i presupposti essenziali, di ordine procedimentale e sostanziale, per l'esercizio in concreto dell'attività amministrativa.

La giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che – quando venga in rilievo un potere regolatorio di un'autorità amministrativa indipendente – il primo profilo può avere carattere meno intenso, in ragione dell'esigenza di assicurare, in contesti caratterizzati da un elevato tecnicismo, un intervento regolatorio celere ed efficace. La predeterminazione rigorosa dell'esercizio delle funzioni amministrative comporterebbe un pregiudizio alla finalità pubblica per la quale il potere è attribuito. La dequotazione del principio di legalità in senso sostanziale – giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori come quelli demandati alle autorità amministrative indipendenti – impone, tuttavia, il rafforzamento del principio di legalità in senso procedimentale: il quale si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore nell'ambito del procedimento di formazione degli atti regolamentari".

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Gli accordi tra i privati e gli strumenti di ADR: il ruolo del collegio consultivo tecnico nel nuovo Codice dei contratti pubblici

di Giuseppe Sferrazzo

(Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo, presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata")

Sommario

1. Premessa; - 2. La specialità del contenzioso in materia di appalti e la tutela giurisdizionale: certezza e celerità al centro del sistema; - 3. Gli strumenti di ADR e la loro funzione; - 4. Il Collegio consultivo tecnico: l'evoluzione normativa; - 5. Il Collegio consultivo tecnico nel nuovo Codice dei contratti pubblici; - 5.1 Il caso della variabile natura precettiva delle decisioni: in particolare la natura delle c.d. *determinazione – mediazione*; - 6. Conclusioni.

Abstract

The essay by the author focuses on the "new" alternative dispute resolution called the Technical Advisory Committee (Collegio consultivo tecnico). The purpose is to analyze the tool by referring to the broader area of administrative justice, emphasizing its peculiarities and showing the reasons for the possible success in using ADR tools which is inspired by the need to simplify and reduce litigation by increasing the intervention of third parties and impartial experts. Subsequently, the focus will fall on the analysis of the various ADR tools present in the Italian legal system, highlighting their different characteristics and exalting the different functions they cover. The central part of the essay will focus on the Technical Advisory Board, reconstructing its history, functions and role within the new Code., The author also examines the legal nature of the CCT's determinations, noting the strengths and weaknesses of the new provision presented by the new Code. Finally, the analysis will focus on the preparedness of the experts who will be part of the CCT and possible solutions to be used to enable the instrument to function, in order to allows the official to avoid assuming administrative liability and to overcome fears of defensive bureaucracy.

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

1. Premessa.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, il D.lgs n. 36/2023, colloca nella parte finale, specificamente Libro V, Titolo II, un comparto relativo ai "*I rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale*", in virtù degli articoli dal 210 al 220.

Sovente, si è evidenziato che trattasi di una novità di rilevante impatto rispetto alla precedente disciplina, laddove il legislatore, con tale riforma, ha inteso imprimere la necessaria spinta volta alla risoluzione delle controversie in via bonaria e cercando di invertire, in tal modo, la rotta rispetto alla prassi sfociante nell'accesso alla giustizia amministrativa. La soluzione prescelta è caduta sull'introduzione di soluzioni alternative idonee a risolvere gli eventuali contrasti sorti nel corso dei lavori tra stazione appaltante e appaltatore, di cui, nel presente contributo, se ne definiranno i tratti essenziali[1].

Non vi è dubbio che alla P.A. sia sempre stata fornita l'opportunità di prevenire o risolvere le controversie attraverso strumenti alternativi alla giurisdizione, da ricondurre all'autonomia e al consenso delle parti, in particolar modo quando trattasi di diritti disponibili[2]. In ragione di ciò, il legislatore ha nel tempo investito in maniera convinta sugli strumenti in esame, consapevole del fatto che il raggiungimento del principio del risultato, oltre all'efficacia dell'azione amministrativa, passano anche e soprattutto nell'evitare il contenzioso tra le parti, indicando la via verso la corretta esecuzione della commessa. Non si deve dimenticare che due sono gli obiettivi che devono ispirare l'interprete e dunque i soggetti operanti nel mondo della contrattualistica pubblica. Se da un lato, l'interesse primario è il risultato finale cui tende l'attività della pubblica amministrazione, a seconda dell'attività prescelta (tra cui vi rientra la realizzazione di un'opera, la somministrazione di un servizio o il conseguimento di una fornitura)[3]; su altro versante, diverso interesse pubblicistico da perseguire e tutelare è quello volto alla attuazione di un mercato unico, globalmente considerato anche a livello sovranazionale, secondo la prospettiva dell'Unione europea che esercita e continua a dettare una serie di indicazioni specifiche rappresentative del ruolo fondamentale rivestito dalla stessa, in un'ottica di rafforzamento e ampliamento delle forme di tutela delle istanze economiche e patrimoniali immanenti all'interno del mercato unico europeo.

---

[1] Sul punto, C. Contessa e P. Del Vecchio, *Codice dei contratti pubblici*, M. Sannino, *I rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale*, Vol. I, Editoriale scientifica, Napoli, 2023; p. 85.

[2] P. Otranto, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico,* Editoriale scientifica, Napoli, 2023;

[3] In questo senso l'articolo 1 del D.lgs n. 36/2023 è espressione del principio di risultato. L'intero impianto del nuovo Codice è ispirato in questa nuova dimensione finalistica in cui il risultato è principio generale che deve guidare quale canone ermeneutico fondamentale, l'interpretazione da parte del giudice e delle stazioni appaltanti. Il primo comma dell'art. 1 cita espressamente: 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.

ISSN 2036-7821

Secondo tali principi, il legislatore ha eretto un sistema che in molti definiscono "speciale"[4], che soprattutto nella fase di esecuzione del contratto, entrandosi in un segmento disciplinato da regole di diritto civile, assume particolare importanza, tanto da definirne in modo preciso *ratio* e funzionamento degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie.
Dunque, il presente contributo mira, per un verso, a indagare la natura e le funzioni degli strumenti di ADR segnatamente all'interno del nuovo Codice dei contratti pubblici, anche in relazione alla speciale connotazione del contenzioso in materia di appalti e d'altra parte, ad illustrare l'evoluzione normativa e, al contempo, la centralità assunta dal Collegio consultivo tecnico (da ora in poi CCT) all'interno della nuova disciplina codicistica.
Le novità presentate all'interno dell'istituto sono tali da legittimare uno studio e una particolare attenzione nella fase di applicazione dello stesso, principalmente in vista del miglior utilizzo da parte della P.A. in tutte le sue articolazioni. Infatti, non si dubita della capacità giuridica della P.A., di definire in via alternativa le controversie attinenti alla fase esecutiva dei contratti pubblici ma ciò che deve essere oggetto di analisi è l'utilizzo di uno strumento negoziale come il CCT e la sua compatibilità con l'osservanza necessaria delle regole speciali volte a garantire la legittimità, la trasparenza, l'economicità e la ragionevolezza della soluzione prescelta[5].
Le principali sfide da vincere nel breve periodo, al fine di presentare il CCT quale solida realtà nel panorama della commessa pubblica, sono quelle relative alla dotazione di risorse sia professionali che economiche in favore della P.A. Solo in questo modo la deflazione del contenzioso nel settore dei contratti pubblici può rappresentare una reale e concreta soluzione al problema e non semplicemente un miraggio[6].

2. La specialità del contenzioso in materia di appalti e la tutela giurisdizionale: certezza e celerità al centro del sistema.

Non vi è dubbio che la disciplina processuale dei contratti pubblici è connotata da profili di specialità e differenziazione se posto a confronto con l'ordinario rito amministrativo.

[4] M. Sinisi, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2017.
[5] B. Marchetti, *ADR e amministrazione pubblica, In Ufficio studi della Giustizia Amministrativa (a cura di), Giustizia amministrativa ed economia. Efficienza del sistema e soddisfazione dei cittadini. Profili di diritto interno e comparato*, Milano, 2017.
[6] L'obiettivo principale è la deflazione del contenzioso amministrativo. Con questa riforma l'intenzione è di offrire alle parti operanti all'interno del settore dei contratti pubblici degli strumenti di natura stragiudiziale, volti alla risoluzione delle possibili controversie di possibile insorgenza nella fase esecutiva del contratto. Il tutto, al fine di prediligere vie alternative alla controversa in sede giudiziale in quanto più costosa, oltre che di maggiore durata.

ISSN 2036-7821

La prima esigenza avvertita è quella della celerità del giudizio, spinto da ragioni sottese alla rapida esecuzione della commessa pubblica e che, allo stesso tempo, ritagli un particolare tipo di tutela giurisdizionale tale da offrire all'operatore economico protezione ai diritti che vengono in gioco in ragione della peculiarità della disciplina sostanziale in esame[7].

La disciplina del rito appalti è contenuta negli articoli 120 – 125 del codice del processo amministrativo, così come modificate dall'art. 209 del nuovo Codice dei contratti che ha introdotto modifiche rilevanti agli articoli 120, 121 e 124 del c.p.a. Indubbiamente, la nuova disciplina troverà compiuta attuazione solo per le commesse che seguono le regole del nuovo Codice dei contratti pubblici, a differenza delle procedure innestatesi sul solco della previgente disciplina da gestire in base a quanto disposto dal vecchio rito e alle regole precedenti all'entrata in vigore della riforma.

In questa sede e senza onere di esaustività, non s'intende dare una panoramica generale del funzionamento del rito appalti quanto, piuttosto, si vuole concentrare l'attenzione su quattro punti che segnano precipuamente la specialità del rito e l'esigenza di celerità che è sottesa alla materia in esame.

In primo luogo, i tempi processuali individuati sono tutti dimidiati. L'art. 120, co. 2 prevede che il termine di trenta giorni decorre, sia per il ricorso principale che per i motivi aggiunti, a partire dal momento in cui è stata ricevuta la comunicazione di cui all'art. 90, che fa riferimento a tutte le informazioni salienti concernenti la gara, da fornire a candidati ed offerenti. Sul punto, la nuova disciplina presenta una novità di forte impatto, concernente il termine dell'impugnazione. Infatti, è stato soppresso il riferimento alla conoscenza piena dell'atto, oltre che alla posticipazione del termine valido ad impugnare per quanto ora espressamente previsto dal primo comma dell'art. 36, D.lgs n. 36/2023. La novità presente nel secondo comma dell'art. 36, richiamando direttamente il nuovo comparto digitalizzato della commessa pubblica, obbliga le amministrazioni di mettere a disposizione dei partecipanti alla gara, per il tramite di apposita piattaforma di approvvigionamento digitale[8], gli atti di gara ai

[7] A. Magliari, *Il contenzioso: la tutela giurisdizionale e i rimedi alternativi,* in M. Macchia (a cura di) in *Costruire e acquistare, Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2024, p. 342.

[8] Art. 25, D.lgs n. 36/2023: 1. Le piattaforme di approvvigionamento digitale sono costituite dall'insieme dei servizi e dei sistemi informatici, interconnessi e interoperanti, utilizzati dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti per svolgere una o più attività di cui all'articolo 21, comma 1, e per assicurare la piena digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici. A tal fine, le piattaforme di approvvigionamento digitale interagiscono con i servizi della Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 23 nonché con i servizi della piattaforma digitale nazionale dati di cui all'articolo 50-ter del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82. 2. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti utilizzano le piattaforme di approvvigionamento digitale per svolgere le procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, secondo le regole tecniche di cui all'articolo 26. Le piattaforme di approvvigionamento digitale non possono alterare la parità di accesso degli operatori, né impedire o limitare la partecipazione alla procedura di gara degli stessi ovvero distorcere la concorrenza, né modificare l'oggetto dell'appalto, come definito dai

ISSN 2036-7821

concorrenti che si sono collocati nei primi cinque posti in graduatoria, prescindendone da una espressa richiesta di accesso[9]. In tal modo, si evita la presentazione dei c.d. "ricorsi al buio", intendendosi quali ricorsi presentati senza che si abbia la piena contezza del contenuto della documentazione di gara. Da ciò ne discenderà, in virtù di quanto previsto dagli articoli 36 D.lgs n. 36/2023 e 120 co. 2 c.p.a., che il ritardo addebitabile alla stazione appaltante nella pubblicazione degli atti di gara, comporterebbe una dilazione del termine di impugnazione e, contestualmente, la precarietà e instabilità dell'atto amministrativo[10].

Sotto altro punto di vista, per quel che concerne il profilo relativo alla stabilità e certezza dell'aggiudicazione, sussistono i due termini di *standstill*, che si pongono a tutela della immediata stipulazione del contratto. L'articolo 18, co. 3, D.lgs n. 36/2023, contempla il c.d. *standstill* sostanziale, secondo cui: "Il contratto non può essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione". Il termine suindicato opera in via automatica e consente alle parti in gara di proporre ricorso avverso l'aggiudicazione in modo da non consentire la stabilizzazione del contratto, evitando che vi possa essere un grave *vulnus* in termini di certezza del diritto ai fini aggiudicativi. Ancora, qualora il ricorso venisse presentato con apposita domanda cautelare, interverrebbe l'ulteriore effetto sospensivo previsto, cioè quello del c.d. *standstill* processuale[11].

documenti di gara. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano la partecipazione alla gara anche in caso di comprovato malfunzionamento, pur se temporaneo, delle piattaforme, anche eventualmente disponendo la sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravita` del malfunzionamento.

[9] Concetto che anche se non oggetto di odierna trattazione, per la sua ampia portata innovativa merita di essere quantomeno citato. In tal senso, gli artt. 35 e 36, D.lgs n. 36/2023, introduce la novità che prevede l'acquisizione diretta, per il tramite di modalità digitale, dei dati e delle informazioni delle piattaforme, in assenza di qualsivoglia istanza o domanda. Per ciò che è stato richiamato, il regime si presenta differenziato per il primi cinque classificati in graduatoria ai quali sono resi reciprocamente disponibili le relative offerte e dichiarazioni, in modo da consentire impugnazioni plurime da parte dei soggetti classificatisi in posizione deteriore, nonché la presentazione di ricorsi incidentali da parte dell'aggiudicatario.

[10] M. Lipari, *La tutela giurisdizionale amministrativa e il precontenzioso ANAC nel nuovo Codice dei contratti pubblici,* in *www.lamministrativista.it*, 6 giugno 2023. Per approfondimenti sul punto si veda A. Magliari, *Il contenzioso: la tutela giurisdizionale e i rimedi alternativi*, cit., p. 347.

[11] Art. 18, co. 4, D.lgs n. 36/2023: Se e` proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante o all'ente concedente fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare di primo grado o del dispositivo o della sentenza di primo grado, in caso di decisione del merito all'udienza cautelare. L'effetto sospensivo cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 15, comma 4, del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato I al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza pronunciarsi sulle misure cautelari con il consenso delle parti, valevole quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.

ISSN 2036-7821

In buona sostanza, con entrambi i termini di *standstill* si consente all'operatore economico ricorrente di poter giovare della mancata stipula del contratto per un periodo di tempo valido e necessario alla definizione della controversia.
Il terzo punto è connesso alle esigenze di concentrazione della tutela. La previsione di cui all'articolo 120 comma 7, impone che gli eventuali nuovi atti attinenti alla medesima procedura di gara, debbano essere obbligatoriamente impugnati mediante ricorso per motivi aggiunti e non già con ricorso separato, con ciò consentendosi di poter concentrare in un unico ricorso le varie ragioni che hanno spinto il ricorrente ad impugnare la gara e, al contempo, permettendo l'accelerazione del processo dato l'unico ricorso effettuato.
Da ultimo, il connotato dell'accelerazione che segna tutto il processo, è percepibile oltre che nel dimezzamento dei termini processuali, dalla possibilità indicata dall'articolo 120, comma 5, secondo cui la decisione potrà essere portata, esclusivamente per il tramite di congiunta richiesta delle parti, su un'unica questione, la quale potrà essere decisa tramite apposita udienza cautelare nel caso in cui ne sussistano i presupposti.
Nonostante le peculiarità e la particolare rapidità del processo, l'alleggerimento del carico di lavoro presso i Tribunali tanto auspicato dal legislatore non si è mai realizzato. Sul punto, la delega per il nuovo Codice ha confermato gli strumenti alternativi di risoluzione della controversia, inquadrandoli quale primo strumento utile ad evitare l'incremento del contenzioso che tanto ha oberato le corti amministrative. Si tratta di forme di tutela che si collocano al di fuori del tradizionale circuito giurisdizionale e che si pongono l'obiettivo di garantire una tutela più veloce, duttile ed economicamente più sostenibile anche e soprattutto favorendo il ricorso a strumenti consensuali di risoluzione della controversia, su cui è ora opportuno soffermarvisi in modo da inquadrarli giuridicamente, scandendone le caratteristiche e specificandone le peculiarità.

3. Gli strumenti di ADR e la loro funzione.

Fornire una definizione puntuale e precisa di ADR è compito assai arduo. Difatti, la categoria delle ADR non ha ancora assunto dei connotati certi e definiti restando sempre in un'ottica astratta, lontana dal fornire delle caratteristiche rinvenibili su qualsiasi piano, peculiarità che tende ad accentuarsi ancor di più in ambito pubblicistico.
Sebbene, una parte della dottrina fornisca una definizione ampia di ADR[12], tali mezzi sono da inquadrare prevalentemente all'interno degli strumenti negoziali, volti alla risoluzione bonaria delle controversie.

[12] Sul punto, vari autori vi fanno rientrare anche i ricorsi amministrativi, tra gli altri v. B. Marchetti, *ADR e amministrazione pubblica,* op. cit.; G.P. Cirillo, *ADR e amministrazione pubblica, in Ufficio Studi Della Giustizia*

ISSN 2036-7821

All'interno di tali meccanismi risolutivi, si può operare una duplice distinzione.
Vi sono da un lato, i rimedi che portano ad una autonoma composizione della lite, questo il caso della transazione. Dall'altro lato, quelli in cui il ruolo del soggetto terzo ed imparziale è centrale nel positivo esito del contrasto, assecondando uno schema di etero – composizione della disputa come avviene nei casi della mediazione, della conciliazione, della negoziazione assistita ed in particolar modo nella figura dell'arbitrato[13]. Nell'ambito di questo secondo gruppo di strumenti alternativi di risoluzione della controversia, vi rientrano quelli c.d. "aggiudicativi"[14], in cui le parti si impongono di rispettare la controversia così come decisa dal terzo, e quelli "assistenziali" in cui le parti ricevono il suggerimento del terzo e successivamente, vengono lasciate anche libere di disattenderlo[15].
Procedendo con diversa classificazione, vi sono i rimedi extraprocessuali, i quali si manifestano prima del processo o al di fuori dello stesso; rispetto ai rimedi processuali che, manifestandosi all'interno di un giudizio già pendente, si atteggiano in maniera differente, qualificandosi quali veri e propri strumenti del processo.
Ad abundantiam, vale la pena riportare altre due tipologie di classificazioni.
Le prime, in cui le ADR si caratterizzano per l'obbligatorietà o la facoltatività dell'impiego dello strumento; o ADR che possono essere attivate su decisione delle parti, le quali possono decidere di ricorrervi o meno. Le seconde, per altro aspetto, si differenziano in presenza del segmento temporale in cui poterle avviare, differenziandosi tra l'attivazione prima dell'inizio della controversia o, viceversa, da utilizzare esclusivamente nel caso in cui la contesa fosse già presente.
Proseguendo nell'analisi, si possono individuare le ADR che si caratterizzano per la scelta circa la disciplina del procedimento che può essere disposta sulla base di quanto previsto dalla legge o in virtù di quanto deciso dalle parti. Oltre che, in ultima

---

Amministrativa (a cura di), Giustizia amministrativa ed economia. Efficienza del sistema e soddisfazione dei cittadini. Profili di diritto interno e comparato, Milano, 2017. L'istituto dell'annullamento d'ufficio: M. Allena, *L'annullamento d'ufficio come strumento di ADR: la modernità di un istituto antico*, 2018, in Riv. Trim. App. Le garanzie partecipative e la figura del difensore civico: N. Posteraro, *L'amministrazione contenziosa: le Alternative Dispute Resolution (con particolare riguardo alla figura del difensore civico)* in *Il processo, 2021.* Il contratto: S. Valaguzza, *Il "giusto" contemperamento degli interessi attraverso i contratti amministrativi: una forma di ADR?* in A. Cassatella, S. Dalla Bontà, E. Mattevi (a cura di) *Pandemia e gestione responsabile del conflitto. Le alternative alla giurisdizione. Atti del convegno. Trento, 10 giugno 2021,* Napoli 2021, per cui ritiene che possano considerarsi ADR anche i contratti pubblici in cui si sia espressamente prevista una "fase costruttiva" di dialogo tra le parti in causa, in questo caso sarebbe lo stesso negozio a divenire lo strumento di risoluzione stragiudiziale delle controversie.

[13] P. Otranto, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico,* p. 218, cit.

[14] Circostanza che permette di richiamare il concetto di *adjudication.*

[15] Anche detti strumenti facilitativi o non *adjudicatory.* Il tutto è avvalorato dalla direttiva 2013/11/UE, al *considerando* 21, in cui si afferma che le ADR possono assumere la forma di procedure in cui l'organismo ADR riunisce le parti allo scopo di permettere una soluzione amichevole, di procedure in cui l'organismo suggerisce una soluzione e, da ultimo, delle procedure in cui diviene obbligatoria la soluzione prescelta; precisandosi che tali strumenti possono anche essere combinati tra di loro sulla base delle soluzioni appena prospettate.

ISSN 2036-7821

analisi, riguardo alla posizione del terzo implicato nel corso della procedura, che potrà assumere la diversa veste di soggetto pubblico o privato.

Se il legislatore ad oggi, non ha posto alcun problema sulla possibilità di utilizzare tali strumenti all'interno del diritto amministrativo, di contro in passato, sia dottrina che giurisprudenza si opposero all'opportunità di definire le controversie derivanti dall'esercizio di un potere autoritativo dell'amministrazione attraverso l'utilizzo di tali strumenti nel caso in cui ci si trovasse dinanzi a posizioni soggettive caratterizzate dall'interesse legittimo degli interessati.

La definitiva apertura agli strumenti di ADR si è avuta con l'evoluzione della nozione di interesse legittimo[16], oltre che dall'apertura agli strumenti di natura convenzionale come gli accordi di cui all'art. 11 L. n. 241/90, in cui si è riconosciuta la possibilità di disporre del potere pubblico[17], saldandosi in tempi recenti con il principio secondo cui "*i rapporti tra il cittadino e la P.A., sono improntati ai principi di collaborazione e della buona fede*" ex. art. 1, co. 2 bis L. n. 241/90[18]. Se non si dubita più sull'utilizzo degli strumenti di ADR, dati, altresì, i molteplici interventi legislativi volti alla loro introduzione, più di qualche incertezza residua in merito alle loro funzioni e sui limiti applicativi prospettabili all'interno del settore pubblicistico, su cui è necessario indagare.

Senza dubbio, gli strumenti di ADR si ricollegano al generale problema dell'eccessività del contenzioso presente all'interno dell'apparato amministrativo[19]. Spesso, il blocco della macchina giudiziaria è indice sintomatico di cattiva amministrazione e tra i fattori che ne sono causa vi è anche l'assenza di mezzi di ADR, i quali consentirebbero di assicurare una celere definizione della controversia attraverso i due presupposti essenziali che li caratterizzano inquadrabili nella composizione della controversia e nel dialogo tra le parti.

In tal senso, gli strumenti di ADR assolvono ad un doppio ruolo.

Per un versante, svolgono il compito di migliorare l'accesso alla giustizia amministrativa, consentendo di estendere gli strumenti a tutela e garanzia delle pretese dei soggetti operanti in ambito pubblicistico, in relazione alle varie controversie che possono palesarsi in virtù dell'attività svolta dalla pubblica

---

[16] In questo senso, F.G. Scoca, *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri,* in *AA. VV., Arbitrato e pubblica amministrazione,* Milano, 1991, p. 106; in cui si afferma che: "non c'è dubbio che l'interesse legittimo sia disponibile. Il problema non è se esso sia disponibile, il problema è semmai se sia disponibile la situazione soggettiva contrapposta all'interesse legittimo, cioè il potere dell'amministrazione".

[17] F. Trimarchi Banfi, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa,* in *Pol. Dir.*, 1993.

[18] P. Otranto, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico,* p. 223, op. cit.

[19] Sul punto, i dati statistici del *Doing business report 2020* della World Bank, in riferimento alla categoria *"enforcing contracts"*, relativo ai tempi e ai costi occorrenti per ottenere e portare ad esecuzione una decisione giurisdizionale di primo grado in una controversia commerciale, l'Italia occupa la posizione n. 122 a fronte della posizione di altri Stati europei come la Germania, la Francia e la Spagna che sono tra le prime posizioni in classifica.

ISSN 2036-7821

amministrazione. Mentre, per altro verso, nel tentativo di risolvere il conflitto nascente tra le parti, fungono da filtro all'accesso alla giustizia, ponendosi quale antecedente tecnico rispetto al sistema giudiziario, in modo da alleviare il carico di lavoro presente nei tribunali che, in un'ottica generale, è volta a deflazionare il contenzioso amministrativo. Da ciò in ogni caso non ne consegue che in Italia gli strumenti di ADR siano da intendere quale surrogato alla giurisdizione, in quanto l'accesso alla giustizia deve essere garantito a tutti, come evidenziato dalla Costituzione ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost[20]. Il punto di forza di tali strumenti è il rafforzamento della tutela giurisdizionale tale da non indebolire la posizione del cittadino rispetto alla P.A.

In definitiva, quindi, il ruolo delle ADR è di estrema importanza ma è da considerare come sussidiario in correlazione alla disciplina giurisdizionale, la quale non deve in alcun modo essere preclusa né tantomeno sminuita[21].

Nonostante l'alto tasso di negoziabilità dei diritti in questione, la disciplina sottostà a un duplice limite derivante dalla funzione assolta dalla P.A. all'interno dell'ordinamento giuridico.

Il primo limite concerne l'interesse generale. Tale interesse deve essere perseguito in forza del principio di legalità, oltre che in ossequio ai principi di imparzialità, buon andamento, pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa anche se realizzata per il tramite di accordi. Secondo limite alla piena negoziabilità del potere attiene alla multipolarità del rapporto di diritto pubblico; quindi, con riferimento alla posizioni giuridiche dei terzi sulle quali l'accordo può generare effetti[22].

Non vi è dubbio che proprio il settore dei contratti pubblici è stato e continua ad essere, anche a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, uno dei principali compartimenti in cui si osserva un intreccio tra principi e regole di diritto privato e di diritto pubblico, motivo dal quale ne è discesa, nel corso degli anni, una forte sperimentazione di varie forme di ADR.

Il primo tentativo di codificazione, avvenuto con il D.lgs n. 163/2006, contemplava i soli strumenti dell'accordo bonario, della transazione e dell'arbitrato. Sebbene la presenza dei suindicati istituti deflattivi si ponesse quale novità assoluta ma in linea di continuità con l'evoluzione del diritto amministrativo e degli interessi di cui si facevano portatori i soggetti operanti nella commessa pubblica, era facilmente

[20] Nonostante gli strumenti in questione si prefiggono l'obiettivo di avvicinare le parti e far trovare ad esse la soluzione del conflitto, nell'ordinamento italiano è prevalsa la diversa concezione secondo cui le ADR sono da intravedere quale mezzo per prevenire le liti, risolvendole sul piano giuridico, o quale antecedente processuale che costituisce una fase del percorso che, nella maggior parte dei casi, sfocia nel processo ordinario.

[21] Questo è il caso del Mediatore europeo o ancora, come avviene nel caso italiano per il difensore civico, potendo trovare applicazione la disciplina per i rimedi che sono di scarso valore economico e trovare un rimedio che sia potenzialmente in grado di risolvere i conflitti che invece arrecherebbero solo un malcontento latente rispetto alle attività della P.A.

[22] P. Otranto, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico,* op. ult. cit., p. 225.

ISSN 2036-7821

evincibile la posizione di attesa e prevalenza del legislatore in favore dell'accesso giurisdizionale sugli strumenti in esame. Vera e propria rivoluzione si è avuta con il D.lgs n. 50/2016 che ha innovato il settore affiancando il parere di precontenzioso ANAC, quale rimedio di possibile attivazione durante la procedura di gara, all'interno della fase pubblicistica della procedura di evidenza pubblica[23]. Anche se il nuovo Codice (D.lgs n. 36/2023) si pone in sostanziale linea di continuità con quanto previsto dalla precedente disciplina, invero, il legislatore ha inteso rafforzare gli strumenti di ADR, avendo particolare attenzione a ciò che concerne la fase di esecuzione del contratto.
Non vi è dubbio che tra gli strumenti ora in esame prevalgano quelli afferenti alle liti sorte tra l'amministrazione di riferimento e i privati durante la fase di esecuzione del contratto e riannodando le fila del discorso, proprio gli istituti deflattivi del contenzioso contenuti nel Codice dei contratti mirano a risolvere le controversie aventi ad oggetto i diritti patrimoniali delle parti, giustificandosi l'applicabilità di tali strumenti in virtù della negoziabilità dei diritti, che per loro natura sono rimessi nella disponibilità dei soggetti interessati. Fra tutti gli strumenti di ADR previsti dal nuovo Codice dei contratti, spicca l'istituto del Collegio consultivo tecnico, di cui è particolarmente tormentata la genesi e l'evoluzione legislativa ma che ottiene con il D.lgs n. 36/2023 una nuova e accurata fioritura normativa.

4. Il Collegio consultivo tecnico: l'evoluzione normativa.

L'istituto del CCT non rappresenta un'innovazione nel panorama della contrattualistica pubblica. Invero, l'istituto fu previsto per la prima volta dal Codice dei contratti pubblici del 2016 all'interno dell'art. 207, considerato all'epoca come una novità assoluta nel panorama della normazione di settore.
Si trattava di un organismo, a carattere facoltativo[24], facente parte degli strumenti precontenziosi in fase di esecuzione del contratto, inserito nel capo II della parte VI del codice, dal titolo "*Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale*". Lo scopo ricoperto dal CCT era rinvenibile nella precipua prevenzione delle controversie in sede di esecuzione del contratto, "*con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle dispute di ogni natura…*". Sebbene l'istituto fosse considerabile quale valido strumento alla prevenzione delle liti, il CCT riscontrava poca credibilità nella sua portata pratica. In effetti, le eventuali decisioni prese non avrebbero vincolato le parti, potendo al più assoggettarle alla decisione solo ove le stesse avessero presentato la propria

[23] A. Magliari, *Il contenzioso: la tutela giurisdizionale e i rimedi alternativi,* op. ult. cit., p. 359.
[24] Come rilevato da A. Aniello, *Il Collegio Consultivo Tecnico come arbitrato obbligatorio? Spunti di riflessione,* in *Riv. Arbitrato,* 2022, n.3, p. 519; la costituzione del Collegio era devoluta per intero alle parti, laddove il legislatore non aveva contemplato l'ipotesi che l'eventuale nomina dei membri del Collegio fosse oggetto di ponderazione da parte di un soggetto terzo (sia esso il Presidente del Tribunale di riferimento o un altro soggetto istituzionale).

ISSN 2036-7821

determinazione in presenza di almeno due soggetti del CCT[25]. In altri termini, l'operatività del Collegio era fortemente limitata dalla discrezionalità delle parti oltre che dal valore della determinazione, da configurare, quindi, nelle sua naturale essenza di "*non binding solution*".

Malgrado, la recente entrata in vigore, con grande sorpresa il Consiglio di Stato ne volle l'abrogazione che avvenne un anno più tardi per il tramite dell'art. 121 del correttivo di cui al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56[26].

Due anni dopo, l'istituto venne rivitalizzato, con la l. 14 giugno 2019, n. 55, di conversione, con modificazioni, del D.l. 18 aprile 2019, n. 32, c.d. decreto sblocca cantieri. L'art. 1, commi da 11 a 14, ne prevedeva la costituzione facoltativa su accordo delle parti, sulla scia di quanto delineato dal Codice dei contratti pubblici che ne riprendeva le funzioni[27], ma in via solo transitoria, ovvero prevista fino alla data di entrata in vigore del regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del Codice dei contratti pubblici, di cui all'art. 216, comma 27-octies, del codice stesso[28].

Successivamente, le disposizioni del D.l. sblocca cantieri sul CCT sono state abrogate dall'art. 6, comma 9, del D.l. n. 76/2020 c.d. decreto semplificazioni, che nel disporre una nuova disciplina, lo ha reso applicabile sino al 30 giugno 2023. L'organismo come ristrutturato e contemplato, anche se di difficile collocazione sistematica, assolveva a due funzioni tra di loro differenti. Fondamentalmente, era volto alla prevenzione delle controversie e alla loro eventuale rapida risoluzione sia successivamente che antecedentemente alla stipula del contratto. In subordine, svolgeva una rilevante attività consultiva come suggerito dalla sua stessa denominazione.

Anche in questo caso, lo strumento sembrava essere previsto solo in via sperimentale, data la preoccupante situazione emergenziale dovuta alla pandemia da Covid- 19, per dar nuovo slancio all'economia italiana. Sennonché, a seguito della legge delega con cui il Governo ha inteso disciplinare nuovamente la materia, il CCT ha finalmente trovato piena attuazione e collocazione negli articoli 215 e ss. del

[25] Esclusivamente in questo caso, la legge considerava tale accordo raggiunto tra le parti quale vera e propria transazione, volta a definire la controversia insorta.

[26] Il Consiglio di Stato optò per l'abrogazione dell'istituto per un triplice ordine di ragioni: a) "il presupposto non risulta espresso in modo chiaro, non essendo agevolmente definibili i casi di dispute (espressione atecnica) che si prevede possano nascere"; b) "la norma…non chiarisce se ricorso al collegio consultivo costituisca un sistema alternativo all'accordo bonario e come i due istituti si rapportino tra loro"; c) la "previsione potrebbe influire sui compiti della Camera arbitrale e pone problemi di compatibilità con il criterio di delega di cui alla lett. aaa), art. 1…l. 11/2016". Nonostante il Governo non fosse d'accordo con le osservazioni del Consiglio di Stato, un anno dopo l'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, l'istituto è stato soppresso dal correttivo del 2017.

[27] Questa volta non parlando più di "*dispute*" ma di "*controversie*".

[28] C. Volpe, *Il Collegio consultivo tecnico. Un istituto ancora dagli incerti confini*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020.

ISSN 2036-7821

nuovo Codice dei contratti pubblici D.lgs n. 36/2023[29]. Il nuovo Codice si muove in linea di continuità con quanto previsto dal D.l. n. 76/2020, fissando, in particolar modo, l'obbligatorietà della costituzione del CCT sia per gli appalti di lavori sopra soglia che per i contratti di forniture e servizi di importo pari o superiore al milione di euro.

In sostanza, data l'importante funzione affidata al nuovo Collegio consultivo è necessario ricostruire l'istituto, quantomeno, nei suoi tratti salienti, avendo cura di mostrare i punti di forza caratterizzanti l'organismo in esame.

5. Il Collegio consultivo tecnico nel nuovo Codice dei contratti pubblici.

Come riportato in precedenza, la figura dominante tra gli strumenti di ADR presentati dal nuovo Codice sembra essere quella del CCT. Le norme sul CCT, ora disciplinato all'interno degli artt. 215, 216, 217, 218 e 219 del D.lgs n. 36/2023, danno piena attuazione a quanto previsto in sede di legge delega al Governo, rispetto al rafforzamento degli strumenti di risoluzione delle controversie alternative al ricorso in sede giurisdizionale, anche nella fase di esecuzione del contratto[30]. Di talché, si conferma, in linea di continuità con quanto affermato dal D.l. n. 76/2020, che il CCT sia da inquadrare quale rimedio generale per la risoluzione delle controversie tra committente e appaltatore, in modo da evitare il pregiudizio che ne deriverebbe dalla mancata tempestiva esecuzione dell'appalto[31].

In questo senso, il CCT sembra voler coniugare la forma del meccanismo di degiurisdizionalizzazione dei conflitti rimesso alla libera disponibilità delle parti con un meccanismo di marcata tendenza pubblicistica, utilizzato per garantire la realizzazione dell'interesse generale, traducibile, nel settore della contrattualistica pubblica, nel concetto di tempestiva esecuzione delle opere[32]. È riscontrabile, dunque, la *ratio* sottesa all'istituto, secondo una logica di certezza e apertura al contraddittorio, in cui assuma rilievo l'apporto fornito alla stazione appaltante in una prospettiva di buon andamento, ricerca della giustizia oltre che nell'uso parsimonioso della stessa, saldandosi, da ultimo, con l'effettivo conseguimento

[29] La legge delega per il nuovo codice dei contratti pubblici continua a muoversi su questa linea, dal momento che ha esplicitamente inserito tra i principi e criteri direttivi "*l'estensione e il rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in fase di esecuzione del contratto*".

[30] Per dover di completezza, a completare la disciplina sono presenti anche l'allegato V.2 e le linee guida che sono state emanate e approvate con decreto del MIT e pubblicate a marzo 2022.

[31] M. Sannino, *I rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale,* op. cit., p. 97; in cui si sostiene che la creazione obbligatoria per gli appalti sopra soglia, di un organismo consultivo e di mediazione e di conciliazione destinato ad accompagnare l'esecuzione del contratto sin dal momento iniziale e per tutta la sua durata, è volta ad evitare che dispute e contrasti che possono insorgere tra le parti ritardino o ostacolino l'esatto adempimento della prestazione contrattuale.

[32] P. Otranto, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico*, op. ult. cit.

ISSN 2036-7821

dell'appalto, in ossequio al più generale principio di risultato, punto focale all'interno del nuovo Codice dei contratti pubblici.
Sulla base di quanto precedentemente previsto dal D.l. n. 76/2020, anche il nuovo Codice dei contratti pubblici contempla tre differenti tipologie di CCT, con composizione e compiti in parte diversi e con differente natura giuridica degli atti.
In primo luogo, si ha il CCT obbligatorio nelle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria e per quelli di forniture e servizi di importo pari o superiore a 1 milione di euro ex. art. 215 co. 1 D.lgs n. 36/2023.
Ancora, si ha il CCT facoltativo nelle opere pubbliche di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria. Qui il collegio trova fonte nella volontà delle parti, le quali ne prevedono i compiti oltre che l'applicabilità di tutte o parte delle disposizioni in tema di sospensione dell'esecuzione dei lavori con riguardo alle funzioni attribuite al CCT da quest'ultimo articolo.
Il nuovo Codice, così come disposto precedentemente dal D.l. semplificazioni, consente alle parti di poter istituire il Collegio, con la conseguenza che le determinazioni del CCT assumano natura di lodo contrattuale ai sensi dell'articolo 808-ter del Codice di procedura civile se le parti, successivamente alla nomina del Presidente e non oltre il momento dell'insediamento del collegio, non abbiano diversamente disposto, concetto su cui si ritornerà successivamente per definirne gli aspetti più problematici, nonché i contorni giuridici[33].
Ultima figura disponibile è quella del CCT facoltativo nella fase antecedente l'esecuzione del contratto ex. art. 218 D.lgs n. 36/2023[34].
Sulla base di quanto appena evidenziato è evincibile la natura del CCT. Infatti, come è possibile rilevare, l'attività del CCT non è limitata a una controversia in atto ma, innanzitutto, è finalizzata a impedire, in via anticipata e preventiva, che una qualunque lite possa insorgere tra le parti, estendendosi, in via successiva, alla risoluzione delle controversie e delle dispute tecniche una volta sopraggiunte. Si tratta, comunque, di funzioni deflattive del contezioso in supporto al RUP, con riguardo sia alla fase dell'esecuzione che a quella di svolgimento della gara che si manifestano attraverso determinazioni e pareri a seguito dei quesiti posti dalle parti.

[33] Pertanto, ci si limita in questa sede ad evidenziare che è presente un'unica eccezione contemplata dallo stesso art. 217 co.1, per gli effetti di lodo contrattuale nei casi in cui è richiesto il parere sulla sospensione coattiva e sulle modalità di prosecuzione dei lavori. Il parere obbligatorio può essere sostituito dalla determinazione avente natura di lodo contrattuale nell'ipotesi di sospensione imposta da gravi ragioni di ordine tecnico ai sensi del comma 4 dell'articolo 216.

[34] Art. 218 D.lgs n. 36/2023: Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, tramite il RUP, possono costituire, secondo le modalità di cui all'allegato V.2, un collegio consultivo tecnico, formato da tre componenti, per risolvere problemi tecnici o giuridici di ogni natura suscettibili di insorgere anche nella fase antecedente alla esecuzione del contratto, ivi comprese le determinazioni delle caratteristiche delle opere e le altre clausole e condizioni del bando o dell'invito, nonché la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione e dei criteri di selezione e di aggiudicazione.

ISSN 2036-7821

Di certo, il CCT configura un metodo alternativo di risoluzione delle controversie ma la sua funzione e, quindi, la sua natura, non si esauriscono solo in tale ambito, estendendosi in maniera più ampia, anche in forme di assistenza alla stazione appaltante durante tutta la fase dell'esecuzione, compresa quella antecedente alla stessa, in modo che si persegua l'obiettivo principale individuabile nella realizzazione dell'opera nei tempi e nei modi previsti[35]. In altri termini, si profila un nuovo ruolo del CCT, ovvero quello di struttura chiamata a svolgere funzioni di mediazione e conciliazione finalizzata al raggiungimento dell'interesse generale. Il Codice precisa che anche se in presenza di determinazione avente valore di lodo contrattuale, l'attività sarà sempre tesa alla scelta della migliore soluzione per la celere esecuzione dell'opera a regola d'arte. Tale assunto evidenzia ancor di più la natura poliedrica del CCT, all'interno del quale si mescolano varie funzioni appartenenti ai diversi istituti codicistici ma in cui l'obiettivo principale va fissato nel più ampio perseguimento dell'interesse pubblico primario in omaggio al fondamentale principio di cui all'art. 1 D.lgs n. 36/2023.
Come evincibile, il carattere del CCT ha un carattere "polivalente" che lo differenzia per ciò solo dalla figura dell'arbitrato, operando sia quale strumento di risoluzione delle controversie che quale strumento volto alla prevenzione dello sbocco in sede giustiziale, marcando la differenza sussistente tra gli strumenti di *dispute resolution* e *dispute avoidance*[36]. Il modello di riferimento sembrerebbe, a parere di chi scrive e di parte della dottrina, più quello dei c.d. *dispute boards*[37], rispetto alla posizione della stazione appaltante, con il principale scopo di prevenzione del contenzioso[38], in cui la decisione finale assunta dal CCT debba sempre essere preceduta dal tentativo di addivenire ad una soluzione consensuale della controversia[39].
In buona sostanza, se il CCT opera al fine precipuo di proteggere la regolare esecuzione del contratto, la sua attività non è compatibile con l'arbitrato. Come

[35] C. Volpe, *Il Collegio consultivo tecnico. Un istituto ancora dagli incerti confini*, cit.

[36] R. Carleo, *La prevenzione delle controversie negli appalti (DAiC Dispute Avoidance in Construction), Relazione destinata agli Atti del II Forum Internazionale del Gran Sasso "La prevenzione, via per un nuovo sviluppo"*, in *Diritto e società*, 2019, n. 3, p. 527-544.

[37] M. Luchetti, *Appalti: prospettive di prevenzione e risoluzione delle controversie con il collegio consultivo tecnico previsto dal Decreto-legge semplificazioni*, in www.filodiritto.com. In particolare, la giurisprudenza del Consiglio di Stato riconosce a sé stesso il ruolo di *advisory board* delle istituzioni del Paese nell'esercizio delle funzioni consultive - di cui all'art. 100, comma primo, della Cost. - sugli atti normativi e di regolazione (Cons. Stato: sez. consultiva per gli atti normativi, 20 ottobre 2020, n. 1612; Comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767). Da ultimo, nello stesso senso, con riguardo a tutte le funzioni consultive del Consiglio di Stato, Cons. Stato, sez. I, 13 novembre 2020, n. 1807.

[38] Ne è evidente anche la disposizione di cui all'art. 6, comma 3, del D.l. n. 76/2020, secondo cui, "*Nell'adozione delle proprie determinazioni, il collegio consultivo può operare anche in videoconferenza o con qualsiasi altro collegamento da remoto e può procedere ad audizioni informali delle parti per favorire, nella risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche eventualmente insorte, la scelta della migliore soluzione per la celere esecuzione dell'opera a regola d'arte*".

[39] A. Magliari, *Il contenzioso: la tutela giurisdizionale e i rimedi alternativi*, op. ult. cit., p. 370.

ISSN 2036-7821

efficacemente sostenuto: "*il CCT monitora e indirizza il contegno delle parti ed opera su un piano che è per definizione extra giudiziale: la controversia non si risolve, si evita*"[40].
Si può ragionevolmente sostenere, come interpretato da autorevole dottrina secondo una visione unitaria, che la figura del CCT è da identificare quale organismo giustiziale atipico di diritto pubblico contaminato dalla partecipazione del soggetto interessato all'interno dello stesso, con la conseguente attribuzione della possibilità di risolvere le controversie di comune accordo e del potere di pronunciare in modo irrituale[41].

5.1 Il caso della variabile natura precettiva delle decisioni: in particolare la natura delle c.d. determinazione – mediazione.

In precedenza, secondo la legge di conversione del d.l. sblocca cantieri, la fonte della costituzione del CCT era da rinvenire in un duplice accordo tra le parti: uno a monte della costituzione e l'altro a valle, necessario in presenza delle eventuali controversie insorte, in cui le parti accettavano la proposta di soluzione del collegio.
Il nuovo Codice, sempre in ottica di continuità, dispone che le determinazioni del CCT obbligatorio abbiano natura di lodo contrattuale ai sensi dell'art. 808 ter c.p.c., a meno che le parti non abbiano optato per una diversa e motivata volontà da manifestarsi in forma scritta[42]. La determinazione avente natura decisoria consente al CCT di risolvere qualsiasi controversia o conflitto di varia natura, che possano sorgere durante l'esecuzione del contratto. Dipendendo dalla espressa volontà delle

[40] Così, A. Aniello, *Il Collegio Consultivo Tecnico come arbitrato obbligatorio? Spunti di riflessione*, op. cit., p. 524, in cui l'autore pone in risalto la funzione più rilevante dello strumento in esame che è quella di *dispute avoidance*, come, tra l'altro a livello internazionale, segna l'innovatività e la particolarità dei c.d. *dispute board*. Le attività pratiche che si riportano possono essere quelle non formalizzate, in occasione delle visite periodiche in cantiere o negli incontri stabiliti tra i membri del collegio ed i rappresentanti delle parti contrattuali.

[41] Tale definizione è stata proposta da F. Francario, *Il collegio consultivo tecnico. Misura di semplificazione e di efficienza o inutile aggravamento amministrativo?*, in www.giustiziainsieme.it, 2022. L'autore, in aggiunta, rimarca, sotto un duplice punto di veduta, la differenza sussistente tra il rimedio fornito dal CCT e gli altri strumenti previsti dal sistema giuridico. Il primo è quello della necessaria partecipazione, come componente dell'organo decidente, dell'operatore economico, e cioè della parte privata direttamente interessata (*rectius*: di membri da questa nominati). La decisione, parere o determinazione che sia, non viene presa più unilateralmente dalla sola amministrazione. Rispetto al sistema dei ricorsi amministrativi, s'introduce l'elemento della consensualità, in luogo della unilateralità, nella decisione sul ricorso (o nella resa del parere). L'altro elemento di novità o di rottura che si coglie, con riferimento alle forme di *ADR* ritenute ammissibili in ambito pubblico, riguarda la possibilità d'impiego della forma dell'arbitrato irrituale. La rottura rispetto all'impiego tradizionale del modello arbitrale non risiede nel fatto che si introduce una forma di arbitrato obbligatorio, cosa che non avviene (è obbligatoria la costituzione del Collegio, non la decisione in forma arbitrale, che dipende pur sempre dalla concorde volontà delle parti); ma nel fatto che una norma di legge consente che, perlomeno nell'attuale contingenza storica, dispute o controversie con la PA possano essere decise anche a mezzo di un arbitrato irrituale. La previsione legislativa predetermina requisiti e modalità di scelta degli "arbitri" (art 6, comma 2) e delinea i tratti essenziali del procedimento (art. 6, comma 3), sottraendo entrambi i profili ad una assoluta libertà negoziale e superando con ciò le riserve più volte formulate dalla Corte di Cassazione e legittimando l'ingresso della gara in ambito pubblicistico.

[42] Art. 6, co. 3 D.l. semplificazioni e artt. 215 co. 2 e 217 co. 1, D.lgs n. 36/2023.

ISSN 2036-7821

parti, la determinazione varrà a definire il conflitto, vincolandole in modo diretto, in virtù di quanto disposto da quella che si può definire come una c.d. *determinazione – lodo contrattuale*[43].

Nel caso in cui, invece, anche solo un contraente non sia previamente d'accordo rispetto all'automatica vincolatività della decisione del CCT, questa assumerà valore di c.d. *determinazione – mediazione*, potendo assumere i connotati di un autorevole suggerimento rivolto alle parti per risolvere i contrasti sorti in sede di esecuzione, assomigliando, in questo caso, ad una vera e propria mediazione[44].

Malgrado si avverta la mancanza di precettività della determinazione, parte della dottrina pone in rilievo una seppur indiretta obbligatorietà nella scelta rispetto a quanto previsto dalla stessa[45].

Ciò è da rinvenire sulla base di quanto previsto all'interno dell'art. 215 co. 3 D.lgs n. 36/2023, secondo cui l'inosservanza della c.d. *determinazione – mediazione* comporterebbe la valutazione "*ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali*"; laddove, viceversa, la piena osservanza di quanto disposto dal CCT consentirebbe l'esclusione della responsabilità per danno erariale, eccezion fatta per la condotta puramente dolosa[46].

Sulla base di quanto appena sottolineato, è facilmente intuibile che le parti si adatteranno al contenuto previsto dalla c.d. *determinazione – mediazione*, in modo da non rischiare di andare incontro ad eventuali sanzioni così come previste dal Codice.

---

[43] Come disposto dalle linee guide precedenti al nuovo Codice, per cui se le parti non hanno escluso l'attribuzione del valore di lodo arbitrale, alle decisioni del CCT, queste diventano determinazioni a carattere dispositivo, direttamente attributive di diritti o costitutive di obblighi in capo alle parti, attesa l'efficacia tipica del lodo contrattuale irrituale.

[44] In questo senso, P. Otranto, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico*, op. ult. cit.; per cui l'interpretazione è ulteriormente avallata da quanto espressamente convenuto da parte della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità delle norme che disponevano l'obbligatorietà dell'arbitrato in materia di contratti pubblici o che prevedevano la possibilità di deroga solo per la parte pubblica. Peraltro, le linee guida pongono in rilievo che: "*la volontà manifestata anche da una soltanto delle parti è sufficiente ad escludere la natura di lodo contrattuale delle determinazioni del CCT*".

[45] C. Costanzi, *Dal Dispute Board al collegio consultivo tecnico. Profili comparatistici, diacronici e critici della semplificazione all'italiana,* in Riv. Ambientediritto, 2/2021.

[46] In aggiunta a quanto appena osservato, l'All. V.2, ex. art. 3 co. 5 del nuovo Codice dei contratti pubblici, riferendosi alle decisioni del CCT, conferma che: Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della determinazione del Collegio consultivo, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che non ha osservato la determinazione, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. La norma ci fa comprendere, oltremodo, da un punto di vista sistematico che l'attività del CCT sia riconducibile alla mediazione e alla conciliazione, anche dal punto di vista delle spese di lite, dato che con riferimento alla mediazione in ambito civile e commerciale, la disciplina delle spese del giudizio promosso segue le mosse di quanto appena riportato, in caso di mancata accettazione della proposta formulata dal mediatore.

ISSN 2036-7821

In questo caso, sebbene astrattamente le parti siano libere di poter risolvere la controversia in modo differente o con un diverso assetto rispetto a quello suggerito dal CCT, sembra comunque comprensibile assegnare un carattere decisorio alla c.d. *determinazione – mediazione* non potendolo qualificare esclusivamente quale rimedio di natura alternativa e assistenziale. D'altra parte, però, è opportuno rammentare che non si rientra nel caso della c.d. *determinazione – lodo* tanto che le parti potranno disattenderne il contenuto.

Nel caso in esame, quindi, come rilevato, sembrerebbe opportuno riferirsi ad atti che abbiano natura "*quasi aggiudicativa*" ponendo in rilievo il carattere decisorio della pronuncia oltre che la validità a conformare, almeno in via mediata, la susseguente condotta delle parti, in assenza di una diretta vincolatività della pronuncia. Sul punto, è chiaramente intuibile la *voluntas legis*, laddove il nuovo Codice fornisce un'indicazione ben precisa, per cui si utilizzi il CCT in tutte le sue forme e compiti assistenziali e si eviti, per tal via, che il ricorso possa essere scoraggiato dalla paura dei funzionari nell'incorrere in forme di responsabilità amministrativa[47].

Ulteriore conferma la si ricava dall'art. 216, in cui si ritiene necessario acquisire il parere obbligatorio del CCT nei casi in cui ci sia la sospensione volontaria o coattiva dell'esecuzione di lavori con importo sopra-soglia, oltre che in presenza di contratti relativi a servizi e forniture. Il parere in questo contesto non servirà a risolvere la controversia insorta fra le parti bensì assolve ad una funzione puramente consultiva in merito alle decisioni prese dalla stazione appaltante[48].

Sebbene trattasi di un mero compito di consulenza, le conseguenze derivanti dall'eventuale disobbedienza dei pareri non modificherebbe quanto evidenziato in precedenza[49]. Difatti, come disposto dall'art. 215 co. 3, D.lgs n. 36/2023, sulla base del

[47] M. Macchia, *Alla ricerca di esperti…Rimedi alternativi ed esecuzione dell'appalto,* in *Giorn. Dir. Amm.*, 2024, n. 1, p. 26.

[48] Art. 216, co. 3, D.lgs n. 36/2023: Nel parere il collegio consultivo tecnico valuta anche la possibilità di decidere: a) se procedere all'esecuzione in via diretta dei lavori, anche avvalendosi, nei casi consentiti dalla legge, previa convenzione, di altri enti o società pubbliche nell'ambito del quadro economico dell'opera; b) se interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara come risultanti dalla relativa graduatoria, per stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori, se tecnicamente ed economicamente possibile e alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato; c) se indire una nuova procedura per l'affidamento del completamento dell'opera; d) se proporre alle autorità governative la nomina di un commissario straordinario per lo svolgimento delle attività necessarie al completamento dell'opera ai sensi dell'articolo 4 del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55.

[49] Per dover di completezza, ulteriore funzione consultiva svolta dal CCT è da rinvenire all'interno dell'art. 218, D.lgs n. 36/2023, per cui v. *infra* nota 33. Come fatto notare da A. Magliari, *Il contenzioso: la tutela giurisdizionale e i rimedi alternativi,* op. ult. cit., p. 372; lo strumento assume due peculiarità, in cui la prima risiede nell'attivazione dello strumento, in questo caso facoltativa, che può aver luogo anche nella fase pubblicistica della procedura di affidamento e dunque precedentemente alla stipula del contratto; in secondo luogo, la costituzione del CCT avverrebbe in assenza di qualsivoglia lite con il privato (partecipante o aggiudicatario), circostanza per cui la decisione assurgerebbe a mera funzione consultiva, quale parere facoltativo e non vincolante, in un'ottica di beneficio per la stazione appaltante.

ISSN 2036-7821

richiamo di cui al 217 co. 2, D.lgs n. 36/2023, anche se il CCT operasse per il sol tramite di pareri facoltativi o obbligatori, in ogni caso, la loro inosservanza potrebbe comportare, salvo prova contraria, una forma di responsabilità per danno erariale oltre che grave inadempimento contrattuale[50]. Il soggetto resterebbe, seppur tacitamente, vincolato al rispetto di quanto prospettato dal CCT, per cui si può asserire che il nuovo Codice in tal modo accresce significativamente il ruolo del CCT, quale forma di rimedio giustiziale atipico in ambito pubblicistico, consentendo, a tal uopo, la risoluzione di comune accordo di dispute e controversie anche in forma irrituale e, in definitiva, consolidando l'efficacia c.d. "rinforzata" delle decisioni del CCT[51].

In conclusione, si può ragionevolmente affermare che in relazione al profilo appena esaminato non vi sia una linea di continuità nella disciplina configurante il CCT con quanto prospettato nel D.l. n. 76/2020 c.d. decreto semplificazioni, dato che la distinzione tra le statuizioni c.d. *determinazione – lodo* e quelle c.d. *determinazione – mediazione* all'interno della nuova disciplina codicistica si assottiglia, quasi fino ad annullarsi.

6. Conclusioni.

Il punto di partenza si consolida nell'articolo 1 del nuovo Codice dei contratti pubblici che fissa per gli interpreti del settore il principio del risultato, vera e propria stella polare della commessa pubblica.

Da ciò si può facilmente giustificare sia l'obbligatorietà del CCT che l'importanza da esso rivestito all'interno della nuova disciplina. L'organismo è stato pensato quale ulteriore strumento volto al raggiungimento del principio di risultato, individuabile nella celere realizzazione dell'opera secondo le regole dell'arte, segnando in modo decisivo, l'ingresso nel nostro ordinamento di un nuovo sistema di ADR, contraddistinto dal potere consultivo e di risoluzione alternativa della controversia[52].

Sotto questo punto di vista, come rilevato nel corso del contributo e ad avviso di chi scrive, per dare vigore alla coraggiosa scelta compiuta dal legislatore, le peculiarità dell'istituto sarebbero da sfruttare in modo pieno e continuato al fine di esaltarne la natura camaleontica e polivalente non rinvenibile, per funzioni ed utilità, in alcuna figura presente nel sistema.

---

[50] Pur in assenza di espressa menzione normativa il parere del Collegio è da ritenere obbligatorio per le parti ma non vincolante, residuando in capo alla stazione appaltante la possibilità di decidere in autonomia. Malgrado lo stesso Codice, all'interno dell'art. 217, preveda che il parere non assuma natura di lodo contrattuale nei casi in cui è richiesto il parere sulla sospensione coattiva e sulle modalità di prosecuzione dei lavori, il richiamo di cui al secondo comma conferma però la possibilità di incorrere nella grave responsabilità del soggetto agente.

[51] F. Francario, *La natura giuridica delle determinazioni del collegio consultivo tecnico*, in www.lamministrativista.it, marzo 2021.

[52] P. Otranto, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico*, p. 397, op. ult. cit.

ISSN 2036-7821

Non vi è dubbio che l'istituto esaminato risponde ad esigenze differenti, sorte, non già sulla scia di bisogni concreti di giustizia come avviene per gli altri strumenti di ADR ma, invero, in ordine al raggiungimento dell'obiettivo principale volto alla tutela dell'interesse specifico alla realizzazione dell'opera a regola d'arte secondo i tempi programmati, per comporre sul nascere gli eventuali conflitti tra operatore economico e stazione appaltante.

Quindi, come evidenziato in fase ricostruttiva nel presente contributo, il CCT non ha prettamente funzione giustiziale, dato che la decisione presa non è volta alla risoluzione della lite secondo diritto ma alla celere realizzazione dell'opera. D'altra parte, il CCT non è da configurare quale organo della P.A. come, d'altronde, la soluzione presa non è riferibile unilateralmente a quest'ultima, in quanto il privato ha un forte potere decisionale in ordine alla nomina dell'organismo chiamato a adottare la pronuncia. Da ultimo, il CCT non può essere considerato allo stesso modo di un collegio arbitrale, né può essere inquadrato all'interno dello schema della mediazione, non rientrando fra i rimedi che mirano esclusivamente alla risoluzione delle controversie[53]. Infatti, l'organismo esaminato presenta delle caratteristiche rimarchevoli che esaltano in modo netto la natura di strumento più che di *dispute resolution*, di *dispute avoidance* influenzato e trasformato per effetto di principi e norme fondanti l'azione amministrativa, in modo da conformarlo alla prassi della contrattualistica pubblica e, inoltre, renderlo strumento valido ad evitare la possibile lite, causa di enormi perdite di tempo, non funzionali al raggiungimento dello scopo primario: la realizzazione dell'opera, l'erogazione di un servizio o l'ottenimento di una fornitura, con la massima tempestività secondo il miglior rapporto qualità/prezzo.

Sebbene, la diversità di compiti e la paventata funzionalità dell'istituto siano motivi più che ottimali per incentivare l'utilizzabilità del Collegio, la reintroduzione dello strumento, al fine del suo corretto funzionamento, deve essere necessariamente accompagnata da una riforma atta a rafforzare le componenti e, conseguentemente, ad alimentare la volontà delle parti in causa nel riporre la loro fiducia nelle decisioni dell'organo collegiale. Come già premesso in fase introduttiva, la chiave di volta dell'operazione di rilancio del CCT, risiede nella particolare competenza e qualificazione richiesta ai membri del Collegio. Il placido assenso ricevuto dal legislatore verso dei modelli che comportino l'allentamento della pressione e del

[53] Come fatto notare da P. Otranto, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico*, pag. 397 e 398, cit., il CCT mira al raggiungimento della celere realizzazione dell'opera non già a trovare la giusta soluzione alla lite in corso. Quindi non può essere avvicinato al collegio arbitrale seppur vi sia la presenza dei componenti designati dall'appaltatore e dalla parte pubblica e vi sia il richiamo alla natura di lodo contrattuale della decisione. Né d'altra parte, può essere ricondotto alla figura della mediazione dato che l'organismo, proprio per le sue competenze tecniche opta per la formula che risulti utile alla rapida esecuzione dell'opera e non già alla soluzione che consenta di conciliare agevolmente la lite.

ISSN 2036-7821

carico di lavoro dai Tribunali amministrativi, deve andare di pari passo con la formazione e la competenza degli esperti, coloro i quali siano capaci di garantire una decisione confortante atta a rispettare i principi generali della materia.
La composizione deve assicurare la presenza di professionisti che siano capaci di risolvere qualsiasi lite gli si presenti, in tempi rapidi e concisi per prendere le proprie decisioni, essendo esclusa, di pari passo, la possibilità di avvalersi di professionisti esterni per l'attività istruttoria[54]. I membri del Collegio dovranno pronunciarsi in tempi che non sono riconducibili a quelli di un arbitrato né tanto meno a quelli di un giudizio ordinario. Pertanto, è evidente che la scommessa può funzionare solo se ci si cautela con un ingente standard qualitativo delle professionalità interessate[55]. In altre parole, sono gli esperti che devono garantire il rispetto delle parti della decisione assunta, in ossequio a quanto dettato in termini di fiducia, trasparenza e correttezza dell'azione amministrativa. Se la soluzione offerta dal Collegio può essere espressione di una nuova interpretazione del principio di fiducia nell'azione amministrativa, allontanando la c.d. paura della firma e la burocrazia difensiva che ha costantemente influenzato (negativamente) l'ordinario modo di agire dei funzionari amministrativi, il potenziamento della formazione giuridica oltre alla presenza di eventuali incentivi economici, potrebbero spingere "gli esperti" formanti il Collegio a soluzioni rapide e altamente qualificate, in modo da incassare il credito delle parti e il loro rispetto circa la decisione assunta.
Il percorso normativo ed evolutivo avuto dal nuovo CCT inizia con la normativa speciale per il P.N.R.R., prevista dal D.l. semplificazioni, proseguendo poi con la legge delega, fino ad arrivare al nuovo Codice dei contratti pubblici. L'estensione e il rafforzamento di tutto il comparto delle ADR, passa soprattutto in virtù di un'esperienza positiva che deve caratterizzare l'istituto in esame ma, ancor prima, al fine di ottenere un CCT funzionante e centrale nella risoluzione delle liti e, oltremodo, agevolante la tempestiva realizzazione delle opere, è opportuno valorizzarlo fornendo il massimo supporto sia dal punto di vista professionale che sotto quello economico, in modo da garantire una migliore definizione, in sede non giurisdizionale, dell'accordo conciliativo.

---

[54] F. Francario, *Il collegio consultivo tecnico. Misura di semplificazione e di efficienza o inutile aggravamento amministrativo?*. cit; come opportunamente fatto notare dall'autore, il quale pone in risalto, su tutti, la circostanza per cui il CCT deve prendere le proprie decisioni in termini strettissimi (15 – 20 giorni) soprattutto quelle relative ai c.d. lodi arbitrali.

[55] Si esprime negativamente sul punto P. Gianforte, *Collegio consultivo tecnico: vero strumento di semplificazione – aspetti operativi,* in *Appalti&*Contratti, 2022; secondo cui, il più delle volte, dato lo scarso tempo messo a disposizione per il CCT qualora l'operato si concentri nel dover rispettare le strette tempistiche la conseguenza potrebbe essere quella di pervenire a determinazioni dal contenuto non sempre pienamente calzante e congruente, potendo oltremodo, nel caso in cui la decisione del CCT abbia la valenza di lodo contrattuale, rappresentare un salto nel vuoto. Si corre il rischio di portare un forte ridimensionamento ad un aspetto positivo dell'istituto quale può essere quello dell'analisi ricadente su questioni tecniche relative all'appalto.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il conferimento di incarichi pubblici a soggetti in quiescenza alla luce della giurisprudenza contabile

di Benedetta Piazza

(Praticante Avvocato)

Sommario

1. Premessa. Una disamina del quadro normativo di riferimento dell'art. 5, comma 9, del D.L. n. 95/2012; 2. La necessaria tassatività dell'elenco degli incarichi vietati ai sensi dell'art. 5, comma 9, del D.L. n. 95/2012 e la posizione espressa dalla Corte dei Conti.; 3. *Ratio* e finalità perseguite dal legislatore; 4. Brevi considerazioni conclusive

Abstract

This paper investigates the normative context and the interpretation of Article 5, paragraph 9, of Decree-Law No. 95/2019 provided by the Italian Court of Auditors in a recent decision. The rationale behind this legislative measure is to prevent conflicts of interest, promote generational turnover in public administration, and reduce public spending. The Court riaffirms the peremptory nature of the list of prohibited public administration appointments to retired individuals.

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa. Una disamina del quadro normativo di riferimento dell'art. 5, comma 9, del D.L. n. 95/2012.

La Sezione regionale di controllo della Corte dei conti del Lazio è tornata nuovamente a pronunciarsi sul tema del conferimento a titolo oneroso di incarichi e cariche in favore di soggetti già collocati in quiescenza[1].

Tale istituto trova una disciplina nell'art. 5, comma 9, del D.L. n. 95/2012, convertito in L. 7 agosto 2012, n. 135, che, nella sua attuale formulazione, in vigore dal 6 luglio 2023, espressamente prevede che "*È fatto divieto alle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 (122), nonché alle pubbliche amministrazioni inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell'articolo 1, comma 2, della legge 31 dicembre 2009, n. 196 nonché alle autorità indipendenti ivi inclusa la Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob) di attribuire incarichi di studio e di consulenza a soggetti già lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza. Alle suddette amministrazioni è, altresì, fatto divieto di conferire ai medesimi soggetti incarichi dirigenziali o direttivi o cariche in organi di governo delle amministrazioni di cui al primo periodo e degli enti e società da esse controllati, ad eccezione dei componenti delle giunte degli enti territoriali e dei componenti o titolari degli organi elettivi degli enti di cui all'articolo 2, comma 2-bis, del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 3 101, convertito, con modificazioni, dalla 101, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125. Gli incarichi, le cariche e le collaborazioni di cui ai periodi precedenti sono comunque consentiti a titolo gratuito. Per i soli incarichi dirigenziali e direttivi, ferma restando la gratuità, la durata non può essere superiore a un anno, non prorogabile né rinnovabile, presso ciascuna amministrazione. Devono essere rendicontati eventuali rimborsi di spese, corrisposti nei limiti fissati dall'organo competente dell'amministrazione interessata. Gli organi costituzionali si adeguano alle disposizioni del presente comma nell'ambito della propria autonomia (…)*".

Detto art. 5, rubricato "*Riduzione di spese delle pubbliche amministrazioni*", ha introdotto, per tutti gli enti e le pubbliche amministrazioni specificate, diverse disposizioni finalizzate a ridurre la spesa corrente.

Ed infatti, come previsto dal comma 6 del medesimo articolo, queste disposizioni "*costituiscono principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica ai sensi dell'articolo 117, terzo comma, della Costituzione*".

Prima del D.L. n. 95/2012, analogo divieto era previsto dall'art. 25 della L. n. 724/1994, il quale vietava alle pubbliche amministrazioni di conferire incarichi di consulenza, collaborazione, studio e ricerca agli *ex* dipendenti pubblici cessati volontariamente dal servizio e che avessero intrattenuto con l'ente conferente

[1] Sul punto, tra le più recenti, si vedano Sezione Regionale Di Controllo Per La Lombardia, Deliberazione n. 126 /2022/PAR; Sezione Regionale Di Controllo Per Il Lazio, Deliberazione n. 133/2023/PAR; Sezione Regionale Di Controllo Per il Lazio, Deliberazione n. 88/2023/PAR.

ISSN 2036-7821

rapporti di lavoro o d'impiego nei cinque anni precedenti alla cessazione dal servizio[2].

Il comma 9 dell'art. 5 ha conosciuto, sin dalla sua entrata in vigore, diverse riformulazioni (tra le quali spiccano quelle riconducibili al D.L. n. 90/2014, convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014, n. 114 e alla L. 124/2015) con le quali il legislatore ha inteso sempre più estendere il divieto di conferimento di incarichi a titolo oneroso a soggetti già collocati in quiescenza, originariamente limitato ai soli incarichi di studio e di consulenza.

Invero, nel tempo, il divieto è stato esteso dapprima agli incarichi "dirigenziali", a quelli "direttivi" ed infine a generiche "cariche in organi di governo" delle medesime amministrazioni conferenti, nonché degli enti dalle stesse controllati.

Nella sua versione originaria, la norma in esame aveva, quindi, una portata più circoscritta rispetto alla formulazione attualmente vigente.

Ed infatti, dal punto di vista soggettivo, la definizione dei soggetti sottoposti al divieto abbracciava unicamente i dipendenti pubblici in quiescenza che avessero svolto nell'ultimo anno di servizio attività analoghe a quelle oggetto di incarico e, sul piano oggettivo, la tipologia di attività vietata era limitata a quella di studio e di consulenza.

Successivamente, l'art. 6 del D.L. n. 90/2014, come modificato, in sede di conversione, dalla L. n. 114/2014, estende l'ambito di applicazione soggettivo della norma a tutti i "*soggetti già lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza*", comprendendo, dal punto di vista oggettivo, anche gli incarichi dirigenziali o direttivi o cariche in organi di governo.

Inoltre, l'ambito di applicazione dell'art. 5, comma 9, del D.L. n. 95/2012, viene ampliato con riferimento agli incarichi sopra menzionati in "*enti e società*" controllati dalle amministrazioni di cui al primo periodo dell'articolo in commento, salvo le eccezioni ivi indicate.

Pertanto, in termini generali, la norma, nella sua attuale formulazione, vieta alle pubbliche amministrazioni di attribuire a soggetti già lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza incarichi di studio e di consulenza, incarichi dirigenziali o direttivi e cariche in organi di governo delle amministrazioni o degli enti e società controllati[3], recando una disciplina restrittiva sia di potestà pubbliche delle menzionate amministrazioni ed enti, sia di diritti individuali dei cittadini in quiescenza.

---

[2] Su tale norma, cfr. Sezione Regionale di Controllo per la Puglia, Deliberazione n. 167/PAR/2010, secondo cui la *ratio* del divieto è da ravvisare nell'esigenza di salvaguardare l'imparzialità e la trasparenza nel conferimento dei suddetti incarichi e di garantire risparmi di spesa, impedendo il cumulo tra pensione e retribuzione ed esso deve intendersi non già limitato agli incarichi di consulenza e studio in senso stretto, ma applicabile anche agli incarichi che dessero luogo a rapporti di lavoro subordinato.

[3] Cfr. Sezione Regionale Di Controllo Per La Lombardia, Deliberazione n. 178/2020/PAR.

ISSN 2036-7821

Il divieto in esame trova applicazione solo per gli incarichi espressamente vietati dalla prima parte della disposizione e, parimenti, le eccezioni alla regola, anch'esse tassative, vanno riferite ai soli incarichi e cariche a titolo oneroso vietate.
Di conseguenza, le amministrazioni e gli enti pubblici sono autorizzati a conferire, e i cittadini in quiescenza ad accettare, esclusivamente gli incarichi espressamente previsti dalle eccezioni al divieto e quelli che non rientrano tra quelli tassativamente vietati[4].
Tuttavia, il divieto non è assoluto, stante la possibilità di consentire l'attribuzione a titolo gratuito e, per i soli incarichi dirigenziali e direttivi, l'obbligo di inserire un limite di durata di un anno, vietando sia la proroga che il rinnovo, ferma restando, comunque, la gratuità.

2. La necessaria tassatività dell'elenco degli incarichi vietati ai sensi dell'art. 5, comma 9, del D.L. n. 95/2012 e la posizione espressa dalla Corte dei Conti.

Ciò posto, alla luce della ricostruzione normativa e della recente deliberazione della Sezione regionale della Corte dei conti per il Lazio, che ha confermato l'interpretazione giurisprudenziale che ad essa precede, si ravvisa l'esigenza della tassatività dell'elencazione degli incarichi rientranti nel divieto sancito dall'art. 5, comma 9, del D.L. n. 95/2012.
La questione sorge da una richiesta di parere, ai sensi dell'art. 7, comma 8, della L. n. 131/2003, da parte del Sindaco del Comune di Cassino, con riferimento alla possibilità di conferire un incarico retribuito – consistente nell'assistenza, nel supporto, nell'affiancamento e nella formazione operativa per il personale dell'ufficio tributi – al Responsabile finanziario del servizio tributi dell'Ente, in quiescenza dal 1° novembre 2023.

[4] Sul punto, M. BEVILACQUA, *A proposito del divieto, imposto alle pubbliche amministrazioni, di conferire incarichi e cariche a lavoratori in quiescenza*, in *Il Foro Italiano*, 2021, pp. 418-425. Secondo l'autore, "*le amministrazioni ben possono conferire a soggetti in quiescenza, anche a titolo oneroso, incarichi e cariche negli organi rappresentativi di collettività o di gruppi organizzati, in quanto espressamente esclusi dal divieto in parola: si tratta degli incarichi di componente delle giunte degli enti territoriali (regioni ed enti locali) e degli incarichi di componente o titolare degli organi elettivi degli ordini, dei collegi professionali, dei relativi organismi nazionali e degli enti aventi natura associativa. La norma non comprende nel suo campo di applicazione le nomine alle posizioni di vertice del governo nazionale (presidente del consiglio dei ministri, ministro, viceministro, sottosegretario), ma ciò si giustifica — si deve ritenere — sia con la funzione di indirizzo politico e politico-amministrativo (v. l'art. 4, 1° comma, d.leg. 30 marzo 2001 n. 165, t.u. lavoro pubblico), e non di gestione amministrativa, che costituisce l'oggetto dei relativi incarichi, sia, almeno in parte — relativamente, cioè, al presidente del consiglio e ai ministri — con l'appartenenza del potere di nomina ad una autorità (il presidente della repubblica) esterna alla pubblica amministrazione (nella nozione che di questa è accolta dalla norma in esame e che comprende, in primo luogo, le amministrazioni che dipendono dal governo, in secondo luogo gli enti pubblici, gli enti territoriali e le autorità indipendenti e, infine, le strutture amministrative delle istituzioni politiche). È, comunque, stabilito che chi viene eletto o nominato in organi appartenenti a diversi livelli di governo «non può ricevere più di un emolumento, comunque denominato, a sua scelta» (art. 5, 11° comma, d.l. 31 maggio 2010 n. 78, convertito dalla l. 30 luglio 2010 n. 122)*".

ISSN 2036-7821

Dopo aver ritenuto che la questione non presenta profili di irricevibilità ovvero di inammissibilità oggettiva e/o soggettiva, la Sezione ricorda, preliminarmente, che l'art. 5, comma 9, afferma un principio generale di divieto di conferimento di incarichi di studio e consulenza, dirigenziali e/o direttivi, a soggetti in quiescenza.
In linea con quanto evidenziato dal giudice contabile, che ritiene tassativo l'elenco contenuto nella norma in esame, il Collegio ricorda, poi, che tale interpretazione risulta pacifica anche alla luce dei recenti orientamenti espressi dalla giurisprudenza contabile, che, nel valutare le questioni sottoposte al proprio vaglio, ha operato una valutazione casistica per verificare se i conferimenti oggetto della propria cognizione rientrassero nell'ambito di applicazione della norma in esame per come delineata dalla lettera della legge.
Ed infatti, la giurisprudenza contabile ha circoscritto il divieto posto dall'art. 5, comma 9, agli "incarichi di studio e consulenza" (oltre che agli "incarichi dirigenziali"), senza che lo stesso divieto possa essere esteso ad ulteriori fattispecie, ricorrendo all'analogia, in quanto norma limitatrice e, pertanto, da valutare secondo il criterio della stretta interpretazione enunciato dall'art. 14 delle preleggi, ai sensi del quale "*Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati*"[5].
In particolare, la Sezione regionale della Corte dei conti per la Liguria ha ritenuto estraneo al divieto di cui all'art. 5, comma 9, del D.L. n. 95/2012 un incarico di "formazione specialistica" che si chiedeva di conferire ad un soggetto posto in quiescenza, applicando il canone ermeneutico come sopra delineato e ritenendo che "*il divieto in questione riguardi solo gli incarichi di studio, di consulenza, dirigenziali o direttivi o in organi di governo delle amministrazioni e che tale espressione non potrebbe essere interpretata in modo estensivo o analogico*"[6].
Tale principio, peraltro, trova piena conferma in due circolari del Ministero per la semplificazione e la programmazione (n. 6/2014 e n. 4/2015), che sottolineano la natura eccezionale dell'art. 5, comma 9, del D.L. n. 95/2012 e propendono per una interpretazione ancorata al dato testuale della stessa.

[5] Sul punto, fra le altre, si veda Sezione centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo, con deliberazione n. 23/2014/PREV, nonché Sezione Regionale Di Controllo Per La Lombardia, deliberazione n. 178/2020/PAR e, nella giurisprudenza amministrativa, Cons. Stato, sez. I, 4 febbraio 2020, n. 309. In dottrina, V. OMAGGIO e G. CARLIZZI, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Torino, 2010, pp. 21 ss. Sul raccordo tra la relazione regola-eccezione e quella genere-specie cfr. V. CAIANI, voce *Analogia (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 344 ss,; S. BACCARINI, *Divieto di analogia nelle norme eccezionali e interpretazione creativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, pp. 86. La letteratura giuridica si è a lungo interrogata sulla natura e sull'efficacia delle norme sull'interpretazione e il dibattito su questi temi è tuttora piuttosto vivace, anche perché si colloca entro lo sfondo costituito dalla discussione sulle diverse concezioni dell'attività interpretativa stessa, in merito alla quale si veda G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1980.
[6] Cfr. Deliberazione n. 66/2023/PAR.

ISSN 2036-7821

Ed infatti, la prima circolare del 4 dicembre 2014, n. 6 specifica chiaramente che "*la disciplina in esame pone puntuali norme di divieto, per le quali vale il criterio di stretta interpretazione ed è esclusa l'interpretazione estensiva o analogica (come chiarito dalla Corte dei conti, Sezione centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle amministrazioni dello Stato, deliberazione n. 23/2014/prev. del 10 settembre 2014). Gli incarichi vietati, dunque, sono solo quelli espressamente contemplati: incarichi di studio e di consulenza, incarichi dirigenziali o direttivi, cariche di governo nelle amministrazioni e negli enti e società controllati. Un'interpretazione estensiva dei divieti in esame potrebbe determinare un'irragionevole compressione dei diritti dei soggetti in quiescenza, in violazione dei principi enunciati dalla giurisprudenza costituzionale*", la quale ammette limitazioni a carico dei soggetti interessati purché rispondano al perseguimento di un prevalente interesse pubblico e siano finalizzate all'affermazione di interessi costituzionalmente apprezzabili, quale quello dell'occupazione giovanile e del risparmio di spesa[7].

La successiva circolare, n. 4 del 10 novembre 2015, specifica, invece, che il divieto posto dalla norma in esame "*riguarda anche le collaborazioni e gli incarichi attribuiti ai sensi dell'art. 14 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e dell'articolo 90 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Come già osservato nella circolare n. 6 del 2014, infatti, in assenza di esclusioni al riguardo, devono ritenersi soggetti al divieto anche gli incarichi dirigenziali, direttivi, di studio o di consulenza, assegnati nell'ambito degli uffici di diretta collaborazione di organi politici*".

Come evidenziato dai pareri resi dalle Sezioni regionali di controllo per la Liguria e la Lombardia[8], le due circolari "*non sono antitetiche ma si integrano tra loro, in quanto la seconda si limita… a chiarire come neppure utilizzando lo schema elastico dell'art. 90 TUEL sia possibile, nell'ambito degli enti locali, conferire incarichi dirigenziali o direttivi a soggetti già pensionati*".

La questione, data la sua rilevanza, è stata affrontata, in via ulteriore, anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, secondo cui la previsione di cui al citato art.

---

[7] cfr. Corte Costituzionale, 06 marzo 2013, n. 33. Secondo i Giudici delle leggi, infatti, "*Non è, al contrario, costituzionalmente tutelato un indiscriminato ed incondizionato diritto alla reintegrazione in servizio, senza alcuna considerazione delle esigenze organizzative dell'ente datore di lavoro, e neppure un diritto a conferma nel medesimo incarico dirigenziale ricoperto dall'interessato all'atto della cessazione del servizio laddove, ad esempio, venissero a mancare i requisiti oppure il posto di funzione non fosse più disponibile. Anzi, nell'ambito della pubblica amministrazione e dei servizi pubblici i principi di buon andamento e di ragionevolezza di cui agli artt. 97 e 3 Cost. si realizzano di regola proprio attraverso la previsione di appropriati requisiti per l'accesso alle diverse funzioni dirigenziali, la coerenza tra dotazioni organiche ed assunzioni, il ragionevole bilanciamento tra tipi di funzioni attribuiti alle diverse figure professionali ed età-limite per il loro svolgimento*". Pertanto, si tratterà di valutare caso per caso se le limitazioni introdotte dal legislatore rispondano ad un ragionevole bilanciamento degli interessi coinvolti. In tal senso, anche Corte costituzionale, sentenza n. 158 del 1975, secondo cui "*l'ambito del principio di eguaglianza è stato ormai precisato da questa Corte in numerose occasioni. È stato, in particolare, riconosciuto come riservato al potere discrezionale del legislatore lo stabilire discipline differenziate per regolare situazioni che egli ritiene ragionevolmente e non arbitrariamente diverse e per il perseguimento di finalità apprezzabili costituzionalmente*".

[8] Rispettivamente, deliberazione n. 27/2016/PAR e deliberazione n. 126/2022/PAR.

ISSN 2036-7821

5, comma 9, del D.L. n. 95/2012, pur contenendo una limitazione al diritto alla reintegrazione in servizio per i soggetti collocati in quiescenza, non è automaticamente illegittima, dovendosi, piuttosto, valutare se essa risponda ad un ragionevole bilanciamento degli interessi coinvolti[9].

Ed infatti, la disparità di trattamento imposta da una norma non costituisce una discriminazione laddove essa sia giustificata da una finalità legittima (quale, ad esempio, il perseguimento di rilevanti obiettivi di politica del lavoro) e, al tempo stesso, i mezzi previsti per il perseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari[10].

---

[9] Cfr. CGUE, 2 aprile 2020, C-670/18, CO c. Comune di Gesturi, ove si osserva che "*Quanto all'obiettivo consistente nel garantire un ringiovanimento del personale in attività, occorre ricordare che la legittimità di un siffatto obiettivo di interesse generale rientrante nella politica dell'occupazione non può essere ragionevolmente messa in dubbio, dal momento che esso compare tra gli obiettivi espressamente enunciati dall'articolo 6, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 2000/78 e che, conformemente all'articolo 3, paragrafo 3, primo comma, TUE, la promozione di un livello di occupazione elevato costituisce una delle finalità perseguite dall'Unione (v., in tal senso, sentenza del 16 ottobre 2007, Palacios de la Villa, C-411/05, EU:C:2007:604, punto 64).*

Secondo la giurisprudenza della Corte, la promozione dell'assunzione costituisce incontestabilmente una finalità legittima di politica sociale o dell'occupazione degli Stati membri, segnatamente quando si tratta di migliorare le opportunità di inserimento nella vita attiva di determinate categorie di lavoratori, e in particolare di favorire l'accesso dei giovani all'esercizio di una professione (v., in tal senso, sentenze del 16 ottobre 2007, Palacios de la Villa, C-411/05, EU:C:2007:604, punto 65, nonché del 19 luglio 2017, Abercrombie & Fitch Italia, C-143/16, EU:C:2017:566, punto 37).

In particolare, è giustificato, a titolo di deroga al principio del divieto delle discriminazioni basate sull'età, instaurare disparità di trattamento collegate alle condizioni di accesso all'occupazione, quando l'obiettivo perseguito consiste nello stabilire un equilibrio strutturale in ragione dell'età tra giovani funzionari e funzionari più anziani, al fine di favorire l'assunzione e la promozione dei giovani (v., in tal senso, sentenza del 21 luglio 2011, Fuchs e Köhler, C-159/10 e C-160/10, EU:C:2011:508, punto 50)". Pertanto, il giudice europeo ha ritenuto che la limitazione dei diritti dei soggetti in quiescenza, prevista dalla citata disposizione, se non supportata da idonea causa di giustificazione, sia contraria al principio di non discriminazione nell'accesso al lavoro sulla base dell'età anagrafica di cui alla direttiva 2000/78/CE. La Corte ha precisato che tale discriminazione, se può trovare giustificazione nel perseguimento di un obiettivo di politica dell'occupazione giovanile, non può essere giustificata soltanto alla luce dell'esigenza di contenere la spesa pubblica, in quanto detto obiettivo può influire sulla natura e sulla portata di misure di tutela dell'occupazione ma non può costituire, di per sé, una finalità legittima che consenta

discriminazioni altrimenti vietate.

Sul punto si veda anche Corte costituzionale, 6 marzo 2013, n. 33, secondo cui occorre valutare caso per caso se le limitazioni introdotte dal legislatore rispondano ad un ragionevole bilanciamento degli interessi coinvolti.

In dottrina, *ex multis* si veda M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it, 2013; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; L. PALADIN, *Ragionevolezza*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, I, Milano, 1997, pp. 899 ss.

[10] La giurisprudenza comunitaria insegna che nell'indagine sulla giustificabilità delle disposizioni nazionali, la valutazione della legittimità dei fini non dovrebbe mai essere disgiunta dall'analisi sulla congruità dei mezzi impiegati. Così, ad esempio, è avvenuto nel caso Hütter (Corte di Giustizia 18 giugno 2009, causa C-88/08, David Hütter c. Technische Universität Graz), laddove la Corte si è soffermata su una analisi delle finalità della normativa nazionale e sulla loro (s)proporzione rispetto alle disparità di trattamento operate dalla legislazione controversa.

Sulla nozione di discriminazione, in generale, cfr. M. BARBERA, *La nozione di discriminazione nella legge 125/91*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, n. 1, 1994, pp. 46-57; M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, 2007; C. FAVILLI, *Il principio generale di non discriminazione*, in *La non discriminazione nell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 183-196; M.

ISSN 2036-7821

Da ciò consegue che tale disposizione deve essere letta in stretta aderenza al dato testuale, evitando interpretazioni che ne dilatino il perimetro ermeneutico oltre i casi espressamente previsti.
In tal senso si è pronunciata anche la Corte di Cassazione che, nell'interpretare l'art. 5, comma 9, del D.L. n. 95/2012, ne deduce il carattere di norma "eccezionale", trattandosi di una disposizione limitativa di una libertà costituzionalmente garantita, quale quella di esplicare attività lavorative sotto qualunque forma giuridica e dovendosi piuttosto adottare un'interpretazione restrittiva a fronte del chiaro tenore letterale della norma, per cui non risulta percorribile un'interpretazione estensiva (né, tanto meno, analogica)[11].
Pertanto, il divieto posto dalla norma in esame non consente operazioni ermeneutiche fondate sull'analogia[12].
Gli incarichi vietati, dunque, sono solo quelli espressamente contemplati: incarichi di studio e di consulenza, incarichi dirigenziali o direttivi, cariche di governo nelle amministrazioni e negli enti e società controllati.
Le attività consentite si ricavano *a contrario*, dovendosi le situazioni diverse da quelle sopraelencate non essere ricomprese nel divieto di legge.
Per individuare ulteriori casi in cui sia possibile concludere per l'ammissibilità di un incarico retribuito al lavoratore in quiescenza, deve farsi, pertanto, riferimento alle ipotesi di incarico che, quanto al contenuto, si differenzino qualitativamente da quelle vietate[13].

RANIERI, *Direttive antidiscriminatorie di seconda generazione e Corte di Giustizia dell'UE: alcune questioni problematiche*, in *RGL*, 2012, pp. 165 - 210.

[11] Cfr. Corte di Cassazione civile, Sez. lav., 7 febbraio 2023, n. 3643.

[12] Il problema che si pone in questi casi riguarda il cosiddetto carattere tassativo o esemplificativo dell'elencazione contenuta nel divieto: dilemma che non può essere sempre risolto alla luce del divieto di analogia, ma che implica il ricorso a ulteriori regole interpretative. Si veda ancora veda G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., il quale ha individuato alcune di queste regole, generalmente seguite nella prassi: a) se un membro dell'elencazione è una indicazione di «altri casi stabiliti dalla legge» o una riserva di legge, l'elencazione è completabile solo con altri membri che siano previsti dalla legge e, così completata, risulta tassativa; b) se un membro dell'elencazione è una definizione concettuale, l'elencazione è esemplificativa e può essere integrata dall'interprete almeno (e solo, in caso di divieto di analogia) con membri che rispondono a quella descrizione; c) se l'elencazione è preceduta da una definizione legislativa completa, l'elencazione è esemplificativa e può essere integrata dall'interprete (solo) con membri che rispondono alla definizione; d) se i membri dell'elencazione sono chiaramente tutti riconducibili ad un concetto unitario che appare costituire la ratio dell'elencazione, è tollerabile che l'interprete aggiunga all'elenco membri ricompresi nel concetto unitario; e) negli altri casi, diversi da quelli indicati in precedenza, l'elencazione deve considerarsi tassativa e completa e l'interprete non può integrarla, a prescindere da un espresso divieto di analogia; f) in particolare devono considerarsi tassative le elencazioni di casi in cui la legge esclude o limita diritti attribuiti in via generale, specialmente se si tratta di diritti costituzionalmente garantiti. Scorrendo l'elenco, risulta evidente che il caso sub a) si attaglia ad un procedimento interpretativo rispettoso del divieto di analogia, come lo sono, seppure con i limiti indicati, anche i casi sub b) e c); il caso sub d) è invece incompatibile con il rispetto del divieto di analogia, mentre i restanti due casi, sub e) e f), rappresentano due regole «implicite» di divieto di analogia.

[13] Cfr. Sezione Regionale di Controllo per la Lombardia, deliberazione n. 126 /2022/PAR, secondo cui, ad esempio, "*Se il divieto riguarda l'attività di studio e quella di consulenza, sembra, infatti, potersi ritenere consentita quella*

ISSN 2036-7821

Pertanto, alla luce della sopra esposta prospettazione ermeneutica, si rende necessario verificare, nel caso di specie, se gli incarichi da conferire, ai sensi dell'articolo 5, comma 9, del D.L. n. 95/2012, siano non solo astrattamente non ricompresi nel divieto normativo, in quanto non rientranti nell'elencazione tassativa della norma, ma comportino o meno lo svolgimento, in concreto, di funzioni riconducibili agli incarichi normativamente vietati.

3. *Ratio e finalità perseguite dal legislatore.*

Il carattere tassativo dell'elenco degli incarichi vietati ai sensi dell'art. 5, comma 9, del D.L. n. 95/2012 ed il conseguente divieto di darne un'interpretazione estensiva o analogica trovano una giustificazione nella necessità di contemperare diverse esigenze che vengono in rilievo con l'introduzione della norma in esame nell'ordinamento nazionale.

In primo luogo, la scelta del legislatore nazionale, com'è stato evidenziato nella Circolare esplicativa n. 6 del 4 dicembre 2014, a firma del Ministro per la Pubblica Amministrazione e la Semplificazione, è quella di perseguire, con la disposizione citata, un duplice obbiettivo: favorire il ricambio generazionale nella pubblica amministrazione e, più in generale, supportare l'inserimento nel mondo del lavoro dei giovani nonché conseguire risparmi di spesa, evitando di corrispondere la retribuzione a un soggetto che già gode del trattamento di quiescenza.

In sostanza, si intendeva evitare che il compenso per il nuovo incarico si aggiungesse alla pensione, con un sensibile aumento dei costi complessivi generali.

La circolare ministeriale si sofferma, inoltre, sull'eccezione al divieto che la suddetta disciplina impone: la possibilità di consentire – come detto – il conferimento di incarichi o collaborazioni ai medesimi soggetti in quiescenza, purché a titolo gratuito e della durata di non oltre un anno, è motivata attraverso la volontà di bilanciare l'auspicato ricambio generazionale con "*l'esigenza di trasferimento delle conoscenze e delle competenze acquisite nel corso della vita lavorativa*".

In relazione a tali obbiettivi, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 124/2017, ancorché resa con riferimento ad altre disposizioni legislative, non manca di rimarcare che sebbene il ricorso a professionalità altamente qualificate, che già godono di un trattamento pensionistico, corrisponde ad un interesse pubblico, il carattere limitato delle risorse pubbliche giustifica la necessità di una predeterminazione delle risorse che l'amministrazione può corrispondere a titolo di retribuzioni e pensioni.

---

di assistenza, nei limiti in cui si diversifica dalle altre due: assistenza che non comporti studio e consulenza, ossia attività caratterizzata, in negativo, dalla mancanza di competenze specialistiche e che non rientri nelle ipotesi di contratto d'opera intellettuale di cui agli articoli 2229 e seguenti del Codice civile". In tal senso, si veda anche Sezione Regionale di Controllo per il Lazio, deliberazione n. 88/2023/PAR.

ISSN 2036-7821

Tale *ratio*, secondo la Corte, "*ispira, del resto, anche le disposizioni dell'art. 5, comma 9, del D.L. n. 95 del 2012, che vietano l'attribuzione di incarichi di studio o di consulenza ai lavoratori pubblici o privati collocati in quiescenza e a tali lavoratori consente di ricoprire incarichi dirigenziali o direttivi o in organi di governo delle amministrazioni solo a titolo gratuito*". Dunque, il divieto in esame si configura come "*una misura di contenimento della spesa*", assimilabile agli altri capillari interventi che il legislatore ha scelto di apprestare negli ambiti più disparati.

Non solo la giurisprudenza contabile, ma anche quella amministrativa, ha più volte ripreso e sviluppato le argomentazioni della Corte Costituzionale, costantemente mettendo in risalto il *favor* del legislatore per l'occupazione giovanile ed il contenimento della spesa pubblica.

Tuttavia, la dottrina e la giurisprudenza hanno evidenziato che una ulteriore *ratio* del divieto di cui all'art. 5, comma 9, risiede nell'esigenza di prevenire, anche con finalità di prevenzione della corruzione in senso lato oltre che di contenimento della spesa pubblica, che il dipendente collocato in quiescenza continui sostanzialmente a svolgere le attività corrispondenti a quelle già esercitate in precedenza semplicemente in base ad un diverso titolo, in tal modo aggirando di fatto lo stesso istituto del collocamento in quiescenza[14].

Finalità, quella di contenimento del rischio di situazione di corruzione connessa all'impiego del dipendente in un momento successivo alla cessazione del rapporto di lavoro con la Pubblica Amministrazione, che il legislatore persegue introducendo un limite alla libertà negoziale dei soggetti in quiescenza, a garanzia dell'imparzialità dell'agire del pubblico dipendente.

Quest'ultima, infatti, costituisce un presupposto indefettibile affinché le scelte pubbliche siano le più efficienti e razionali possibili, così evitando qualsivoglia inquinamento da parte di fattori esogeni in contrasto con il perseguimento dell'interesse pubblico sotteso.

Un ulteriore obbiettivo, dunque, che ispira la normativa è quello di assicurare l'attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost.

Al contempo, il perseguimento di siffatti obbiettivi comporta il sacrificio di una libertà costituzionalmente garantita, quale quella della scelta dell'attività lavorativa e

[14] L'importanza assunta dai temi riguardanti l'etica pubblica e l'integrità amministrativa è dovuta principalmente alle numerose riforme che hanno introdotto in Italia un sistema articolato di contrasto alla corruzione e di promozione della legalità nella pubblica amministrazione. Sul tema, tra i lavori di carattere più generale e ricostruttivo, si possono ricordare R. CANTONE e E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Roma-Bari, 2018; S. MANNELLA, *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, a cura di M. D'ALBERTI, 2016; F. MANGANARO, *La corruption en Italie*, in *Ius Publicum* (www.ius-publicum.com), 2014, n. 2;, B.G. MATTARELLA e M. PELLISSERO, *La legge anticorruzione*, Torino, 2013; M.G. RACCA, *Corruzione (dir. amm.)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 2017, pp. 208 ss.

ISSN 2036-7821

del modo di esercitarla come mezzo fondamentale di attuazione dell'interesse della propria personalità.
Invero, il diritto al lavoro, sancito dall'art. 4 della Costituzione, viene in rilievo non solo come pretesa ad un intervento sociale dello Stato, ma come un vero e proprio diritto costituzionale di libertà[15].
Tuttavia, anche un siffatto diritto, seppur costituzionalmente garantito, non è esente dalla ponderazione di situazioni idonee a giustificare l'apposizione di limiti all'esercizio della libertà in tal senso riconosciuta.
Ed infatti, come sancito dalla Corte Costituzionale, tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre "*sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro*".
Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona[16].
Nell'ottica del legislatore nazionale, pertanto, il principio di libertà di lavoro va contemperato, in concreto, con il favore concesso a chi aspira ad entrare nel mondo del lavoro a danno di chi comunque gode di un trattamento di quiescenza e ha raggiunto l'età per il pensionamento, anche in un'ottica di contenimento della spesa pubblica[17].

4. *Brevi considerazioni conclusive.*

La scelta legislativa di imporre un divieto generalizzato di conferire incarichi ai soggetti in quiescenza (se non a titolo gratuito e per una durata non superiore a un anno), sebbene motivata da ragioni di politica sociale, si espone a possibili dubbi circa la sua legittimità ed effettività.
In primo luogo, riguardo all'esigenza di contenimento della spesa pubblica, la doppia retribuzione trova giustificazione nella circostanza per cui è opportuno considerare che la percezione contemporanea della pensione e del compenso per il nuovo incarico non è di per sé indebita.
Infatti, il diritto alla pensione è maturato dal lavoratore in virtù dei contributi versati durante l'intera carriera lavorativa, rappresentando una forma di retribuzione differita che deve essere corrisposta al raggiungimento dell'età pensionabile. D'altra parte, l'attività lavorativa svolta dopo il pensionamento deve essere equamente

[15] Cfr. Corte costituzionale, n. 45 del 1965, le cui affermazioni sarebbero state costantemente ripetute nella successiva giurisprudenza (v. ad es. le sentenze n. 81 del 1969 e 41 del 1971).
[16] Cfr. Corte costituzionale, n. 85 del 2013 e Corte costituzionale n. 264 del 2012.
[17] Cfr. parere del Consiglio di Stato, 15 gennaio 2020, n. 309.

ISSN 2036-7821

retribuita, in quanto rappresenta un servizio reso e un valore aggiunto per l'amministrazione pubblica.

Pertanto, se la *ratio* della norma di conseguire risparmi di spesa è condivisibile, è altrettanto importante riconoscere il legittimo diritto del lavoratore a percepire entrambi i compensi, qualora sia chiamato a contribuire ulteriormente con la propria professionalità, trattandosi peraltro di un incarico successivo e non sovrapponibile a quello prestato precedentemente, senza alcuna ripercussione sull'efficienza e l'efficacia della pubblica amministrazione.

In relazione all'ulteriore obbiettivo che l'art. 5, comma 9, del D.L. n. 95/2012, mira a realizzare, l'occupazione giovanile rappresenta una sfida per molte economie, compresa quella italiana che, nonostante diverse iniziative per l'assunzione di giovani, come quella in esame, continua a registrare tassi di disoccupazione giovanile elevati dovuti per lo più a difficoltà finanziarie della Pubblica Amministrazione, nonché a sfide demografiche di vasta portata che evidenziano un significativo calo della popolazione più giovane.

Ed infatti, il peso dell'andamento demografico può avere enormi implicazioni sulla composizione del mercato del lavoro e quindi sulla disponibilità di persone e, più in generale, sul funzionamento dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro.

A fronte di una utilità della norma in esame che non appare di per sé certa, risultando la disposizione prevalentemente frutto di una scelta politica con finalità sociali (più che coerenti con profili di tecnica legislativa anti-corruzione), appare doveroso dare della stessa una interpretazione rigorosa, quantomeno non estendendone la portata anche alla luce della sua natura di disposizione "eccezionale", integrando di certo una deroga grave al principio di libertà del lavoro.

Si impone, dunque, un'esigenza di tassatività, finalizzata alla tutela di diritti aventi rango costituzionale, nel necessario, ovvio, bilanciamento con l'interesse perseguito dallo Stato all'occupazione giovanile ed al contenimento della spesa pubblica.

In via ulteriore, è opportuno osservare che l'esigenza di prevenzione della corruzione è maggiormente e più opportunamente avvertita in relazione ad un altro e diverso istituto, quello del *pantouflage*, altrimenti detto "*revolving doors*", disciplinato all'art. 53, comma 16-ter, del D.lgs. n. 165/2001.

Ed infatti, il rischio valutato dalla sopramenzionata norma è che durante il periodo di servizio il dipendente pubblico possa precostituirsi opportunità per un successivo incarico privato e così sfruttare a proprio fine la sua posizione e il suo potere all'interno dell'amministrazione. Il legislatore prevede, quindi, una limitazione della libertà negoziale del dipendente per un periodo di tempo definito e ragionevole, successivo alla cessazione del rapporto di pubblico impiego[18].

[18] Giova richiamare la sentenza n. 7411/2019 del Consiglio di Stato, Sezione V, la quale ha circoscritto l'operatività del divieto, evidenziando che "*la ratio del divieto di "pantouflage" risiede nella duplice esigenza, per un*

ISSN 2036-7821

Diversamente, il divieto di cui all'art. 5, comma 9, del D.L. n. 95/2012 mira a garantire un'efficiente gestione delle risorse umane e finanziarie all'interno della pubblica amministrazione, mentre più arduo è ravvisarvi un presidio anticorruzione.
Non si comprende, infatti, come il conferimento di uno degli incarichi elencati dalla norma in esame, presso le pubbliche amministrazioni ovvero negli enti e società controllati, ad un soggetto posto in quiescenza possa generare una situazione di conflitto di interessi, minando così l'imparzialità delle Pubblica Amministrazione.
Diversamente, può risultare assai opportuno - in una ottica di buona amministrazione - affiancare al personale giovane o addirittura di nuova assunzione una figura professionale, come quella del soggetto in quiescenza, che può essere dotata di una solida esperienza maturata durante gli anni di esercizio delle mansioni in precedenza affidategli, al fine di svolgere attività di supporto e di formazione.
Alla luce di tali considerazioni, pienamente condivisibile appare, pertanto, la lettura che dell'art. 5, comma 9, del D.L. n. 95/2012 ne dà la Corte dei Conti nella Deliberazione n. 80/2024/PAR.
I giudici contabili, infatti, per evitare un eccessivo sacrificio a danno dei soggetti in quiescenza, impedendogli *in toto* di esercitare un'attività lavorativa sotto qualsiasi forma, ritengono opportuno evitare un'applicazione indiscriminata del divieto oltre i casi tassativamente previsti, consentendo così il conferimento di incarichi presso la pubblica amministrazione diversi da quelli elencati.
Invero, un'interpretazione eccessivamente estensiva trasformerebbe la norma in esame in un divieto pressoché assoluto, tale da ricomprendere la maggior parte dell'attività lavorativa da svolgere presso la pubblica amministrazione.
Si impone, dunque, un'esigenza di tassatività al fine di evitare un'ingiusta compressione del diritto costituzionalmente garantito del lavoratore ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato.
Tali criticità, peraltro, sembrano trovare conferma nella tendenza ordinamentale a porre diverse eccezioni al divieto in esame, al fine di garantire l'assunzione di incarichi presso la pubblica amministrazione nonostante lo stato di quiescenza.
In tal senso, infatti, va letto l'art. 10 del D.L. n. 36/2022, convertito con modificazioni dalla L. n. 79/2022, il quale, nell'ottica di dare attuazione al Piano PNRR con celerità, nel rispetto di tutte le condizioni prescritte per il raggiungimento dei *target* e *milestone* previsti, prevede la possibilità, fino al 31 dicembre 2026, di conferire ai soggetti collocati in quiescenza incarichi di cui al previgente art. 31, comma 8, del

verso, di evitare che l'esercizio della carica rivestita dai pubblici dipendenti con posizioni di servizio particolarmente qualificate ed apicali (nella specie, coloro che esercitino "poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni") sia inquinato anche solo dal sospetto di future personali utilità; sotto altro profilo, dalla necessità di scongiurare il rischio che la peculiare esperienza e le relazioni maturate dai detti funzionari durante lo svolgimento dell'incarico possano essere utilizzate, dopo la cessazione dello stesso, da imprese operanti nei rispettivi settori al fine di trarne utili e vantaggi incompatibili con la trasparenza e la parità della competizione nel mercato".

ISSN 2036-7821

D.lgs. n. 50/2016 (e cioè gli incarichi di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori, direzione dell'esecuzione, coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, di collaudo, nonché gli incarichi che la stazione appaltante ritenga indispensabili a supporto dell'attività del responsabile unico del procedimento) attraverso la stipula di contratti di lavoro autonomo ai sensi dell'articolo 7, comma 6, del D.lgs. n. 165/2001.

La stessa possibilità è stata prevista per le aziende ed enti del Servizio Sanitario Regionale, che, qualora fosse necessario per garantire i livelli essenziali di assistenza e risultasse oggettivamente impossibile disporre assunzioni di personale medico dipendente o, in subordine, stipulare contratti di lavoro autonomo con personale medico non ancora in quiescenza, possono conferire incarichi individuali con rapporto di lavoro autonomo a medici già collocati in quiescenza nel rispetto delle disposizioni legislative vigenti.

Inoltre, un'ulteriore deroga al divieto di conferimento di incarichi pubblici a soggetti in quiescenza è ravvisabile all'art. 11, comma 3, del D.L. n. 105/2023, convertito con modificazioni dalla L. n. 137/2023, ai sensi del quale "*Il divieto di cui all'articolo 5, comma 9, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, non si applica agli incarichi di vertice degli uffici di diretta collaborazione delle autorità politiche*".

La *ratio* che ispira siffatte eccezioni è proprio quella di garantire un contemperamento tra interessi contrapposti. Finalità, quest'ultima, che tuttavia sembrerebbe più opportunamente realizzabile attraverso una riformulazione della norma in esame, al fine di precisarne maggiormente i presupposti applicativi in un'ottica di tassatività.

In questi termini si è posta l'Autorità Nazionale Anticorruzione, la quale, in merito all'istituto del *pantouflage*, ha rilevato che l'estrema genericità e indeterminatezza del disposto normativo renderebbe opportuna una revisione normativa, al fine di evitare interpretazioni eccessivamente restrittive o penalizzanti[19]. Tale necessità si rende ugualmente opportuna per il divieto di cui all'art. 5, comma 9, del D.L. n. 95/2012, anche alla luce del suo carattere afflittivo.

[19] Cfr. Delibera n. 225/2022 dell'11/05/2022.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La rigenerazione urbana: dal contenimento del consumo di suolo alle «città intelligenti»

di Luca Albione

(Dottore in Giurisprudenza nell'Università del Salento)

Sommario

1. Premessa. – 2. Il contrasto al consumo di suolo come punto di partenza: un obiettivo comune e prioritario. – 3. La rigenerazione urbana: un continuo tentativo di definizione. – 4. La rigenerazione urbana nella pianificazione urbanistica. – 5. Conclusioni.

Abstract

The climate-environmental issue that is affecting our planet seems to have reached the point of no return. From this perspective, the creation of an ideal model of urban center in perfect harmony with the climate and the environment cannot be postponed, also on the basis of the objectives set by both the European Union and the international community. One of the suitable tools for achieving 'green' cities is urban regeneration which, starting from the original purpose of limiting land consumption, has progressively taken on a functional connotation for the creation of urban welfare, especially in terms of economic and social cohesion of the territories. However, urban regeneration presents several critical issues that entail two different needs: first, the regulatory transposition at state level of the definition of urban regeneration and second, the organic reform of the national urban planning law. Only in this way it will be possible to achieve the true rebirth of urban planning and the creation of "smart cities" that pursue environmental and social sustainability objectives.

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

In un articolo pubblicato sul Sole 24 ore in data 8 ottobre 2023[1], si evidenzia che nel 2050 il 69% dei 9,7 miliardi di abitanti[2] del pianeta Terra[3] vivranno nei centri urbani, fonte principale delle emissioni di biossido di carbonio a livello mondiale. Dati allarmanti di questa portata risultano senz'ombra di dubbio uno dei più evidenti campanelli d'allarme della questione climatico-ambientale che si trova ad affrontare il nostro pianeta. Proseguendo in questa direzione, l'era geologica dell'"Urbanocene"[4] risulta ormai quasi giunta.

L'obiettivo prioritario, quindi, deve essere quello di sviluppare programmi per la realizzazione di un modello ideale di centro urbano[5] in perfetta sintonia con il clima, l'ambiente e il paesaggio[6].

In questa prospettiva, efficace strumento risulta essere quello della rigenerazione urbana, concetto estremamente ampio e a tratti "sfuggente", come d'altronde "sfuggente" risulta proprio l'ontologica e costante evoluzione della realtà (naturale, economica e sociale, in una parola, "territoriale") che questo strumento si propone di supportare e promuovere.

Il tema della rigenerazione urbana origina dall'esigenza del contrasto al consumo di suolo come risorsa ambientale non rinnovabile[7], muovendosi sulla linea "maestra" della riqualificazione, del recupero e del riutilizzo dell'edificato esistente[8].

---

[1] G. BARBERA, *L'"Urbanocene prossimo venturo"*, *Il Sole 24 ore*, 8 ottobre 2023.

[2] Questa cifra fa riferimento alla previsione del numero di persone che abiteranno il pianeta Terra entro il 2050.

[3] A sottolineare la crescita di questo *trend*, basti pensare che due secoli addietro la percentuale di abitanti che risiedevano negli agglomerati urbani si attestava attorno al 7%, poiché la maggior parte della popolazione risiedeva in zona prettamente rustiche e agricole. Questi dati sono riportati da G. BARBERA, *L'"Urbanocene prossimo venturo"*, cit., il quale rinvia a G.E. SCARASCIA-MUGNOZZA, V. GUALLART, F. SALBITANO, G. OTTAVIANI AALMO, S. BOERI, *Transforming Biocities: Designing Urban Spaces Inspired by Nature*, *Future City* 20, edizioni *Springer Nature*, 2023.

[4] Il termine "Urbanocene" viene utilizzato da G. BARBERA, *L'"Urbanocene prossimo venturo"*, cit., per indicare «l'epoca geologica che segue l'Olocene», caratterizzata dal perfetto equilibrio uomo/natura. Tuttavia, con l'avvento delle «metropoli energivore» (l'utilizzo di questa terminologia mette in risalto il consumo sproporzionato delle risorse ambientali) si è assistito ad una progressiva corrosione della componente natura, ambiente e paesaggio per mano dell'aggressiva artificialità dei centri urbani. L'equilibrio dell'ecosistema che connotava l'era dell'«Olocene» è stato, dunque, portato a una inevitabile rottura che a oggi risulta (quasi) irreversibile.

[5] In quanto tale, questo si deve necessariamente discostare dalle direttrici lineari e quantitative delle metropoli energivore e consumistiche che hanno regolamentato la programmazione urbana in questi ultimi secoli, seguendo quanto più possibile il rispetto dell'ecosistema naturale all'interno del quale si collocano: v. sempre G. BARBERA, *L'"Urbanocene prossimo venturo"*, cit.

[6] In altre parole, si deve cercare il perfetto equilibrio tra il carattere (inevitabilmente) artificiale del centro urbano e quello naturale dell'ambiente. Come sostiene G. BARBERA, *L'"Urbanocene prossimo venturo"*, cit., devono essere quindi i centri urbani ospiti della natura, e non viceversa.

[7] Lo strumento della rigenerazione urbana nasce proprio dal bisogno di contrastare lo sproporzionato consumo di nuovo suolo. Questa necessità, riscontra P. CARPENTIERI, *Il "consumo" del territorio e le sue limitazioni. La "rigenerazione urbana"*, in *Federalismi.it*, 8 gennaio 2020, p. 2 ss., si è avvertita a partire dai primi anni '70, quando «si è avuta la progressiva erosione della campagna e la saldatura dei centri abitati tra loro». L'Autore evidenzia,

ISSN 2036-7821

Tuttavia, esso ha progressivamente assunto una connotazione funzionale alla realizzazione del *Welfare* urbano[9], volto alla coesione economica e sociale dei territori locali, come valido strumento per la realizzazione della «città intelligente»[10].
In questa duplice accezione, la rigenerazione urbana è potenzialmente in grado di realizzare contestualmente un'efficace e concreta azione di tutela e valorizzazione dei territori locali, per il perseguimento di uno sviluppo sostenibile[11], a partire dal

---

inoltre, come siano «nate megalopoli, nelle quali i vecchi nuclei e centri urbani sono ormai uniti in un tessuto continuo e ininterrotto di quartieri, di case popolari, di edilizia intensiva, di capannoni industriali, in cui l'elemento dominate, il vero collante interstiziale, è lo *sprawl* urbano, nel suo tipico, ma anonimo e insignificante scadimento di qualità architettonica». È stato proprio il venir meno del confine campagna-città (conseguenza diretta dell'edificazione espansiva che ha connotato il secondo dopoguerra), nonché l'avvento delle megalopoli urbane, che ha fatto emergere la necessità di porre un argine a un pericoloso *trend* in costante crescita.

[8] La *ratio* del recupero dell'edificato esistente è in perfetta sintonia con l'obiettivo di partenza della rigenerazione urbana del contrasto al consumo di suolo. Gli interventi di riqualificazione urbana sul suolo artificializzato-impermeabilizzato evitano l'impiego di ulteriore suolo naturale per la creazione di nuovi fabbricati (residenze ad uso abitativo, centri commerciali, strade), prevenendone così il consumo *ab origine*. Sul punto G. GARDINI, *Alla ricerca della città giusta. La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, in *Federalismi.it*, 5 agosto 2020, p. 69, afferma che «con il termine rigenerazione urbana si fa solitamente riferimento ad interventi che hanno ad oggetto il suolo urbano già trasformato, accomunati dall' obiettivo di limitare il deterioramento delle aree urbane mediante lo sviluppo e il recupero delle stesse».

[9] Se la rigenerazione urbana parte dall'obiettivo primario del contrasto al consumo di suolo, nel corso del tempo il concetto ha acquisito un significato più ampio. In particolare, si è sviluppato un modello non limitato solo agli aspetti meramente urbanistici (ovvero "se", "come" e "dove" edificare), ma coinvolgente anche i profili ambientali (nell'ottica del contrasto al degrado ambientale), economici e sociali (recupero del degrado sociale e supporto alla coesione/inclusione sociale), caratteristici del *Welfare* urbano. In sostanza, la rigenerazione urbana deve necessariamente perseguire la funzione del miglioramento della qualità complessiva della vita delle persone nei luoghi in cui abitano, sotto i plurimi aspetti sopra riportati.

In questa prospettiva, la rigenerazione urbana va armonicamente inquadrata nell'ambito della pianificazione urbanistica comunale, da intendersi non solo come disciplina dell'utilizzo del suolo, ma anche in funzione dello sviluppo complessivo dei territori, considerato che «il disegno urbanistico espresso da uno strumento di pianificazione generale, o da una sua variante costituisce estrinsecazione di potere pianificatorio connotato da ampia discrezionalità che rispecchia non soltanto scelte strettamente inerenti all'organizzazione edilizia del territorio, bensì afferenti anche al più vasto e comprensivo quadro delle possibili opzioni inerenti al suo sviluppo socio-economico» (Consiglio di Stato, sez. II, sentenza 8 gennaio 2020 , n. 153).

[10] Con l'espressione «città intelligente» o *smart city* si fa riferimento ad un modello urbano che presenta, i caratteri della inclusività e sostenibilità economica e sociale. In particolare, si tratta di una città che presenta servizi e infrastrutture (come reti di trasporto urbano intelligenti e spazi pubblici più sicuri) all'avanguardia, contraddistinte dall'efficienza e dall'innovatività, a beneficio della vivibilità della città stessa. Sul punto si veda G.A. PRIMERANO, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana, La salvaguardia di una matrice ambientale mediante uno strumento di sviluppo sostenibile,* Editoriale scientifica, 2022, p. 402, nota 225.

[11] Come riportato da G. MONDINI, *Journal valori e valutazioni*, No. 23-2019, p. 129, la prima definizione di sviluppo sostenibile si rinviene nel rapporto *Bruntland* quale «sviluppo in grado di assicurare il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente, senza compromettere il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni future (UN, 1987)». L'Autore osserva inoltre, citando G. MUNDA, *Multicriteria evaluation in a fuzzy environment. Theory and applications in ecological economics,* Physica – Verlag, Heidelberg, 1995, che è «la logica del lungo periodo» l'aspetto che caratterizza questa definizione, comportando il doversi interfacciare necessariamente con un «elevato livello di incertezza».

Lo sviluppo sostenibile, poi, è principio sancito espressamente dall'art. 3-*quater*, d.lgs. 152/2006, il quale prevede che «ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa

ISSN 2036-7821

corretto uso (o, meglio, riuso) del suolo edificato fino a pervenire all'ambizioso obiettivo della concreta realizzazione della coesione economica e dell'inclusione sociale nell'ambito delle comunità locali[12], per la salvaguardia delle generazioni future nell'ottica della solidarietà intergenerazionale[13].

Cionondimeno, a fronte dell'ampio dibattito[14] in corso da decenni e tuttora aperto sul tema della rigenerazione urbana, sono emerse diverse problematiche al riguardo.

La prima ed evidente criticità che si registra è, allo stato attuale, la mancanza della positivizzazione normativa a livello statale della nozione giuridicamente rilevante di rigenerazione urbana.

Infatti, la compiuta definizione normativa statale della rigenerazione urbana, unica e omogenea su tutto il territorio nazionale, lungi dal limitarsi a mero e astratto esercizio semantico, varrebbe ad attribuire a essa giuridica vincolatività,

---

compromettere la qualità della vita e le possibilità delle azioni future». Inoltre, in merito al concetto di sviluppo sostenibile, F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quad. dir. amb.*, n. 0/2020, p. 13, ha affermato che «Lo sviluppo sostenibile […] sembra destinato a diventare la "chiave di volta" del diritto ambientale, in quanto ne riflette il carattere essenziale e, cioè, la matrice di doverosità e il vincolo posto in capo alle generazioni attuali a garanzia di quelle future, che si configura come l'unico strumento realistico per garantire gli interessi della specie umana».

[12] È la c.d. nozione polisemica e polifunzionale della rigenerazione urbana cui si riferisce G.A. PRIMERANO, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana*, cit., p. 219 ss. Si veda anche C. VENTIMIGLIA, *Territorio e comunità nel prisma della rigenerazione urbana: tendenze evolutive e nuovi modelli giuridici*, in Federalismi.it, n. 19/2019, secondo cui «la necessità di preservare le risorse ambientali e di contenere il consumo di suolo non sono gli unici obiettivi della rigenerazione», esprimendosi esattamente in questi termini: «l'evoluzione di comunità cittadine sempre più portatrici di istanze di uguaglianza e di integrazione ed alla ricerca di luoghi di vita comuni quali spazi di coesione sociale ha affidato al rinnovamento urbano anche le istanze sociali di superamento del degrado, delle situazioni di abbandono e di disagio, nell'idea che la città debba assumere anche la funzione di garantire la qualità della vita, l'inclusione sociale e la capacità di resilienza urbana». Pertanto, può dirsi che la rigenerazione urbana non si limita a perseguire solo il contrasto del consumo di suolo (che diventa una «pregiudiziale a una crescita inclusiva e sostenibile»), ma deve essere considerata quale «valido strumento di resilienza urbana» (G.A. PRIMERANO, op. cit.).

[13] F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, cit., p. 15, afferma che il principio dello sviluppo sostenibile, per evitare il rischio di «renderlo assai poco pregnante o assurdamente invasivo», deve avere «come costante riferimento l'esigenza di dar rilevanza agli interessi di chi "non ha attualmente voce" (generazioni future e componenti non umane dell'ambiente)».

[14] Giuridico e non solo, se si considera il fatto che la materia interseca più settori scientifico-disciplinari, a partire (per l'appunto) dal diritto fino a coinvolgere anche, come affermato da G. GARDINI, *Alla ricerca della città giusta*, cit., p. 50, architettura, ingegneria, sociologia ed economia.

La centralità del tema della rigenerazione urbana si riscontra anche nel dibattito politico: ne è testimonianza la recente proposta di legge costituzionale n. 331 presentata in data 13 ottobre 2022, recante "Modifica all'articolo 44 della Costituzione concernente il recupero sociale e urbanistico delle periferie urbane e delle aree interne" e consultabile in *https://www.camera.it/leg19/126?tab=1&leg=19&idDocumento=331&sede=&tipo=*. La proposta prevede l'aggiunta all'art. 44 della Costituzione del seguente comma: «La Repubblica riconosce la specificità della dimensione sociale e urbanistica delle periferie urbane e delle aree interne del Paese come condizione potenzialmente limitativa della piena parità dei diritti sociali e di cittadinanza di ogni cittadino e individua come prioritaria, attraverso l'azione finanziaria, legislativa e amministrativa dello Stato e delle amministrazioni locali, la rigenerazione sociale e urbanistica».

ISSN 2036-7821

comportando la necessaria conformazione del potere legislativo delle Regioni nell'ambito della pianificazione territoriale[15] alla norma definitoria stessa.
Va rilevato, poi, che la rigenerazione urbana, intesa – come già evidenziato – nel suo primo, originario e prioritario profilo di contrasto al consumo di suolo, si pone in frontale antinomia rispetto all'attuale configurazione della pianificazione urbanistica generale comunale, considerato che la vigente linea direttiva edilizia si basa sulla logica espansiva prevista dalla legge urbanistica fondamentale statale n. 1150/1942[16] e sul principio della rigida zonizzazione del territorio comunale di cui al D.M. n. 1444/1968[17].
In definitiva, l'attuale configurazione della pianificazione urbanistica generale comunale è venuta ad assumere, nel corso degli anni, una ormai insostenibile connotazione «predatoria»[18] che, accompagnata alla gravosità del relativo procedimento[19], ha determinato quello che alcuni hanno definito il c.d. «fallimento dell'urbanistica»[20].

---

[15] Allo stato, si registrano variegati e diversi tentativi, da parte di alcune leggi regionali, di definizione della nozione e/o delle finalità della rigenerazione urbana, con conseguenti ricadute sulla disorganicità degli interventi di pianificazione territoriale. Una positivizzazione normativa "dall'alto" comporterebbe l'obbligo per le Regioni di adeguarsi ai principi generali stabiliti a livello nazionale *ex* art. 117, comma 3 Cost. (secondo il quale le Regioni, nell'esercizio della loro potestà legislativa, ovvero nella produzione normativa "di dettaglio", non si possono discostare dai principi fondamentali-cornice prestabiliti a livello statale). In questo modo, mediante la creazione di un filo conduttore univoco, il fenomeno della legificazione regionale – per dir così – a macchia di leopardo potrebbe definitivamente scomparire.

[16] L'attuale legge urbanistica nazionale dispone di un'idea di governo del territorio anacronistica. Basti pensare che l'art. 1 disciplina «L'assetto e l'incremento edilizio dei centri abitati e lo sviluppo urbanistico in genere del territorio»: già la sola denominazione dell'articolo indica come le esigenze urbanistiche dell'epoca fossero in perfetta contrapposizione con quelle attuali. In altre parole, se in quel tempo l'edilizia prevalente era quella dell'espansione (e quindi dell'artificializzazione di suolo naturale per «l'incremento edilizio dei centri abitati»), ad oggi deve necessariamente cedere il posto all'edilizia della riqualificazione e del riuso.

[17] L'art 2 del D.M. n. 1444/2008 disciplina le «Zone territoriali omogenee».

[18] Il termine "predatoria" viene utilizzato da G. GARDINI, *Alla ricerca della città giusta*, cit., p. 52, per qualificare la natura dell'urbanistica del secondo dopoguerra. In particolare, l'Autore riporta i dati I.S.P.R.A. (Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale), secondo i quali, a partire dal dopoguerra, si sono consumati in media 7 mq al secondo per quasi 50 anni, fino ad arrivare al picco massimo di 10 mq al secondo negli anni Novanta. Questi dati non possono essere imputati solo ed esclusivamente alla crescita demografica del Paese negli ultimi decenni, bensì ad «una visione prevalentemente edificatoria e predatoria dell'urbanistica».

[19] Il procedimento che porta all'adozione di una variante urbanistica comporta un iter estremamente macchinoso e articolato, suddividendosi in più fasi così articolate: adozione da parte del Consiglio comunale, presentazione delle osservazioni dei privati, valutazione delle osservazioni da parte del Consiglio comunale, controllo della regione e, solo alla fine, della definitiva approvazione del Consiglio comunale. La gravosità di questo procedimento si pone decisamente in contrasto rispetto alle esigenze di snellimento e semplificazione dell'azione amministrativa, presupposti fondamentali ai fini di un dinamico governo del territorio.

[20] P. CARPENTIERI, *Il "consumo" del territorio e le sue limitazioni*, cit., p. 12, ha affermato come sia ormai giunta «la fine delle residue speranze dell'urbanistica di affermare la sua pretesa di sintesi unitaria e di razionalizzazione della gestione antropica del territorio». In sostanza, un vero e proprio "fallimento dell'urbanistica". E ancora, «l'effetto della crisi dell'urbanistica si è dunque tradotto esso stesso, in una sorta di "spirale perversa", in una concausa (successiva e conseguenziale) che ha ulteriormente alimentato tale crisi». In altre parole, la materia dell'urbanistica si ritrova dentro una sorta di circolo vizioso dominato dal caos normativo, dal quale sarà

ISSN 2036-7821

È proprio su questo – anacronistico quanto oramai inadeguato – impianto normativo che si inserisce, nell'esercizio della potestà legislativa concorrente[21], la variegata e disomogenea disciplina regionale di governo dei territori[22]. Molteplici sono stati infatti negli ultimi decenni i tentativi di definizione e disciplina della rigenerazione urbana – sia statali che regionali –, nonché quelli volti a elaborare proposte di una nuova legge urbanistica nazionale, finora rimasti incompiuti.
Sicché, l'effettiva e concreta realizzazione della rigenerazione urbana, nella sua connotazione polisemica[23] funzionale al perseguimento dello sviluppo sostenibile, deve accompagnarsi, oltre che al recepimento normativo a livello statale della sua definizione e delle sue finalità, alla riforma organica della legge urbanistica nazionale. Solo così si potrà pervenire alla "rinascita dell'urbanistica"[24], che ne salvaguardi l'imprescindibile guida pubblica[25].

2. Il contrasto al consumo di suolo come punto di partenza: un obiettivo comune e prioritario.

Si è detto che la rigenerazione urbana nasce anzitutto come strumento di contrasto al consumo di nuovo suolo quale risorsa ambientale non rinnovabile.
Per consumo di suolo si intende la copertura artificiale – tramite l'edificazione di strutture abitative, cantieri, infastrutture, discariche e qualsiasi area rivestita mediante l'utilizzo di cemento o calcestruzzo – di una superficie originariamente agricola, naturale o seminaturale[26]: in altre parole, *green*.

---

possibile vedere la luce solo grazie ad una «legislazione nazionale decisa e coraggiosa in tema di contenimento del consumo di suolo», riuscendo a giungere ad una «sintesi dettando una disciplina per quanto possibile unitaria della corretta gestione del territorio».

[21] Art. 117, comma 3 Cost., che ricomprende la materia "governo del territorio" all'interno della legislazione concorrente Stato-Regione.

[22] Definibile "a macchia di leopardo" per la numerosità dei tentativi legislativi regionali, senza tuttavia essere mai collegati tra loro da un unico "filo conduttore".

[23] Di concetto polisemico parla G.A. PRIMERANO, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana*, cit., p. 223.

[24] Sul punto si veda P. CARPENTIERI, *Il "consumo" del territorio e le sue limitazioni*, cit., p. 11, secondo cui il contenimento del consumo di suolo e la rigenerazione urbana possono, «se correttamente interpretati e tradotti in norme coerenti ed efficaci, […] costituire forse l'ultima occasione di una ripresa di senso e di forza dell'urbanistica, per superare i suoi storici fallimenti». In sostanza, l'Autore afferma che una "rinascita dell'urbanistica" *lato sensu* è possibile solo tramite il faro guida della rigenerazione urbana, previa definizione di norme puntuali e valide in materia, nell'ottica dello sviluppo sostenibile.

[25] Sul punto si è espresso G. GARDINI, *Alla ricerca della città giusta*, cit., p. 69, affermando che la rigenerazione urbana, al contrario delle precedenti esperienze di riuso dell'esistente, «è una politica essenzialmente a guida pubblica, che si inquadra nell'ambito di una pianificazione complessa rivolta a contenere il consumo di suolo e favorire l'inclusione sociale, obiettivi primari rispetto ai quali il recupero edilizio rappresenta una mera tecnica servente». In altre parole, dev'essere la Pubblica Amministrazione a guidare l'urbanistica, in quanto è solo il potere pubblico che, disponendo del potere di pianificazione territoriale, può garantire il perseguimento, tramite un'urbanistica "giusta" e orientata, della solidarietà sociale e dello sviluppo sostenibile.

[26] Per un approfondimento sul tema, si rinvia all'URL *https://www.isprambiente.gov.it/it/attivita/suolo-e-territorio/suolo/il-consumo-di-suolo*

ISSN 2036-7821

Insomma, la copertura del suolo mediante la denaturalizzazione delle zone verdi comporta inevitabilmente una sproporzione quantitativa tra le superfici artificializzate e quelle *in nuce* naturali, con ricadute critiche dal punto di vista ambientale. In particolare, dalla diminuzione di suolo naturale deriva la riduzione delle zone predisposte allo «svolgimento delle funzioni ecosistemiche del suolo (deflusso d'acqua, frammentazione delle biodiversità)»[27], essenziali ai fini del sostentamento umano[28].

È proprio in questa prospettiva che il suolo deve necessariamente essere considerato come un bene di primaria necessità che, una volta esaurito, risulta non più (o difficilmente) recuperabile[29].

La conferma empirica della non rinnovabilità di questa preziosa risorsa si riscontra nelle risultanze del rapporto 2022 sul consumo di suolo del Sistema Nazionale per la Protezione dell'Ambiente (SNPA)[30]: le coperture artificiali nell'anno 2022 hanno coinvolto altri 69,1 km² (circa 19 ettari al giorno) rispetto al precedente anno, ovvero il valore più alto registrato nell'ultima decade. E ancora più preoccupante risulta la perdita media di suolo al secondo, che si attesta intorno ai 2,2 m²/s. Dati alla mano, la situazione è senz'ombra di dubbio allarmante, con alto rischio di irreversibilità.

In definitiva, il suolo deve essere considerato quale risorsa limitata non rinnovabile[31].

---

[27] P. CARPENTIERI, *Il "consumo" del territorio e le sue limitazioni*, cit., p. 16, nota 35; l'Autore fa riferimento inoltre al *Soil Sealing* o *Land Cover* (impermeabilizzazione del suolo) e alla protezione del suolo («come utilizzo sostenibile, come complesso di azioni volte a ottimizzarne l'uso e non solo a ridurne il consumo») quali parole chiave delle raccomandazioni non vincolanti (ovvero strumenti di *soft law*) mediante le quali l'UE ha dato indicazioni per il compimento delle c.d. *best practices*.

[28] L'I.S.P.R.A. (Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale) ha evidenziato come un suolo in condizioni naturali (quindi non rivestito artificialmente) sia fondamentale ai fini dei servizi ecosistemici necessari al sostentamento umano come i servizi di approvvigionamento (la produzione di prodotti alimentari, agricoli o animali), ed i servizi di regolazione (del clima, delle temperature). Da *https://www.isprambiente.gov.it/it/attivita/suolo-e-territorio/suolo/il-consumo-di-suolo.*

[29] Sempre l'I.S.P.R.A. (Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale) ha affermato che il suolo deve essere considerato una risorsa fragile e che viene attribuita scarsa consapevolezza e attenzione alla «valutazione degli effetti derivanti dalla perdita delle sue funzioni», rilevando inoltre che le scorrette pratiche agricole e le dinamiche insediative possono comportare processi degradativi che interferiscono con la naturale funzionalità del suolo. Tuttavia, la consapevolezza della compromissione del suolo diventa evidente solo nel momento in cui questa sia irreversibile o estremamente gravosa da ripristinare. Da *https://www.isprambiente.gov.it/it/attivita/suolo-e-territorio/suolo/il-consumo-di-suolo.*

[30] S.N.P.A. (Sistema Nazionale per la Protezione dell'Ambiente), Rapporto "Consumo di suolo, dinamiche territoriali e servizi ecosistemici", presentato in data 26 luglio 2022. Inoltre, il rapporto S.N.P.A. "Consumo di suolo, dinamiche territoriali e servizi ecosistemici – edizione 2023" constata che il «consumo di suolo continua a trasformare il territorio nazionale con velocità elevate e crescenti. Nell'ultimo anno, le nuove coperture artificiali hanno riguardato altri 76,8 km² (Tabella 8), ovvero, in media, più di 21 ettari al giorno. Un incremento che conferma una forte accelera-zione rispetto ai dati rilevati nel recente passato, raggiungendo i valori più elevati degli ultimi 11 anni, in cui non si erano mai superati i 20 ettari al giorno. Il nostro Paese, nell'ultimo anno, ha perso più di 2,4 metri quadrati di suolo ogni secondo». Da *https://www.snpambiente.it/snpa/consumo-di-suolo-dinamiche-territoriali-e-servizi-ecosistemici-edizione-2023/*.

[31] Negli stessi termini si è espressa la Corte Costituzionale con sentenza n. 179/2019. In particolare, la Consulta ha richiamato il carattere della non rinnovabilità del suolo, sostenendo che «si è consolidata la consapevolezza del

ISSN 2036-7821

Le politiche nazionali, comunitarie e internazionali sono, infatti, tutte rivolte alla tutela del suolo.

A livello internazionale, l'Agenda ONU 2030 per lo sviluppo sostenibile[32] prevede come quindicesimo obiettivo (dei diciassette prefissati) quello di «proteggere, ripristinare e favorire un uso sostenibile dell'ecosistema terrestre, gestire sostenibilmente le foreste, contrastare la desertificazione, arrestare e far retrocedere il degrado del terreno e fermare la perdita di diversità biologica»[33]. L'Agenda l'ONU ha, così, stabilito tra i *target* di particolare rilievo per il suolo, da integrare nei programmi nazionali di governo del territorio degli Stati membri, quello di assicurare l'accesso universale e in sicurezza dei cittadini negli spazi pubblici verdi e l'adeguamento del consumo di suolo alla crescita demografica.

A livello eurounitario, il tema del contrasto al consumo di suolo è stato finora affrontato con strumenti di *soft law*[34].

Di recente, è stata pubblicata dalla Commissione Europea la proposta del testo della direttiva per il monitoraggio e la resilienza del suolo[35], con cui l'UE intende perseguire la tutela prioritaria della salute dei suoli, *condicio sine qua non* per il raggiungimento degli obiettivi prefissati dal *Green Deal*[36], quali il contrasto al

---

suolo quale risorsa naturale eco-sistemica non rinnovabile, essenziale ai fini dell'equilibrio ambientale, capace di esprimere una funzione sociale e di incorporare una pluralità di interessi e utilità collettive, anche di natura intergenerazionale».

[32] L'Agenda 2030 è un programma di azione globale, adottata all'unanimità dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 25 settembre 2015, con la risoluzione 70/1 del 15 settembre 2015. È intitolata "Trasformare il nostro mondo. L'Agenda per lo sviluppo sostenibile."

[33] L'obiettivo n. 15 deve essere letto in stretta correlazione con l'obiettivo n. 13, che prevede la promozione di «azioni, a tutti i livelli, per combattere il cambiamento climatico». Va ricordato l'indissolubile collegamento tra le politiche volte al contrasto del cambiamento climatico e quelle mirate a favorire la sostenibilità dell'ecosistema terrestre in relazione alla tutela del suolo.

[34] P. CARPENTIERI, *Il "consumo" del territorio e le sue limitazioni*, cit., p. 16. L'Autore afferma che «la stessa Unione ha fallito il tentativo del 2006 di varare un'apposita direttiva quadro, ma ha il grande merito di avere sollevato il problema, di averne evidenziato la valenza ambiente (art. 174 del Trattato, oggi art. 191 del TFUE) e di averlo instradato sui giusti binari conoscitivi e logico-giuridici, fornendo forse le migliori elaborazioni tecniche e metodologiche, sia pure in un ambito di *soft law*, ossia di mere raccomandazioni non vincolanti, di indicazioni di regole tecniche e di *best practices*». Il riferimento è alla «Proposta di direttiva che istituisce un quadro per la protezione del suolo e modifica la direttiva 2004/35/CE, COM(2006)232, poi mai approvata (probabilmente per la resistenza di posizioni "liberali" sostenitrici dello Stato "minimo" a difesa della proprietà privata e degli investimenti bancari nel campo immobiliare)».

[35] Si tratta della *Soil monitoring and resilience directive*, pubblicata in data 5 luglio 2023 dalla Commissione Europea. La proposta di Direttiva ha come punto di partenza il dato secondo il quale il 60% dei suoli europei attualmente non gode di "buona salute". A partire da ciò, sono promosse azioni volte a migliorare le attuali condizioni critiche dei territori affinché possano fornire i servizi ecosistemici ambientali. Risulta adottata in prima lettura la Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 10 aprile 2024 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul monitoraggio e la resilienza del suolo (Normativa sul monitoraggio del suolo), consultabile all'URL *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0204_IT.html.*

[36] Il Patto verde europeo (o *Green Deal* europeo) è un pacchetto di iniziative politiche strategiche proposte dalla Commissione Europea con il quale gli Stati membri si impegnano a raggiungere la neutralità climatica in Europa entro il 2050. Per un approfondimento sul punto si rinvia, per brevità, a M. IANNELLA, *L'european Green Deal e la*

ISSN 2036-7821

cambiamento climatico, la prevenzione dei disastri naturali e la protezione della salute dei cittadini europei mediante la riduzione delle contaminazioni del suolo.
Infine, a livello nazionale, il Piano per la transizione ecologica (P.T.E.) ha fissato l'obiettivo di arrivare a un consumo netto di suolo pari a zero entro il 2030[37].

3. La rigenerazione urbana: un continuo tentativo di definizione.

Allo stato attuale, non si rinviene nella normativa statale e regionale una precisa definizione della rigenerazione urbana[38].
Il d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico per l'edilizia) menziona la rigenerazione urbana in quattro disposizioni[39]. Più precisamente: l'art. 3, comma 1, lettera d), che, nel disciplinare gli interventi di ristrutturazione edilizia, stabilisce (nei soli casi tassativamente individuati dalla legge o dallo strumento urbanistico comunale) la possibilità di incrementi di volumetria volti alla promozione della rigenerazione urbana; l'art. 14, il quale prevede il permesso di costruire in deroga agli strumenti urbanistici, previa attestazione con deliberazione del Consiglio comunale dell'«interesse pubblico limitatamente alle finalità di rigenerazione urbana, di contenimento del consumo del suolo e di recupero sociale e urbano dell'insediamento»; l'art. 17, che dispone la riduzione o l'esonero dal contributo di costruzione al «fine di agevolare gli interventi di rigenerazione urbana»; l'art. 23-

tutela costituzionale dell'ambiente, ", in *Federalismi.it*, 21 settembre 2022, M.C. CARTA, *Il Green Deal Europeo. Considerazioni critiche sulla tutela dell'ambiente e le iniziative di diritto UE*, in *rivista.eurojus.it*, Fascicolo n. 4 – 2020 e P. CUCUMILE, *Il "Green Deal" europeo*, in *Riv. Giur. AmbienteDiritto.it*, Anno XXI – Fascicolo 1/2021.

L'11 dicembre 2019, in occasione dell'avvenuta approvazione del *Green Deal*, la Presidente della Commissione *Ursula von der Leyen* ha dichiarato in conferenza stampa che il patto verde europeo sarà per l'Europa come «lo sbarco dell'uomo sulla luna», in quanto l'Europa risulterebbe il primo continente ad aver raggiunto la neutralità climatica; per la consultazione delle dichiarazioni complete si rinvia all'URL *https://www.euractiv.com/section/energy-environment/news/eu-commission-unveils-european-green-deal-the-key-points/*.

[37] I.S.P.R.A., *Obiettivi e orientamenti comunitari*, reperibile in *https://www.isprambiente.gov.it/it/attivita/suolo-e-territorio/suolo/il-consumo-di-suolo/obiettivi-e-orientamenti-comunitari.* L'I.S.P.R.A. osserva che «L'azzeramento del consumo di suolo, secondo il PTE, dovrà avvenire sia minimizzando gli interventi di artificializzazione, sia aumentando il ripristino naturale delle aree più compromesse, quali gli ambiti urbani e le coste ed è considerato una misura chiave anche per l'adattamento ai cambiamenti climatici, da normare attraverso un'apposita legge nazionale, come già richiamato anche dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)».

[38] Si veda *Le politiche di rigenerazione urbana. Prospettive e possibili impatti,* Servizio studi - Dipartimento Ambiente, Camera dei deputati, in collaborazione con l'istituto di ricerca CRESME, p. 13 ss., n. 32/2, giugno 2022, *https://documenti.camera.it/leg18/dossier/pdf/am0036d.pdf?_1663759571309*.

[39] La stessa ricognizione normativa è effettuata da N. DURANTE, *La rigenerazione urbana, tra buoni propositi e scarsi risultati*, p. 3-4, da *www.giustizia-amministrativa.it*, 2024. L'Autore sottolinea come nessun cenno alla rigenerazione urbana sia invece contenuto «là dove sarebbe stato più appropriato», ovvero all'art. 3, comma 1, lett. f), che definisce gli interventi di ristrutturazione urbanistica come «quelli rivolti a sostituire l'esistente tessuto urbanistico-edilizio con altro diverso, mediante un insieme sistematico di interventi edilizi, anche con la modificazione del disegno dei lotti, degli isolati e della rete stradale».

ISSN 2036-7821

quater, che prevede «l'utilizzazione temporanea di edifici ed aree per usi diversi da quelli previsti dal vigente strumento urbanistico per l'attivazione di processi di rigenerazione urbana».

Si tratta, però, di norme mirate a disciplinare interventi edilizi su singoli immobili già esistenti e non anche a regolamentare il complessivo e complesso processo di rigenerazione urbana, intesa come rinascita e riqualificazione di complessivi ambiti territoriali della città[40].

L'esame dei vari disegni di legge nazionale, poi, ci consegna una definizione di rigenerazione urbana ampia e onnicomprensiva, che non si esaurisce nell'ambito edilizio e urbanistico, ma si estende a includere un insieme coordinato di interventi, pubblici e privati, anche in ambito socio-economico, ambientale, culturale, finalizzati sinergicamente al contrasto al consumo di nuovo suolo[41].

---

[40] Sul punto si veda sempre N. DURANTE, *La rigenerazione urbana, tra buoni propositi e scarsi risultati*, cit., p. 4.

[41] P. CARPENTIERI, *Il "consumo" del territorio e le sue limitazioni*, cit., p. 43 ss., nota 96. L'Autore svolge una ricognizione della nozione di rigenerazione urbana nei vari disegni di legge, qui riportata. Così, il disegno di legge AS.164 - Sen. Paola Nugnes (M5S) e altri – "Disposizioni per l'arresto del consumo di suolo, di riuso del suolo edificato e per la tutela del paesaggio": si intende per «rigenerazione urbana: un insieme coordinato di interventi urbanistici, edilizi, socio-economici, tecnologici, ambientali e culturali che non determinino consumo di suolo, anche con interventi volti a favorire l'insediamento di attività di agricoltura urbana, mediante orti, giardini e boschi urbani, didattici, sociali, condivisi e volti alla tutela delle aree naturali e seminaturali ancora presenti in ambito urbano. La rigenerazione urbana deve perseguire l'obiettivo della sostituzione, del riuso e della riqualificazione dell'ambiente costruito secondo criteri che utilizzino metodologie e tecniche relative alla sostenibilità ambientale, di salvaguardia del suolo, di localizzazione dei nuovi interventi di trasformazione nelle aree già edificate e degradate, di innalzamento del potenziale ecologico-ambientale e della biodiversità urbana, di riduzione dei consumi idrici ed energetici, di rilancio della città pubblica attraverso la realizzazione di adeguati servizi primari e secondari e di miglioramento della qualità e della bellezza dei contesti abitativi».

Per i disegni di legge AS. 86 - Sen. Loredana De Petris (Misto) e altri – "Disposizioni per la riduzione del consumo di suolo nonché delega al Governo in materia di rigenerazione delle aree urbane degradate" e AS 843 - Sen. Mino Taricco (PD) e altri – "Misure per il contenimento del consumo del suolo e il riuso del suolo edificato e deleghe per la disciplina in materia di rigenerazione delle aree urbane degradate e per la definizione di incentivi di natura fiscale", si intende per «rigenerazione urbana: un insieme coordinato di interventi urbanistici, edilizi e socio-economici nelle aree urbanizzate, che non determinino nuovo consumo di suolo, compresi gli interventi volti a favorire la realizzazione di aree verdi con destinazione a giardini, parchi urbani, infrastrutture verdi, reti ecologiche e volti altresì a favorire l'insediamento di attività di agricoltura urbana, quali orti urbani, orti didattici, orti sociali e orti condivisi, al fine di perseguire gli obiettivi della sostituzione, del riuso e della riqualificazione dell'ambiente costruito in un'ottica di sostenibilità ambientale, di contenimento del consumo di suolo, di localizzazione dei nuovi interventi di trasformazione nelle aree già edificate, di innalzamento del potenziale ecologico e ambientale, di riduzione dei consumi idrici ed energetici e di realizzazione di adeguati servizi primari e secondari».

Per il disegno di legge AS 63 - Gaetano Quagliariello – "Disposizioni in materia di riqualificazione e rigenerazione urbana, contrasto al degrado e al disagio urbano, ambientale e sociale, per la promozione dell'inclusione e della coesione sociale", si intende per «rigenerazione urbana un insieme organico di interventi riguardanti edifici pubblici e privati, con destinazione d'uso residenziale, produttiva o commerciale, nonché spazi pubblici o destinati a servizi pubblici, che attraverso iniziative di demolizione e ricostruzione, riqualificazione edilizia, sostituzione edilizia, ristrutturazione e nuova costruzione, al fine di ottenere una riqualificazione sociale e un rilancio economico delle aree di cui al comma 1, perseguano almeno una delle seguenti finalità, anche in accordo, con riferimento alle lettere da f) a p), con le priorità europee delineate dalla Politica europea di coesione 20142020: a) conseguire una riduzione e un efficientamento significativi dei consumi idrici ed energetici, agendo

ISSN 2036-7821

Ancora, l'art. 2 del testo unificato dei disegni di legge n. 1131, 986, 1302, 1943, 1981, 2292, 2297 definisce la rigenerazione urbana come «un complesso sistematico di trasformazioni urbanistiche ed edilizie in ambiti urbani su aree e complessi edilizi caratterizzati da degrado urbanistico, edilizio, ambientale o socio-economico, che non determinino consumo di suolo e secondo criteri che utilizzino metodologie e tecniche relative alla sostenibilità ambientale, anche mediante azioni di rinaturalizzazione dei suoli consumati in modo reversibile, con il recupero dei servizi ecosistemici persi, tramite la deimpermeabilizzazione, la bonifica, nonché l'innalzamento del potenziale ecologico-ambientale e della biodiversità urbana»[42].
Da ultimo, il disegno di legge n. 1113 – presentato in data 19 aprile 2024 – propone la definizione di rigenerazione urbana quale «sistema articolato di interventi valutati di carattere prioritario e utili a generare a livello nazionale, regionale, provinciale, comunale e intercomunale, concrete opportunità di sviluppo economico e sociale per le persone. In tale contesto, la presente legge promuove la rigenerazione urbana quale strumento finalizzato a coniugare, secondo una visione di insieme, gli aspetti di natura materiale, legati al recupero del patrimonio esistente, siano essi edilizi, urbanistici e ambientali, con quelli di natura immateriale strettamente correlati

---

sulle prestazioni degli edifici, sul risparmio e sulla produzione di energia da fonti rinnovabili; b) mettere in sicurezza gli edifici da un punto di vista statico; c) prevedere la bonifica di aree, nonché la qualificazione naturalistica di spazi pubblici; d) migliorare la gestione e la raccolta differenziata dei rifiuti; e) incentivare la mobilità intermodale e sostenibile; f) rafforzare la ricerca, lo sviluppo tecnologico e l'innovazione; g) migliorare l'accesso alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC), nonché il loro utilizzo e qualità; h) migliorare la competitività delle piccole e medie imprese; i) sostenere la transizione verso un'economia a basse emissioni di carbonio; l) promuovere l'adattamento ai cambiamenti climatici, la prevenzione e la gestione dei rischi; m) preservare e tutelare l'ambiente e promuovere l'efficienza delle risorse; n) promuovere il trasporto sostenibile e migliorare le infrastrutture di rete; o) promuovere l'occupazione sostenibile e di qualità e sostenere la mobilità dei lavoratori; p) promuovere l'inclusione sociale e lottare contro la povertà e qualsiasi discriminazione; q) investire in istruzione, formazione e apprendimento permanente; r) migliorare l'efficienza della pubblica amministrazione».

Per il disegno di legge AS 1177 - Sen. Luca Briziarelli e altri – "Norme per l'uso razionale e responsabile del suolo, del patrimonio edilizio e delle risorse naturali", si intende per «rigenerazione urbana: un insieme coordinato di interventi sia pubblici che privati, urbanistici, edilizi, socio-economici, tecnologici, ambientali e culturali di iniziativa strategica contro il nuovo consumo di suolo che includono, anche avvalendosi di misure di ristrutturazione urbanistica ed edilizia, anche con incremento volumetrico e cambio di destinazione d'uso e anche mediante la demolizione e la ricostruzione, il recupero e la riqualificazione del patrimonio costruito e delle connessioni con il contesto urbano, la riorganizzazione sostenibile dell'assetto urbano attraverso la realizzazione di attrezzature e infrastrutture, spazi verdi e servizi, il recupero o il potenziamento di quelli esistenti, la bonifica ambientale e il risanamento dell'edificato e delle aree dismesse, il miglioramento della sicurezza statica e l'innalzamento del potenziale ecologico e ambientale dei materiali e delle infrastrutture, nonché l'incremento della biodiversità nell'ambiente urbano, lo sviluppo di nuove economie, di nuova occupazione e della sicurezza sociale».

[42] Da Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, AS 1131, "Misure per la rigenerazione urbana" - Documentazione per l'attività consultiva della Commissione parlamentare per le questioni regionali, Senato: Nota breve n. 372 Camera: Nota Questioni regionali n. 231 9 marzo 2022, Camera Servizio Studi Osservatorio sulla legislazione, cui si fa riferimento, in *https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=ListEmendc&leg=18&id=51435*.

ISSN 2036-7821

all'innalzamento della qualità della vita nell'ambito del contesto socio-economico di riferimento per favorire l'occupazione e il superamento delle condizioni di emarginazione ed assicurando che gli interventi siano duraturi nel tempo»[43].
Anche alcune leggi regionali hanno fornito la definizione di rigenerazione urbana. Si segnala, in particolare, l'art. 2 della legge della Regione Calabria n. 25 del 7 luglio 2022, che ci restituisce una nozione poliedrica e polifunzionale della rigenerazione urbana[44].
Altre leggi regionali, invece, non contengono una specifica definizione della rigenerazione urbana, ma comunque ne delineano le caratteristiche e le finalità[45].

---

[43] Da Senato della Repubblica, XIX Legislatura, AS 1113, "Disposizioni in materia di rigenerazione urbana e delega al Governo per la semplificazione delle disposizioni legislative in materia urbanistica"; il testo integrale del disegno di legge è consultabile al seguente URL *https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01414471.pdf*.

[44] In particolare, l'art. 2 della legge della regione Calabria n. 25 del 7 luglio 2022 ha stabilito che si intende per rigenerazione urbana e territoriale un «complesso sistematico di trasformazioni urbanistiche ed edilizie negli ambiti di cui all'articolo 2, comma 1, lettera d) (cioè i centri storici e gli agglomerati urbani che rivestono carattere storico nelle peculiarità identitarie, culturali e paesaggistiche dalle distorsioni causate dalla pressione turistica, dall'abbandono ovvero dai fenomeni di esclusione causati da processi di repentina ricomposizione sociale), che concorrono a contenere il consumo di suolo e secondo criteri che utilizzino metodologie e tecniche relative alla sostenibilità ambientale, anche mediante azioni di rinaturalizzazione dei suoli consumati in modo reversibile, con il recupero dei servizi ecosistemici persi tramite la deimpermeabilizzazione, la bonifica, l'innalzamento del potenziale ecologico-ambientale e della biodiversità urbana; l'insieme degli interventi che interessa complessi di più edifici che conducano almeno alla ristrutturazione urbanistica ai sensi articolo 3, comma 1, lettera f), del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia) ovvero delle aree di crisi oggetto di rigenerazione urbana, si configura quale intervento di rigenerazione urbana e territoriale, finalizzato alla definizione di un nuovo disegno di parte della città e inteso come volto a progettare l'uso ottimale degli edifici e degli spazi liberi, pubblici e privati, mediante un insieme di interventi diretti a rivitalizzare e qualificare il territorio dal punto di vista urbanistico, edilizio, socio-economico, identitario, prevedendo una significativa trasformazione che può comportare, in via esemplificativa: la modificazione del disegno dei lotti, degli isolati, degli spazi aperti e della rete stradale; la delocalizzazione degli immobili collocati in aree soggette a rischio ambientale e industriale; la demolizione senza ricostruzione di edifici collocati in areali caratterizzati da un'eccessiva concentrazione insediativa, con l'eventuale trasferimento delle quantità edificatorie; l'inserimento di nuove funzioni e la realizzazione o adeguamento delle dotazioni territoriali».

Si segnalano, altresì: l'art. 2 della legge della regione Lombardia n. 31 del 28 novembre 2014; l'art. 2, comma 1, lett. E) della legge della Regione Marche n.22 del 23 novembre 2011.

Per una ricognizione delle leggi regionali sulla rigenerazione urbana e sul contrasto al consumo di suolo, si veda Y. GUERRA, *La rigenerazione urbana nel prisma della produzione normativa regionale,* Fonti delle regioni ordinarie (2/2022), in *https://www.osservatoriosullefonti.it/rubriche/fonti-regioni-ordinarie/4269-osf-2-2022-regioni-1*.

[45] Così, la legge della Regione Puglia n. 21/2008, all'art. 1, ha stabilito che «la Regione Puglia promuove la rigenerazione di parti di città e sistemi urbani in coerenza con strategie comunali e intercomunali finalizzate al miglioramento delle condizioni urbanistiche, abitative, socio-economiche, ambientali e culturali degli insediamenti umani e mediante strumenti di intervento elaborati con il coinvolgimento degli abitanti e di soggetti pubblici e privati interessati (comma 1) e che I principali ambiti d'intervento sono i contesti urbani periferici e marginali interessati da carenza di attrezzature e servizi, degrado degli edifici e degli spazi aperti e processi di esclusione sociale, ivi compresi i contesti urbani storici interessati da degrado del patrimonio edilizio e degli spazi pubblici e da disagio sociale; i contesti urbani storici interessati da processi di sostituzione sociale e fenomeni di terziarizzazione; le aree dismesse, parzialmente utilizzate e degradate (comma 2), precisando (art. 2, Programmi integrati di rigenerazione urbana) che 1. I programmi integrati di rigenerazione urbana sono strumenti volti a promuovere la riqualificazione di parti significative di città e sistemi urbani mediante interventi organici di

ISSN 2036-7821

De iure condendo, poi, si segnala l'elaborato dell'Istituto Nazionale di Urbanistica (I.N.U.) che, nell'ambito della proposta di legge di principi fondamentali generali per il governo del territorio, dopo aver ricompreso la «rigenerazione delle parti di città e di territorio sotto il profilo insediativo, ambientale e sociale» tra i principi fondamentali del governo del territorio, ha proposto una definizione aggregata e coordinata della rigenerazione urbana, costituente «valore di interesse pubblico» in quanto «preordinata a elevare la qualità urbana e a garantire l'incolumità pubblica»[46]. Infine, anche la giurisprudenza amministrativa è intervenuta nel tentativo di fornire una definizione di rigenerazione urbana, affermando che questa «costituisce lo strumento attraverso il quale l'ente pianificatore (comunale e sovracomunale) realizza la riqualificazione del territorio degradato in vista del suo migliore e più valido impiego, mediante previsioni di riutilizzo o riuso che consentono altresì di limitare o impedire il consumo di suolo inedificato; la nozione di rigenerazione, però,

---

interesse pubblico. I programmi si fondano su un'idea-guida di rigenerazione legata ai caratteri ambientali e storico-culturali dell'ambito territoriale interessato, alla sua identità e ai bisogni e alle istanze degli abitanti. Essi comportano un insieme coordinato d'interventi in grado di affrontare in modo integrato problemi di degrado fisico e disagio socio-economico che, in relazione alle specificità del contesto interessato, includono: a) la riqualificazione dell'ambiente costruito, attraverso il risanamento del patrimonio edilizio e degli spazi pubblici, garantendo la tutela, valorizzazione e fruizione del patrimonio storico-culturale, paesaggistico, ambientale; b) la riorganizzazione dell'assetto urbanistico attraverso il recupero o la realizzazione di urbanizzazioni, spazi verdi e servizi e la previsione delle relative modalità di gestione; c) il contrasto dell'esclusione sociale degli abitanti attraverso la previsione di una molteplicità di funzioni e tipi di utenti e interventi materiali e immateriali nel campo abitativo, socio-sanitario, dell'educazione, della formazione, del lavoro e dello sviluppo; d) il risanamento dell'ambiente urbano mediante la previsione di infrastrutture ecologiche quali reti verdi e blu finalizzate all'incremento della biodiversità nell'ambiente urbano, sentieri didattici e mussali, percorsi per la mobilità ciclabile e aree pedonali, spazi aperti a elevato grado di permeabilità, l'uso di fonti energetiche rinnovabili e l'adozione di criteri di sostenibilità ambientale e risparmio energetico nella realizzazione delle opere edilizie».

Si segnalano inoltre: la L.r. Lazio n. 7/2017; l'art. 74 L.r. Umbria n. 1/2015; l'art. 5, comma 1, L.r. Emilia-Romagna, n. 24/2017; l'art. 1, comma 2, L.r. Piemonte n. 16 del 4 ottobre 2018.

[46] Si fa riferimento alla proposta di legge elaborato dall'I.N.U. recante "Legge di principi fondamentali e norme generali per il governo del territorio e la pianificazione". In particolare, l'art. 3 risulta così articolato: «1. La rigenerazione urbana e territoriale, quale processo di strategie, politiche, azioni, regole e progettualità coordinate, è finalità fondamentale del Governo del territorio e dei relativi strumenti di pianificazione territoriale e urbanistica di cui alla presente legge, nei quali si integra con gli obiettivi di contenimento del consumo di suolo e di messa in sicurezza del territorio. 2. In relazione alle caratteristiche delle aree urbanizzate e del territorio in cui viene perseguita, la rigenerazione urbana e territoriale aggregano un insieme coordinato di interventi inerenti il recupero, la riqualificazione e il rinnovo del patrimonio edilizio, il riuso temporaneo o permanente degli edifici dismessi o sottoutilizzati, la realizzazione di alloggi sociali, l'incremento e la qualificazione degli spazi pubblici, le misure di adattamento ai cambiamenti climatici, il potenziamento dei servizi pubblici e privati anche attraverso idonee attrezzature e infrastrutture, la cura della salute e della sicurezza, lo sviluppo di forme di mobilità sostenibile, la rimozione dei detrattori ambientali e dei manufatti incongrui. La rigenerazione territoriale può avere ricaduta sovralocale ed intercomunale ed è finalizzata alla risoluzione di situazioni di degrado urbanistico-territoriale e infrastrutturale, ambientale, socio-economico, al ripristino del suolo naturale e agricolo, al miglioramento della qualità paesaggistica ed ecologica del territorio. 2bis. La rigenerazione urbana e il recupero di immobili degradati o dismessi, la loro riqualificazione urbanistica, edilizia, ambientale, sociale e funzionale costituisce valore di interesse pubblico in quanto preordinata ad elevare la qualità urbana e a garantire l'incolumità pubblica».

ISSN 2036-7821

non investe solo la mera programmazione e pianificazione di recupero o di risanamento, giungendo anche a ricomprendere la coesione territoriale e sociale (cfr. Corte Cost. n. 179/2019 cit. e art. 2, comma 1, L.R. Lombardia n. 31/2014)»[47].

Da quanto sopra esposto, si desume che la rigenerazione urbana si colloca in una prospettiva multidimensionale di intervento, includendo una molteplicità di azioni, sia materiali che immateriali[48]: essa, partendo dall'originario obiettivo del contrasto e progressivo azzeramento del consumo di suolo come risorsa ambientale esauribile e non rinnovabile, si è progressivamente arricchita, seguendo l'evolversi delle esigenze sociali, di contenuti innovativi funzionali alla rinascita globale della città, perseguendo dinamiche inclusive per il miglioramento della qualità della vita dei cittadini[49].

In sostanza, la rigenerazione urbana risulta concetto polisemico, «in quanto espressione del carattere multidimensionale della sostenibilità»[50] e in continua ontologica evoluzione, al pari delle molteplici esigenze (anche di coesione sociale ed economica) che essa persegue, fino a giungere a ipotizzare una nuova funzione amministrativa di rigenerazione e riuso di spazi e beni pubblici[51].

---

[47] T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 11 dicembre 2020, n. 2473, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[48] Sul punto si veda S. STANGHELLINI, *Rigenerazione urbana*, in *www.urbanisticainformazioni.it*, 20 gennaio 2022, reperibile all'URL *http://www.urbanisticainformazioni.it/Rigenerazione-urbana-541.html*.

Da ciò anche la differenza rispetto alla riqualificazione urbana, che è istituto limitato al recupero edilizio e urbanistico di singoli immobili. Sulla differenza tra rigenerazione e riqualificazione urbana P. GALUZZI, P. VITILLO, *Città contemporanea e rigenerazione urbana. Temi, azioni, strumenti*, nella riv. *Equilibri*, Il Mulino, Bologna, n. 1 del 2018, p. 127, hanno affermato che, mentre la riqualificazione urbana è un «progetto di natura essenzialmente disciplinare, urbanistico e architettonico», la rigenerazione urbana si configura invece come «un progetto sociale ed economico che deve tener assieme una pluralità di dimensioni: insediative (ristrutturazione urbana, *infill*, nuove funzioni, *welfare* materiale), energetiche (standard, materiali), ambientali (spazi aperti, connessione con reti e sistemi ecologici), economiche (nuove attività, imprenditorialità giovanile), sociali (coesione, integrazione), istituzionali (partecipazione, presidio, agenzie di sviluppo)».

A livello normativo, la differenza tra rigenerazione urbana e riqualificazione urbana si coglie nella legge della Regione Puglia n. 21/2008, la quale, dopo avere definito nei primi articoli gli strumenti urbanistici della rigenerazione urbana quale programma complesso e multidisciplinare, disciplina gli interventi di riqualificazione sui singoli edifici, prevedendo la demolizione e ricostruzione di edifici residenziali e non residenziali (per questi ultimi, si pensi a esempio a edifici con destinazione industriale dismessi), l'adozione (al fine di inserire gli interventi nell'ambito della pianificazione urbanistica comunale) di piani urbanistici esecutivi (c.d. piani di secondo livello) del piano urbanistico generale nonché misure premiali con volumetrie aggiuntive rispetto all'esistente.

[49] Sul punto si veda G.A. PRIMERANO, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana*, cit., p. 220 ss. e C. VENTIMIGLIA, *Territorio e comunità nel prisma della rigenerazione urbana*, cit., p. 19.

[50] In questi termini G.A. PRIMERANO, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana*, cit., p. 223.

[51] Sulla rigenerazione urbana intesa come funzione amministrativa si rinvia a E. CHITI, *La rigenerazione di spazi e beni pubblici: una nuova funzione amministrativa?*, in F. DI LASCIO - F. GIGLIONI, *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Bologna, 2017, p. 15 ss. Con l'espressione "funzione amministrativa" l'Autore intende, sulla scia di S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 128, una «attività amministrativa colta nei suoi aspetti "macro", piuttosto che nei suoi procedimenti e provvedimenti, e caratterizzata da specifici fini, attribuzioni, destinatari e assetti di interessi».

ISSN 2036-7821

Essa è, in definitiva, finalizzata a contrastare non solo il degrado fisico (propriamente edilizio) dei territori, ma, mediante la programmazione di un insieme integrato di azioni, anche il relativo degrado economico e sociale[52].

4. La rigenerazione urbana nella pianificazione urbanistica.

A questo punto, occorre inquadrare la rigenerazione urbana, intesa nella sua portata polisemica e polifunzionale (come innanzi illustrata), nell'ambito della pianificazione urbanistica.

Va, cioè, verificato se la stessa si qualifichi come ulteriore e definitiva manifestazione della c.d. "depianificazione" urbanistica[53] oppure se essa possa integrarsi organicamente all'interno degli strumenti di pianificazione urbanistica, anche *de iure condendo*.

A legislazione vigente e stante l'attuale sistema normativo nazionale basato sulla l. n. 1150/1942 e sul D.M. n. 1444/1968, un modello virtuoso ed efficace è rappresentato dalla legge della regione Puglia n. 21/2008, recante «Norme per la rigenerazione urbana».

In particolare, la menzionata legge regionale pugliese n. 21/2008, a valle della riforma del Titolo V della Costituzione del 2001[54], disciplina gli strumenti per la realizzazione degli interventi complessi di rigenerazione urbana nell'ambito della pianificazione urbanistica generale comunale, con la previsione dell'elaborazione (prioritaria e preliminare) del documento programmatico per la rigenerazione urbana[55] e, nella

[52] R. DIPACE, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, in *Riv. giur. ed.*, n. 5/2014, vol. 2, p. 249, afferma che la rigenerazione urbana è «lo strumento attraverso il quale la cittadinanza può reclamare il proprio diritto alla qualità della vita […] nei suoi vari aspetti», specificandone, in nota 32, le varie declinazioni: qualità urbana (che «comprende residenzialità, servizi e lavoro»), qualità urbanistica (con un «disegno complessivo», nell'ambito del quale il «quadro strategico scaturisce da una sintesi degli interessi sociali, economici e culturali che la comunità si è data»), qualità architettonica, qualità dello spazio pubblico (che favorisce, in particolare, «lo sviluppo, la convivenza civile, l'aggregazione sociale, la sicurezza»), qualità sociale («intesa come benessere per gli abitanti sia come individui sia come collettività»), qualità economica (come «capacità di produrre occasioni di sviluppo auto propulsivo duraturo nel tempo e crescita economica dell'area urbana in cui si inserisce» con benefici per gli imprenditori, la pubblica amministrazione e i cittadini), qualità ambientale, qualità energetica e qualità culturale.

[53] Per "depianificazione" urbanistica si intende il superamento, attraverso i singoli programmi integrati di intervento o i singoli progetti e le pianificazioni di settore, della concezione unitaria e sistematica della pianificazione urbanistica. Sul tema si veda R. DIPACE, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, cit., p. 243, nota 20.

[54] Riforma costituzionale che, come noto, ascrive il governo del territorio alle materie di legislazione concorrente e riserva alla legislazione statale la determinazione dei principi fondamentali, spettando per il resto alle regioni la potestà legislativa.

[55] Il documento programmatico per la rigenerazione urbana individua, innanzitutto, gli ambiti territoriali nei quali realizzare gli interventi di rigenerazione urbana ed è disciplinato dall'art. 3 della L.r. Puglia n. 21/2008, che dispone: «1. I comuni definiscono gli ambiti territoriali che, per le loro caratteristiche di contesti urbani periferici e marginali interessati, rendono necessari interventi di rigenerazione urbana. A tal fine predispongono un documento programmatico per la rigenerazione urbana, da mettere a punto con la partecipazione degli abitanti, tenendo conto anche delle proposte di intervento avanzate da altri soggetti pubblici e da soggetti privati, e da

ISSN 2036-7821

cornice del suddetto documento, dei programmi integrati per la rigenerazione urbana (definiti come strumenti urbanistici esecutivi dello strumento urbanistico generale comunale[56]), stabilendone i rispettivi contenuti e le modalità di approvazione, anche con il rinvio alle norme della legge urbanistica regionale pugliese n. 20/2001.

Nella citata normativa regionale pugliese, il procedimento relativo ai programmi integrati di rigenerazione urbana viene disciplinato differentemente, a seconda della conformità o meno agli strumenti urbanistici generali comunali.

---

approvarsi con apposito atto deliberativo del consiglio comunale applicando le procedure previste dai commi 1, 2 e 3 dell'articolo 11 della l.r. 20/2001. In sede di prima applicazione, tale approvazione deve essere effettuata entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore delle presenti norme. La mancata approvazione entro tali termini non impedisce la presentazione di proposte di programmi integrati di rigenerazione urbana da parte di soggetti pubblici o privati, sulle quali il consiglio comunale deve pronunciarsi entro novanta giorni. 2. La definizione degli ambiti territoriali da assoggettare ai programmi integrati di rigenerazione urbana può avvenire anche nell'ambito del documento programmatico preliminare del piano urbanistico generale previsto dalla l.r. 20/2001».

Si sottolinea che la stessa legge regionale prevede espressamente la partecipazione preventiva dei privati alla elaborazione del documento programmatico per la rigenerazione urbana, a monte di qualsiasi scelta del potere pubblico, in una prospettiva di effettiva e preliminare condivisione e accettazione delle regole, le quali, proprio in quanto co-elaborate, si prestano a una più agevole realizzazione: questo documento deve, infatti, essere "messo a punto" «con la partecipazione degli abitanti, tenendo conto anche delle proposte di intervento avanzate da altri soggetti pubblici e da soggetti privati».

Lo stesso art. 3 della L.r. Puglia n. 21/2008 individua i contenuti del documento programmatico per la rigenerazione urbana, anche in un'ottica di "area vasta" (nella specie, in coerenza con il D.R.A.G.): «3. Il documento programmatico per la rigenerazione urbana individua parti significative di città o sistemi urbani aventi le caratteristiche elencate al comma 1 dell'articolo 1, che richiedono interventi prioritari di riqualificazione urbana. Basandosi sull'analisi dei problemi di degrado fisico e disagio abitativo e socio-economico e in coerenza con gli indirizzi dettati dal documento regionale di assetto generale (DRAG), il documento definisce: a) gli obiettivi di riqualificazione urbana, inclusione sociale e sostenibilità ambientale da perseguire a livello comunale o intercomunale; b) gli ambiti territoriali da sottoporre a programmi integrati di rigenerazione urbana; c) le politiche pubbliche, in particolare abitative, urbanistiche, paesaggistico-ambientali, culturali, socio-sanitarie, occupazionali, formative e di sviluppo, che concorrono al conseguimento degli obiettivi di cui alla lettera a); d) le iniziative per assicurare la partecipazione civica e il coinvolgimento di altri enti e delle forze sociali, economiche e culturali alla elaborazione e attuazione dei programmi; e) i criteri per valutare la fattibilità dei programmi; f) i soggetti pubblici che si ritiene utile coinvolgere nella elaborazione, attuazione e gestione dei programmi e le modalità di selezione dei soggetti privati».

[56] L'art. 2 della legge regionale della Puglia n. 21/2008 prevede, al comma 2, che «I programmi sono predisposti dai comuni singoli o associati o sono proposti ai comuni da altri soggetti pubblici o privati, anche fra loro associati. I programmi assumono gli effetti di strumenti urbanistici esecutivi. A quelli di iniziativa privata si applica la previsione di cui alla lettera b) del comma 1 dell'articolo 16 della legge regionale 27 luglio 2001, n. 20 (Norme generali di governo e uso del territorio)».

Pertanto, i programmi integrati di rigenerazione urbana sono piani urbanistici esecutivi del piano urbanistico generale comunale e, se di iniziativa privata, possono essere redatti e proposti, ai sensi dell'art. 16, comma 1, lettera b) della legge regionale pugliese n. 20/2001, «dai proprietari che rappresentino, in base alla superficie catastale, almeno il 51 per cento degli immobili compresi entro il perimetro dell'area interessata. Il loro concorso è sufficiente a costituire il consorzio ai fini della presentazione al Comune della proposta di piano esecutivo e del relation schema di convenzione».

ISSN 2036-7821

L'art. 5 della legge regionale della Puglia n. 21/2008 regola il procedimento di approvazione dei programmi integrati di rigenerazione urbana conformi agli strumenti urbanistici generali comunali[57].
Riguardo, invece, al procedimento di approvazione dei programmi integrati di rigenerazione urbana non conformi agli strumenti urbanistici generali comunali e, quindi, da approvare in variante a questi ultimi, l'art. 6 L.r. Puglia n. 21/2008 prevede uno strumento semplificato di variante urbanistica, con l'utilizzo degli accordi di programma di cui all'art. 34 del d. lgs. n. 267/2000 (Testo unico enti locali).
La sia pur "virtuosa" formulazione della legge regionale pugliese n. 21/2008 rende evidente che gli strumenti urbanistici della rigenerazione urbana vanno necessariamente ricondotti, a legislazione statale vigente, agli strumenti attuativi di secondo livello nell'ambito della pianificazione urbanistica comunale generale e, quindi, alla «logica gerarchica tradizionale della pianificazione»[58].
Tuttavia, il concetto polisemico e polifunzionale della rigenerazione urbana e la visione integrata che lo connotano devono essere inquadrati nell'ambito di una disciplina organica statale recante i principi fondamentali della pianificazione urbanistica comunale.
Infatti, solo la definizione di una disciplina omogenea per l'intero territorio nazionale potrebbe codificare – e, pertanto, rendere giuridicamente vincolante – il contrasto al consumo di suolo quale principio fondamentale del governo del territorio, superando la rigidità dell'attuale sistema pianificatorio basato sulla zonizzazione urbanistica e sulla necessità del ricorso a complesse e defatiganti varianti nelle ipotesi, invero frequenti, di non conformità degli interventi di rigenerazione urbana al piano.

[57] L'art. 5 della legge regionale pugliese n. 21/2008 prevede: «1. I programmi integrati di rigenerazione urbana conformi ai piani regolatori generali, ai programmi di fabbricazione o ai piani urbanistici generali comunali vigenti sono adottati con atto deliberativo del consiglio comunale tenendo conto delle proposte avanzate dalle forze sociali, economiche, culturali e dagli abitanti che risiedono o operano nel contesto da riqualificare e negli ambiti ad esso contigui. 2. Entro trenta giorni dalla data di adozione, il programma e i relativi elaborati sono depositati, per quindici giorni consecutivi, presso la segreteria del comune, in libera visione al pubblico. Del deposito è dato avviso sull'albo comunale e su almeno due quotidiani a diffusione provinciale. 3. Entro il termine di quindici giorni dalla data di scadenza del periodo di deposito di cui al comma 2, chiunque abbia interesse può presentare proprie osservazioni, anche ai sensi dell'articolo 9 della legge 7 agosto 1990, n.241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi). 4. Qualora il programma riguardi aree sulle quali insistono vincoli specifici, decorso il termine per le osservazioni, il sindaco indice una conferenza di servizi alla quale partecipano rappresentanti delle amministrazioni competenti per l'emanazione dei necessari atti di consenso, comunque denominati. 5. Entro trenta giorni dalla data di acquisizione degli atti di consenso di cui al comma 4, il consiglio comunale approva in via definitiva il programma, pronunciandosi altresì sulle osservazioni presentate. 6. La deliberazione di approvazione è pubblicata, anche per estratto, sul Bollettino ufficiale della Regione Puglia (BURP). 7. Il programma acquista efficacia dal giorno successivo a quello di pubblicazione di cui al comma 6».

[58] L'efficace espressione è di R. DIPACE, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, cit., p. 252.

ISSN 2036-7821

In sostanza, occorre uno strumento urbanistico flessibile e, per così dire, "camaleontico", capace di adeguarsi alle inevitabili modificazioni della città in costante evoluzione[59].

In questa prospettiva, sarebbe utile l'adozione di una nuova legge urbanistica nazionale che, nel disciplinare i principi fondamentali del governo del territorio, ai sensi dell'art. 117, comma 3 Cost., preveda un nuovo e snello modello di piano urbanistico comunale a struttura quanto meno "bifasica", articolata in una parte strutturale-strategica e in una parte operativa.

In proposito, va sottolineato che già nel 1995 a Bologna si è svolto il XXI Congresso dell'Istituto Nazionale di Urbanistica (I.N.U.), nel corso del quale si è discusso delle prospettive di riforma della legge urbanistica: già in quella sede , si proponeva lo "sdoppiamento" del piano regolatore generale comunale in due strumenti diversi e complementari, e cioè il Piano strutturale comunale (P.S.C.) e il successivo Piano operativo comunale (P.O.C.), con il connesso Regolamento urbanistico edilizio. Si tratta di un nuovo modello di piano urbanistico, volto a conferire a detto strumento la flessibilità necessaria a eliminare le continue e complesse varianti, in un'ottica di semplificazione e di accelerazione dell'azione amministrativa [60].

Nell'illustrata prospettiva di flessibilità e in assenza, tuttora, di una nuova legge urbanistica statale di principi fondamentali, vari legislatori regionali hanno disciplinato[61] lo "sdoppiamento" dello strumento urbanistico generale comunale in una parte strutturale-strategica e in una operativa[62].

---

[59] Sul punto si veda R. DIPACE, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, cit., p. 252.

[60] A. CAPPUCCITTI, *Le diverse "velocità" del Piano urbanistico comunale e il Piano strutturale,* Sapienza, Università di Roma. Sul Convegno I.N.U., in particolare p. 2 ss., in *https://inu.it/wp-content/uploads/astengo/download/corsi/Corso_Piani_Strutturali_maggio2008/Cappuccitti.pdf*.

L'Autore espone anche i caratteri del Piano strutturale comunale e del Piano operativo comunale: il primo ha validità di lungo periodo, anche a tempo indeterminato, non è immediatamente prescrittivo, non è vincolistico (salvo che per i vincoli ricognitivi, a esempio, paesaggistici, idrogeologici, atemporali e non indennizzabili), non è conformativo dei diritti proprietari e fissa indirizzi e obiettivi per i successivi Piani operativi comunali di breve-medio periodo; il Piano operativo comunale ha, invece, validità di breve-medio periodo, interessa parti del territorio cui corrispondono progetti di trasformazione urbanistica programmati nel breve e nel medio periodo, è conformativo dei diritti proprietari ed è basato su tecniche perequative ed eccezionalmente espropriative.

[61] Per una ricognizione delle leggi regionali urbanistiche di disciplina delle componenti costitutive del piano urbanistico comunale, si rinvia, per brevità, ad A. CAPPUCCITTI, *Le diverse "velocità" del Piano urbanistico comunale e il Piano strutturale*, cit. Sul Convegno I.N.U., p. 7 ss., in *https://inu.it/wp-content/uploads/astengo/download/corsi/Corso_Piani_Strutturali_maggio2008/Cappuccitti.pdf*.

[62] P. URBANI, *Nozione ed evoluzione della disciplina urbanistica. Statuto conformativo della proprietà privata. Le nuove forme di pianificazione nella legislazione regionale. Vincoli conformativi ed espropriativi,* da *https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/20159011/Urbani_PNozione_ed_evoluzione_della.pdf/652c01d3-10fa-1b80-c249-bcd6b6fe0217?t=1647448178000*. In particolare, l'Autore osserva che, «per quanto riguarda il piano urbanistico, la gran parte della legislazione regionale, a partire dal 1995 (l. reg. Toscana n. 5/1995), ha modificato la disciplina del contenuto del principale atto di pianificazione – il PRG – introducendo forti discontinuità rispetto al modello della legge del 1942». E ancora, «il risultato più evidente è quello della divisione del piano regolatore in due provvedimenti temporalmente autonomi – il piano strutturale ed il piano operativo, cui in qualche caso si

ISSN 2036-7821

L'illustrato "sdoppiamento" del piano urbanistico comunale a opera delle varie leggi regionali nelle due citate componenti ha registrato l'avallo della Corte Costituzionale, che, con sentenza n. 50/2017, ne ha ritenuto la conformità alla Carta fondamentale[63].
Tuttavia, l'articolazione del piano a opera delle leggi urbanistiche regionali comporta l'inevitabile criticità connaturata alla relativa differenziazione e frammentarietà, che rende ormai non più procrastinabile l'adozione di una legge statale organica di principi, la quale disciplini omogeneamente sul territorio nazionale la delicata materia.
In proposito, in assenza di iniziative legislative statali al riguardo, l'Istituto Nazionale di Urbanistica (I.N.U.) ha elaborato un'ulteriore proposta di legge di principi fondamentali per il governo del territorio[64], ipotizzando come finalità

---

aggiunge il regolamento urbanistico – con il fine di disporre di due strumenti: il primo teso a fissare le strategie ed il secondo destinato ad attuarle in concreto».

Sempre sul punto, G.A. PRIMERANO, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana,* cit., p. 167 ss., evidenzia che la flessibilità del piano, oltre ad assecondare «una logica partecipata capace di coinvolgere una pluralità di attori, pubblici e privati», è anche «strumentale alla rifunzionalizzazione dell'esistente»: in quest'ottica, il "nuovo" PRG può così «contribuire effettivamente alla limitazione del consumo di suolo». In particolare, l'Autore afferma che è la componente strutturale che «definisce gli obiettivi generali, gli indirizzi e le scelte strategiche di ampio respiro, garantisce l'uso sostenibile delle risorse e individua le parti di territorio destinate a essere preservate da sostanziali trasformazioni», spettando poi «alla componente operativa e un insieme di strumenti integrativi di diversa denominazione correlati alla stessa» di aprire concretamente «la strada agli interventi, inclusi quelli di rigenerazione urbana», essendo il solo documento programmatico di base «privo di efficacia conformativa della proprietà e degli altri diritti reali».

[63] Il Giudice delle Leggi ha ritenuto che «La definizione in termini di "flessibilità", peraltro entro limiti definiti dalle previsioni del PUC, delle caratteristiche tipologiche e planivolumetriche dei singoli interventi non si pone in contrasto con i principi della legislazione urbanistica statale, giacché da quest'ultima non si desume alcun principio fondamentale della materia del «governo del territorio» che imponga allo strumento pianificatorio di dettare sin da subito e con carattere stringente le coordinate e gli indici della trasformazione territoriale». La Consulta prosegue chiarendo che il sistema di pianificazione a due stadi, imperniato sul binomio piano strutturale-piano operativo, «consente di non adottare decisioni puntuali immediate e di modulare progressivamente la prescrittività delle scelte urbanistiche mano a mano che maturano le condizioni propizie alla concreta realizzazione, senza che sia necessario ricorrere di volta in volta a procedure di variante». Inoltre, «A tale fine, determinati criteri e vincoli fissati dal piano di primo livello (densità abitativa, popolazione insediabile, limiti d'altezza delle costruzioni, standards urbanistici, ed altro) sono fisiologicamente dotati di un certo margine di flessibilità, principalmente negli ambiti (di trasformazione o di riqualificazione) in cui non è possibile prevedere quale sarà la specifica tipologia della domanda d'insediamento, ovvero quando occorrono interventi molto complessi che richiedono il coinvolgimento delle disponibilità finanziarie private».

Sul punto si è espresso A. BARTOLINI, *Piano regolatore generale: cronaca di una morte annunciata e sulle prove di una sua reincarnazione*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, vol. III, cit., 1787 (già pubblicato in *Riv. giur. urb*., 2019, 616 ss.), il quale sostiene che la suddetta sentenza «anche se in *obiter*, nell'accertare l'esistenza del sistema piano strutturale-operativo, implicitamente ne dichiara la costituzionalità».

[64] La proposta è riportata in *https://www.inu.it/wp-content/uploads/appendice-ui-313-legge-principi-def.pdf*. In nota 1, p. 173, si precisa che «Nel Consiglio direttivo nazionale dell'Inu del 3.3.23 è stato discusso un testo preliminare sulla base dei materiali (vedi Urbanistica Informazioni no. 305/2022 s.i.) del XXXI Congresso INU (Bologna 26 novembre 2022). La bozza di Articolato, con il coordinamento di Michele Talia e Carlo Alberto Barbieri, è elaborata in progress da un Gruppo di lavoro Inu di urbanisti e giuristi (A. Arcidiacono, P. Gabellini, P. Galuzzi, C. Giaimo, V. Lingua, F. D. Moccia, S. Ombuen, S. Stanghellini con A. Bartolini, E. Boscolo, F. Gualandi, E. Lorusso, G. Martino, F. Pellicani, R. Perticarari, A. Torricelli, P. Urbani) per i Consigli direttivi nazionali Inu del

ISSN 2036-7821

fondamentale del "governo del territorio" anche la rigenerazione urbana e territoriale (art. 3) nonché prevedendo le funzioni e gli strumenti della pianificazione urbanistica, con la distinzione, cui le leggi regionali devono attenersi nell'esercizio della potestà legislativa concorrente, della funzione struttural-strategica, della funzione regolativa e della funzione operativa[65].

L'articolato dell'I.N.U. recepisce, inoltre, come principio fondamentale e finalità del governo del territorio anche il contrasto al consumo di nuovo suolo[66].

Infine, occorre rilevare che, con decreto ministeriale n. 414/2021, il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili ha istituito la Commissione per la riforma

7.7.23 e del 20.10.23, tenendo conto dei contributi pervenuti dalle Sezioni regionali dell'Inu e dell'incontro con le Regioni associate all'INU del 18.10.23. Il testo è stato presentato a Firenze il 8.11.2023 nell'ambito di Urbanpromo 2023 e la sua successiva elaborazione ai Comuni associati all'Inu il 29.1.24 e all'Assemblea ordinaria dei Soci Inu a Genova il 9.2.2024».

[65] In proposito, si veda l'art. 14 della proposta di legge dell'I.N.U. in *https://www.inu.it/wp-content/uploads/appendice-ui-313-legge-principi-def.pdf*, p. 166: «1. Le Regioni disciplinano con proprie leggi la forma unitaria o eventualmente ripartita, il contenuto e gli elaborati essenziali dei piani urbanistici comunali, di Unione e intercomunali, assicurando che la pianificazione a questa scala contempli e distingua le seguenti funzioni: a) funzione strutturale e con profilo strategico (di seguito struttural-strategica), non avente efficacia conformativa della proprietà; b) funzione regolativa, avente efficacia conformativa della proprietà e degli altri diritti reali; c) funzione operativa avente, mediante i suoi strumenti, efficacia conformativa della proprietà e degli altri diritti reali. 2. La funzione struttural-strategica e la funzione regolativa sono obbligatorie e di norma sono parte di un unico Piano urbanistico generale, costituendone due componenti interne. 3. La funzione operativa si attiva come implementazione della funzione struttural-strategica in coerenza con quanto espresso da essa, qualora maturino operazioni rilevanti o complesse di trasformazione e rigenerazione urbana e territoriale che richiedono sviluppo operativo progettuale e conseguente definizione di regole conformative ed esecutive. In quanto tale è da intendersi come eventuale e non obbligatoria. Ferma restando la coerenza con la funzione struttural-strategica del Piano urbanistico generale, la funzione operativa può anche avvalersi in un Programma operativo al fine di inquadrare e coordinare interventi aventi differenti forme e disciplina di attuazione anche di natura partenariale. 4. Le capacità edificatorie di cui all'art. 15 sono assegnate dalla funzione operativa e dalla funzione regolativa ed hanno rilievo ai fini fiscali. 5. La funzione struttural-strategica traduce sul territorio gli obiettivi perseguiti per il futuro della città e del territorio interessati, dando forma e organizzazione generale: al sistema insediativo e delle dotazioni urbanistiche e territoriali di cui agli artt. 16 e 17, a quello infrastrutturale (per la mobilità, l'energia, le acque, la transizione digitale), al sistema ambientale (naturale, paesaggistico, agricolo), mediante la funzione regolativa e la funzione operativa. Essa indica, con adeguate ed esplicite direttive, le scelte e le azioni conseguenti agli obiettivi, esplicitandone finalità, esiti attesi e prestazioni, riconoscendo gli ambiti di cui al c. 11 dell'art. 17 e con riferimento: al territorio non urbanizzato, agricolo e naturale da risparmiare e conservare ed all'incremento dei servizi ecosistemici, ai sensi dell'art. 5, a parti del sistema insediativo da conservare, consolidare e riqualificare, a parti del sistema insediativo di valore storico e documentario, a parti del territorio urbanizzato da trasformare e da sottoporre a rigenerazione urbana e territoriale e per queste fornisce obbiettivi, criteri, requisiti ed indica esiti, prestazioni e qualità attesi allo scopo di indirizzarne lo sviluppo operativo-progettuale e valutarne la coerenza […]». E ancora: «8. La funzione operativa si riferisce alle parti di territorio da trasformare e di rigenerazione urbana e territoriale di cui all'art. 3, in coerenza con le finalità, gli esiti attesi, le prestazioni di qualità urbana ed ecologico-ambientale indicate dalla funzione struttural-strategica del Piano urbanistico generale».

[66] Art. 2, comma 2, lett. c), che fa riferimento al «contenimento e contrasto del consumo e della perdita di qualità del suolo e salvaguardia delle matrici ambientali». Inoltre, l'art. 5, comma 1, si riferisce al suolo come «bene comune» e «risorsa limitata e non rinnovabile».

ISSN 2036-7821

della normativa nazionale in materia di pianificazione del territorio, assegnando a essa il termine di sei mesi per la presentazione della relazione sull'attività svolta[67].
L'espresso riferimento contenuto nel D.M. n. 414/2021 (art. 2) all'obiettivo del contenimento del consumo di suolo e alla promozione della rigenerazione urbana (propri delle più recenti iniziative legislative parlamentari), nell'ambito del procedimento per l'elaborazione della nuova legge urbanistica statale di principi, rende evidente il recepimento della funzione della rigenerazione stessa, nel suo significato polisemico, all'interno della pianificazione urbanistica.
I tempi sembrano, quindi, finalmente maturi per pervenire alla riforma organica della legislazione statale di principi fondamentali sulla pianificazione urbanistica, da intendersi come nuova pianificazione della rigenerazione urbana e del contrasto al consumo di suolo, nell'ottica dello sviluppo sostenibile dei territori.

5. Conclusioni.

Dall'esposizione svolta emerge che la rigenerazione urbana, nella chiarita natura polisemica, risulta funzionale non solo all'originario obiettivo del contrasto al consumo di nuovo suolo, ma anche alla promozione della qualità della vita degli abitanti e dell'inclusione sociale.
Tuttavia, proprio la sua "poliedricità" rischia di divenirne l'intrinseco limite.

[67] L'art. 2 del D.M. n. 414/1991 dispone che «La Commissione ha il compito di provvedere alla elaborazione di uno o più schemi di provvedimento finalizzati alla riforma organica dei principi della legislazione statale in materia di pianificazione del territorio e standard urbanistici, nonché al riordino e alla modifica delle disposizioni contenute nel Testo unico dell'edilizia, con riguardo ai seguenti profili: - l'individuazione degli obiettivi e dei limiti costituzionali alla legislazione statale in materia urbanistica ed edilizia, tenuto conto della giurisprudenza costituzionale, con particolare attenzione sia alle interferenze con altre materie, sia all'autonomia garantita alle Regioni ed ai Comuni; - l'individuazione degli obiettivi e dei limiti per la legislazione nazionale derivanti dai valori e dagli obblighi assunti dall'Italia a livello internazionale e nell'Unione europea; - la declinazione a livello urbanistico degli obiettivi specifici dell'Agenda ONU 2030 per lo sviluppo sostenibile, del programma unionale Next Generation EU, del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e degli obiettivi di contenimento del consumo di suolo e di promozione della rigenerazione urbana propri delle più recenti iniziative legislative parlamentari; la declinazione a livello urbanistico dell'evoluzione del Paese sul piano demografico, sociale, economico; - la ricostruzione delle linee evolutive della legislazione statale in materia urbanistica, dalla legge urbanistica fondamentale del 1942 ad oggi, dando evidenza ai profili di perdurante attualità e a quelli di inadeguatezza agli attuali obiettivi del Paese; - la rilevazione nella prassi dei maggiori fattori di incertezza, lentezza, criticità, onerosità, difficolta gestionali e contenzioso; - la rivisitazione della nozione di urbanistica, anche in relazione all'evoluzione delle nozioni di edilizia, paesaggio, beni culturali e ambiente, in modo da assicurare coerenza, chiarezza, efficienza e semplificazione dei procedimenti di programmazione e controllo; - la precisazione e definizione dei concetti fondamentali del diritto urbanistico così da garantire uniformità a livello nazionale e semplificare conoscenza e rispetto delle regole da parte dei cittadini e degli operatori economici; - l'individuazione dei principali profili di criticità dell'attuale disciplina delle costruzioni, in un'ottica di semplificazione delle procedure autorizzatorie, di limitazione del consumo di suolo e di armonizzazione con le altre normative di settore, e la elaborazione delle consequenziali proposte di modifica delle disposizioni del d.P.R. n. 380/2001; - la rilevazione delle best practices regionali di innovazione legislativa ritenute suscettibili di integrare la regolazione a livello statale; - la fissazione di principi e metodologie per garantire la digitalizzazione continuativa, la custodia e la consultazione pubblica dei dati relativi all'assetto territoriale e alla regolazione».

ISSN 2036-7821

Si riscontra, quindi, la necessità di pervenire alla positivizzazione-normativizzazione della definizione di rigenerazione urbana, idonea in quanto tale a sancirne la vincolatività giuridica, auspicabilmente come principio fondamentale posto a base della pianificazione urbanistica comunale.

In altri termini, il piano urbanistico comunale deve divenire il piano della rigenerazione urbana[68], funzionale allo sviluppo sostenibile, nella prospettiva della solidarietà intergenerazionale; in questo senso, può parlarsi di un vero e proprio piano urbanistico della rigenerazione urbana, inteso come piano della rinascita dei territori, integralmente rinnovato e semplificato anche nella sua struttura, dotato di flessibilità[69] e funzionale alle mutevoli esigenze della cittadinanza.

La rigenerazione urbana può, pertanto, costituire occasione per la rinascita dell'urbanistica e per la riappropriazione alla "mano pubblica" della funzione del governo del territorio[70].

La pianificazione urbanistica comunale della rigenerazione urbana deve, poi, permanere "a guida pubblica"[71], quale necessaria sintesi e composizione dei contrapposti interessi antagonisti pubblici e privati[72], che possono confrontarsi nell'ambito del procedimento di formazione del piano, equilibrandosi e realizzandosi reciprocamente, in una sorta di mutuo ruolo "servente", attuando al contempo la funzione sociale della proprietà privata (art. 42 Cost.).

Il procedimento di formazione del piano urbanistico della rigenerazione urbana deve, inoltre, essere momento di emersione delle fragilità, delle esigenze e delle emergenze economiche e sociali delle collettività locali e, in seguito, di sintesi e soluzione delle stesse.

---

[68] R. DIPACE, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, cit., p. 244, afferma che «il programma di rigenerazione, per quanto abbia una sua peculiare collocazione, non si pone affatto come manifestazione della depianificazione urbanistica, anzi, esso si può integrare perfettamente nell'ambito degli strumenti di pianificazione, costituendone la componente strategica».

[69] Sul tema, cfr. par. 4.

[70] Sul punto si veda G. GARDINI, *Alla ricerca della città giusta*, cit., p. 67. L'Autore afferma che «la pianificazione strutturale, aperta alla partecipazione dei privati ma saldamente posta nelle mani di un'autorità amministrativa esponenziale della popolazione residente, rappresenta l'unica soluzione per superare i rischi di *deregulation* legati ad un'urbanistica per progetti contrattata, affidate a leggi speciali e derogatorie». Infine, conclude sostenendo che «solo in questo modo sembra possibile riportare all'interno del circuito democratico le scelte fondamentali per il territorio, per troppo tempo consegnate a iniziative particolari, disorganiche e prevalentemente orientate all'interesse privato».

[71] L'espressione "a guida pubblica" è utilizzata da R. DIPACE, *La rigenerazione urbana a guida pubblica*, in *Riv. quad. dir. amb.*, n. 2/2022, pp. 27 ss.; sul punto, v. il numero monografico – e dunque l'intero fascicolo – della medesima *Rivista*, sempre n. 2/2022, interamente dedicato al tema della rigenerazione urbana. V. ancora G. GARDINI, *Alla ricerca della città giusta*, cit., p. 69, per il quale «la rigenerazione urbana è una politica essenzialmente a guida pubblica, che si inquadra nell'ambito di una pianificazione complessa rivolta a contenere il consumo di suolo e favorire l'inclusione sociale, obiettivi primari rispetto ai quali il recupero edilizio rappresenta una mera tecnica servente».

[72] In primo luogo, l'interesse privato della "rendita urbana", guidata dalla logica egoistica del profitto individuale. In proposito, si veda G. GARDINI, *Alla ricerca della città giusta*, cit., p. 94.

ISSN 2036-7821

Sotto questo aspetto, assume fondamentale rilievo l'effettiva partecipazione dei cittadini già nella fase precedente all'adozione del piano[73], che, quindi, scaturisce dalla concreta condivisione con la cittadinanza[74] secondo un approccio c.d. *bottom up*[75], in grado di orientare efficacemente l'azione pubblica verso obiettivi di giustizia sociale e sostanziale, funzionali ai doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost.) e al perseguimento dell'eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2 Cost.).

Si tratta di un percorso impegnativo da portare a compimento per giungere alla vera "rinascita dell'urbanistica", a partire dalle esperienze (anche normative, si pensi alle varie leggi regionali sulla rigenerazione urbana e sulla pianificazione urbanistica) e dalle riflessioni già svolte, attraverso le quali si potrà giungere alla realizzazione delle «città intelligenti»: città del futuro, sostenibili e inclusive, frutto dell'impegno delle generazioni presenti per la tutela delle generazioni future.

[73] E non, come adesso, a valle dell'adozione del piano urbanistico, con l'acquisizione *ex post* delle osservazioni dei privati.

[74] G. GARDINI, *Alla ricerca della città giusta*, cit., pp. 66-67. L'Autore osserva che il piano urbanistico, come «insostituibile strumento pubblicistico di pianificazione nell'era dell'urbanistica conservativa e inclusiva […] è stato in grado di aprirsi alla partecipazione democratica dal basso, superando il limite dell'esclusione dalla partecipazione procedimentale ex legge n. 241/90, l'insufficienza delle osservazioni relegate alla fase post-adozione, e consentendo l'apporto di tutti i cittadini anche nella fase progettuale, di costruzione del modello urbano da realizzare».

[75] L'approccio c.d. *bottom up* indica un approccio "dal basso verso l'alto", in contrapposizione a quello c.d. *top down*, ovvero "dall'alto verso il basso". Nella materia del governo del territorio, l'approccio *bottom-up* si riferisce a processi partecipativi e di condivisione dal basso, a fronte di quello *top-down*, con la primazia del potere pubblico, il sacrificio degli interessi privati e la prevalenza delle tecniche espropriative.

ISSN 2036-7821