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
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2024

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. 3/2024

SOMMARIO

1. **La riforma della responsabilità amministrativa, tra esigenze di efficienza delle PP.AA e di protezione degli interessi erariali, per consentire un'autonomia decisionale dei funzionari pubblici più consapevole e meno timorosa.**
di Gennaro Terracciano……...pag. 881

2. **Connessioni funzionali tra smart contracts e disciplina generale dei contratti: criticità ermeneutiche e soluzioni applicative.**
di Vincenzo Sanasi D'Arpe ……pag. 896

3. **Intelligenza artificiale, interesse pubblico e complessità della scelta amministrativa.**
di Maria Cristina Cavallaro…….....pag. 936
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

4. **Note sull'uso del demanio marittimo per fini turistico-balneari.**
di Francesco Manganaro……pag. 949

5. **La prestazione sanitaria automatizzata, tra (nuovi) compiti e (vecchie) responsabilità.**
di Giuseppe La Rosa ……..pag. 959
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

ISSN 2036-7821

6. **La sfida della sostenibilità delle imprese tra nuovi modelli normativi e approcci regolatori in chiave comparatistica.**
di Clara Mariconda……...pag. 986

7. **Interdittiva antimafia e controllo giudiziario tra interferenze normative e distorsioni applicative.**
di Teresa Alesci e Federica Lombardi……..pag. 1011

8. **Telemedicina, PNRR e Piani di rientro sanitari: uniformità versus autonomia nell'organizzazione sanitaria?**
di Costanza Nicolosi……..pag. 1042

9. **The environmental transition in Canada: a widespread structural breakdown?**
di Michele Karaboue……..pag. 1062

10. **Quali sono i limiti legittimi all'incapacità a contrarre con la P.A. di fronte ad un illecito sovranazionale?**
di Raffaele Caroccia……pag. 1078

11. **Tanto rumore per nulla? E se il referendum sulla legge in tema di autonomia differenziata (n.86 del 2014) fosse costituzionalmente illegittimo?**
di Fabrizio Giulimondi……..pag. 1100

12. **La transizione ecologica attraverso le Comunità Energetiche Rinnovabili: tra principi di diritto ambientale e nuove strategie politiche europee.**
di Luca Di Procolo e Jiada Domanio……pag. 1114

ISSN 2036-7821

13. **El gravamen sobre los envases de plástico no reutilizables en el ordenamiento jurírido español.**
di José Antonio Gutiérrez Escobar……..pag. 1132

14. **Specificazioni per la prosecuzione degli affidamenti in house in caso di aggregazioni societarie. Spunti di riflessione sui rapporti tra giudice nazionale e Corte di giustizia.**
di Edoardo Giovannelli……..……..pag. 1156

15. **I principi di digitalizzazione nei contratti pubblici. Le maggiori novità, le criticità e i punti di forza della nuova tecnica legislativa per principi nel digital.**
di Maria Chiara Pollicino……..pag. 1178
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

16. **Il potere di riacquisto dei beni nelle aree di sviluppo industriale e la pluralità degli interessi coinvolti.**
di Piergiuseppe Basile……pag. 1193

17. **Balancing individual will and social benefit: a study of contract regulation.**
di Massimiliano Marletta e Francesco Mastroianni……..pag. 1214

18. **Impresa ed economia circolare: una rilettura della contrattazione ecologicamente orientata alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici.**
di Ilaria Baisi……pag. 1233

ISSN 2036-7821

19. Le radici del rating tra antimafia ed anticorruzione.
di Giorgio Di Mitri……..pag. 1261

20. Il ruolo del principio di risultato e della digitalizzazione nel processo di riforma della pubblica amministrazione.
di Francesco Conte ……pag. 1290
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"***)**

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La riforma della responsabilità amministrativa, tra esigenze di efficienza delle PP.AA e di protezione degli interessi erariali, per consentire un'autonomia decisionale dei funzionari pubblici più consapevole e meno timorosa

di Gennaro Terracciano

(Professore ordinario di diritto amministrativo e Prorettore dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico")

Sommario

1. Premessa; - 2. La riforma; - 3. In prospettiva: i principi del risultato e della fiducia quali fattori propulsivi per una P.A. efficiente..

Abstract

Although the opportunity to intervene organically on the functions of the Court of Auditors, and in particular on the ordinary discipline of administrative liability, had long been felt, especially due to the change (not only contingent) in the economic and social conditions that the national legal system is experiencing, the decision of the Constitutional Court no. 132 of 2024 has definitively rooted the urgent need for a comprehensive legislative intervention, which also concerns the control and consultative functions, as well as to delimit the liability of the treasury from a subjective and objective perspective, as well as to specify its (sanctioning) nature. In this sense, the bill no. 1621 (AC) of 19 December 2023, currently under examination, has only slightly anticipated the decision of the Constitutional Court, intercepting needs that have now clearly emerged in the political-institutional but also doctrinal debate..

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

1. Premessa.

Per quanto fosse da tempo sentita l'opportunità di intervenire in modo organico sulle funzioni della Corte di Conti, ed in particolare sulla disciplina ordinaria della responsabilità amministrativa, soprattutto in ragione del mutamento (non solo contingente) delle condizioni economico-sociali che l'ordinamento nazionale sta vivendo, la decisione della Corte Costituzionale n. 132 del 2024 ha definitivamente radicato la necessità urgente di un intervento legislativo complessivo, che attenga anche alle funzioni di controllo e consultive, oltre che per delimitare la responsabilità erariale sotto il profilo soggettivo ed oggettivo, nonché a precisarne la natura (sanzionatoria). In tal senso, il disegno di legge n. 1621 (AC) del 19 dicembre 2023, in corso di esame, ha solo di poco anticipato la decisione della Corte Costituzionale, intercettando esigenze ormai emerse chiaramente nel dibattito politico-istituzionale ma anche dottrinale.

Del resto, già si è avuto modo di rilevare come sia da considerarsi inadeguato oggi l'impianto dell'ultima riforma sulla responsabilità amministrativa di cui alla L. n. 20 del 1994[1], anche in ragione dei continui, innumerevoli e contingenti interventi del legislatore che successivamente ne hanno minato l'organicità.

La riforma, in verità, sembrava coerente con la riforma organica della Pubblica Amministrazione ed in particolare della natura e del ruolo della dirigenza amministrativa (d.lgs. n. 29 del 1993), anche in ragione dell'orientamento, oggi ancor più essenziale, al risultato che si richiedeva all'attività dei decisori amministrativi.

La Corte Costituzionale (Ord. 119 del 16 aprile 1998) aveva, infatti, apprezzato la limitazione della responsabilità ai soli casi di dolo e colpa grave, la nuova disciplina della responsabilità degli organi collegiali, l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali, il nuovo regime di trasmissibilità del debito agli eredi, così come, in sintesi, il nuovo regime dell'obbligo risarcitorio e della sua prescrizione.

Come noto, anche in precedenza la Corte Costituzionale era più volte intervenuta in materia, soprattutto in quanto chiamata a valutare la compatibilità costituzionale di interventi legislativi occasionali (Corte Cost. n. 108 del 26 giugno 1967 e n. 164 del 19 ottobre 1982; n. 112 del 26 giugno 1973; n. 1032 del 15 novembre 1988; n. 54 del 5 marzo 1975).

Ma la decisione che sembra interessante, e soprattutto attuale, è la n. 371 del 20 novembre 1998, con la quale, nel prendersi sostanzialmente atto che la riforma del 1994/96 aveva anche la finalità di trovare un assetto normativo che scongiurasse il timore della responsabilità (e della "firma"), evidenziava la assoluta necessità di

[1] Terracciano G., Una nuova configurazione della responsabilità erariale funzionale all'autonomia decisionale dei funzionari pubblici in coerenza con i principi del risultato e della fiducia, in Amministrativamente, 3/2023, 1275 e ss;

ISSN 2036-7821

ricercare un giusto equilibrio tra il rischio dell'attività che deve rimanere a carico dell'apparato e quello che incombe al dipendente, di modo che la prospettiva della responsabilità sia ragione di stimolo e non di disincentivo.

Pare superfluo rilevare che tale intento non si sia realizzato e che quindi la ricerca di tale delicato equilibrio richieda un nuovo intervento normativo, che tuttavia prenda atto della necessità di non disciplinare in modo innovativo solo la responsabilità amministrativa, ma anche di rendere le funzioni complessive della Corte dei Conti coerenti e funzionali a detti obiettivi, fornendo, cioè, ai decisori amministrativi strumenti e supporti, consulenziali e di cooperazione in itinere, utili a facilitare l'esercizio della funzione pubblica e minimizzare il rischio dell'errore in un ordinamento giuridico purtroppo particolarmente complesso.

Poco importa se il legislatore rischi di incidere, sia pure inconsapevolmente, sulla configurazione e sulla natura della responsabilità amministrativa (che già era incerta alla stregua delle diverse teorie avanzate: sanzionatoria, risarcitoria, mista, eclettica)[2], in quanto ciò che rileva, pur nel dibattito sempre vivo[3], è la consapevolezza della funzionalizzazione della disciplina sostanziale e di quella processuale a salvaguardare l'integrità dell'interesse economico-finanziario dello Stato comunità senza ledere o incidere negativamente sulla speditezza ed efficienza dell'azione amministrativa, obiettivo contingente, se si vuole, delle norme emergenziali che sono state proprio oggetto della decisione della Corte Costituzionale citata n. 134 del 2024 (il riferimento è all'art. 21 del d.l. n. 76 del 2020 convertito nella legge n. 120 del 9 novembre 2020, come modificato (quanto al termine) dall'art. 51, comma 1, lett.h), della legge n. 108 del 2021 e dall'art. 1, comma 12 quinquies, lett.a) del d.l.n. 44 del 22 aprile 2023, come convertito nella legge n. 74 del 21 giugno 2023), ma anche delle

[2] Bennati A., Manuale di contabilità di Stato, Napoli, 1990, 753 e ss; Maddalena P., La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa, in Lexitalia.it, 1, 2002; Veccia G., In tema di distinzione tra azione civile di responsabilità e azione erariale, in La Corte dei Conti tra tradizione e novità, a cura di Crocco D., 2014, 201 e ss; Raeli V., Il modello della responsabilità amministrativa come "clausola generale" e le fattispecie sanzionatorie, in La Corte dei Conti tra tradizione e novità, a cura di Crocco D., 2014, 163 e ss; Orefice M., Manuale di contabilità di Stato, 2014, 1153 e ss; Tenore V., La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali, in Id. (a cura di), La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli, IV ed., Milano, 2018, 26 e ss;

[3] Altieri A., La responsabilità amministrativa per danno erariale, Milano, 2012; Amante E., La "nuova" responsabilita` amministrativa a seguito del dl n. 76 del 2020, in Urbanistica e appalti n. 1/2021; Benigni A., Prima lettura del dl n. 76/2020 tra formante legislativo ed interpretazione costituzionalmente orientata, in Rivista Corte conti n. 5/2020; Bottino G., Responsabilità amministrativa per danno all'erario, in Enc. Dir., annali, X, 2017, 756 e si; Canale A., L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa, in A. Canale, D. Centrone, F. Freni, M. Smiroldo (a cura di), La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo, Milano, 2019, 75-96; Ciaramella A., La sopravvivenza normativa della responsabilita` erariale, in Diritto e conti 2020; Police A., La disciplina della responsabilità amministrativa e La natura della responsabilità amministrativa, in La responsabilità amministrativa ed il suo processo, a cura di F.G. Scoca, Padova, 1997, 61 ss; Schiavello L., La nuova conformazione della responsabilità amministrativa, Milano, 2001, 86-91 e 102-109; Scoca F.G., a cura di, La responsabilità amministrativa e il suo processo, 1997; Sepe O., La giurisdizione contabile, in G. Santaniello (diretto da), Trattato di diritto amministrativo, vol. XVI, II ed., Padova, 1997, 28-38 e 148-152; Schlitzer – Mirabelli, a cura di, Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile, 2018;

ISSN 2036-7821

disposizioni introdotte nel nuovo codice degli appalti con il d.lgs. n. 36 del 2023, all'art. 2, comma 3.

2. La riforma.

1. La sentenza n. 134 citata della Corte Costituzionale respinge le questioni di costituzionalità sollevate avverso le norme transitorie sopra riportate, con ampi richiami alla necessità di superare quella che viene definita la burocrazia difensiva o la c.d. paura della firma, ma solo, sembra, in ragione della transitorietà della disciplina contestata.

Ma ciò che più rileva è la parte "pungolatoria" (come definita in uno dei primi commenti dottrinali critici)[4] della motivazione, che sembra invitare il legislatore a non eliminare il profilo soggettivo del dolo, ma allo stesso tempo di adeguatamente tipizzare l'elemento soggettivo della colpa grave, nonché delimitando l'effetto sanzionatorio con un tetto che renda plausibile una eventuale condanna per danno erariale. A ciò si aggiungerebbe la possibilità di accrescere e anche tipizzare il potere riduttivo del Giudice e si richiama come complementare al ridisegno della responsabilità amministrativa il rafforzamento delle funzioni di controllo della Corte dei Conti, il cui esercizio dovrebbe divenire rilevante ai fini dell'esimente da responsabilità.

Come ulteriore corollario, la Corte Costituzionale fa riferimento alle polizze assicurative e soprattutto alla possibilità di prevedere la graduazione della responsabilità in ragione della rischiosità dell'attività amministrativa, con eliminazione della moltiplicazione di forme di responsabilità per gli stessi fatti o comportamenti in capo allo stesso soggetto.

Ovviamente, le motivazioni della sentenza hanno trovato anche accoglienza favorevole[5], soprattutto con riferimento ad alcuni passaggi rilevanti, come quelli in cui la Corte menziona il recente codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 36 del 2023) e, segnatamente, l'articolo 1 intitolato al principio del risultato e l'articolo 2 intitolato al principio della fiducia. Si è rilevato, infatti, che "Il primo articolo prevede tra l'altro, al comma 4, che il principio del risultato costituisce "criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per ... valutare la responsabilita` del personale", mentre il secondo appresta un sistema di protezione del funzionario proprio dalla responsabilita` contabile mediante una forma di tipizzazione dei casi di colpa grave e l'obbligo di attivare una protezione assicurativa per i rischi del personale".

---

[4] Tenore V., Vuolsi cosi` cola` dove si puote cio` che si vuole, e piu` non dimandare: lo "scudo erariale" e` legittimo perché temporaneo e teso ad alleviare "la fatica dell'amministrare", che rende legittimo anche l'adottando progetto di legge Foti C1621, nota a Corte Costituzionale n. 132 del 2024, RIV. CORTE CONTI, 2024, 4;

[5] Cintioli F., La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilita` amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo, in Federalismi, 19/2024, 122 e ss;

ISSN 2036-7821

A dire il vero, non si può dubitare che la Corte, nell'ipotizzare una concezione normativa della colpa, non avesse contezza dell'estrema eterogeneità delle ipotesi di responsabilità personale che nel tempo si sono manifestate e delle tesi che si sono confrontate[6], rimanendo indubbio che la mutevolezza del caso concreto è tendenzialmente infinita e difficilmente perimetrabile. Proprio per tale considerazione appare ancor più rilevante lo sforzo di sintesi che la Corte ha inteso offrire al legislatore, perimetrando ciò che astrattamente appare possibile sotto il profilo costituzionale. Del resto, come noto, la Corte dei conti ha avuto modo di rilevare (nel contributo scritto sull'atto di governo n. 19 – codice dei contratti pubblici – nel febbraio 2023) che "*La difficoltà a individuare criteri generali e astratti univoci per definire la colpa grave e differenziarla da quella lieve dipende dalla sua assoluta relatività: la gravità o meno di una condotta non può mai prescindere, infatti, dalla considerazione di una molteplicità di elementi, soggettivi ed oggettivi, desumibili, volta per volta, dal caso concreto*". Ma proprio tali considerazioni condivisibili richiedono una maggiore chiarezza intorno all'elemento psicologico[7].

Si è già evidenziato come la concezione psicologica e quella normativa sembrano riflettersi nella concorrente distinzione tra colpa in senso soggettivo e colpa in senso oggettivo, consistendo la prima nella consapevolezza di agire con violazione dei doveri di ufficio e con negligenza, nonché con coscienza della probabilità dell'evento, mentre la seconda in un comportamento oggettivamente in contrasto con norme di diritto o di esperienza.

La disciplina definitoria di cui all'art. 2 richiamato del Codice dei contratti, sia pure riferita ad un ambito circoscritto, finisce per sopperire alla mancanza di una definizione normativa della colpa erariale, ma non pare ancora risolvere il problema della difficile ricerca di un tratto distintivo tra colpa lieve e colpa grave, una volta che l'intensità della coscienza non rilevi quanto l'importanza della violazione in senso oggettivo, con il rischio (questo, si, grave) che la colpa lieve di un tempo si trasformi

[6] Canale A., L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa, in A. Canale, D. Centrone, F. Freni, M. Smiroldo (a cura di), La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo, Milano, 2019, 75-96; Della Ventura P., La responsabilità amministrativa: la colpa grave e il dolo, in E.F. Schlitzer, C. Mirabelli (a cura di), Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile, Napoli, 2018, 173-190; Maddalena P., La limitazione della responsabilità amministrativa ai soli casi di dolo o colpa grave dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 371 del 20 novembre 1998 (nota a Corte Costituzionale, 20 novembre 1998, n. 371, in Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana, fasc. 2, 1998, 954-960; Maddalena P., La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa, in Lexitalia.it, 1, 2002; Tenore V., La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali, in Id. (a cura di), La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli, IV ed., Milano, 2018, 26 e ss;

[7] Bennati A., Manuale di contabilità di Stato, Napoli, 1990, 753 e ss; Maddalena P., La limitazione della responsabilità amministrativa ai soli casi di dolo o colpa grave dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 371 del 20 novembre 1998 (nota a Corte Costituzionale, 20 novembre 1998, n. 371, in Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana, fasc. 2, 1998, 954-960; Maddalena P., La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa, in Lexitalia.it, 1, 2002;

ISSN 2036-7821

in colpa grave solo per evitare di far venir meno la responsabilità[8], e che la colpa grave assurga a dolo per lo stesso motivo.
In effetti, la Corte sembra confermare che la mancanza di un quadro normativo chiaro si rifletta in una giurisprudenza non certo univoca e nella circostanza che la graduazione della colpa comporti una sorta di graduazione della responsabilità[9], non consentendo di percepire se essa tenda ad individuare una soglia minima per l'imputabilità o un limite minimo di punibilità, con l'effetto di ingenerare diffuso timore nel decisore pubblico che finisce per non voler accettare una sia pur minima possibilità di errore di valutazione, pur insita in qualunque attività discrezionale.
Si torna, quindi, alla riflessione iniziale, circa la necessità di un intervento normativo di riforma complessiva, che, come auspicato dalla Corte Costituzionale, sia orientata in modo da consentire che la responsabilità sia ragione di stimolo e non di disincentivo (come già statuito da Corte Cost. n. 371 del 20 novembre 1998).
In definitiva, la Corte indica la strada per un possibile equilibrio nella ripartizione del grado di rischio insito nell'attività amministrativa (gestoria) tra amministrazione pubblica e i propri agenti.
Una ulteriore considerazione svolge la Corte in riferimento al sistema dei controlli. Ora, non pare dubbio che in modo inaspettato la progressiva eliminazione dei controlli preventivi degli anni 2000 ha finito per aumentare il grado di incertezza nell'attività amministrativa, anziché dare maggiore speditezza all'azione amministrativa. Il venir meno dei controlli senza una adeguata attività di riqualificazione del personale della P.A. ha prodotto una minore propensione ad assumere decisioni ed a esercitare potere discrezionale, portando in definitiva a quella "amministrazione difensiva" citata dalla stessa Corte Costituzionale, sulla base dell'assunto (inveritiero) che l'inerzia sia meno rischiosa dell'azione, ma anche dalla estrema difficoltà (veritiero) di comprendere e delimitare tale rischio.
2. A fronte di tale posizione espressa dalla Corte Costituzionale, il disegno di legge 1621 citato sembra dare una risposta coerente.

[8] Pagliarin C., Colpa grave ed equità nel giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti, Padova, 2002, 197-297; Santoro P., Santoro E., I giudizi nelle materie di contabilità pubblica, D.lg. 26 agosto 2016, n. 174, Codice di giustizia contabile, Napoli, 2018, 273- 301;

[9] Maddalena P., La colpa nella responsabilità amministrativa, in Riv. Corte dei conti, fasc. 2, 1997, p. 272-286; Maddalena P., La limitazione della responsabilità amministrativa ai soli casi di dolo o colpa grave dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 371 del 20 novembre 1998 (nota a Corte Costituzionale, 20 novembre 1998, n. 371, in Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana, fasc. 2, 1998, 954-960; Santoro P., Santoro E., I giudizi nelle materie di contabilità pubblica, D.lg. 26 agosto 2016, n. 174, Codice di giustizia contabile, Napoli, 2018, 273-301; Cacciavillani I., Il limite della colpa grave nella responsabilità amministrativa; la solidarietà risarcitoria verso terzi e il regime probatorio nell'azione di regresso (nota a Corte dei Conti, sez. III, 16 aprile 1998, n. 114), in Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana, fasc. 2, 1998, 1087-1091; Tenore V., La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali, in Id. (a cura di), La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli, IV ed., Milano, 2018, 26 e ss;

ISSN 2036-7821

Quali sono gli obiettivi della riforma e le misure ritenute idonee appare sufficientemente chiaro.
Si prova a dare rilievo, ai fini della responsabilità amministrativa, al controllo preventivo di legittimità, di modo che quando l'atto sia stato vistato e registrato non sarebbe più possibile sottoporre a giudizio per responsabilità erariale gli amministratori che lo abbiano adottato, indipendentemente dalla maggiore o minore ampiezza dei profili di controllo esercitato. Tale innovazione garantirebbe una maggiore chiarezza circa la delimitazione della responsabilità personale del funzionario, così come la limitazione ai soli casi di dolo della responsabilità per conclusione di accordi di conciliazione nel procedimento di mediazione o in sede giudiziale da parte dei rappresentanti delle amministrazioni pubbliche o di conclusione di accertamenti con adesione, accordi di mediazione, conciliazioni giudiziali e transazioni fiscali in materia tributaria.
Anche il previsto potere di riduzione nella eventuale condanna in ipotesi di danno erariale e la limitazione della sanzione al funzionario militano verso una maggiore graduazione del potere punitivo, che diviene, a dir così, plausibile, a fronte della riconosciuta limitatezza della riscossione effettiva delle condanne comminate.
L'obbligo di assicurazione appare coerente con l'impostazione prefigurata dalla Corte Costituzionale, e non sembra che ciò possa comportare una minore funzione deterrente della responsabilità stessa quanto a comportamenti violativi dei canoni generali di correttezza e diligenza. Del resto, da sempre ai liberi professionisti si richiede obbligatoriamente la sottoscrizione di polizze per il risarcimento dei danni ingiusti provocati a terzi e ciò certo non ha inciso negativamente quanto alla necessità di diligenza nell'espletamento dei mandati professionali.
Piuttosto, tale previsione è una garanzia di effettiva riscossione da parte delle PP.AA. danneggiate in ipotesi di condanna.
In definitiva, si garantisce il risarcimento completo della lesione patrimoniale subìta dalla P.A., a prescindere dalle condizioni economiche del condannato, generalmente inadeguate a fronteggiare i danni di maggiore importo (come pure recita la relazione illustrativa al disegno di legge).
Peraltro, si propongono sanzioni aggiuntive oggi non previste, quali la possibilità di comminare al dirigente o al funzionario un periodo di sospensione dalla gestione di risorse pubbliche, compreso fra sei mesi e tre anni, con destinazione ad incarichi di studio o ricerca, o anche la destituzione.
Particolarmente interessante appare la previsione di una attività consultiva più estesa, nelle ipotesi in cui l'amministrazione si trovi di fronte a problematiche complesse e che possano avere conseguenze sul piano della responsabilità per colpa grave, con esimente in caso di rispetto del contenuto del parere stesso.

ISSN 2036-7821

Come misura di civiltà giuridica, poi, finalmente si prevede il rimborso delle spese di difesa per i funzionari assolti.
In definitiva, pare ci sia piena coerenza tra le indicazioni della Corte Costituzionale e le intenzioni dei proponenti la riforma.
Tuttavia, ulteriori interventi, anche di ordine organizzativo, potrebbero essere opportuni, se non necessari, per armonizzare con tali innovazioni le funzioni della Corte dei Conti e anche lo stesso processo contabile.

3. In prospettiva: i principi del risultato e della fiducia quali fattori propulsivi per una P.A. efficiente.

A ben vedere, una suggestiva, e forse in parte vera, critica che viene mossa alla configurazione della c.d. paura della firma quale conseguenza del timore di essere ingiustamente chiamati a rispondere nel processo contabile del proprio operato, è fondata sulla osservazione che gran parte
della "paralisi del fare" derivi invece dalla complessità e farraginosità delle regole che i funzionari si trovano a dover applicare, senza una adeguata preparazione e senza consistenti interventi di semplificazione e, al contempo, di qualificazione del personale attraverso idonea formazione.
Tuttavia, anche in tali ipotesi, occorre evitare che la disciplina della responsabilità risulti tanto incombente da non consentire un sereno esercizio del potere e una consapevole accettazione delle conseguenze dell'agire (o del non agire).
Come già rilevato, anche dalla Corte Costituzionale, il legislatore, sia pure in un contesto delimitato, ha fatto riferimento ai principi del risultato e della fiducia.
L'art. 2 del d.lgs. n. 36 del 2023, al comma 3 richiede che l'agente pubblico sia messo nelle condizioni di potere agire consapevolmente, nel quadro delle prerogative allo stesso riconosciute al comma precedente, che evidenzia proprio che "*Il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato*".
Si è avuto modo di evidenziare che "il principio della fiducia è principalmente funzionale a quello del risultato, e richiede e presuppone un'azione amministrativa legittima, trasparente e corretta: la violazione del principio, e quindi una azione illegittima o comunque non corretta, non consente di conseguire il risultato dell'azione stessa e quindi la soddisfazione dell'interesse pubblico generale, con inevitabile conseguenza sul piano della responsabilità dell'agente pubblico, ma solo quando sussista la violazione di norme di diritto o di autovincolo e la "palese" violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, "in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle

ISSN 2036-7821

specifiche competenze e in relazione al caso concreto". Ecco il nuovo equilibrio tra responsabilità di apparato e responsabilità individuale: la punibilità richiede che la violazione sia palese, cioè evidente, percepibile, con assunzione consapevole del rischio dell'inosservanza (quasi qualificabile come dolo eventuale) e ciò si realizza solo quando l'osservanza delle regole violate sia "esigibile" in relazione al grado di competenza dell'agente. A sua volta, il grado di competenza non può semplicemente essere desunto dalla posizione organizzativa dell'agente, ma occorre che sia accertato ed evidenziato in concreto, rendendo incompatibile una responsabilità di mera posizione e fortemente limitata una responsabilità per culpa in vigilando" [10].

In tal senso, la annunciata riforma non potrà certo prescindere dal considerare complementare la riforma anche dei controlli e in parte anche del processo, sinanche arrivando a incidere su profili organizzativi pur di competenza della stessa Corte dei Conti.

Si intende alludere alla opportunità di:

a) rafforzare i controlli cc.dd. concomitanti, anche a richiesta, in funzione collaborativa, di ausilio alla correttezza dell'agire amministrativo, eradicando o diminuendo il rischio di atti illegittimi e comunque meglio delineando il grado di rischio dell'attività amministrativa;
b) accentuare la funzione consultiva della Corte dei conti, secondo un'elementare opportunità di prevenire ogni illegittimità o illecito per diminuire la necessità dell'intervento punitivo, sia esso di natura sanzionatoria o risarcitoria. In ogni caso, il parere rilasciato e osservato costituirebbe una causa esimente da responsabilità, salvo i casi di dolo;
c) consentire una maggiore capacità direttiva da parte della Procura generale della Corte dei Conti, di modo da garantire omogeneità di comportamenti da parte delle procure regionali, anche al fine di evitare derive incontrollate e spinte verso l'abolizione delle stesse procure regionali (in ragione del grado di efficienza);
d) valorizzare quale esimente il difetto di organizzazione generale degli uffici o la mancanza di risorse idonee ai fini di escludere la colpa grave, in base al principio di esigibilità;
e) consentire in sede preprocessuale accordi risolutori tra procura della Corte dei Conti e incolpati, anche in sede di invito a dedurre, senza necessità di vaglio processuale;
f) eliminare il c.d. doppio binario punitivo, di modo che l'azione civilistica di risarcimento del danno e quella contabile siano alternative;

[10] Terracciano G., Una nuova configurazione della responsabilità erariale funzionale all'autonomia decisionale dei funzionari pubblici in coerenza con i principi del risultato e della fiducia, in Amministrativamente, 3/2023, 1275 e ss;

ISSN 2036-7821

g) eliminare la distinzione tra funzioni giurisdizionali e di controllo quanto all'assegnazione del personale di magistratura, per recuperare efficienza e garantire maggiore omogeneità e complementarietà tra controllo e giurisdizione

ISSN 2036-7821

Riferimenti bibliografici

1) Altieri A., La responsabilità amministrativa per danno erariale, Milano, 2012

2) Amante E., La "nuova" responsabilita` amministrativa a seguito del dl n. 76 del 2020, in Urbanistica e appalti n. 1/2021

3) Avallone P., Tarullo S., Il giudizio di responsabilità amministrativo contabile innanzi alla Corte dei conti, Padova, 2002, 48-53

4) Attanasio A., Rassegna ragionata di giurisprudenza in materia di responsabilità amministrativo-contabile, in V. Tenore (a cura di), La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli, IV ed., Milano, 2018, 526-555

5) Benigni A., Prima lettura del dl n. 76/2020 tra formante legislativo ed interpretazione costituzionalmente orientata, in Rivista Corte conti n. 5/2020

6) Bennati A., Manuale di contabilità di Stato, Napoli, 1990, 753 e ss

7) Bonelli E., La nozione di colpa grave quale elemento soggettivo della responsabilità per danno erariale a quasi vent'anni dalla legge 20 dicembre 1996 n. 639, in La Corte dei Conti tra tradizione e novità, a cura di Crocco D., 2014, 261 e ss.

8) Bottino G., L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e responsabilità amministrativa: brevi osservazioni sulla possibile differenziazione, in ambito regionale e locale, dei profili del dolo e della colpa grave, in Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme): atti del 51 convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa monastero, 15-17 settembre 2005, Milano, 2006, 599-609

9) Bottino G., Responsabilità amministrativa per danno all'erario, in Enc. Dir., annali, X, 2017, 756 e si.

10) Cacciavillani I., Il limite della colpa grave nella responsabilità amministrativa; la solidarietà risarcitoria verso terzi e il regime probatorio nell'azione di regresso (nota a Corte dei Conti, sez. III, 16 aprile 1998, n. 114), in Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana, fasc. 2, 1998, 1087-1091

ISSN 2036-7821

11) Canale A., L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa, in A. Canale, D. Centrone, F. Freni, M. Smiroldo (a cura di), La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo, Milano, 2019, 75-96

12) Caso L., Il dolo comune ed il dolo erariale (nota a C. conti, sez. III d'appello, 28 settembre 2004, n. 510, in Foro amm.-CdS, 2004, 10, 2988

13) Cerioni F., La responsabilità amministrativa dei dirigenti e dei funzionari delle P.A. e delle società "controllate" per la violazione delle misure di prevenzione della corruzione e sulla trasparenza, in Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione, a cura di Cerioni F. E Sarcone V., Milano, 2019, 763 e ss.

14) Ciaramella A., La sopravvivenza normativa della responsabilita` erariale, in Diritto e conti 2020

15) Cimini S., Colpa della P.A. e colpa grave del dipendente pubblico, in AA.VV., in Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme): atti del 51 convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa monastero, 15-17 settembre 2005, Milano, 2006, 685-704

16) Cirillo L., Il danno all'immagine della pubblica amministrazione: sua configurazione dogmatica alla luce della più recente giurisprudenza, in Foro amm., Cds, 2003, 2035 e ss.

17) Greco L., In tema di responsabilità patrimoniale degli impiegati dello Stato, in Riv. Corte Conti, 1958, I, 4

18) Della Ventura P., La responsabilità amministrativa: la colpa grave e il dolo, in E.F. Schlitzer, C. Mirabelli (a cura di), Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile, Napoli, 2018, 173-190

19) Maddalena P., La colpa nella responsabilità amministrativa, in Riv. Corte dei conti, fasc. 2, 1997, p. 272-286

20) Maddalena P., La limitazione della responsabilità amministrativa ai soli casi di dolo o colpa grave dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 371 del 20

ISSN 2036-7821

novembre 1998 (nota a Corte Costituzionale, 20 novembre 1998, n. 371, in Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana, fasc. 2, 1998, 954-960

21) Maddalena P., La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa, in Lexitalia.it, 1, 2002

22) Orefice M., La responsabilità connessa alla realizzazione del piano anticorruzione: le modifiche alla legge 14 gennaio 1994, n. 20, relazione convegno di Varenna 2013

23) Orefice M., Manuale di contabilità di Stato, 2014, 1153 e ss

24) Pagliarin C., Colpa grave ed equità nel giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti, Padova, 2002, 197-297

25) Police A., La disciplina della responsabilità amministrativa e La natura della responsabilità amministrativa, in La responsabilità amministrativa ed il suo processo, a cura di F.G. Scoca, Padova, 1997, 61 ss

26) Raeli V., Il modello della responsabilità amministrativa come "clausola generale" e le fattispecie sanzionatorie, in La Corte dei Conti tra tradizione e novità, a cura di Crocco D., 2014, 163 e ss

27) Santoro P., Santoro E., I giudizi nelle materie di contabilità pubblica, D.lg. 26 agosto 2016, n. 174, Codice di giustizia contabile, Napoli, 2018, 273- 301

28) Schiavello L., La nuova conformazione della responsabilità amministrativa, Milano, 2001, 86-91 e 102-109

29) Sciascia M., La nozione di colpa grave tra principi di diritto comune e configurazione autonoma, in AA. VV., Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme): atti del 51 convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa monastero, 15-17 settembre 2005, Milano, 2006, 379-401

30) Scoca F.G., a cura di, La responsabilità amministrativa e il suo processo, 1997

31) Sepe O., La giurisdizione contabile, in G. Santaniello (diretto da), Trattato di diritto amministrativo, vol. XVI, II ed., Padova, 1997, 28-38 e 148-152

ISSN 2036-7821

32) Sepe O., La colpa grave nel giudizio contabile (nota a Corte dei Conti, sez. riunite, 16 febbraio 1998 n. 9/A), in Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana, fasc. 1, 1998, 85-89

33) Schlitzer – Mirabelli, a cura di, Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile, 2018

34) Staderini F., Silveri A., La responsabilità nella pubblica amministrazione (con particolare riguardo a quella locale), Legislazione-dottrina-giurisprudenza, II ed., Padova, 1998, 131-138

35) Tenore V., La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali, in Id. (a cura di), La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli, IV ed., Milano, 2018, 26 e ss

36) Vacca A., Il fondamento gnoseologico del dolo eventuale e la responsabilità contabile: una possibile estensione applicativa, in www.lexitalia.it, 5, 2012

37) Veccia G., In tema di distinzione tra azione civile di responsabilità e azione erariale, in La Corte dei Conti tra tradizione e novità, a cura di Crocco D., 2014, 201 e ss.

38) Venturini L., La fattispecie di responsabilità amministrativa ed il suo accertamento processuale. Il «dolo erariale»: natura ed incidenza; il potere sindacatorio: limiti e fine (nota a C. conti, sez. III d'appello, 28 settembre 2004, n. 510, in Foro amm.-CdS, 2004, 10, 2989

39) Vetro A., Dolo contrattuale o civilistico: applicazione nei giudizi di responsabilità amministrativa secondo la più recente giurisprudenza della Corte dei conti, in www.contabilità-pubblica.it, 2011

40) Terracciano G., Una nuova configurazione della responsabilità erariale funzionale all'autonomia decisionale dei funzionari pubblici in coerenza con i principi del risultato e della fiducia, in Amministrativamente, 3/2023, 1275 e ss.

41) Cintioli F., La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilita` amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo, in Federalismi, 19/2024, 122 e ss.

42) Tenore V., Vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole, e più non dimandare: lo "scudo erariale" è legittimo perché temporaneo e teso ad alleviare "la fatica dell'amministrare", che rende legittimo anche l'adottando progetto di legge Foti C1621, nota a Corte Costituzionale n. 132 del 2024, RIV. CORTE CONTI, 2024, 4.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Connessioni funzionali tra *smart contracts* e disciplina generale dei contratti: criticità ermeneutiche e soluzioni applicative

di Vincenzo Sanasi D'Arpe

(Professore straordinario di Diritto dell'economia, titolare della cattedra di "Controlli pubblici sulle crisi d'impresa" presso il dipartimento di Scienze Economiche e Aziendali nell'Università degli Studi G. Marconi)

Sommario

1. Note introduttive. – 2. Il paradigma concettuale di *smart contract*. – 3. Struttura e funzionamento e degli *smart contracts*. – 4. Limiti e potenzialità dello *smart contract*. – 5. Talune difficoltà applicative rispetto alla definizione italiana di *smart contract*. – 6. Differenze e analogie tra contratto inteso in senso tradizionale e *smart contracts.* – 7. L'incidenza delle "sopravvenienze" sul funzionamento degli *smart contracts*. – 8. Notazioni esegetiche sulla forma, la causa e l'oggetto negli *smart contracts*. – 9. Il ricorso agli *smart legal contracts* nella modalità di *contracts on chain*. – 10. Sull'applicabilità del diritto dei consumatori agli *smart contracts*. – 11. Riflessioni conclusive

Abstract

The smart contract is a very particular type of conditional contract, structured on the basis of computer protocols that allow the automatic execution of contractual clauses upon the occurrence of certain events (such as the expiration of a deadline or the exercise of an action). It is generally considered an evolution of the cybernetic contract, where the element of automation of the instructions given is added to the complete disintermediation of the human factor (through specific programs called software agents). For these and other reasons, the validity of smart contracts has been condensed by some doctrines in the concept of "code is law".

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

ISSN 2036-7821

1. Note introduttive.

Lo *smart contract* costituisce un particolarissimo tipo di contratto condizionato, strutturato sulla base di protocolli informatici che permettono l'esecuzione automatica delle clausole contrattuali al verificarsi di determinati eventi (come lo scadere di un termine o l'esercizio di un'azione).

Viene generalmente ritenuto un'evoluzione del contratto cibernetico, dove all'elemento dell'automazione delle istruzioni date, si aggiunge la completa disintermediazione dal fattore umano (tramite appositi programmi c.d. *software agents*).

Per queste ed altre ragioni la validità degli *smart contracts* è stata da taluna dottrina condensata nel concetto "*code is law*"[1].

L'assonanza terminologica che la parola "contratto" immediatamente evoca, spinge alcuni autori ad evidenziare la portata rivoluzionaria di siffatto strumento. Gli *smart contracts* accrescono l'autonomia dei contraenti dato che la complessa struttura della *blockchain* permette[2], l'eliminazione dei costi di transazione tipicamente connessi alle negoziazioni, assicura l'adempimento dei contraenti e sposta il giudizio autoritativo nel momento precedente rispetto alla mancata esecuzione della prestazione. Inoltre, e indipendentemente dall'ambizione di risolvere ogni problema giuridico con un codice informatico, gli *smart contracts* utilizzano un linguaggio universale e sono in grado di favorire la standardizzazione degli scambi commerciali[3].

Tuttavia, rispetto ai contratti tradizionali essi peccano di flessibilità: il risultato conseguibile è prestabilito *ex ante* e non sussiste la possibilità di modificare le prestazioni programmate mediante il codice[4].

Le diverse visioni del fenomeno impongono, pertanto, di compierne un'analisi sia a livello giuridico che informatico per tentare di fornire delle risposte ad una serie di

---

[1] Espressione coniata da L. LESSIG, *Codes and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999, p. 24. Per maggiori approfondimenti v. M. KAULARTZ, J. HECKMANN, *Smart Contracts – Anwendung der Blockchain- Technologie*, in *Aus der Zeitschrift Computer und Recht*, 2016, p. 623; T.F.E. TJONG TJIN TAI, *Smart contracts en het recht*, cit., p. 179; A. SAVELYEV, *Contract Law 2.0: «Smart» Contracts as the Beginning of the End of Classic Contract Law*, in *Information and Communications Technology Law*, 26, 2017, p. 116 ss., per il quale gli *smart contracts* segnano l'inizio della fine del diritto contrattuale tradizionale. In relazione al significato dell'espressione «*code is the law*» v. anche, i rilievi mossi da M. FRIES, *Schadensersatz ex machina*, cit., p. 902.

[2] Cfr. P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e dei mercati*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 898 s.; R. DI RAIMO, *Spunti su metodo assiologico e categorie (e schemi) tradizionali dell'autonomia negoziale*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Temi e problemi della civilistica contemporanea*, Napoli, 2005, p. 347 ss.

[3] Cfr. C. AMATO, *La "computerizzazione" del contratto* (Smart, data oriented, computable *e* self driving contracts. *Una Panoramica)*, in *Eur. dir. priv.*, 4/2020, p. 1259; G. FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Dir. proc. civ.*, 2/2018, p. 446; J.G. ALLEN, *Wrapped and Stacked: «Smart Contracts» and the Interaction of Natural and Formal Language*, in *European Review of Contract Law*, 14, 2018, p. 330 ss.

[4] In questo senso cfr. J.M. SKLAROFF, *Smart Contracts and the Cost of Inflexibility*, in *Prize Winning Papers*, 9, 2018, p. 296 ss.; N. GUGGENBERGER, *Durchsetzung nach Datenlage*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (FAZ), 2.5.2018; M. FRIES, *Schadensersatz ex machina*, in *NJW*, 2019, p. 904.

ISSN 2036-7821

interrogativi su cui i giuristi ancora si confrontano con animosità. Vi è chi invoca un pronto ed organico intervento legislativo[5], mentre altri cercano di ridimensionarla portata rivoluzionaria dell'istituto, evidenziandone i limiti e l'inadeguatezza a regolamentare in modo davvero efficace i rapporti tra privati contraenti; ed altri ancora che sono inclini a ritenere che tali contratti non debbano sottostare a norme giuridiche di diritto privato e che, pertanto, non occorrano istituzioni preposte a garantirne l'applicazione, poiché ogni aspetto problematico è governato e deciso dal codice informatizzato.

L'intento del presente contributo è quello di esplorare specifici ambiti di riflessione in tema di *smart contracts* tentando di spiegarne i tratti distintivi, gli elementi di comunanza con il diritto dei contratti secondo il nostro ordinamento e con le norme poste a tutela del consumatore. Se, infatti, è indubbia la vincolatività di un tale strumento, merita viceversa un'indagine approfondita la sua natura giuridica o metagiuridica.

Il fine ultimo è dimostrare che il principio "*code is law*" rappresenta un'impostazione meramente teorica che pare non trovare un solido fondamento giuridico. Uno *smart contract* può essere assimilato ad un contratto tradizionale purché sia riferibile a un dato quadro normativo, che ne disciplini gli elementi essenziali, la legge applicabile e il foro[6].

2. Il paradigma concettuale di smart contract.

Ogni discussione in tema di *smart contracts* non può prescindere dalla definizione del concetto[7]. Il termine smart contract è stato coniato per la prima volta dall'informatico,

[5] In tal senso v. R. PARDOLESI, A. DAVOLA, *«Smart contract»: lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia*, in *Foro it.*, 2019, c. 195 ss.

[6] In merito alla bibliografia sul contratto ci si limita a segnalare G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova 1947; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d. (ristampa 2011); E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2a ed., Torino 1950; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da A. CICU, F. MESINEO, Milano, 1972-1973; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da G. GROSSO, F. SANTORO-PASSARELLI, 3a ed., Milano 1972; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, 3a ed., Torino, 1980, p. 1321 ss.; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da A. CICU, F. MESSINEO, Milano, 1987; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, 3a ed., Padova, 1999; *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da M. BESSONE, XIII, Torino, 1999, 2007; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2a ed., Milano, 2000; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, 2, in *Tratt. dir. civ.*, dir da R. SACCO, 3a ed., Torino, 2004; P. RESCIGNO, E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, 2a ed., Torino, 2006; V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, Milano, 2006; P. GALLO, *Contratto e buona fede*, Torino, 2010; ID., *Contratto e buona fede*, 2a ed., Torino, 2014; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da G. IUDICA E P. ZATTI, 2a ed., Milano, 2011; G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna 2012, con recensione di G.B. FERRI, *Le stagioni del contratto e le idee di Guido Alpa*, in *RDCo*, 2013, I, p. 205 ss.; G. ALPA, *Il contratto in generale*, Milano, 2014; A. GAMBARO, U. MORELLO, (a cura di), *Lezioni di diritto civile*, 2a ed., Milano, 2013; G. D'AMICO, *Profili del nuovo diritto dei contratti*, Milano, 2014, P. POLLICE, *Appunti sulla parte generale del contratto*, Torino 2014; ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2015; L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015.

[7] Cfr. J. I-H HSIAO, *Smart Contract on the Blockchain-Paradigm Shift for Contract Law*, in *US-China Law Review*, 14, 2017, p. 687; P. CATCHLOVE, *Smart Contracts: A New Era of Contract Use*, ssrn.com/abstract=3090226, p. 6 ss.

ISSN 2036-7821

giurista e crittografo Nick Szabo nel 1994. Nel paper "*Smart Contracts*", Szabo definiva gli *smart* contract "*a computerized transaction protocol that executes the terms of a contract*", con l'obiettivo di "*satisfy common contractual conditions (such as payment terms, liens, confidentiality, and even enforcement), minimize exceptions both malicious and accidental, and minimize the need for trusted intermediaries*"[8].

Ad oggi, tra le molte altre definizioni, in rari casi fornite dai legislatori, quella più ricorrente configura lo *smart contract* come uno speciale protocollo volto a offrire, accertare o implementare la negoziazione o l'esecuzione del contratto in maniera tracciabile e irreversibile, senza l'ausilio di terzi[9].[10].

Una prima ragione dell'inadeguatezza dell'espressione risiede nel fatto che, indipendentemente dai vantaggi conseguibili, gli *smart contracts* non possono essere considerati "intelligenti". Tale definizione presupporrebbe di aver definito già in modo chiaro e univoco l'intelligenza o meno di un contratto. Per di più, "smart" non significa "intelligente", ma più propriamente "furbo, scaltro"[11], cioè in grado di

---

[8] Nel 1995, nel lavoro *Smart Contracts Glossary*, invece, Szabo li definiva come "*set of promises, including protocols within which the parties perform on the other promises. The protocols are usually implemented with programs on a computer network, or in other forms of digital electronics, thus these contracts are "smarter" than their paper-based ancestors. No use of artificial intelligence is implied*". E ancora, nel volume *Smart Contracts*: *Building Blocks for Digital Markets* del 1996, lo stesso A. proponeva una terza definizione di *smart contract*: "*a set of promises, specified in digital form, including protocols within which the parties perform on these promises*". Infine, l'anno seguente, N. SZABO, *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*, in *First Monday*, 2, 1997 (reperibile su https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469-publisher= First), optava per una versione semplificata, secondo cui lo *smart contract* corrisponde a un codice informatizzato creato per eseguire obblighi contrattuali al verificarsi di un determinato evento (c.d. "trigger event"), che nel contratto funge da "condizione sospensiva digitale".

[9] Cfr. E. PERNICE, Smart contract: software *o contratto? Tentativo di applicazione delle norme sulla teoria generale del contratto*, in *Ciberspazio e diritto*, 1, 2022; S. BOURQUE, S. FUNG LING TSUI, *A Lawyer's Introduction to Smart Contracts*, in *Scientia Nobilitat*, 2014, p. 4; T. SÖBBING, *Smart Contracts und Blockchain: Definitionen, Arbeitsweise, Rechtsfragen*, in *IT-Rechts-Berater*, 2018, p. 43; M. DUROVIC, A.U. JANSSEN, *The Formation of Blockchain-based Smart Contracts in the Light of Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 26, 2018, p. 754 ss.; M. FINCK, *Grundlagen und Technologie von Smart Contracts*, in M. FRIES, B.P. PAAL (Hrsg.), *Smart Contracts*, Tübingen, 2019, p. 1 ss.; A. STAZI, *Automazione contrattuale e contratti intelligenti*, Bologna, 2019, p. 108 ss.

[10] Cfr. A. SAVELYEV, *Contract Law 2.0: "Smart" Contracts as the Beginning of the End of Classic Contract Law*, Higher School of Economics Research Paper No. WP BRP 71/LAW/2016, in *SSRN Electronic Journal*, 2016, p. 12; C. BUCHLEITNER, T. RABL, *Blockchain und Smart Contracts*, in *ecolex*, 2017, p. 5; M. KAULARTZ, *Herausforderungen bei der Gestaltung von Smart Contracts*, in *Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht*, 2016, p. 202; N. GUGGENBERGER, *The Potential of Blockchain for the Conclusion of Contracts*, in R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, S. LOHSSE (eds.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Baden-Baden, 2017, p. 83 ss.

[11] A STAZI, *Automazione contrattuale e "contratti intelligenti". Gli* smart contracts *nel diritto comparato*, Torino, 2019, 123, nt. 99, ove si precisa come gli *smart contracts* non implichino, al fine del loro funzionamento, l'utilizzo dell'intelligenza artificiale e, quindi, la locuzione "intelligenti" potrebbe risultare ingannevole. In senso conforme v. F. DI GIOVANNI, *Attività contrattuale e Intelligenza Artificiale*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1679, nt. 9, il quale evidenzia come il contratto automatico appaia poco smart "e semmai un po' ottuso, visto che conduce ineluttabilmente al risultato programmato, persino quando questo fosse (divenuto) non più desiderabile per le parti stesse". In termini più estesi cfr. S. CERRATO, *Appunti su* smart contract *e diritto dei contratti*, in *Banca borsa tit. cred.*, II, 2020, p. 372 ss. Si veda, inoltre, J. ROHR, *Smart Contracts and Traditional Contract Law, or: The Law of the Vending Machine*,

ISSN 2036-7821

accelerare delle prestazioni contrattuali che sono già state definite al di fuori di esso[12]. Dal momento che, allo stato, gli *smart contracts* generalmente non operano sulla base di sistemi di apprendimento autonomo, occorre rilevare che essi non richiedono interventi riconducibili all'intelligenza artificiale o all'apprendimento profondo (c.d. *deep learning*)[13].

Il contratto, quindi, non è "intelligente" nel senso di un'autonoma innovazione del regolamento negoziale: non ha una sua volontà automatica, ma riporta solo nel suo codice la volontà estrinsecata dei contraenti, in modalità *smart*, cioè veloce e precisa[14].

Anzi, secondo alcuni autori, sarebbe più calzante qualificarli come "stupidi" ("dumb contracts")[15] giacché, basandosi su uno schema di esecuzione automatica, essi non sono in grado di conformarsi a eventi non programmati, ma si limitano ad eseguire quanto prescritto nelle linee di codice[16]. E, in effetti, il maggior consenso si riscontra

---

in *Clev. St. L. Rev.*, 67, 2019, p. 71, secondo cui "*Smart contract is an unfortunate name for something that is not necessarily smart, or necessarily a contract*".

[12] In molti, tra cui F. RAMPONE, *Smart contract: né smart, né contract,* in *Riv. dir. priv.*, 2/2019, p. 6, ritengono che l'espressione "smart contract", sia fuorviante e non possa ben adattarsi ad uno strumento che non è né *contract*, né *smart*, ma che deve essere relegato più propriamente alla categoria dei documenti informatici.

[13] In questo senso, v. C. JACOBS, C. LANGE-HAUSSTEIN, *Blockchain und Smart Contracts: zivil-und aufsichtsrechtliche Bedingungen*, in *IT-Rechts-Berater*, 2017, p. 13; M. KAULARTZ, J. HECKMANN, *Smart Contracts – Anwendung der Blockchain-Technologie*, in *Computer und Recht*, 2016, p. 618; T. SÖBBING, *Smart Contracts und Blockchain: Definitionen, Arbeitsweise, Rechtsfragen, in IT-Rechts-Berater*, 2018, p. 44.

[14] Sul punto v. il *report Smart contracts, EU Blockchain Observatory and Forum*, 1 novembre 2022, p. 6 ss. Lo stesso Buterin, co fondatore di Ethereum, ha dichiarato di essersi pentito di aver utilizzato il termine troppo giuridico di "smart contract", invece di un'espressione più tecnica e meno affascinante come "persistent scripts".

[15] Secondo tale prospettiva cfr. S. BOURQUE, S. FUNG LING TSUI, *A Lawyer's Introduction to Smart Contracts*, cit., p. 11 ss.; R. O'SHIELDS, *Smart Contracts: Legal Agreements for the Blockchain*, in *N.C. Banking Inst.*, 21, 2017, p. 177 s.; A.J. KOLBER, *Not-So-Smart Blockchain Contracts and Artificial Responsibility*, in *Stanford Technology Law Review*, 21, 2018, p. 198; J.M. LIPSHAW, *The Persistence of «Dumb» Contracts*, in *Stanford Journal of Blockchain Law and Policy*, 2, 2019, reperibile su https://stanford-jblp.pubpub.org/pub/persistence-dumb-contracts.

[16] Sul piano comparatistico, sono pochi al momento gli ordinamenti che hanno provveduto a normare il fenomeno e ad introdurre una definizione *ad hoc* per gli *smart contracts*. Un'analisi del quadro giuridico esistente nei vari Stati in relazione all'applicabilità dei contratti intelligenti rileva che molti paesi sono ancora in una fase di proposizione di una regolamentazione. A livello continentale il Parlamento Europeo, nella "*Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e* blockchain*: creare fiducia attraverso la disintermediazione (2017/2772(RSP))*" proprio in merito agli *smart contract* ha sottolineato la necessita: a) che la Commissione effettui una valutazione approfondita delle potenzialità e delle implicazioni giuridiche, ad esempio i rischi relativi alla giurisdizione; b) di dare certezza alla validità di una firma digitale crittografata quale passo fondamentale per favorire gli *smart contracts*. Sempre restando in Europa, il *framework* normativo approvato da Malta in realtà fa rientrare gli *smart contract* e relative applicazioni, incluse le organizzazioni autonome decentralizzate (DAO), o altri simili progetti nella più ampia categoria di "Innovative Technology Arrangement" (la quale ricomprende tutte le soluzioni ed architetture che si basano su tecnologie a registro distribuito). In Gibilterra, invece, la "Financial Services (Distributed Ledger Technology Providers) Regulations 2017" (LN. 2017/2014) entrata in vigore il 1 gennaio 2018, non contiene una definizione specifica di *smart contract*. Negli Stati Uniti nello Stato del Tennesse la Senate Bill n. 1662 del 26 marzo 2018, modificando il *Tennesse Code*, ha inserito la definizione di "Distributed Ledger technology" e regolato anche gli smart contract, definendoli programmi informatici basati su eventi, eseguiti su un registro elettronico, distribuito, decentralizzato, condiviso

ISSN 2036-7821

rispetto alla definizione secondo cui lo *smart contract* sarebbe una forma di codice informatico *self-executing* e *self-enforcing*, ossia caratterizzata da un sistema che garantisce un adempimento automatizzato e una esecuzione automatizzata[17].
Diversi orientamenti e teorie partono da una medesima distinzione[8]:
1) *smart contract code* ("codice di contratto intelligente"), per identificare un codice che viene "scritto" sulla *blockchain*. Tale definizione viene usata principalmente dagli sviluppatori e si riferisce al codice sottostante, che non può quindi essere equiparato ad un contratto;
2) *smart legal contract* ("contratto giuridico intelligente"), quale applicazione specifica dello *smart contract code*, che va a complementare o sostituire i contratti tradizionali. Tale definizione viene vista da molti come una combinazione fra codice di programmazione e linguaggio giuridico.
Stante questa macro-suddivisione, lo *smart (legal) contract* viene assimilato ai contratti in quanto: i) trattasi di un mezzo di adempimento di obbligazioni, dove i termini e le condizioni vengono scritti nel codice, lo *smart contract* valuta i termini imposti dall'accordo secondo il paradigma "*if this then that*" ed automaticamente applica quanto concordato. Questa esecuzione automatica costituirebbe una garanzia di adempimento; ii) trattasi di un accordo negoziale che viene "notarizzato" in maniera irrevocabile sulla *chain* evitando altresì il rischio di inadempimento di una delle parti; iii) trattasi, dunque, un vero e proprio contratto ma rafforzato, nel senso che le caratteristiche ulteriori della *blockchain* attribuirebbero allo stesso una maggiore efficacia sul piano della negoziazione (si pensi all'auto-esecuzione della *blockchain* ed al registro sulla stessa di tutte le fasi negoziali); iv) l'azione materiale di dare avvio al programma costituirebbe piena manifestazione della volontà delle parti (compresa quella di eseguire quanto istruito) e parrebbe, pertanto, soddisfare i requisiti minimi del contratto ai sensi degli artt. 1321 e 1322 c.c.

3. Struttura e funzionamento degli smart contracts.

---

e replicato, ed utilizzati per automatizzare le transazioni, incluse, ma non limitatamente, le transazioni che: i) custodiscono o trasferiscono *assets* sul registro; ii) creano e distribuiscono *assets elettronic*; iii) sincronizzano informazioni; iv) gestiscono l'identità e l'accesso degli utenti alle applicazioni. In merito alla loro validità la disposizione chiarisce genericamente che essi devono ritenersi validi e che non si può negare efficacia legale ad un contratto unicamente perché eseguito tramite uno *smart contract*.

[17] A. BÖRDING, T. JÜLICHER, C. RÖTTGEN, M. VON SCHÖNFELD, *Neue Herausforderungen der Digitalisierung für das deutsche Zivilrecht: Praxis und Rechtsdogmatik*, in *Computer und Recht*, 2017, p. 138; E. MIK, *Smart Contracts: Terminology, Technical Limitations and Real World Complexity*, in *Journal of Law, Innovation and Technology*, 2017, p. 269; R. O'SHIELDS, *Smart Contracts: Legal Agreements for the Blockchain*, in *North Carolina Banking Institute*, 21, 2017, p. 179. Una definizione in parte diversa è offerta da M. KAULARTZ, *Herausforderungen bei der Gestaltung von Smart Contracts*, in *Zeitschrift zum Innovations-und Technikrecht (InTeR)*, 2017, p. 203.

ISSN 2036-7821

La conoscenza degli *smart contracts* e degli sviluppi della tecnologia ad essi sottesa costituisce un prerequisito per l'identificazione dei problemi giuridici, attuali e futuri.

In termini pratici e più propriamente giuridici, lo *smart contract* rappresenta una nuova forma di "contratto registrato" e il registro dove tutto ciò avviene è la *blockchain*. Chiaramente, essendo una innovazione informatica, rispetto al tradizionale contratto registrato esso apporta notevoli migliorie. In particolare, il fatto di non essere "statico" ma attivo, cioè di poter essere eseguito come un *software* che, appunto, riflette il contenuto di un contratto da registrare.

Gli *smart contract* sono stati pensati originariamente come algoritmi in grado di impedire alle parti di scegliere se adempiere o meno[18]. Essi operano sulla base di un codice, che specifica le clausole contrattuali secondo il linguaggio, comprensibile per il sistema informatico[19]. Il codice è ideato in modo tale da essere eseguito sulla piattaforma logica nel momento in cui si verifica una determinata condizione[20]. Dunque, si può sostenere che la *blockchain* faciliti l'auto-esecuzione dell'accordo contrattuale[21], consentendo ai contratti "intelligenti" di esprimere il pieno delle loro potenzialità in termini di automazione degli scambi contrattuali[22].

È frequente, altresì, l'affermazione secondo cui gli *smart contracts* determinano una "digitalizzazione della fiducia" con la certezza dell'esecuzione e la creazione di efficienza, grazie all'eliminazione degli intermediari e dei costi da essi prodotti[23].

---

[18] G. PERLINGIERI, F. LAZZARELLI, *Internet e il contratto*, in VALENTINO (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, III ed., Napoli, 2016, p. 269 ss.; E. TOSI, *Diritto privato delle nuove tecnologie*, Milano, 2021, p. 210 ss.

[19] Cfr. G. RINALDI, *Smart contract: meccanizzazione del contratto nel paradigma della blockchain*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, p. 353 ss.

[20] Vale la distinzione di A. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 414, tra la negoziazione algoritmica (funzionale alla formazione del contratto o alla determinazione dell'oggetto) e *smart contract* propriamente detto (funzionale all'esecuzione e gestione del rapporto contrattuale). Per un inquadramento più ampio si rinvia a G. ALPA, *L'intelligenza artificiale. Il contesto giuridico*, Modena, 2021, *passim*.

[21] Cfr. H. SURDEN, *Computable contracts*, in *U.C. Davis Law Rev.*, 2012, p. 629 ss. Di algorithmic contract parla L.H. SCHOLZ, *Algorithmic contracts*, in *Stan. Tech. Law Rev.*, 2017, ; M. MAUGERI, Smart Contracts *e disciplina dei contratti - Smart Contracts and Contract Law*, Torino, 2021, Bologna, 2021, p. 30; F. DI CIOMMO, *Smart contract e (non-)diritto. Il caso dei mercati finanziari*, in *Nuovo dir. civ.*, 01/2019, p. 270; M. GIULIANO, *La* blockchain *e gli* smart contracts *nell'innovazione del diritto del terzo millennio*, in *Dir. Inf.*, 6/2018, p. 989 s.; L. PAROLA, P. MERATI, G. GAVOTTI, Blockchain *e* smart contract*: questioni giuridiche aperte*, in *Contr.*, 6/2018, p. 682.

[22] Al riguardo v. P. DE FILIPPI, A. WRIGHT, *Blockchain and the Law*, cit., p. 33 ss.; E. MIK, *Smart Contracts: terminology, technical limitations and real world complexity* (https://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=4298&context=sol_research); A. WRIGHT, P. DE FILIPPI, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, in *SSRN Electronic Journal*, 2015, p. 15 ss.

[23] Questa asserzione non è così pacifica in dottrina, dato che diversi studi rilevano come, soprattutto nella fase di sviluppo e di diffusione degli *smart contracts*, *la* contrattazione "intelligente" generi costi iniziali non indifferenti per chi intende farne uso. Questo effetto si verifica, in particolare, proprio perché il *drafting* contrattuale impone l'utilizzazione di determinati strumenti tecnici e la conoscenza del linguaggio della programmazione. In merito

ISSN 2036-7821

Alla base di questi strumenti vi è la già accennata logica "if-then", traducibile nella seguente istruzione «*se ciò si verifica, allora questo deve accadere*»[24]. Affinché lo *smart contract* funzioni, sia la condizione che deve essere realizzata/soddisfatta sia l'obbligazione che viene poi eseguita successivamente al verificarsi della condizione devono essere predeterminate dalle parti ed essere, pertanto, instillate in modo preciso e puntuale nel codice informatico alla base dello *smart contract*[25]. Solo in tal modo si determina un meccanismo di *self-enforcement* delle regole contrattuali[26]. Una volta accertato – automaticamente un codice oppure per il tramite di un oracolo[27] – il verificarsi dell'evento rilevante (il c.d. *trigger event*), il contratto si eseguirà autonomamente con il trasferimento dei valori patrimoniali secondo lo schema espresso nel codice[28].

---

cfr. J. ALLEN, *Wrapped and Stacked/ 'Smart Contracts' and the Interaction of Natural and Formal Language*, in *ERCL*, 2018, p. 317 ss.; J. FAIRFIELD, N. SELVADURAI, *Governing the Interface Between Natural and Formal Language in Smart Contracts*, in *UCLA Journal of Law and Technology*, 27(2), 2022, p. 87 ss.; J. SKLAROFF, *Smart Contract and the Cost of Inflexibility*, in *U. Pa. L. Rev.*, 66, 2017, p. 291, il quale sostiene che, anche con riferimento alla sola parte negoziale, una rivoluzione su larga scala dello *smart contracting* introdurrebbe costi molto più elevati di quelli che cerca di eliminare.

[24] Z. ZHENG, S. XIE, H-N. DAI, W. CHEN, X. CHEN, J. WENG, M. IMRAN, *An Overview in Smart Contracts: Challenges, advances and platforms*, in *Future Generation Computer Systems*, 2020, p. 1 ss.

[25] Al riguardo appare particolarmente efficace la definizione di *smart contract* adottata da D. FAUCEGLIA, *Il Problema dell'integrazione dello* smart contract, in *Contr.*, 2020, p. 591, quale "*contratto necessariamente condizionato*". In proposito si rinvia anche a M. RASKIN, *The Law and Legality of Smart Contracts*, in *Georgetown Technology Review*, 1, 2017 p. 305 s.; T. SÖBBING, *Smart Contracts und Blockchain*, cit., p. 44.

[26] P. CUCCURU, *Beyond bitcoin: an early overview on smart contract*, in *International Journal of Law and Information Technology*, vol. XXV, 2017, p. 179 ss; K. KASPRZYK, *The Concept of Smart Contract from the Legal Perspective*, in *Review of Comparative Law* Vol. XXXIV, 2018, p. 101 ss.; M. RASKIN, *The Law and Legality of Smart Contract*, in *Geo. L. Tech. Rev*. 305, 2017, p. 312.

[27] Cfr. G. CARDARELLI, *Beyond Oracles – A Critical Look at Real-World Blockchains*, in *Future Internet*, 2022, p. 175; B. CURRAN, *What are Oracles? Smart Contracts, Chainlink & "The Oracle Problem"*, in *medium.com*, 2019; B. CARRON, V. BOTTERON, *How Smart Can a Contract Be?*, in D. KRAUS, T. OBRIST, O. HARI, (eds), *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, New York, 2019, p. 110, definiscono gli oracoli come "*sensors in the physical word*". L'"oracolo" non è altro se non una fonte di dati affidabile e certificata che fornisce supporto per l'esecuzione (o la non esecuzione) dello *smart contract* trasmettendo alla *blockchain* informazioni relative al mondo reale che concernono circostanze dedotte nel codice quali presupposti per l'esecuzione del contratto La funzione assolta dall'oracolo non è solo quella di riportare *on-chain* eventi che si verificano *off-chain*, ma anche di determinare la prestazione o altri aspetti che non sono stati "disciplinati" dai contraenti. Proprio in virtù del compito cui assolve spesso viene identificato con il termine "bridge", per indicare il collegamento che è in grado di apprestare tra il mondo reale e i protocolli informatici.

[28] T.F.E. TJONG TJIN TAI, *Smart contracts en het recht*, in *Nederlands Juristenblad*, 93, 2017, p. 176 s. Sulla funzione autonoma degli *smart contracts* rispetto agli *smart legal contracts* cfr. D. STABILE et al., *Digital assets and blockchain technology*, 2020, p. 221; J. LIPSHAW, *Persistence of "Dumb" Contracts*, in *Stanford J. of Blockchain L. & Pol*,1, 2019, p. 11 ss.; J. ROHR, *Smart Contracts and Traditional Contract Law, or: The Law of the Vending Machine*, in *Clev. St. L. Rev.*, 67, 2019, p. 68 ss. ; M. DUROVIC, A. JANSSEN, *The Formation of Blockchain-based Smart Contracts in the Light of Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 2019, p. 753; S. ORLANDO, *Gli smart contract come prodotti software*", Annuario 2021 Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale, 2021, p. 235 ss.; F. LONGOBUCCO,

ISSN 2036-7821

Un qualsivoglia ambiente di programmazione è per sua natura fortemente strutturato, nel senso che consente di compiere determinate operazioni e non altre: il principio di autonomia contrattuale, che permane tuttavia nella fase genetica del rapporto, non è, invece, applicabile in tale fattispecie, poiché è irrealistico pretendere di programmare qualsiasi contratto. Diversamente, l'ordinamento permette di redigere un qualsiasi negozio giuridico con i ben noti limiti di meritevolezza degli interessi da proteggere e del rispetto delle norme penali e civili.
Inoltre, mentre il linguaggio dei contratti è statico, nel senso che esprime una rappresentazione fissa della realtà, il linguaggio di programmazione rappresenta realtà dinamiche (cioè attività). Vi saranno sempre delle zone d'ombra costituite da quelle accezioni che non potranno essere programmate per via della impossibilità (incapacità) di tradurre in linee di codice qualsiasi aspetto della realtà giuridica.
Una disgressione di ordine più tecnico può essere utile per comprendere in modo più analitico i meccanismi descritti e le ricadute di essi rispetto alla costruzione del contratto *smart*.
Si tenga presente che le operazioni di base che possono essere compiute con riferimento ai linguaggi di programmazione attualmente in uso sono le seguenti: 1) assegnazioni di valori a variabili; 2) iterazioni; 3) confronti; 4) decisioni.
Le ultime due sono riconducibili, per l'appunto, ai costrutti del tipo "if/then/else" grazie ai quali sembra che il dispositivo intelligente sia capace di "decidere" qualcosa, benché in realtà decide ciò che ha voluto il programmatore. A parte il primo tipo di operazione, le altre tre sono sempre collegate tra di loro: si può affermare che il cuore di ogni *software* risieda proprio nella sua "struttura decisionale".
In generale all'interno di un contratto si trovano clausole che specificano gli obblighi delle parti e le azioni che le stesse devono intraprendere, altre che disciplinano le regole da applicare in caso di inadempimento, altre ancora che definiscono la legge applicabile e il foro competente. Vi sono poi gli elementi accessori (sospensivi/risolutivi e/*o termination events*) che si prestano più facilmente ad una automazione), così come una serie di clausole definitorie rispetto a come debbano intendersi alcuni termini inseriti nell'accordo.
Orbene, nella loro staticità, hanno una struttura decisionale di base solo quei contratti dotati di elementi accidentali che, proprio in quanto tali, sono, come è ben noto, gli elementi accessori e non essenziali. È raro, infatti, che un contratto abbia assoluta necessità di essere "deciso" (nel senso che la decisione faccia parte integrante della

Utopia di un'autonoma Lex Criptographi(c)a e responsabilità del giurista, Napoli, 2023, che a p. 24 richiama la distinzione indicata dalla European Bank for Reconstruction and Development, *Smart Contracts: Legal Framework and Proposed Guidelines for Lawmakers*, 2018.

ISSN 2036-7821

sua definizione) e che, quindi, possa essere programmato in un linguaggio qualsiasi, in altre parole che abbia senso programmarlo.
Cosicché, non è da escludere che in uno *smart contract* gli elementi accidentali possano mescolarsi con gli elementi essenziali, divenendo così anch'essi parte integrante del contratto.
Ma v'è di più: impiegare siffatte strutture decisionali in modo asimmetrico, rischia di stravolgere l'impianto contrattuale, introducendo delle condizioni che dal punto di vista fattuale non hanno ragione d'essere oppure sono espressamente vietate dalla legge.
Per rendere più facilmente comprensibile lo scenario delle possibili difficoltà tecniche di implementazione di un contratto intelligente si ipotizzi il caso in cui lo *smart contract* preveda un flusso di controprestazioni "contemporanee" ma non "parallele". Le due controprestazioni potrebbero essere sì programmate, ma non potrebbero scorrere insieme: sarebbe molto complicato fare in modo che una delle due non sia "vincente" rispetto all'altra, nel senso che se (*if*) non si verifica solo quella allora (*then*) non si procede col resto. Trovandosi di fronte alle righe di codice, non è facile comprendere quale parte (regole e principi) dell'accordo il *software* sta implementando e a quuale necessità contrattuale sta rispondendo. D'altronde, un *software*, che non è altro che un "flusso di decisioni", non può che privilegiare l'uno o l'altro contraente a seconda di come lo *smart contract* è stato programmato. È quasi impossibile impedire al *software* ma soprattutto ai suoi ideatori di controllare a loro piacimento l'esecuzione del contratto, data la complessità esegetica di un codice informatico, che dovrebbe essere a sua volta portatore di normative e di regole[29].
Ragion per cui l'unico *step* che le parti hanno a disposizione per influire sull'andamento futuro del negozio è quello della stesura del codice informatico. In un contesto di ingovernabilità degli effetti del contratto, la possibilità di inserire delle condizioni si rivela centrale nella gestione del rischio contrattuale, giacché consente di prevedere il manifestarsi di eventi futuri ed incerti che possano influire negativamente sull'esecuzione del contratto.
Di conseguenza, la previsione di una condizione capace di far variare la prestazione contrattuale consentirebbe, ad esempio, di sciogliere il contratto servendosi di un *kill*

[29] In relazione all'applicabilità delle norme sull'interpretazione del contratto, cfr. P. CUCCURU, Blockchain *e automazione contrattuale*, in *NGCC*, 2017, p. 111; M. CANNARSA, *Interpretation of Contracts and Smart Contracts: Smart Interpretation or Interpretation of Smart Contracts?*, in *European Review of Private Law*, 27, 2019, p. 773 ss., il quale rileva che le righe di codice non dovrebbero essere oggetto di interpretazione in quanto, diversamente dal linguaggio umano, non sarebbero suscettibili di assumere diversi significati. Tuttavia, lo stesso A. osserva che l'intenzione dei contraenti talora potrebbe non corrispondere fedelmente al codice informatico che determina il funzionamento dello *smart contract*. In queste ipotesi – sottolinea ancora l'A. – <<*potrebbero emergere differenze significative tra l'approccio degli ordinamenti di common law, in cui i giudici sono maggiormente vincolati al testo del contratto e quello degli ordinamenti di civil law, nei quali l'interpretazione del contratto si basa altresì su clausole generali*>>.

ISSN 2036-7821

code attivabile soltanto tramite mutuo consenso o, ancora, potrebbe garantire la possibilità di recedere dal contratto stesso[30].
Ricapitolando, si può quindi affermare che la condizione, nel paradigma *smart contract*, rivesta un ruolo centrale e svolga una triplice funzione quale elemento essenziale del contratto intelligente, strumento di gestione del rischio contrattuale e dispositivo per l'esercizio dello *ius variandi* da parte dei contraenti[31].

4. Limiti e potenzialità dello smart contract.

Limiti e potenzialità dello *smart contract* emergono nella proposta di automatizzare il trasferimento di ogni sorta di bene che abbia un valore e possa essere controllato in via digitale.
Partendo dal postulato per cui lo *smart contract* si configura come una mera esecuzione di condizioni pre-concordate e pre-programmate in parallelo a contratti tradizionali preesistenti, il negozio concluso mediante uno *smart contract* è in linea di principio immutabile e si esegue automaticamente. Ne discende, che proprio in virtù dell'accordo raggiunto dai contraenti, l'esecuzione del contratto è sottratta al loro controllo: nell'adempimento e nell'esecuzione delle obbligazioni da esso scaturenti la discrezionalità umana deve ritenersi definitivamente esclusa.
Come precipitato di siffatta proprietà, ai contratti intelligenti si associano almeno altri due effetti positivi. In primo luogo, l'impiego di un processo di esecuzione totalmente automatizzato tende a favorire una consequenziale diminuzione di liti e dispute collegate alla materia contrattuale. L'esecuzione potrà avviarsi e completarsi senza alcun ulteriore intervento delle parti, dato che essa vincola automaticamente i contraenti, sulla base di effetti predefiniti dagli stessi[32].
In verità, è il concetto stesso di adempimento che deve ritenersi del tutto riscritto. Se per un verso il contratto tradizionale è per sua natura soggetto ad incertezza, potendo le parti decidere arbitrariamente di non adempiere e affrontarne le eventuali conseguenze legali, sul fronte degli *smart contract* tale possibilità è preclusa a priori. L'autoeseguibilità delle prestazioni e alla tendenziale immodificabilità unilaterale del

[30] Tuttavia, salvo il caso in cui sia stata prevista la funzione "kill", lo smart contract "disattivato" non sparisce dalla *blockchain*, ma resta "conservato" nel blocco in cui era stato trascritto.

[31] Cfr. S.A. CERRATO, *Appunti su* smart contract, cit., p. 394; D. FAUCEGLIA, *Il problema dell'integrazione dello* smart contract, cit., p. 597 s., che condivide quella tesi che individua nella condizione uno strumento con cui le parti possono esercitare una sorta di *ius variandi*. Come suggerisce M. CRISAFULLI, *L'era degli* smart contracts*: potenzialità e limiti di uno strumento rivoluzionario*, in *Dir. merc. tecn.*, 2021, p. 17, <<*Il recesso unilaterale ai sensi dell'art. 1373 c.c. potrebbe garantirsi tramite la programmazione di una clausola auto-*kill *attivabile su iniziativa di una sola delle parti*>>.

[32] Di talché, la sequenza di tutele create dal *favor debitoris* scompaiono tutte a un tratto, e, neanche a dirlo, chiaramente contro il contraente svantaggiato. Ogni tipo di contratto *smart* (perché di questo si tratta), non avrà più necessità di tutelare una parte ed è probabile che ci sarà necessariamente una parte del *software* che sarà più importante, più significativa del resto

ISSN 2036-7821

regolamento contrattuale[33] fanno sì che, nel paradigma *smart contract*, le parti non possano porre in essere un'attività negoziale meramente apparente. Di fatto non possono esistere contratti intelligenti simulati giacché, nel momento in cui il contratto *smart* viene poi trascritto nella *blockchain* se ne garantisce la conoscibilità a tutti i partecipanti del *network*.

Sempre il rigore tecnologico di tale strumento comprime la libertà dei contraenti al punto da escludere la possibilità che gli stessi possano intraprendere dei comportamenti diversi da quelli pattuiti. L'esecuzione potrà avviarsi e completarsi senza alcun ulteriore intervento delle parti. Tale circostanza esclude *a priori* che possano sorgere conflitti tra più aventi causa da un medesimo dante causa.

In secondo luogo, quale aspetto direttamente correlato al precedente, andrebbero a perdere di importanza tutti quegli strumenti di garanzia volti ad assicurare l'adempimento del debitore.

Tra le difficoltà più ricorrenti si rinviene la scarsa propensione di tale dispositivo a trasferire in codice informatico accordi contrattuali complessi come nei casi di difficile interpretazione, sarebbe a dire quando le condizioni sono volutamente formulate in modo ambiguo o vago per esigenze di flessibilità delle parti stesse[34]. Doveroso, però, è segnalare che negli *smart contracts* si possono comunque inserire livelli di discrezione dipendenti dai soggetti coinvolti[35]. Ad esempio, nella scrittua del codice informatico si può scegliere di subordinare l'esecuzione di determinate procedure all'approvazione di un giudice o un soggetto terzo.

In ordine agli svantaggi derivanti dall'impiego degli *smart contract* bisogna menzionare i limiti relativi all'utilizzo del linguaggio (v. *supra* §. 3). A tal proposito,

---

[33] L'immodificabilità di uno *smart contract* è spesso intesa come un limite insuperabile rispetto alla flessibilità del contratto. In tal senso, tra i tanti, cfr. J. FAIRFIELD, N. SELVADURAI, *Governing the Interface Between Natural and Formal Language in Smart Contracts*, in *UCLA J.L. & Tech.*, 2022, p. 79 ss.; M. GIANCASPRO, *Is a 'Smart Contract' really a smart idea? Insights from a legal perspective*, in *Computer Law & Security Review*, 2017, p. 825 ss.

[34] È il caso, ad esempio, di contratti che regolano complesse transazioni finanziarie, oppure di quelli volti all'esecuzione di una *due diligence* in vista di un'acquisizione aziendale. Sul punto si rinvia a F. LONGOBUCCO, *Utopia di un'autonoma Lex Criptographi(c)a e responsabilità del giurista*, cit., p. 65. Mentre nel sistema anglosassone non assume rilievo il comportamento delle parti nelle trattative una volta concluso il contratto, nel sistema di *civil law* l'obbligo di comportarsi secondo buona fede vige sin dalla fase delle trattative, uniformando la condotta ai canoni di lealtà che deve permeare tutta l'attività delle parti e del giudice. Molti ritengono che proprio l'indeterminatezza di clausole come 'best effort' o 'buona fede' rendano di difficile applicazione gli *smart contracts* per contratti complessi. In tal senso, cfr, C. PONCIBÒ, L. DI MATTEO, *Smart Contracts Contractual and Noncontractual Remedies*, in L. DI MATTEO et al. (eds.), *Technological, Business and Legal Perspectives*, 2020, p. 120 ss.; P. CATCHLOVE, *Smart Contracts: A New Era of Contract Use*, 2021, disponibile su https://ssrn.com/abstract=3090226; M. RUDANKO, *Smart Contracts an Tradditional Contracts: Views of Contract Law*, in M. COMPAGNUCCI et al. (eds.), *Smart Contracts: technological, business and legal perspectives*, 2021, p. 59 ss.; L. DI MATTEO, *Smart Contracts and Contract Law*, in L. DI MATTEO et al. (eds.), *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, 2020, p. 8 ss.

[35] CFR. K. WERBACH, N. CORNELL, *Contracts Ex Machina*, in *Duke Law Journal*, 67, 2017, p. 371; A.J. CASEY, A. NIBLETT, *Self-Driving Contracts*, in *Journal of Corporation Law*, 43, 2017, p. 1 ss., i quali discorrono di tecnologie, alle quali i contraenti potrebbero affidarsi, in grado di colmare autonomamente le lacune del contratto.

ISSN 2036-7821

va segnalato che il codice informatico mal si presta ad essere il *target* della traduzione del linguaggio naturale aumentando l'inadeguatezza di tali congegni nel regolare rapporti complessi[36].

In termini linguistici, la semantica degli aspetti non operativi può essere molto complessa, mentre la prima tipologia di requisiti, quelli cioè essenziali, appare più facilmente traducibile in linguaggio di programmazione. Proprio per tale ragione, gli *smart contract* mal si prestano a essere impiegati per l'esecuzione di qualsiasi tipologia di contratto. Cosicché, non si potrà ricorrere agli *smart contract* per l'esecuzione di prestazioni di fare, o consistenti nella consegna di beni materiali. Al contrario, non vi sono controindicazioni per un loro utilizzo allorché la prestazione consista in un pagamento di somme di denaro o nel trasferimento di beni dematerializzati[37].

In questa disamina si inserisce anche il tema della mera esecuzione della sentenza che, si badi bene, non deve essere intesa come risoluzione della controversia, ma come trasferimento sulla *blockchain* della pronuncia del giudicante (rilasciata *off-chain*): l'automatizzazione della sentenza avviene, per l'appunto, tramite lo *smart contract* che, recependo determinate informazioni dall'oracolo, le esegue condizionatamente.

Questo meccanismo non è scevro da condizionamenti con riferimento a: i) l'attendibilità delle informazioni raccolte dall'oracolo; ii) la presenza di strumenti capaci di tradurre concetti tecnici difficilmente comprensibili per il programma (traduzione da linguaggio naturale a linguaggio di programmazione); iii) la competenza e la giurisdizione del giudice in un contesto, quello della *blockchain* che è caratterizzato dall'aterritorialità[38]; in assenza di un sistema di riferimento specifico per la presenza dei nodi su scala globale, potenzialmente e in linea teorica, la

[36] Sul punto si rinvia a F. LONGOBUCCO, *Utopia di un'autonoma Lex Criptographi(c)a e responsabilità del giurista*, cit. p. 65. Proprio l'indeterminatezza di clausole come 'best effort' o 'buona fede' rendono di difficile applicazione gli *smart contracts* per contratti complessi.

[37] S.A. CERRATO, *Appunti su* smart contract, cit., p. 382. Tuttavia, è prevedibile che le procedure di redazione di *smart contract* verranno rese sempre più agevoli dall'impiego di *software* di scrittura che siano in grado di rendere tale processo il più possibile accessibile agli utenti. Per altro verso, va segnalato che lo sforzo di chiarezza e semplificazione del linguaggio che si rende necessario per consentire alle clausole contrattuali di essere convertite in codici in uno *smart contract* rischia sì di limitare il grado di flessibilità nell'esecuzione ma può aiutare a superare l'intrinseca ambiguità che spesso accompagna le formule contrattuali.

[38] Il fenomeno peraltro, non è nuovo né ascrivibile alla blockchain: già nel Web2 infatti, i rapporti tra le piattaforme digitali e gli utenti sono spesso disancorati dalle giurisdizioni nazionali. Per un approfondimento di questi profili si rinvia a P. MICHAELSON, S. JESKIE, *Where the Disputes Lie: When Blockchain Technology Will Need Help Sorting Out Its Contracts*, 2021, disponibile in: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm? abstract_id=3893223; Z. LOW, *Execution of judgments on the Blockchain: A Practical Legal Commentary*, 2021, disponibile in: https://jolt.law.harvard.edu/digest/execution-of-judgements-on-the-blockchain-a-practical-legal-commentary.

blockchain non permetterebbe ad alcun giudice di "attrarre su di sé" tale competenza territoriale[39].

È evidente, inoltre, come uno strumento di esecuzione così rigido possa presentare alcune controindicazioni anche alla luce della contrattualistica tradizionale che spesso richiede l'uso di termini che vanno interpretati e "calati" nella prassi a seconda delle differenti casistiche, e che sono difficili da esprimere in modo crittografico.

A partire dall'inefficacia dei rimedi giurisdizionali tradizionali, nel caso in cui sia necessario rimuovere gli effetti prodotti da uno *smart contract* per esigenze di rinegoziazione dovute a sopravvenienze, integrazioni o recesso dal contratto o, ancora, a fronte di eventi patologici che rendano necessario assicurare la possibilità di interruzione del rapporto negoziale.

Se, infatti, lo *smart legal contract* è connotato da una intrinseca rigidità, giacché rende verificabili, immutabili e irrevocabili i termini e condizioni del contratto concordati tra le parti, al tempo stesso pare dubbio che, al manifestarsi di patologie contrattuali, possa trovare applicazione la disciplina in materia di nullità, annullabilità e rescissione del contratto.

Tant'è che: «*per i rimedi distruttivi (…) sembra così del tutto fuori gioco la prospettiva rimediale, che, in tutte le esperienze ordinamentali, è il cuore della legislazione sul contratto*»[40] .

Riguardo a tale aspetto, si fa tuttavia notare, che i *contracts on chain* potrebbero consentire di mutare un limite intrinseco degli *smart legal contracts* (la rigidità) in uno strumento (la registrazione inoppugnabile) utilizzabile anche nell'eventuale fase patologica, così da superare questo limite.

Altra problematica di non semplice soluzione riguarda il caso in cui l'obbligazione venga adempiuta da un debitore incapace. In tal caso, essendo il pagamento un atto dovuto[41], si potrà tranquillamente applicare l'art. 1191 c.c. che prevede l'impossibilità del debitore di impugnare l'adempimento sulla base della propria incapacità.

Parte della dottrina che si è occupata di *smart legal contract* evidenzia la difficoltà di identificare i soggetti e di accertare la capacità giuridica e di agire per via del fatto che le *blockchain* consentono di operare in via anonima o sotto pseudonimo e persino in modo non tracciabile. È pur vero, per altro verso, che se questo problema si pone

---

[39] Come osservano F. BASSAN, M. RABITTI, *Recenti evoluzioni dei contratti sulla blockchain. Dagli smart legal contracts ai 'contracts on chain'*, in *Riv. dir. banc.*, 4, 2023, p. 638, il tema della giurisdizione è più facilmente risolvibile in presenza di "contracts on chain": <<*è l'esistenza di un ambiente specifico (la piattaforma logica) all'interno del quale i* contracts on chain *operano sulla public chain, a consentire alle parti il rinvio a una giurisdizione, da cui altrimenti gli* smart legal contracts *potrebbero derogare, in quanto auto-sufficienti anche sotto questo profilo*>>.

[40] A. BENEDETTI, *Tecnica, diritto civile e* smart contract*, minimalismo o massimalismo?*, in U. SALANITRO (a cura di), *SMART. La persona e l'infosfera*, Pisa, 2022, 415 ss.

[41] C. BOMPEZZI, G. FINOCCHIARO, *A legal analysis of the use of blockchain technology for the formation of smart legal contracts*, in *MEDIA LAWS*, 2, 2020, p. 115 ss.

ISSN 2036-7821

soprattutto per le *blockchain* pubbliche decentralizzate, non altrettanto può dirsi quando si ricorra al modello di "contracts on chain" inseriti in una piattaforma logica, in cui spetta al soggetto che la governa l'onere di accertare l'identità e la capacità delle parti.

Non meno spinosa delle precedenti è la questione che si pone in relazione a ipotesi in cui l'inadempimento sia "giustificato" dall'avveramento di circostanze estranee al rapporto contrattuale, come nel caso di impossibilità sopravvenuta e dell'eccessiva onerosità sopravvenuta.

Per quanto attiene all'ipotesi di estinzione per impossibilità sopravvenuta, il venir meno di una delle obbligazioni comporta la risoluzione del contratto perché ne rende irrealizzabile la causa[42].

La disciplina civilistica si occupa anche dell'ipotesi in cui l'impossibilità sopravvenuta colpisca solo parzialmente la prestazione. In tal caso l'altra parte potrà ottenere una riduzione della prestazione corrispettiva dovuta o il recesso dal contratto, qualora non abbia un interesse apprezzabile a ottenere un adempimento parziale. Ebbene, tale soluzione risulta incompatibile con la tecnologia dei contratti intelligenti[43].

Gli è che, nel caso di un contratto tradizionale, in forza dell'art. 1467 c.c. il debitore potrebbe chiedere la risoluzione del contratto o la riduzione della prestazione. L'ambito applicativo di tale tutela riguarda i "*contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita*", potendo pacificamente uno *smart contract* essere utilizzato per tali fattispecie. Stando così le cose, vi sarebbero tutti i presupposti per ritenere applicabile la suddetta disciplina anche a un contratto intelligente.

L'aspetto che tuttavia merita di essere precisato attiene al modo in cui le parti possano rendere effettive le tutele previste da tale norma, Per beneficiare della risoluzione del contratto ovvero della riduzione della prestazione all'interno di uno *smart contract*, è possibile ricorrere a due distinte soluzioni, che operano rispettivamente *ex ante* o *ex post* rispetto all'esecuzione del contratto intelligente.

La prima consiste nell'inserimento in fase di creazione (programmazione) del contratto di una funzione *auto kill* che vada ad eliminare gli effetti dell'accordo negoziale ove si manifestino degli eventi imprevisti, le cui conseguenze risultino comunque accertabili da un oracolo. La difficoltà in tal caso è costituita dalla capacità di riuscire a fornire una prospettazione esaustiva e precisa di tutte le conseguenze

[42] Cfr. P. PERLINGIERI (a cura di), *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile*, Napoli, 2005, p. 521 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, Milano, 1994, vol. V, p. 372. Per un ulteriore approfondimento relativo all'estinzione per responsabilità sopravvenuta Vedasi G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore, Problemi generali*, Milano, 1955; O. CAGNASSO, voce *Impossibilità sopravvenuta della prestazione. 1) Diritto civile*, *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989; V. DI PRISCO, I*mpossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, in *Trattato di diritto privato*, IX, Torino, 1999, p. 451.

[43] In tal senso v. M. CRISAFULLI, *L'era degli* smart contracts, cit., p. 21 s.

ISSN 2036-7821

che eventuali cause sopravvenute potrebbero generare sulle consistenze patrimoniali delle parti.
La seconda consiste nel considerare l'esecuzione di uno *smart contract* alla stregua di un contratto in cui viene apposta la clausola *solve et repete*, in virtù della quale, ciascuna delle parti è tenuta ad eseguire la propria prestazione nonostante l'inadempimento[44].
Si aggiunga, ancora, che le medesime soluzioni prospettate in dottrina, ovvero l'apposizione di condizioni *ex ante*, l'esecuzione di un nuovo *smart contract* ripristinatorio *ex post* o il ricorso agli strumenti giurisdizionali di tutela dei diritti possono valere anche per l'ipotesi in cui sorgano contestazioni in merito al rispetto del principio della buona fede[45].

5. Talune difficoltà applicative rispetto alla definizione italiana di smart contract.
Il tentativo definitorio del legislatore italiano (primo in Europa) annoverato nell'art. 8-*ter* del Decreto Semplificazioni (D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito in legge con L. 11 febbraio 2019, n. 12) accetta la sfida di fornire una definizione legislativa esaustiva di *smart contract* e della disciplina degli effetti giuridici ricollegati all'utilizzo di tali tecnologie[46].
Dopo aver delineato la struttura delle c.d. tecnologie basate su registri distribuiti, la fonte primaria descrive il contratto intelligente come "*programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse*"[47].
Quindi, nella seconda parte della norma, chiarisce che gli *smart contract* soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia Digitale".
Due le esigenze cui il legislatore ha cercato di dare risposta: da una parte, l'introduzione di una definizione di *smart contract* e, dall'altra, la definizione della valenza probatoria.

---

[44] Cfr. D. FAUCEGLIA, *Il problema dell'integrazione dello* smart contract, cit., p. 604.

[45] L. PAROLA, P. MERATI, G. GAVOTTI, Blockchain e smart contract: *questioni giuridiche aperte*, in CONTR., *2018, p. 687.*

[46] *A livello europeo, il Regolamento (UE) 2023/2854 (cd. "Data Act") all'art. 2, n. 39) definisce i "contratti intelligenti" come <<un programma informatico utilizzato per l'esecuzione automatica di un accordo o di parte di esso utilizzando una sequenza di registrazioni elettroniche di dati e garantendone l'integrità e l'accuratezza del loro ordine cronologico>>, e ne descrive altresì i requisiti essenziali (art. 36); contiene, inoltre, disposizioni volte a definire requisiti di modifica per gli smart contract (compresi i cd. "kill switch"), e stabilisce alcune regole per le parti che forniscono dati condivisibili, tra cui la "terminazione e l'interruzione sicura" degli smart contract integrando altresì salvaguardie per preservare i segreti commerciali e prevenire i trasferimenti illeciti di dati.*

[47] Cfr. G. RINALDI, Smart contract*: meccanizzazione del contratto nel paradigma della* blockchain, cit., p. 28; C. BOMPREZZI, *Commento in materia di* Blockchain *e* Smart Contract *alla luce del nuovo Decreto Semplificazioni*, in *DIMT*, 2019, p. 1 ss.

ISSN 2036-7821

Siffatta formulazione, che conferisce validità giuridica nel nostro ordinamento agli *smart contracts*, è evidentemente caotica e presenta alcuni elementi di indubbia problematicità, che consentono di concepire lo *smart contract* in maniera differente a seconda della prospettiva da cui lo si osserva.

In primo luogo, il legislatore crea erroneamente un collegamento logico inscindibile tra contratti intelligenti e *blockchain*. In secondo luogo, sotto il profilo prettamente giuridico, il legislatore inserisce una norma idonea ad avere un forte impatto sul diritto dei contratti, senza aver prima chiarito quale sia l'entità del collegamento che sussiste tra *smart contract* e disciplina tradizionale dei negozi.

Volendo analizzare più nel dettaglio il testo normativo, uno *smart contract* per definirsi tale deve possedere simultaneamente le seguenti caratteristiche: 1) essere un programma per elaboratore; 2) operante su tecnologie basate su registri distribuiti; 3) la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti; 4) sulla base di effetti predefiniti dalle stesse.

Mentre le prime due caratteristiche (programma per elaboratore operante su tecnologie basate su registri distribuiti) sono sicuramente comuni a tutte le tipologie di *smart contr*act e non sembrano poter creare dubbi interpretativi, gli ulteriori due requisiti potrebbero però essere oggetto di interpretazioni diverse[48].

Lungi dal risolvere i problemi operativi derivanti dall'irrevocabilità ed automaticità delle clausole, infonde quantomeno qualche dubbio la scelta del legislatore di inquadrare la fase di esecuzione del contratto come il momento perfezionativo di un anteriore accordo delle parti, piuttosto che costruire un adatto sistema di rimedi e tutele delle fattispecie scaturenti dalle nuove relazioni a seguito dall'utilizzo degli *smart contract*.

La formulazione della disposizione è ambigua allorché utilizza il termine "esecuzione" in maniera non appropriata rispetto alla fattispecie *de qua*. Apparentemente sembra che il legislatore presupponga che vi sia una fase di formazione dell'accordo a monte; salvo poi stabilire che l'esecuzione dello *smart contract* vincola automaticamente le parti, lasciando intendere che la fonte giuridica del vincolo sia lo stesso *smart contract*.

D'altra parte, il requisito del vincolo automatico che esso crea per due o più parti in conseguenza della sua esecuzione potrebbe risultare foriero di dubbi interpretativi dato che termine "esecuzione", può essere inteso in duplice senso: 1) lo *smart contract*, essendo un programma per *computer*, viene eseguito, per effetto dell'elaborazione delle istruzioni in esso contenute; 2) con riferimento all'esecuzione delle obbligazioni e prestazioni in esso previste.

Si tratta, invero, di due momenti distinti che potrebbero essere non coincidenti, dato che l'esecuzione – in senso informatico – di uno *smart contract* non necessariamente

[48] G. ALPA, *La rinascita del formalismo. Aspetti di diritto contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 461 ss.

ISSN 2036-7821

comporta l'esecuzione delle prestazioni contrattuali qualora, ad esempio, non si avverino le condizioni nello stesso previste.
Sarebbe erroneo sostenere che "solo" l'esecuzione del programma vincolerebbe le parti al rispetto delle obbligazioni prese, essendo l'esecuzione del contratto solo una fase del rapporto contrattuale, generalmente successiva alla sua conclusione, in cui le prestazioni dedotte nell'accordo vengono eseguite dalle parti.
Inoltre, se la volontà del legislatore fosse quella di ricollegare la nascita del vincolo contrattuale all'esecuzione del contratto, intesa quale esecuzione della prestazione, la fattispecie degli *smart contracts* potrebbe essere ricondotta alla categoria dei contratti reali (caratterizzati, appunto, dal perfezionarsi del contratto al momento della *traditio*, ossia della consegna materiale della cosa). Di talché, uno *smart contract*, fino al compimento delle prestazioni in esso indicate, non vincolerebbe le parti, ed anzi non troverebbe ingresso nel mondo giuridico in quanto ancora non perfezionato.
La seconda parte della norma non è altro che il logico corollario dell'art. 20, comma 1-*bis* e dell'art. 21, comma 2-*bis*, del CAD che già prevedevano che il documento informatico potesse essere uno strumento idoneo a soddisfare il requisito della prova scritta e che, quando opportunamente sottoscritto mediante firma elettronica o digitale, lo stesso potesse essere utilizzato anche per la stipula dei contratti previsti tassativamente dall'articolo 1350 c.c.[49].
In altri termini, affinché gli *smart contracts* siano considerati al pari dei contratti resi in forma scritta e sottoscritti con firma autografa, dovranno risultare conformi alle regole tecniche che stabiliscono quando un programma per elaboratore possa essere riconducibile a un documento informatico "immodificabile"[50].
Trattandosi di un programma per elaboratore, non è dato escludere a priori che possano sorgere ostacoli circa la conformità di uno *smart contract* al requisito

[49] Quanto all'ordinamento interno, il Codice dell'amministrazione digitale (CAD), alla lett. *p*) dell'art. 1 definisce il documento informatico come "*il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti*", mentre, quanto alla sua efficacia probatoria, l'art. 20, comma 1-*bis* che "*l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità. La data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida*".

[50] In tal modo gli operatori potrebbero rimanere liberi di utilizzare per la formazione degli *smart contract* sia firme elettroniche rientranti tra quelle già definite in ambito eIDAS, valide in tutta l'Unione Europea, sia i processi di identificazione elettronica peculiari del nostro paese che AGID avrà il ruolo di regolare mediante i provvedimenti già previsti. In tale contesto l'Europa ha già da tempo cominciato a fare i primi passi, come è possibile osservare dalla pubblicazione del Libro Bianco "*Recommendations for Successful Adoption in Europe of Emerging Technical Standards on Distributed Ledger/Blockchain Technologies*", nel quale vengono specificate tre fasi per assicurare la sicurezza della procedura del riconoscimento digitale. In senso critico rispetto alla formulazione adottata dal legislatore italiano cfr. F. LONGOBUCCO, *Utopia di un'autonoma Lex Criptographi(c)a e responsabilità del giurista*, Napoli, 2023, p. 42 ss.; T. PELLEGRINI, *Prestazioni auto-esecutive. Smart contract e dintorni*, in *Comparazione dir. civ.*, 2019, p. 846, nt. 14; G. REMOTTI, Blockchain smart contract*: primo inquadramento e prospettive di indagine (commento all'art. 8-ter D.L. 14 dicembre 2018, n. 135)*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2020, p. 159 ss.

ISSN 2036-7821

dell'immodificabilità di cui all'art. 3, comma 2, del DPCM 13 novembre 2014 ed a quanto previsto dall'art. 4, comma 3, del DPCM 22 febbraio 2013, secondo cui non può considerarsi immodificabile un documento informatico che contiene macroistruzioni o codici eseguibili (questi ultimi presenti, per definizione, guarda caso proprio in uno *smart contract*). In assenza di una previsione espressa, lo *smart contract* rischierebbe, pertanto, di non rientrare nella categoria di documento informatico immodificabile, con la conseguenza che ne verrebbe meno la validità.
Il medesimo art. 20, inoltre, individua anche gli strumenti di attribuzione della paternità del documento informatico (firma elettronica qualificata, firma elettronica avanzata, firma "identificata", nonché firme elettroniche "semplici" a seguito della valutazione del giudice) che consentono di conferire allo stesso tale efficacia[51].
Di fronte a tale quadro normativo, appare alquanto inutile (nel senso di inidoneità a raggiungere un determinato scopo) stabilire, in via del tutto autoreferenziale, la capacità degli *smart contracts* di soddisfare il requisito della forma scritta.
Sennonché, anche in ordine a tale questione sembra lecito chiedersi se non fosse stato più opportuno verificare l'idoneità della disciplina interna e sovranazionale che regolamenta la formazione del documento informatico, di validare tale "nuova" modalità di espressione del consenso e di imputazione di effetti, prima di agganciare la validità degli *smart contracts* al rispetto di questi criteri normativi.
Si pensi, ad esempio, alla questione della validazione temporale elettronica (dati in forma elettronica che collegano altri dati in forma elettronica a una particolare ora e data), il cui sistema di realizzazione consente di dare una evidenza, con sufficiente certezza e opponibilità ai terzi, del momento genetico di formazione di un documento (dati elettronici). A tale scopo il Regolamento eIDAS stabilisce, all'art. 41, comma 1, che a un sistema di validazione temporanea elettronica (marcatura temporale o *time stamping*) "*non possono essere negati gli effetti giuridici e l'ammissibilità come prova in procedimenti giudiziali per il solo motivo della sua forma elettronica*".
Spingendoci più in là nel ragionamento, non resta che prendere atto che la scelta di una classificazione giuridica che delinea, di fatto, una nuova specie di documento elettronico, desta perplessità poiché non vi è nessun tipo di coordinamento con la disciplina di fondo in tema di contratto del codice civile e perché il legislatore rinvia al contenuto di un futuro atto amministrativo dell'AGID per la determinazione delle regole essenziali per la validità del nuovo *genus* contrattuale.

[51] Va anche osservato, a tal proposito, che le innovazioni apportate nel CAD dal d.l.vo n. 217/2017 hanno incentivato per l'utilizzo della *blockchain* quale processo in grado di garantire la sottoscrizione di documenti informatici con piena validità giuridica. Tali innovazioni sembrano escludere che vi sia la necessità che AGID individui nuovi e diversi strumenti di attribuzione della paternità da utilizzare specificamente per le tecnologie basate sui registri distribuiti, essendo sufficiente che quest'ultima provveda ad emanare le regole tecniche includendo tali le tecnologie basate sui registri distribuiti tra i processi che, associati con strumenti di identificazione o di attribuzione della paternità, risultano idonei a soddisfare le previsioni dell'art. 20, comma 1-*bis*, CAD.

ISSN 2036-7821

6. Differenze e analogie tra contratto inteso in senso tradizionale e smart contracts.

Il termine "smart contract", oltre alle già note antinomie che si sono riscontrate, può generare non poche ambiguità soprattutto perché induce a confondere tali dispositivi coi contratti tradizionali, anziché considerarli dei veri e propri applicativi per computer[52].

Il concetto *smart contract* potrebbe, infatti, racchiudere in sé il germe di un nuovo tipo di accordo che, al di là di alcuni tratti in comune, sembra però allontanarsi non di poco dalla nozione di contratto *ex* art. 1321 c.c.

Cosicché il tema trattato pone innanzitutto una rilevante questione di *esegesi contrattuale*: cosa diventa ora il contratto? Quello che è scritto nel codice o comunque tutto il codice scritto in un certo linguaggio di programmazione.

Chi ha ideato questo congegno informatico ha pensato non a una specifica nozione giuridica di contratto, ma ad un *software* per suggellare dei patti in modo più veloce. Passare da questo paradigma, nato al di fuori dell'ambito del diritto, al concetto giuridico di contratto è questione di non facile soluzione. Il *nomen iuris*, quindi, non dovrebbe trarre in inganno.

Si aggiunga che è alquanto remoto pensare che i creatori del sistema di gestione degli *smart contracts* abbiano avuto come scopo proprio quello di dare vita a un ambiente adatto alla creazione e gestione di un contratto. Si tratta di due mondi completamente diversi, e pensare che abbiano qualcosa in comune è quantomeno discutibile.

Lo *smart contract* è nato in ambito anglosassone, quindi in un *habitat* giuridico che associa al termine *contract* un significato e un senso totalmente diversi dal nostro codice civile. Si osservi, altresì, che nella *common law* non esiste una norma che identifichi il contratto vero e proprio, come avviene invece nel diritto italiano. Non esiste, in altre parole, un equivalente dell'art. 1321 c.c. (ovviamente, restando nell'ipotesi che lo *smart contract* sia inquadrabile nell'insieme di norme che si trovano nella *common law*)[53].

---

[52] All'interno del *White Paper* di *Ethereum* (*https://github.com/ethereum/wiki/wiki/White-Paper*), si legge che il significato di *smart contract "non è necessariamente collegato al concetto tradizionale di contratto, ma può indicare qualsiasi tipo di applicativo per computer"*.

[53] La differenza tra il concetto che sta dietro a quello della *common law* e a quello italiano non è secondaria. Il concetto anglosassone è *dinamico*, essendo basato principalmente sulla giurisprudenza precedente. Secondo alcuni autori, il *bargain* è lo strumento della *common law* più simile al contratto "nostrano". Ma anche il *bargain* ha dei limiti: ad esempio, nella *common law* non sono concepibili contratti con obblighi da una sola parte, come i contratti unilaterali. Quindi, un contratto di questa natura non sarebbe traducibile nella *common law*, e di conseguenza non sarebbe possibile implementare, ad esempio, una donazione con uno *smart contract* (ovviamente, non prendo neanche in considerazione lo spirito di liberalità del contratto portato come esempio, che non è assolutamente traducibile in alcun linguaggio di programmazione). Sostengono una tesi negativa riguardo alla natura contrattuale degli *smart contracts* B. CAPPIELLO, *Dallo "Smart Contract"* computer code *allo* smart (legal contract). *I nuovi strumenti (para) giuridici alla luce della normativa nazionale e del diritto internazionale privato europeo: prospettive*

ISSN 2036-7821

Questa posizione non è ovviamente univoca, presentandosi il panorama piuttosto articolato al suo interno. Secondo altra autorevole impostazione dottrinale[54] è, infatti, possibile configurare lo *smart legal contract* come un programma per elaboratore utilizzato per "formare" (in linguaggio informatico), in tutto o in parte, il contenuto del contratto che viene poi eseguito automaticamente[55]. Ancora vi è chi ritiene che esso stesso sia un contratto[56] e chi, invece, sostiene che lo *smart legal contract* designi, in termini generali, un'architettura della struttura negoziale più che un assetto di interessi[57].

E, infine, per altri ancora sarebbe addirittura superfluo indagare la disciplina applicabile agli *smart contract*, in ragione della loro capacità intrinseca di sopravvivere al di fuori di qualsiasi ordinamento, il che li renderebbe una vera e propria alternativa al diritto dei contratti peraltro destinato a scomparire[58].

---

de jure condendo, in *Dir. comm. int.*, 2/2020, p. 477; C. AMATO, *La "computerizzazione" del contratto (Smart, data oriented, computable e self driving contracts. Una Panoramica)*, in *Eur. dir. priv.*, 4/2020, p. 1259; F. DI CIOMMO, Smart contract *e (non-)diritto. il caso dei mercati finanziari*, in *Nuovo Diritto Civile*, 2019, p. 257 ss.; R. PARDOLESI, A. DAVOLA, «Smart contract»: *lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia*, in *Foro it.*, 2019, c. 195 ss.; A. GENTILI, *La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, p. 701; G. CASTELLANI, Smart Contracts *e profili di diritto civile*, in *www.comparazioneedirittocivile.it*; A. STAZI, *Automazione contratti e "contratti intelligenti"*, Torino, 2019, p. 122; C. PONCIBÒ, *The Digitalisation of Contracts in International Trade and Finance: Comparative Law Perspectives on Smart Contracts*, in M. RATAJCZAK-MROZEK – P. MARSZAŁEK (eds.), *Digitalization and firm performance*, 2021, p. 131; O. MEYER, *Stopping The Unstoppable - Termination and Unwinding of Smart Contracts*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 19, 2020, p. 17 ss.; A. FERREIRA, *Regulating Smart Contracts: Legal Revolution or Simply Evolution?*, in *Telecommunications Policy*, 2021, p. 45; G. FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Dir. proc. civ.*, 2/2018, p. 446.

[54] Tra i tanti, cfr. C. ROBUSTELLA, C.E. PAPADIMITRIU, *Spunti ricostruttivi in tema di smart contracts, tra innovazione tecnologica e regola giuridica*, cit., p. 975 ss.; S. RIGAZIO, Smart contract *e tecnologie basate su registri distribuiti nella L. 12/2019*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2021, p. 369 ss.; M. GIACCAGLIA, *Considerazioni su* blockchain *e* smart contract, in *Contr. impr.*, 2019, p. 951; M. GIULIANO, *La* blockchain *e gli* smart contract *nell'innovazione del diritto nel terzo millennio*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2018, p. 989 ss. Nella letteratura internazionale, P. CATCHLOVE, *Smart Contract: A New Era of Contract Use*, disponibile su SSRN (3090226), p. 15; C. CLACK, et al., *Smart Contract Templates: Foundations, Design Landscape and Research Directions*, 2016, disponibile su: http://arxiv.org/abs/1608.00771; M. DUROVIC, F. LECH, *The Enforceability of Smart Contract*, in *Italian Law Journal*, 2019, p. 504 ss; H. EENMAA DIMITRIEVA, M. SCHIMDT, KESSEN, *Creating Markets in No-trust Environments: the Law and Economics of Smart Contract*, in *C.L.S. Rev.*, 2019, p. 69 ss.

[55] CARRON E BOTTERON, *How smart can a contract be?*, in KRAUS, DANIEL, OBRIST, THIERRY, HARI, OLIVIER (eds.), *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 101 ss.

[56] M. MAUGERI, Smart contract *e disciplina dei contratti*, cit., p. 68 ss.; E. BATTELLI, E.M. INCUTTI, *Gli* smart contracts *nel diritto bancario tra esigenze di tutela e innovativi profili di applicazione*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 925 ss.

[57] A. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 411 ss.; ID., *Tecnica, diritto civile e* smart contract. *Minimalismo o massimalismo?*, Relazione tenuta nell'ambito del Convegno "*Gli Stati generali del diritto di internet*, svoltosi a Roma, il 1, 2 e 3 dicembre 2022, in *https://dirittodiinternet.it*.

[58] In tal senso: M. VERSTRAETE, *The Stakes of Smart Contracts*, in *LOY. U. CHI. L.J.*, 2019, p. 743; J. GRIMMELMANN, *All Smart Contracts Are Ambiguous*, in *Penn. J.L. & Innovation*, 2019, p. 3, secondo il quale "*smart contracts are a way for parties to enjoy the benefits of binding contracts without relying on a legal system: private law without a public authority*"; A. SAVELYEV, *Contract Law 2.0: "Smart" Contracts as the Beginning of the End of Classic*

ISSN 2036-7821

In un contesto così delineato risulta necessario chiarire la disciplina applicabile e le conseguenze giuridiche che derivano da queste rivoluzioni, per via dell'impossibilità di ascrivere tali nuovi fenomeni all'interno delle tradizionali categorie del diritto civile.

Con la fase di creazione e stesura del "contratto intelligente" si identifica il processo di traduzione del regolamento contrattuale voluto dalle parti in codice informatico. Lo schema di formazione non rispecchia quello del tradizionale contratto concluso *online*, in cui due parti si scambiano delle dichiarazioni, che vengono tradotte prima in linguaggio informatico e poi nuovamente in linguaggio umano[59].

Al riguardo si obietta che anche qualora si raggiungesse un livello di competenza tecnica capace di far combaciare le conoscenze informatiche e giuridiche, permarrebbero non poche aree di incertezza circa la capacità di un codice informatico di rappresentare adeguatamente tutte le particolarità – si pensi alle clausole generali della buona fede e della ragionevolezza – del linguaggio giuridico.

Sebbene, infatti, si affermi tradizionalmente che l'operazione materiale di trasposizione in codice informatico del linguaggio umano generi un contratto inteso ai sensi dell'art. 1321 c.c. – con la conseguenza pratica che la parte di un negozio tradizionale può giovare della previsione di una responsabilità risarcitoria in capo all'inadempiente –, in verità nello *smart* il programmatore, "sostituendosi all'intervento umano", elide la comparsa di illeciti nell'atto di elaborazione del protocollo informatico rimanendo la volontà dei contraenti confinata nella mera predisposizione delle clausole del regolamento contrattuale[60]. Detto in altri termini, la comunanza di volontà e la sua dimostrazione effettiva faticano non poco a farsi largo nello *smart contract*, se non ricorrendo a delle forzature informatiche e logiche che poi si riflettono nella stesura stessa.

Per approfondire questi aspetti, il primo passo da compiere è allora quello di confrontare il processo di formazione di uno *smart contract* con quello di formazione di un contratto tradizionale[61].

Contract Law, cit., sostiene addirittura che il diritto dei contratti sarebbe destinato a scomparire. Del resto, già J. FAIRFIELD, *Smart Contracts, Bitcoin Bots, and Consumer Protection*, in *Wash.& Lee L. Rev. Online*, 2014, p. 39.

[59] In questi termini v. A. STAZI, *Automazione contrattuale e "contratti intelligenti"*, Torino, 2019, p. 112 e p. 160; S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro amm.*, 2018, p. 1787 ss.

[60] A proposito di contratto giusto si veda P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Il giusto proc. civ.*, 2011, p. 1 ss.; F. DELLA ROCCA, *Il contratto tra tecnologia e diritti fondamentali*, in Tecn. dir., 2022, p. 272, il quale rileva, da un lato, che «*un controllo postumo di ragionevolezza giudiziale degli effetti algoritmici rispetto al caso concreto dovrebbe essere sempre possibile, a garanzia della giustizia del contratto e dei valori costituzionali presenti*». La possibilità di aprire lo *smart contract* al c.d. *private enforcement*, peraltro, è presa in considerazione anche dalla letteratura statunitense: v., in particolare, S. KATYAL, *Private Accountability in the Age of Artificial Intelligence*, in *UCLA Law Review*, 66, 2019, p. 54 ss.

[61] P. PERLINGIERI, R. DI RAIMO, *Strumenti dell'autonomia negoziale: profilo dinamico. Formazione dei contratti*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Manuale di diritto civile*, Napoli, 1997. Osserva F. LONGOBUCCO, *Utopia di un'autonoma Lex Criptographi(c)a e responsabilità del giurista*, cit., p. 88 ss. che "*[a]nche lo* smart legal contract*, al pari*

ISSN 2036-7821

L'ordinamento italiano regola doviziosamente il momento genetico dello stesso, chiarendo che in via ordinaria il contratto consta di due momenti fondamentali: la proposta, che dà avvio al procedimento medesimo, e l'accettazione, che rappresenta il momento di conclusione del contratto[62]. Come sottolineato dalla dottrina più accreditata, l'endiadi "proposta-accettazione" permea uno schema procedimentale *"fondato essenzialmente sul dialogo"* delle parti[63].

Questa struttura, che disgiunge il momento formativo dell'accordo da quello della sua esecuzione, regola la perfezione del contratto rimanendo fedele alla teoria della cognizione, che stava alla base dell'art. 36 cod. comm., ma attenuandone le conseguenze mediante una presunzione *iuris tantum* di conoscenza dell'accettazione per il solo fatto del suo arrivo all'indirizzo del destinatario (art. 1335 c.c.).

Invero, per favorire i traffici commerciali, il legislatore nazionale contempla ulteriori procedimenti di formazione del contratto in cui la risposta di accettazione può essere sostituita dall'esecuzione della prestazione quali lo schema "proposta-inizio esecuzione" (art. 1327 c.c.), lo schema "contratto aperto-adesione" (art. 1332 c.c.) o lo schema "proposta irrevocabile-mancato rifiuto" (art. 1323 c.c.). Più in generale, si osserva che la teoria della cognizione è stata messa da parte nei casi in cui la dichiarazione dell'accettante deve manifestarsi per atti materiali di esecuzione della prestazione indicata nella proposta; quando, cioè, l'accettazione è tutt'uno con l'esecuzione del contratto voluto dal proponente[64]. Il principio consensualistico, ad esempio, non opera per i contratti reali che si concludono nel momento in cui la prestazione viene eseguita [ossia *traditio* (consegna) della *res*, e si parla di *re perficitur obligatio* ("*l'obbligazione si perfeziona con la cosa*")], non essendo sufficiente il consenso,

---

del contratto tradizionale, partecipa – e non potrebbe essere altrimenti – all'attuale processo di erosione del dogma dell'autonomia privata attraverso un'eterointegrazione sempre piú penetrante ex *art. 1374 c.c. Il controllo dell'interprete dovrà estendersi, allora, anche all'eventuale integrazione del "regolamento informatico", non potendosi lo stesso, come già accade per il contratto espresso in linguaggio semantico, esaurire nelle mere "dichiarazioni" espresse in sede macchinica: e, d'altronde, già la possibilità stessa di ricorrere ad un oracolo esterno pone in luce l'insufficienza della mera tecnologia nella dinamica complessa del contrarre*".

[62] F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2008, p. 231 ss.

[63] Così G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 88. Sul procedimento di formazione del contratto v. P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1361 s.; RAVAZZONI, *La formazione del contratto, I, Le fasi del procedimento*, Milano,1966; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, II ed., Milano, 2000.

[64] *L'efficacia dell'esecuzione compiuta non dipende dalla sua comunicazione al proponente; ciò si desume dal fatto che conseguenza dell'inadempimento è non l'estinzione della proposta, ma il risarcimento del danno che sia stato prodotto al proponente, il quale, ignorando l'avvenuta esecuzione parziale o totale, può avere ripetuto la proposta ad altri, o, in genere, può avere disposto altrimenti dell'oggetto della sua offerta di contratto, rimanendo, rispetto a questo oggetto, contemporaneamente tenuto verso il primo accettante e verso gli accettanti o i contraenti successivi.*

ISSN 2036-7821

e che costituiscono un numero chiuso, nel senso che debbono essere espressamente regolati dalla legge come tali[65].

Senza analizzare dettagliatamente i vari procedimenti, è sufficiente affermare che, in una sequenza contrattuale generica, sono individuabili tre momenti essenziali: 1) la fase della cristallizzazione del contenuto del contratto; 2) la fase della conclusione del contratto e 3) la fase dell'esecuzione dello stesso.

Per quanto riguarda, invece, le fasi di uno *smart contract* eseguito su *blockchain* si avrà: 1) inizialmente il *coding*[66], ovvero la traduzione in linguaggio informatico delle volontà contrattuali; 2) la *convalidazione* del contratto tramite un sistema crittografico; 3) l'inserimento dello *smart contract* nella *blockchain* e 4) l'auto-esecuzione del contratto intelligente[67].

Ad una prima comparazione dei due procedimenti non sembra, dunque, che sussistano particolari divergenze o eventuali incompatibilità.

In relazione alla formazione del consenso una soluzione percorribile consisterebbe nel dare riconoscimento all'attivazione automatica dello *smart contract* (ad esempio, quando un "oracolo" trasmette l'informazione che ha attivato la transazione) equiparandola allo scambio di consensi.

Qualche riflessione critica sembra, tuttavia, potersi appuntare sul concetto di accordo *ex* art. 1321 c.c. Nel contratto classico scritto su carta, la firma dei contraenti è stata considerata da sempre la modalità per dimostrare alle parti e ai terzi la comune volontà di contrarre, e l'identità di questi. Risulta allora doveroso chiedersi quale artificio permetta, in un contratto *smart*, di dimostrare questa comunanza di volontà. La sottoscrizione, come è noto, costituisce elemento di imputazione del documento in riferimento a un determinato soggetto. Tuttavia, dato che il legislatore non ha espressamente previsto alcuna forma di sottoscrizione per lo *smart contract*, qualora i contraenti non abbiano stipulato un antecedente accordo scritto o orale, l'unica prova dell'instaurazione di un rapporto giuridico sarà costituita dal codice informatico. Ebbene, nella direzione di un inserimento di requisiti utili a fornire una risposta a tale problematica, va riconosciuto al legislatore di aver compiuto un salto in avanti stabilendo che la forma scritta si raggiunga proprio mediante una identificazione informatica[68].

---

[65] G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003, p. 39 ss. e, sulla rilevanza dal punto di vista funzionale del comportamento anteriore, contestuale e successivo alla conclusione del negozio e l'analisi ermeneutica del singolo negozio dell'operazione economica complessa, spec. p. 112 ss.

[66] Cfr. B. CAPPIELLO, *Dallo "Smart Contract"* computer code *allo* smart (legal contract), cit., p. 520.

[67] Cfr. D. FAUCEGLIA, *Il problema dell'integrazione dello* smart contract, in *Contr.*, 5/2020, p. 593 ss.

[68] Trattasi, nello specifico, di un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale *ex* art. 8, comma 4, d.l. 135/2018.

ISSN 2036-7821

Con riferimento all'"accordo" il perfezionamento dello *smart contract* richiede soltanto la sottoscrizione crittografica di entrambe le parti, da considerarsi, pertanto, manifestazioni di incontro di volontà. Risulta non distintamente identificabile però il "momento" dell'"accettazione". Per colmare anche questa lacuna soccorre la possibilità di fare appello alle regole dettate per i contratti *online*, laddove si fa riferimento allo schema procedimentale del tipo «*scambio di proposta e accettazione tramite posta elettronica*». In tal modo, il messaggio conterrà l'espressione della volontà di concludere l'accordo e, in forza della presunzione di conoscenza di cui all'art. 1335 c.c., la decorrenza degli effetti coinciderà con il momento in cui il messaggio verrà acquisito nella sfera del destinatario. Va da sé che stando a questo orientamento, il vincolo contrattuale sorge all'incontro delle volontà e non quando il contratto viene caricato ed eseguito sulla *blockchain*. Su un versante diverso vi è chi, in senso metagiuridico, ponendo l'accento sul termine "esecuzione" utilizzato nel citato art. 8-*ter*, comma 2, d.l. 135/2018, intende per "esecuzione" l'avvio del programma e quindi l'applicazione delle clausole e delle istruzioni già caricate nel sistema; cosicché la manifestazione di volontà si avrà con l'avvio congiunto del programma sulla piattaforma digitale.

In particolare, con riguardo all'anonimato garantito dalle piattaforme *blockchain*, che rende assai arduo se non tutto impossibile alcun tipo di riconoscimento delle generalità degli individui all'interno di tale tecnologia[69], il legislatore nazionale (art. 2. d.l. 135/2018) si è preoccupato del fatto che tali contratti "intelligenti" potessero essere annullati *ex* art. 1425 c.c.: 1) poiché stipulati da persone che nel mondo reale non avrebbero alcuna possibilità di sottoscrivere un contratto, ad esempio incapaci naturali (per ubriachezza) o incapaci legali (minori, interdetti, inabilitati); 2) nel caso in cui uno dei due contraenti (o entrambi) non sia chi dica di essere così verificandosi un caso di illecita appropriazione di identità digitale[70].

Si noti, in proposito, che, a meno di un meccanismo di riconoscimento al di fuori della *blockchain*, non esiste una sicura identificazione di queste parti. Tale eventualità potrebbe verificarsi nel caso in cui la *blockchain* sia di tipo *permissioned*, dato che, in questa forma, un'autorità centrale, che assume la *governance* della struttura, si

[69] Cfr. G. REMOTTI, *Blockchain smart contract: primo inquadramento e prospettive d'indagine*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 1/2020, p. 211, come riportato da M. MAUGERI, Smart Contracts *e disciplina dei contratti*, cit., p. 58. L'identità degli utenti che approvano la transazione o che la effettuano è tutelata tramite un processo di pseudonimizzazione, che rende possibile risalire esclusivamente alla chiave pubblica alfanumerica che li contraddistingue, ma non ai propri dati personali Un simile sistema garantisce alle parti la piena trasparenza della transazione e, allo stesso tempo, un elevato livello di riservatezza.

[70] Cfr. A. SAVELYEV, *Contract Law 2.0: "Smart" Contracts as the Beginning of the End of Classic Contract Law*, Higher School of Economics Research Paper No. WP BRP 71/LAW/2016, in *SSRN Electronic Journal*, 2016, p. 12; C. BUCHLEITNER, T. RABL, *Blockchain und Smart Contracts*, in *ecolex*, 2017, p. 5; M. KAULARTZ, *Herausforderungen bei der Gestaltung von Smart Contracts*, cit, p. 212 s.; N. GUGGENBERGER, *The Potential of Blockchain for the Conclusion of Contracts*, in R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, S. LOHSSE (eds.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Baden-Baden, 2017, p. 83 ss.

ISSN 2036-7821

preoccupa di gestire gli accessi e, quindi, anche di identificare i contraenti prima di permettergli di eseguire o meno un'operazione sulla piattaforma.
Vale la pena ricordare, però, che alcune correnti di pensiero inerenti alle *blockchain* vietano totalmente l'intromissione di una entità terza: secondo questa logica, non avrebbe senso un meccanismo esterno fiduciario, in un ambito in cui la fiducia (il «*trustless trust system*»[71]) è parte integrante della logica matematica sottesa alla struttura complessiva.
Dato che l'esecuzione del contratto *smart* vincola automaticamente due o più parti, è risolta solo la questione attinente alla vita contrattuale che ha luogo dopo la firma. L'esecuzione cui fa riferimento l'art. 8-*ter* l. n. 12/2019 (che, all'apparenza sembra riferirsi all'esecuzione del *software* del contratto) vincola le parti, benché l'accordo sia qualcosa che si raggiunge prima che questa esecuzione abbia luogo. Motivo per cui, il nodo riguardante la dimostrazione dell'intesa è solo fittiziamente risolto dalla norma.

7. L'incidenza degli "eventi sopravvenuti" sul funzionamento degli smart contracts.

L'espressione *smart contract* sembra impropria anche per una diversa e più significativa ragione. Diversamente dai contratti tradizionali, che lasciano ai contraenti la possibilità di gestire il proprio rapporto nel corso dell'esecuzione delle prestazioni, gli *smart contracts* conoscono soltanto la prospettiva anteriore alla conclusione del contratto[72].
Sul versante dell'esecuzione le principali criticità possono ricondursi sia ai problemi che deriverebbero nell'eventualità di identificazione di un errore o di una discrepanza tra il codice del programma e l'effettiva volontà delle parti, sia in ordine all'incapacità degli *smart contracts* di soddisfare un generale principio di conservazione del contratto (quando, cioè, le trasgressioni del contratto di una parte possono essere tollerate dall'altro contraente).
Da un lato, essi sono "necessariamente" incompleti, in quanto non tutte le informazioni rilevanti ai fini della legittima esecuzione delle prestazioni sono contenute nel codice informatico[73]. Il diritto contrattuale tradizionale deve ancora

[71] Su questo profilo, cfr. K. WERBACH, *Trust, But Verify: Why the Blockchain Needs the Law*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 33, 2018, p. 489 ss.; P. RYAN, *Smart Contract Relations in e-Commerce: Legal Implications of Exchanges Conducted on the Blockchain*, in *Technology Innovation Management Review*, 7, 2017, p. 14, per il quale: *«"Trustless" does not mean that the participants on the network cannot be trusted. Instead, it means that there is no need for a trusted third party. Without a trusted party, transactions must be publicly announced. This is achieved via a system that allows participants to agree on a single histoyr of the order in which transactions ewre received»*.

[72] Una sopravvenienza in grado di incidere pesantemente sull'economia dell'accordo si potrebbe verificare in caso di «hackeraggio» del sistema. Come osserva M. CRISAFULLI, *L'era degli* Smart Contracts, cit., p. 10 s., *<<un contratto tradizionale, oltre agli elementi essenziali che descrivono le rispettive obbligazioni, è composto da numerose altre parti, quali, a titolo esemplificativo, allegati, premesse, clausole di stile; elementi, questi, che nel complesso concorrono a formare il contenuto del negozio>>*.

[73] K. WERBACH, N. CORNELL, *Contracts Ex Machina*, in *Duke Law Journal*, 67, 2017, p. 371.

ISSN 2036-7821

disciplinare gli aspetti non presi in considerazione nella programmazione dello *smart contract*.

Dall'altro lato, il protocollo informatizzato potrebbe – alla stessa stregua di un contratto tradizionale – essere ambiguo, invalido o abusivo in base alla legge applicabile[74].

Più in generale, volendo escludere lo schema "*if this-than that*", risulterebbe alquanto problematico per le parti preordinare nel contratto delle clausole che racchiudono un apprezzamento discrezionale degli eventi o delle circostanze sopravvenute.

Per via, infatti, dell'automatismo, la flessibilità nell'interpretazione della regola negoziale e l'adattabilità dell'accordo al cambiamento delle circostanze in esso previste vengono considerevolmente compresse se non del tutto cancellate. In effetti, le disposizioni di uno *smart contract* non sono interpretate in conformità con la legge né con la volontà delle parti ma secondo il codice dello stesso *smart contract*; quest'ultimo potrebbe eseguire un particolare insieme di azioni (definite dal codice), anche se la volontà delle parti e le circostanze verificatesi richiederebbero uno sviluppo diverso dell'esecuzione contrattuale.

È evidente, pertanto, che siffatto meccanismo possa provocare un disallineamento tra la volontà delle parti e le disposizioni stabilite dall'ordinamento giuridico tradizionale in materia contrattuale, da un lato, e le condizioni stabilite dall'infrastruttura tecnologica di una *blockchain* (in conformità con il protocollo ad essa sottostante e lo *smart contract*), dall'altro[75].

Bisogna poi tener presente che negli ordinamenti di *civil law*, l'interpretazione del contratto si basa altresì su clausole generali[76], mentre, in assenza di specifica

---

[74] In relazione all'applicabilità delle norme sull'interpretazione del contratto, v. M. CANNARSA, *Interpretation of Contracts and Smart Contracts: Smart Interpretation or Interpretation of Smart Contracts?*, in *European Review of Private Law*, 27, 2019, p. 773 ss.; P. CUCCURU, Blockchain *e automazione contrattuale*, cit., p. 111. Tuttavia, lo stesso A. mette in luce la possibilità che l'intenzione dei contraenti non corrisponda esattamente al codice informatico che determina il funzionamento dello *smart contract*. In queste ipotesi – sottolinea ancora l'A. – potrebbero emergere differenze significative tra l'approccio degli ordinamenti di *common law*, in cui i giudici sono maggiormente vincolati al testo del contratto e quello degli ordinamenti di *civil law*, nei quali l'interpretazione del contratto si basa altresì su clausole generali.

[75] In questa prospettiva si distingue in dottrina tra la regolamentazione per legge dalla regolamentazione per codice per quanto riguarda le loro proprietà intrinseche (es. linguaggio naturale *vs.* formale linguaggio computabile; emendabilità *vs.* immutabilità; applicazione *ex post* da parte di terzi vs. assenza di controllo *ex post*). Per un panorama aggiornato del dibattito si veda M. BLASZCZYK, *Smart Contracts, Lex Cryptographia, and Transnational Contract Theory*, 57.

[76] Tra i tanti, cfr. C. ROBUSTELLA, C.E. PAPADIMITRIU, *Spunti ricostruttivi in tema di* smart contracts, *tra innovazione tecnologica e regola giuridica*, cit, p. 975 ss.; S. RIGAZIO, *Smart contract e tecnologie basate su registri distribuiti nella L. 12/2019*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2021, p. 369 ss.; M. GIACCAGLIA, *Considerazioni su* blockchain *e* smart contract, in *Contr. impr.*, 2019, p. 951; M. GIULIANO, *La* blockchain *e gli* smart contract *nell'innovazione del diritto nel terzo millennio*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2018, p. 989 ss. Nella letteratura internazionale, cfr. P. CATCHLOVE, *Smart Smart Contract: A New Era of Contract Use*, disponibile su SSRN (3090226), p. 15; C. CLACK, et al., *Smart contract templates: foundations, design landscape and research directions*, 2016, disponibile su: http://arxiv.org/abs/1608.00771; M. DUROVIC, F. LECH, *The Enforceability of Smart*

programmazione, gli *smart contracts* non contemplano quegli eventi che a seconda dei diversi ordinamenti rilevano alla stregua di sopravvenienze impreviste idonee ad attivare rimedi di vario genere[77].

Ebbene, in termini generali, per quanto attiene all'inserzione di clausole aventi contenuto discrezionalmente interpretabile, i contraenti potrebbero far ricorso alla programmazione di un "oracolo"[78], sarebbe a dire un *input* che permette allo *smart contract* di comunicare (*rectius* acquisire informazioni) con il mondo esterno[79].

È dunque evidente che l'utilizzazione di *oracles* tempera in misura considerevole il carattere *self executing* degli *smart contracts*, poiché implica uno o più passaggi ulteriori nel processo di esecuzione delle prestazioni.

Per quanto attiene al differente profilo della "traduzione" di tutti gli elementi testuali di un contratto in codice informatico, possono elaborarsi due soluzioni.

La prima, meno ortodossa, consisterebbe nell'inserire nel codice dello *smart contract*, oltre alle linee di programmazione, anche delle linee testuali che riportino quelle parti del negozio che non costituiscono istruzioni pratiche.

La seconda, più accreditabile, consisterebbe nell'accettare che lo *smart contract* non debba necessariamente apparire come la "traduzione" di un contratto tradizionale, rendendosi così più confacente l'apprendimento di un nuovo linguaggio più sintetico ed integralmente orientato al risultato che si intende perseguire.

Strettamente correlata alle precedenti, è l'ulteriore problematica inerente l'effettiva comprensione dello *smart contract* da parte dei contraenti. Si rammenta, infatti, che la manifestazione del consenso alla stipula di un accordo presuppone la comprensione del regolamento negoziale.

Contract, in *Italian Law Journal*, 2019, p. 504 ss; H. EENMAA DIMITRIEVA, M. SCHIMDT KESSEN, *Creating Markets in No-trust Environments: the Law and Economics of Smart Contract*, in *C.L.S. Rev*. 2019, p. 69 ss.

[77] Ad esempio, il *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, di cui al § 313, del codice civile tedesco, l'eccessiva onerosità sopravvenuta, prevista dall'art. 1467 c.c., o l'*imprévision*, disciplinata dal codice civile francese in seguito alla riforma del 2016. Al riguardo, cfr. A.J. KOLBER, *Not-So-Smart Blockchain Contracts and Artificial Responsibility*, cit., p. 214 ss.; A. DUKE, *What Does the CISG Have to Say about Smart Contracts: A Legal Analysis*, in *Chicago Journal of International Law*, 20, 2019, p. 173 s.

[78] S.A. CERRATO, *Appunti su* smart contract, cit., p. 387 ss.; N. GENTILE, *Gli oracoli negli smart contract, cosa sono e a cosa servono*, in *agendadigitale.eu*, accessibile al seguente indirizzo *internet: https://www.agendadigitale.eu/documenti/gli-oracoli-negli-smart-contract-cosa-sono-e-a-cosa-servono/*. Gli oracoli sono dunque delle fonti di dati che forniscono sostegno per l'esecuzione dello *smart contract*. Possono essere basati su *software* (oracoli che estraggono informazioni da fonti online come database, *server* ecc.), *hardware* (oracoli che ottengono le informazioni dal mondo fisico, come *scanner* di codici a barre, sensori ecc.) o intermediari umani. Con il progredire delle possibilità offerte dall'intelligenza artificiale, non è difficile immaginare uno scenario in cui un oracolo demandi ad un *software* di IA la valutazione di elementi che possiedono un certo margine di apprezzamento.

[79] Più in generale, F. BASSAN, M. RABITTI, *Recenti evoluzioni dei contratti sulla* blockchain, cit., p. 630, si chiedono se all'oracolo possa applicarsi l'art. 1349 c.c., <<*secondo cui la determinazione dell'oggetto del contratto può anche essere rimessa a un terzo, il quale con l'arbitraggio potrà colmare la lacuna lasciata nel contratto in ordine all'oggetto, operandone determinazione secondo il proprio mero arbitrio, ovvero procedendo con equo apprezzamento*>>.

ISSN 2036-7821

Da questo punto di vista, l'impiego di contratti intelligenti potrebbe dar luogo a più frequenti ipotesi di errore rispetto a quelle che si registrano nella stipulazione di contratti tradizionali[80]. In particolare, i contraenti potrebbero non riuscire a comprendere il contenuto dello *smart contract* per ignoranza o scarsa conoscenza del linguaggio informatico, oppure potrebbe aversi una divergenza tra la volontà formatasi interiormente e l'esteriorizzazione della stessa nelle linee di codice del contratto intelligente[81].
Va da sé che queste difficoltà siano più facilmente superabili in presenza di contraenti che conoscono il linguaggio informatico (ipotesi assai rara) o, più semplicemente, qualora vengano impiegati *software* per la redazione di *smart contract* che siano in grado di rendere più semplice e accessibile il procedimento di trasposizione della propria volontà in codice.

8. Notazioni esegetiche sulla forma, la causa e l'oggetto negli smart contracts.
La circostanza che le clausole contrattuali siano rese secondo un linguaggio computabile non le rende immuni dall'applicazione del diritto imperativo. Non vi sono obiezioni a reputare lo *smart contract*, almeno astrattamente, uno strumento idoneo a essere utilizzato per la manifestazione della volontà dei contraenti. Anzi, il contratto intelligente costituisce indubbiamente uno strumento di espressione della volontà versatile e, fatta salva la corretta identificazione delle parti mediante strumenti informatici, impiegabile per la quasi totalità degli accordi negoziali.
Per essere sicuri di queste affermazioni, è necessario però verificare più a fondo se i contratti intelligenti possano soddisfare taluni requisiti essenziali richiesti dall'art. 1325 c.c., come la forma, la causa e l'oggetto.
Per quanto riguarda il primo elemento, il nostro ordinamento prevede come principio generale quello della libertà delle forme/modalità di espressione della volontà. Pertanto, in assenza di alcuna specificazione legislativa in merito alla forma[82], non vi sono ragioni valide per negare la possibilità di fare ricorso agli *smart contract*.

---

[80] Partire da un documento cartaceo che è solo parzialmente demandato a smart contract su Ethereum e già prevede una funzione "kill" che annulla l'azione in caso di errore»Come sottolineato da F. BASSAN, M. RABITTI, *Recenti evoluzioni dei contratti sulla* blockchain, cit., p 629, <<*l'esigenza di rinegoziare alcune clausole o parti dell'accordo può essere garantita anche su contracts on chain, sia prevedendo le cause di rinegoziazione nello* smart contract *e dunque consentendo alle parti di invocare l'oracolo che comunica allo* smart contracts *l'azione da intraprendere; sia, ove si tratti di avvenimenti sopravvenuti e non previsti, andando invece a modificare la clausola direttamente sulla blockchain, al limite, se non trovano un accordo, ricorrendo all'ausilio dell'oracolo*>>.

[81] Cfr. S. A. CERRATO, *Appunti su* smart contract, cit., p. 391.

[82] Cfr. A. TORRENTE E P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XXI ed., a cura di F. GRANELLI, C. GRANELLI, Milano, 2013, p. 526.

ISSN 2036-7821

E non sembrano sussistere particolari impedimenti neppure nel caso in cui la legge richieda la forma scritta *ad substantiam actus* considerata la possibilità di applicare l'art. 8-*ter*, comma 2, della l. 12/2019.

Occorre considerare che la migliore dottrina sul formalismo giuridico dei contratti ha da tempo precisato che il contratto – anzi in genere il documento – è una *res signata* (un oggetto percebile recante dei segni) con cui è dato pronunciare il giudizio di esistenza di un fatto sussumibile sotto un tipo normativo. Il documento in sé però è solo il mezzo attraverso il quale si conservano le dichiarazioni delle parti; le parole e i segni contenuti nel documento richiedono comunque un'attività indiretta da parte della mente umana, che deve comprenderle e interpretarle per conferire loro significato, e, nel caso del diritto, effetti giuridici desumibili dalle norme.

Si ripropone, quindi, il tema della forma dello *smart contract*, non come documento su cui il medesimo è creato, ma quale insieme di segni il cui significato sia intellegibile e direttamente riferibile alla volontà delle parti. Tale significato, ossia l'insieme delle parole di codice che servono per dar esecuzione allo *smart contract*, è sicuramente interpretabile in via immediata dalla macchina (anche virtuale) su cui il programma per elaboratore va in esecuzione; potrebbero però insorgere dei problemi in sede di interpretazione del contratto o qualora il codice non trasponga in maniera fedele le dichiarazioni dei contraenti.

È comunque opportuno rilevare che lo *smart contract*, per sua natura, è incompatibile con la stipula di un accordo per *facta concludentia*. Allo stesso modo, il contratto intelligente, in assenza di una specifica disciplina normativa, non si presta a essere utilizzato per la stipula di quegli atti per i quali è richiesta dalla legge una forma solenne, come nel caso dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata[83].

Resta, dunque, da testare l'idoneità di uno *smart contract* ad esteriorizzare la causa (nel senso di funzione economico-sociale del contratto, ma più in generale, identificata come ciò che giustifica l'attività delle parti) che ha portato alla stipula dell'accordo. Il codice civile richiede che, nel caso in cui il contenuto del negozio dipenda dalla libera volontà dei privati, gli effetti complessivamente perseguiti siano conformi all'ordinamento giuridico. Qualora manchi la causa o gli interessi perseguiti siano illeciti o futili[84], si avrà la nullità del negozio giuridico (art. 1418 c.c.).

La critica che viene mossa agli *smart contract* riguarda il fatto che gli stessi, essendo scritti in codice informatico, contengono esclusivamente istruzioni aventi carattere

[83] Per P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 45: «*ogni come del diritto ha sempre un perché giuridicamente rilevante*». Di diverso avviso N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, p. 88 s., secondo il quale: «*lo scopo è stato valutato nella fase nomogenetica, e ora appare dimenticato e trasceso nella struttura dell'atto. "Che cosa è" non "perché è": conta ciò che è chiesto ("requisito"), non perché è chiesto*».

[84] Cfr. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 566.

ISSN 2036-7821

esecutivo, ma sono privi di informazioni aventi carattere descrittivo. Da qui la difficoltà nel riuscire a vagliarne la liceità o meno della causa[85].
La questione meriterebbe di essere definitivamene risolta per mezzo di un intervento normativo mirato a tipizzare i contratti intelligenti, mediante la predeterminazione della causa, oppure attraverso l'inserzione, all'interno dello stesso codice di programmazione di elementi descrittivi. In attesa che ciò avvenga, tale distonia può essere rimossa facendo ricorso alle medesime soluzioni individuate a proposito del ricorso al codice informatico come "semantica" del contratto.
Venendo, infine, alle prestazioni su cui si basa l'accordo tra le parti, più che il vizio dell'oggetto è la possibile difficoltà che si incontra nella determinabilità dell'oggetto stesso a suscitare qualche preoccupazione. Ovviamente, nel considerare tali aspetti, non si può prescindere dal contenuto dell'art. 1346 c.c. ove si stabilisce che l'oggetto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile. Questi attributi non contrastano in alcun modo con le caratteristiche degli *smart contracts*, ma potranno essere verificati solo se il linguaggio di redazione del contratto risulti comprensibile, ricadendosi nelle medesime problematiche trattate in precedenza per la causa.

9. Il ricorso agli smart legal contracts nella modalità di contracts on chain.

Alla luce di quanto affermato si ritiene plausibile che lo *smart contract* possa, almeno potenzialmente e con gli opportuni adattamenti, rivelarsi ossequioso di tutti gli elementi essenziali descritti dall'art. 1325 c.c.
Un possibile compromesso potrebbe consistere nel "confezionare" un contratto tipico in un abito *smart* che, nonostante il *nomen iuris*, conservi la struttura del contratto da cui parte, pur contenendo degli elementi ulteriori o leggermente adattati per essere trasfuso in un linguaggio di programmazione gestito da una macchina[86]. Nulla vieta, inoltre, in sede di realizzazione del *software*, di utilizzare le apposite funzioni di commento del programma illustrando direttamente all'interno dello stesso quali clausole contrattuali la porzione di codice rappresenta così da poter effettivamente "mappare" lo *smart contract* al contratto e alla disciplina pattizia intercorsa tra le parti.
Alla trasformazione dello *smart contract* in un autentico contratto potrebbero concorrere le stesse piattaforme su cui essi operano, qualora le *blockchain* di ultima

[85] M. MANENTE, Blockchain: *la pretesa di sostituire il notaio*, in *Notariato*, 3, 2018, p. 212, nt. 3. Sulla rivoluzione informatica e telematica in senso sia scientifico che giuridico e le conseguenti ricadute dul diritto dei contratti, v. E. TOSI, *Contratti informatici, telematici e virtuali. Nuove forme e procedimenti formativi*, Milano, 2010, passim.

[86] I. GRIGG, *The Ricardian Contract*, *cit*. Aderisce a questa impostazione e approfondisce il tema F. LONGOBUCCO, *Utopia di un'autonoma Lex Criptographi(c)a e responsabilità del giurista*, cit., p. 65, in cui sintetizza la propria posizione affermando che una volta predisposto il "code informatico" da parte dello sviluppatore, il giurista dovrà optare tra il c.d. modello esterno, ossia uno *smart contract* in grado di automatizzare soltanto talune clausole.

ISSN 2036-7821

generazione venissero impiegate come una sorta di mediatore elettronico tra le parti (ad esempio per rintracciare contraenti prima non conosciuti) così da permettere di concludere il contratto, che verrà poi eseguito autonomamente[87]. In termini più specifici, nel modello quivi indicato lo *smart contract* è integrato con il contratto, di talché la conclusione e l'esecuzione del contratto diventerebbero realmente «intelligenti» e trasformerebbero gli *smart contracts* in autentici contratti in senso giuridico[88].

Per caratteristiche intrinseche e sin da principio sinergiche, la valenza negoziale di tale strumento viene peraltro potenziata dalla *blockchain* su cui il contratto viene scritto, negoziato, stipulato, eseguito[89]. Il beneficio di ricorrere a *smart legal contracts* nella forma dei *contracts on chain* si coniuga alla possibilità di svolgere anche l'attività negoziale propedeutica alla formazione dell'accordo sulla *blockchain*.

Nello specifico, tali tecnologie permettono, da un lato, di produrre un contratto in formati strutturati, avvalendosi di un codice di supporto che rappresenta una sorta di mappa o corpo di istruzioni consentendo all'elaboratore elettronico di decifrarlo e, dall'altro lato, simultaneamente di riportare fedelmente sulla *blockchain*, con una precisa etichetta temporale, il contenuto del contratto in linguaggio naturale, affinché i terzi e le parti possano disporre del testo contrattuale "originale".

L'elemento di collegamento tra il linguaggio naturale e la *blockchain* (*rectius*, il *software* eseguito) è trasparente, in quanto registrato su una *blockchain public*,

---

[87] F. BASSAN, *Web 3 Regulation in Transition, Competition Policy International*, in *TechREG CHRONICLE*, 2023; F. BASSAN, *Digital Platforms and Blockchains: The Age of Participated Regulation*, in *European Business Law Review*, 2023, p. 7. Le *public blockchain* di terza generazione consentono di far convivere nello stesso ecosistema contratti di tipo tradizionale con *smart legal contracts* funzionali alla loro esecuzione, garantendo una *user experience* analoga a quella dei contratti on line (in linguaggio naturale) e offrendo però, rispetto a questi ultimi, tutte le garanzie proprie della *blockchain*. La *blockchain public, via* piattaforma logica, agisce infatti come uno strumento di *compliance* efficiente per garantire la correttezza dei comportamenti di tutti coloro che vi operano.

[88] Cfr. I. GRIGG, *The Ricardian Contract* in *Proceedings of the First IEEE Workshop on Electronic Contracting*, 2004, nonché ID. *Why the Ricardian Contract Came About? A Retrospective Dialogue with Lawyers*, in J.G. ALLEN, P. HUNN (a cura di), *Smart Legal Contracts: Computable Law in Theory and Practice*, Oxford, 2022, p. 88 ss. È bene chiarire che il riferimento non è né al cd. 'Contratto Ricardiano' né allo *split contracting model*, che, a differenza di quello "ricardiano", collega in modo immodificabile il contratto in forma scritta, comprensibile dall'uomo, con l'architettura – che resta separata – degli *smart contracts*, comprensibile dalla macchina, che invece ne amministra l'esecuzione.

[89] F. BASSAN, *Web 3 Regulation in Transition, Competition Policy International*, in *TechREG CHRONICLE*, 2023; F. BASSAN, *Digital Platforms and Blockchains: The Age of Participated Regulation*, in *European Business Law Review*, 2023, p. 7. L'idea avanzata dagli Autori è quella di configurare contratti digitali che includano *smart contracts*; ma un'integrazione tra i due può rivelarsi molto più interessante. In altre parole, si tratta di rovesciare la prospettiva, ricorrendo alla *blockchain* associata allo *smart legal contract* come ad un procedimento per: i) concludere un contratto digitalmente in linguaggio naturale negoziando il contenuto direttamente sulla *blockchain*; ii) caricarlo poi come documento protetto da *hash* sulla *blockchain* in modo da renderlo disponibile solo ai detentori di chiave crittografica; iii) eseguirlo in parte mediante la tecnologia sottostante degli *smart legal contracts*; iv) collegarlo, in modo nativo, ad altri contratti.

ISSN 2036-7821

accessibile dalle parti, dall'interprete, dal regolatore, dall'arbitro o dal giudice, a seconda dei casi e delle materie[90].

Strumenti avanzati di firma digitale o di identificazione assicurano che la manifestazione del consenso sia anch'essa registrata dalla *chain* a corredo del contratto. Per di più la 'certificazione' delle parti può essere garantita dalla *compliance* con gli *standard* e definiti dalle linee-guida del regolatore, per le applicazioni dei *contracts on chain* sui mercati regolati, o anche da un certificatore terzo[91].

Il linguaggio macchina è confinato alle parti di auto-esecuzione[92]. Pertanto, le porzioni del contratto sottoposte a *self executing* risultano totalmente indipendenti se gli eventi cui sono condizionate sono interamente *on-chain*, solo parzialmente indipendenti se gli eventi che verificano le condizioni sono *off-chain*.

Per le ragioni poc'anzi esposte, i *contracts on chain* possono essere considerati una sorta di contratti "rafforzati" o "supercontratti" che acquisiscono elementi 'di struttura' che derivano dalla *blockchain* su cui operano; questo attribuisce loro

---

[90] Per una ricostruzione in dottrina del legame tra contratto e *legal design* si vedano, tra gli altri, J. HAZARD, H. HAAPIO, *Wise Contracts: Smart Contracts that Work for People and Machines*, in R. SCHWEIGHOFER et al. (Eds.), *Trends and Communities of Legal Informatics. Proceedings of the 20th International Legal Informatics Symposium, IRIS Österreichische Computer Gesellschaft OCG*, Wien 2017, p. 425 ss.; C. CLACK, V. BAKSHI, L. BRAINE, *Smart Contract Templates: Foundations, Design Landscape and Research Directions*. Version v2, 3 August 2016, disponibile su https://arxiv.org/abs/1608.00771; ID., *Smart Contract Templates: Essential Requirements and Design*; H. HAAPIO, *Designing Readable Contracts: Goodbye to Legal Writing – Welcome to Information Design and Visualization*, in E. SCHWEIGHOFER, F. KUMMER, W. HÖTZENDORFER (eds.), *Abstraction and Application. Proceedings Options.* Version v2, 15 December 2016, disponibile in https://arxiv.org/abs/1612.04496; S. PASSERA, *Beyond the Wall of Text: How Information Design Can Make Contracts User-Friendly*, in A. MARCUS, (Ed.), *Design, User Experience, and Usability: Users and Interactions*, Springer International Publishing 2015, p. 341 ss.; P. SZTORC, *Upgrading «Smart Contracts» to «Wise Contracts»*, 2017, disponibile su http://bravenewcoin.com/news/upgrading-smart-contracts-to-wise-contracts/.

[91] I *contracts on chain* operano in modo efficiente, ad esempio, nei casi di contratti d'impresa (come l'escrow, su cui ci siamo soffermati), per quelli standardizzati (investimento, come illustrato in queste pagine, ma anche finanziamento, assicurazione, credito al consumo), per dare seguito a convenzioni o accordi quadro, per alcuni contratti di consumo (si pensi ai settori regolati)

[92] In questi termini v. F. BASSAN, M. RABITTI, *Recenti evoluzioni dei contratti sulla blockchain*, cit., p. 637. Secondo lo schema delineato dagli Autori, <<*Il contratto negoziato e concluso direttamente on chain sarebbe in sostanza registrato in tutte le sue fasi sulla public chain, che terrebbe traccia di tutte le minute contrattuali, nonché della proposta e dell'accettazione. Sulla blockchain quindi si avrebbe il testo delle negoziazioni e poi del contratto firmato, in formato pdf ma coperto da* hash *e dunque crittografato, a garanzia della tutela dei dati in esso contenuti. Una volta concluso, al ricorrere delle condizioni presupposte, il contratto si auto-eseguirà per la parte su cui i contraenti avranno concordato*>>. Va segnalato, per dovere di completezza, che diversamente da tale modello, generalmete la dottrina che fa riferimento agli *smart legal contracts*, senza prendere in considerazione il *framework* dei *contracts on chain*, tende a ritenere che lo *smart legal contract* possa essere equiparato al contratto concluso mediante inizio di esecuzione, perché fa coincidere la sottoscrizione con il momento di avvio del *software*. In tal senso cfr. Sul tema v. E. BATTELLI, E.M. INCUTTI, *Gli* smart contracts *nel diritto bancario tra esigenze di tutela e innovativi profili di applicazione*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 931. Invece, ritiene che sia riconducibile allo schema dell'offerta al pubblico D. DI SABATO, *Gli* smart contracts*: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 393; mentre G. GITTI, *Robotic transactional decisions*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, p. 622. Sul tema si rinvia a E. BIVONA, Smart contracts *e "interferenze" con la disciplina sui contratti: il sistema dei rimedi alla prova degli algoritmi*, in *Persona e mercato*, 2021, p. 776 ss., direttamente richiama anche per *gli smart contract* l'art. 1326 o l'art. 1327 c.c.

ISSN 2036-7821

caratteristiche di certezza e sicurezza (che dipendono dalla *chain*) mantenendo però inalterata la conoscenza (e, quindi, la consapevolezza) delle parti, che deriva dal linguaggio naturale utilizzato[93].

10. Sull'applicabilità del diritto dei consumatori agli smart contracts.

La completa automazione delle prestazioni e l'ambizione di rendere il contratto immune dal controllo giudiziale hanno sollevato preoccupazioni anche in merito al trattamento dei consumatori[94].

È verosimile che in un futuro non molto lontano i contratti intelligenti verranno impiegati principalmente per assolvere a una tipologia di contrattazione standardizzata di massa, in cui solitamente vi è un rapporto di asimmetria informativa tra i contraenti. Ed è, pertanto, altrettanto ragionevole immaginare che gli utenti, contraenti deboli, si limiteranno ad accettare le condizioni del contratto intelligente, così come predisposte dall'altro contraente[95].

Eppure, sussistono ancora numerose incertezze relativamente alle modalità con le quali gli istituti tipici del diritto dei consumatori dovrebbero essere applicati agli *smart contracts*[96]. Il riferimento è a particolari fattispecie contrattuali, in realtà già ampiamente diffuse, come quella per la creazione e scambio di criptovalute, che rimarrebbero escluse dall'applicazione della disciplina consumeristica, mancando la congiunta predeterminazione degli effetti tra le parti. In tali contesti, infatti, le conseguenze dell'esecuzione del contratto, non sono "predefinite" congiuntamente dai contraenti, ma vengono unilateralmente determinate da uno di essi ed accettate *in toto* da coloro ai quali l'offerta è diretta[97].

---

[93] Come sottolineano F. BASSAN, M. RABITTI, *Recenti evoluzioni dei contratti sulla blockchain*, cit., p. 618, <<*non ogni contratto può trarre vantaggio dall'essere stipulato ed eseguito su questa infrastruttura: sarà utile principalmente per i contratti per i quali la notarizzazione, la relativa immodificabilità e l'auto-esecutività di alcune clausole contrattuali possono essere aspetti rilevanti in termini di efficacia*>>.

[94] T.F.E. TJONG TJIN TAI, *Smart contracts en Het Recht*, cit., p. 182. Per una diversa opinione v. A. SAVELYEV, *Contract Law 2.0: 'Smart' Contracts as the Beginning of the End of Classic Contract Law*, cit., p. 120 ss., secondo cui il principale campo di applicazione degli *smart contracts* riguarderà i contratti *business-to-business*. L'esatto impatto degli *smart contracts* sul diritto dei consumatori e le politiche legate ai consumatori è ancora incerto. Sul punto cfr. K.B. CORNELIUS, *Standard form contracts and a smart contract future*, in *Internet Policy Review*, 7, 2018, reperibile su https://policyreview.info/node/790/pdf.; T. CUTTS, *Smart Contracts and Consumers*, in *Law, Society and Economy Working Papers* 1/2019, reperibile su https://ssrn.com/abstract=3354272.

[95] V., *amplius*, P. PERLINGIERI, *La tutela del "contraente debole" nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile Convegno*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 746 ss.; ID., *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, in P. PERLINGIERI, E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, I, Rende-Napoli, 2004, p. 13 ss.

[96] Cfr. M. GIACCAGLIA, *Gli* smart contracts. *Vecchi e nuovi (?) Paradigmi contrattuali nella prospettiva della protezione dei consumatori*, in *DIMT*, 20 maggio 2020; E. TOSI, *Il contratto virtuale con i consumatori*, in *Studium Iuris*, 2, 2014, p. 150.

[97] Si prenda, ad esempio, uno *smart contract* che, come spesso accaduto su piattaforma Ethereum, consente la creazione di *token* e, al ricevimento di un certo quantitativo di criptovaluta, assegna parte di detti *token* all'indirizzo da cui risulta il trasferimento. L'ipotesi in questione è riconducibile all'offerta al pubblico, di cui all'art. 1336 c.c., e si configura come una proposta (spesso irrevocabile) i cui termini, però, sono unilateralmente

ISSN 2036-7821

Sembra opportuno, pertanto, adoperarsi affinché, ogni qual volta lo *smart contract* sia stipulato in condizioni di squilibrio contrattuale, trovino applicazione le tutele a favore dei consumatori, eventualmente anche relative alla speciale modalità di conclusione del contratto a distanza[98].

La tutela "rafforzata" di cui gode il consumatore protegge quest'ultimo in tutte le fasi della contrattazione. Nel codice del consumo si possono individuare norme che impongono obblighi informativi e di correttezza in capo agli operatori commerciali così come regole specifiche riguardanti la formazione e il contenuto del contratto.

In particolare, per quanto concerne la stipula di contratti a distanza, la tutela relativa alle informazioni precontrattuali *ex* art. 49 cod. cons., obbliga il professionista a trasmettere al consumatore una traduzione chiara, leggibile e fedele del codice informatico, che sia comprensibile al contraente ritenuto debole. Solo se questa condizione viene soddisfatta, il consumatore potrà ritenersi giuridicamente vincolato agli obblighi nascenti dallo *smart contract* ai sensi dell'art. 51 cod. cons. Dato che *lo smart contract*, scritto sotto forma di codice, potrebbe non essere "chiaro" o "leggibile" per un consumatore medio, si ritiene che il professionista dovrà fornire al consumatore anche una traduzione in linguaggio naturale del contenuto del contratto[99]. Il fatto che poi sarà proprio tale traduzione a essere considerata vincolante tra le parti, riduce inevitabilmente lo *smart contract* ad un mezzo di esecuzione del regolamento contrattuale[100].

Le condizioni inserite nello *smart contract* possono risultare tali da essere ricondotte alla categoria delle clausole vessatorie, giacché, <<*malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*>> (art. 33 cod. cons.). Un'eventuale clausola vessatoria in un contratto dei consumatori sarebbe tracciata sulla *blockchain* e lo stesso dicasi per una clausola abusiva. Trova in tal caso applicazione, secondo la disciplina consumeristica, una forma di nullità di protezione, che si limita ad agire soltanto rispetto a determinate parti del rapporto negoziale, senza investire l'intero contratto.

---

predeterminati dal proponente. È quest'ultimo, infatti, che decide il quantitativo di token che trasferirà in cambio della criptovalute (e che può stabilire altri vincoli accessori in capo a colui che accetta la proposta, come, tra gli altri, limiti temporali alla libera negoziabilità dei *token* trasferiti).

[98] V. Art. 45, comma 1, lett. *g*), cod. cons.

[99] Che al consumatore che opera sulla *blockchain* debbano essere garantite tutele non inferiori a quelle previste oggi *off-chain* agli altri, è opinione condivisa. Con riguardo all'importanza che, in questa prospettiva, assume il *legal design* dello *smart contract* cfr. B. SIRGIOVANNI, *Lo* 'smart contract' *e la tutela del consumatore: la traduzione del linguaggio naturale in linguaggio informatico attraverso il* legal design, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 214 ss. Per un approfondimento recente ancora v. F. LONGOBUCCO, *Utopia di un'autonoma*, cit., p. 30 ss. Il *legal design* semplifica il linguaggio preservando il carattere normativo dei concetti giuridici rivolti ad un pubblico ampio. Nel fare ciò non solo ottempera ai principi di trasparenza, ma coniuga semplicità e normatività del messaggio giuridico. Sul tema cfr., anche, B. DE MURO, M. IMPERIALE, *Legal design*, Milano, 2021; B. MARONE, *Legal design e forma computazionale del contratto: questo matrimonio s'ha da fare?*, in *Contr.*, 2022, p. 670 ss.

[100] Così M. CRISAFULLI, *L'era degli* smart contracts, cit., p. 30.

ISSN 2036-7821

Si è anche discusso in merito all'applicabilità della direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive, avendo alcuni autori affermato che la direttiva non sarebbe compatibile con gli *smart contracts* in quanto, ai sensi dell'art. 1, par. 1, ritenendo che l'ambito di applicazione vada circoscritto alle "clausole abusive" espresse in forma testuale, un requisito che un algoritmo non può integrare[101]. Ebbene anche questa tesi può dichiarasi inesatta, poiché la direttiva, a ben vedere, non limita il controllo contenutistico alle clausole espresse in forma testuale. Inoltre, se si accogliesse la tesi negazionista sarebbe possibile eludere le norme imperative della direttiva semplicemente convertendo le clausole abusive in linee di codice.
È stato altresì messo in rilievo che non tutto il contenuto del contratto risulta necessariamente preformulato[102]. Orbene, l'art. 3, par. 2, della direttiva risolve la questione, statuendo che ove taluni elementi di una clausola o una clausola isolata siano stati oggetto di negoziato individuale non è esclusa l'applicazione del controllo contenutistico alla parte restante del contratto (qualora una valutazione globale porti alla conclusione che si tratta comunque di un contratto di adesione).
Nel caso degli *smart contracts*, la suddetta clausola potrebbe essere stralciata e resa inefficace attivando una funzione *kill* appositamente inserita nel programma o, altrimenti, eliminata dal contratto su dichiarazione del giudice o dell'oracolo; al contempo, però, il professionista potrebbe evitarne la nullità dimostrando, attraverso quanto registrato sulla *blockchain*, che essa è stata oggetto di regolari trattative.
Questo ventaglio di soluzioni non sempre è compatibile con la fattispecie dello *smart contract*, poiché rischia di stravolgere l'intero funzionamento del contratto intelligente rendendo necessaria una nuova programmazione del codice. L'ultima strada percorribile sarebbe allora quella di intervenire tramite la clausola *solve et repete*.
Senza, peraltro, tralasciare che vi sono, poi, altre norme che rilevano su un piano ulteriore e distinto rispetto alla semplice tutela contrattuale del consumatore e che meritano perlomeno di essere ricordate in questa sede, come ad esempio le regole sulla responsabilità extracontrattuale del produttore che abbia messo in commercio prodotti difettosi.
La mera possibilità di disattivare automaticamente un servizio o di impedire l'utilizzazione di un bene al ricorrere di qualsiasi tipo di inadempimento costituisce un fattore idoneo ad accrescere il disequilibrio di potere contrattuale tra

[101] T. SÖBBING, *Smart Contracts und Blockchain*, cit., p. 46.
[102] La questione è sollevata da M. KAULARTZ, J. HECKMANN, *Smart Contracts – Anwendung der Blockchain-Technologie*, in *Comput. und Recht*, 1 September 2016, p. 622, i quali, tuttavia, giungono correttamente alla conclusione secondo cui la direttiva sulle clausole abusive 93/13 sarebbe applicabile anche agli *smart contracts*. Nello stesso senso, v. STAZI, *Automazione contrattuale e «contratti intelligenti»*, cit., p. 172.

ISSN 2036-7821

professionista e consumatore[103]. Se il secondo normalmente non ha la possibilità di influire sul contenuto di un contratto tradizionale, appare ancora più difficile immaginare che possa incidere sul funzionamento di un codice informatico.
Con riguardo al problema in esame, la tesi più estrema è quella di Savelyev, secondo cui le disposizioni relative al diritto dei consumatori non sarebbero applicabili agli *smart contracts*[104]. Tale esito avrebbe conseguenze significative sul livello di protezione dei consumatori, dato che non sarebbero utilizzabili norme a tutela del contraente debole, come ad esempio quelle che prevedono obblighi informativi o il diritto di recesso. L'opinione appare alquanto discutibile. Non sembra, infatti, ragionevole né tecnicamente corretto dubitare dell'applicabilità del diritto imperativo dei consumatori[105] sancito dall'Unione europea e dalle normative che lo hanno implementato negli Stati membri. Anzi, è possibile persino prospettare che mediante la tecnologia binaria gli *smart contracts* potrebbero rafforzare il livello di effettività delle regole di protezione dei consumatori[106], ad esempio rendendo automatica l'applicazione di norme imperative proprie di tale disciplina. Di talché, questi ultimi non avrebbero più l'onere di agire in giudizio per far valere i propri diritti, ma vedrebbero azionati automaticamente rimedi in proprio favore.
In definitiva, sebbene non si possano sottrarre gli *smart contracts* all'applicazione del diritto dei consumatori, resta il fatto che, anche alla luce di quanto sin qui evidenziato, l'"automatismo" che permea la natura di tali strumenti non sempre si concilia agevolmente con la logica della contrattazione consumeristica.

11. Riflessioni conclusive.

Ogni qual volta viene introdotto all'interno dell'ecosistema prima tecnologico e poi giuridico un mezzo o un istituto innovativo è inevitabile il conflitto con

---

[103] Questo profilo è attentamente preso in esame da M. DUROVIC, F. LECH, *The Enforceability of Smart Contracts*, in *The Italian Law Journal*, 5(2), p. 509; A.G. RIVAS, *Smart Contracts and Their Identity Crisis*, in *Social Science Research Network*, 2019, p. 8; F. MÖSLEIN, *Legal Boundaries of Blockchain Technologies: Smart Contracts as Self-Help?*, in A. DE FRANCESCHI, R. SCHULZE (eds.), *Digital Revolution – New Challenges for Law*, cit., p. 323 ss., il quale sostiene che in molte ipotesi i meccanismi di autotutela conseguibili mediante la tecnologia potrebbero porsi in contrasto con norme imperative a tutela del consumatore (in particolare con la disciplina sulle clausole vessatorie e con quella relativa alla fornitura di contenuti digitali)

[104] A. SAVELYEV, *Contract Law 2.0: 'Smart' Contracts as the Beginning of the End of Classic Contract Law*, cit. , p. 131: "*the whole layer of legal provisions relating to consumer law […] is non-applicable to smart contracts*". L'A. giustifica tale affermazione, osservando che gli *smart contracts* «*are egalitarian by its nature*».

[105] Molti autori non affrontano neppure il problema dell'applicabilità del diritto dei consumatori agli *smart contracts*, considerandolo certamente applicabile nel contesto in esame. Cfr. C. BUCHLEITNER, T. RABL, *Blockchain und Smart Contracts*, cit., p. 12; M. KAULARTZ, *Herausforderungen bei der Gestaltung von Smart Contracts*, cit., p. 204; T. Söbbing, *Smart Contracts und Blockchain*, cit., p. 46; T.F.E. TJONG TJIN TAI, *Smart contracts en het recht*, cit., p. 181. Nello stesso senso, A. STAZI, *Automazione contrattuale e «contratti intelligenti»*, cit., p. 170 ss.

[106] V. in particolare O. BORGOGNO, *Smart Contracts as the (new) Power of the Powerless? The Stakes for Consumers*, in *European Review of Private Law*, 26, 2018, p. 894 ss. Nel contesto nordamericano, cfr. J.A.T. FAIRFIELD, *Smart Contracts, Bitcoin Bots, and Consumer Protection*, in *Washington and Lee Law Review Online*, 71, 2014, p. 35 ss.

ISSN 2036-7821

l'ordinamento di riferimento: l'innovazione tecnologica anticipa il diritto esistente che deve adeguarsi per evitare che si producano effetti negativi nella sfera economica e sociale degli individui.

Ciò a maggior ragione vale per gli *smart contracts* la più interessante e complessa applicazione della tecnologia *blockchain*. Questa visione avanguardistica deve, difatti, confrontarsi con il quadro normativo esistente e con l'oggettiva impossibilità degli stessi di sostituirsi *in toto* allo strumento negoziale classico.

Si è affermato, a tal proposito, che gli *smart contracts* non sono intelligenti, né contratti in senso tecnico e, conseguentemente, che la scelta dell'espressione utilizzata per contrassegnarli risulta poco felice. Inoltre, non sempre gli *smart contracts* si eseguono autonomamente e automaticamente, posta l'esigenza di ottenere dati dall'esterno per verificare l'avveramento di una più delle condizioni di esecuzione previste. Ne deriva che i contraenti devono riporre il proprio affidamento nel sistema, nel funzionamento della piattaforma *blockchain* e negli eventuali *oracles* che contribuiscono a delineare il contenuto dell'accordo.

Riassumendo, è possibile descrivere lo *smart contract* come negozio digitale, autoeseguibile e irrevocabile. "Digitale" poiché le clausole contrattuali sono incorporate nel *software* sotto forma di codice; "autoeseguibile" giacché l'adempimento, essendo governato dagli *input* previsti nel codice, prescinde non solo dall'*animus solvendi* del debitore, ma anche dal comportamento delle parti; infine, "irrevocabile" perché, una volta iniziato, il processo di esecuzione non può essere fermato o modificato.

Tali caratteri evidenziano i vantaggi che ne hanno favorito la proliferazione: maggiore sicurezza, trasparenza, immutabilità, decentralizzazione e il consenso, "pilastri" che hanno permesso alla *blockchain* di introdurre un nuovo paradigma capace di declinare in digitale un nuovo concetto di fiducia. Questo modello porta in dote quelle garanzie di *trust*, fiducia, affidabilità e sicurezza che nel passato erano necessariamente delegate a una figura "terza" e che in questa tecnologia, in forza di dette garanzie, non viene contemplata.

Al di là della loro stretta inerenza con l'ordinamento giuridico, resta il fatto che gli *smart contract* incontrino inevitabili limiti tecnico-giuridici e che la loro applicazione sia profittevole solo quando è semplice tradurre le clausole contrattuali in linguaggio informatico.

Se dal punto di vista sostanziale è importante evitare che scorretti utilizzi della tecnologia non diventino riferimenti normativi – si fa principalmente riferimento all'*overkill* o eccessivo utilizzo della suddetta tecnologia rispetto all'effettivo requisito cui l'operazione era preordinata originariamente – resta poi da intendere quale sia stata, dal punto di vista formale, la ragione che ha spinto il

ISSN 2036-7821

legislatore italiano a introdurre una pleonastica previsione del requisito della forma scritta.

Più in generale bisogna convenire con chi ritiene che, in fondo, gli *smart contracts* non possano neppure essere considerati contratti in senso tecnico[107]. Indipendentemente dal fatto che siano o meno basati su una piattaforma *blockchain*, generalmente risulta automatizzata solo l'esecuzione, mentre la conclusione del contratto non avviene in modo automatico, bensì in forza della sequenza proposta-accettazione, senza l'ausilio di intelligenza artificiale.

Venendo ad un altro tema affrontato nel corso del lavoro, si è giunti alla conclusione per cui il diritto dei consumatori è applicabile, sebbene con alcuni adattamenti, agli *smart contracts* ove ne sussistano i presupposti. È prevedibile, del resto, che l'area dei contratti del consumatore divenga una delle più discusse, alla luce delle potenzialità delle nuove tecnologie per aumentare il livello di tutela del contraente debole. Sotto questo profilo, si ritiene che le nuove tecnologie non determineranno un eccesso di protezione, ma che dovrà attentamente considerarsi l'opportunità di modificare le regole esistenti, assicurando un trattamento personalizzato idoneo a tenere conto, usufruendo di dati utilizzabili in tempo reale, delle caratteristiche del caso concreto[108].

Il campo d'azione degli *smart contract* è comunque potenzialmente esteso, pur presentando allo stato dell'arte confini ben visibili. E sottolinearlo serve a tener lontana qualsiasi tentazione di eleggere questi strumenti a sostituti *tout court* delle forme contrattuali tradizionali.

Se in tutti i casi in cui una parte di programma viene verificata si dà seguito al resto, non si può fare altro che creare dei "non contratti" che mancano intanto dell'accordo tra le parti, perché, come si accennava, escogitare un modo per dimostrare l'accordo suggellato tra i contraenti in questi contesti, è oltremodo complicato. Inoltre, il "non contratto" decide di propria volontà cosa è meglio fare al verificarsi delle condizioni pattuite, mettendo in pericolo la parità di trattamento e il sistema di tutele accordate alle diverse parti del rapporto.

Per essere più chiari, gli *smart contract* non dovrebbero essere destinati a "simulare" in veste "smart" contratti già previsti dal codice civile. Risulterebbe più conveniente e saggio usarli per creare dei contratti completamente nuovi, con logiche totalmente

---

[107] Cfr. C. BUCHLEITNER, T. RABL, *Blockchain und Smart Contracts*, cit., p. 6; A. DJAZAYERI, *Rechtliche Herausforderungen durch Smart Contracts*, cit.; T. SÖBBING, *Smart Contracts und Blockchain*, cit., p. 46; G. GITTI, *Robotic transactional decisions*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, p. 622. Per ulteriori approfondimenti v. L.H. SCHOLZ, *Algorithmic Contracts*, in *Stan. Tech. L. Rev.*, 128(20), 2017, p. 141 ss.

[108] Per massimizzare le potenzialità degli *smart contract* e garantire al contempo il livello minimo di tutela del mercato e dei loro utilizzatori, la Commissione europea avrebbe adottato il c.d. "law + technology approach". Sul punto si veda T. SCHREPEL (European Commission), *Smart Contracts and the Digital Single Market Through the Lens of a "Law + Technology" Approach*, 2021. Si tenga da conto che la prospettiva assunta dalle istituzioni europee ha come *framework* normativo di riferimento il sistema di *civil law* e non quello di *common law*.

ISSN 2036-7821

diverse, che possano essere resi come un flusso[109]. D'altro canto, il nostro ordinamento contempla già la piena autonomia contrattuale, e tanto vale usarla per inserire nel novero dei contratti delle soluzioni su misura.

A fronte di un'eterointegrazione sempre più penetrante *ex* art. 1374 c.c., il timore che lo *smart contract*, reciti un ruolo di primo piano nell'attuale processo di erosione del dogma dell'autonomia privata è concreto.

Per vero, anche su questo punto non vi è concordanza di opinioni tra gli esperti, ritenendosi preferibile, all'opposto, costruire un sistema di rimedi come risposta ai bisogni di tutela nascenti dalle nuove relazioni su *blockchain*[110].

L'auspicio è che né gli *smart contracts* e neppure gli *smart legal contracts* sovvertano i fondamenti del diritto contrattuale restando l'autonomia privata ancora il punto di partenza di ogni indagine sull'evoluzione delle relazioni negoziali nell'attuale contesto socio-economico.

[109] Cfr. P. PERLINGIERI, *Struttura algoritmica e interpre tazione*, in *Tecn. dir.*, 2020, p. 484. Come rimarcato da F. LONGOBUCCO, Smart contract *e 'giusto rimedio civile' del* re-coding *tra* Rule by Design *e* Rule of Law, p. 178, appare sempre più improcasinabile <<*un intervento del* tech-lawyer *nella predisposizione ab origine del 'code informatico': infatti, già nella fase preliminare, destinata ad esitare nella messa a punto dell'algoritmo* per mano dello sviluppatore, il giurista, incaricato di realizzare preliminarmente lo pseudo-codice ed il diagramma di flusso, sui quali l'informatico andrà poi a costruire l'algoritmo, è coinvolto, a pieno titolo, mediante un'embrionale opera di adeguamento del linguaggio semantico a quello computazionale>>.

[110] Si pensi all'esecuzione di clausole vaghe; alle difficoltà di interrompere l'esecuzione del codice; all'esercizio dei diritti nascenti dal Regolamento Generale della Protezione dei dati; alla responsabilità nell'adempimento a causa di errori nel codice informatico; al diritto alla cancellazione dei dati; all'esecuzione di provvedimenti giudiziari di risoluzione delle controversie o anche di sequestro dei beni oggetti del contratto oppure inibitori.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Intelligenza artificiale, interesse pubblico e complessità della scelta amministrativa

di Maria Cristina Cavallaro

(Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Palermo)

Sommario

1. Amministrazione pubblica e sistemi di Intelligenza Artificiale: brevi considerazioni introduttive. 2. Questioni generali e applicative. 3. Interesse pubblico e complessità della scelta amministrativa.

Abstract

For some time now, our society has been affected by an increasingly continuous and widespread use of technologies attributable to Artificial Intelligence models, or, in more general and crude terms, to computer systems. In this regard, there has been talk of a new modernity, of a fourth industrial revolution, which applied to administrative action translates into the expression administration 4.0, through which it is possible to summarize the transition from a traditional administration, which over time has begun to make use of computers and printers, accelerating its transformation into digital administration, to then arrive at an administration that increasingly frequently uses deep learning systems in carrying out its activity and forms of automation of administrative decisions.

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

1. Amministrazione pubblica e sistemi di Intelligenza Artificiale: brevi considerazioni introduttive.

Ormai da tempo la nostra società è interessata da un uso sempre più continuo e diffuso di tecnologie riconducibili ai modelli di Intelligenza artificiale, ovvero, in termini più generali e grossolani, ai sistemi informatici. Si è parlato al riguardo di una nuova modernità[1], di una quarta rivoluzione industriale[2], che applicata all'azione amministrativa si traduce nella locuzione *amministrazione 4.0*, attraverso la quale è possibile sintetizzare il passaggio da un'amministrazione tradizionale, che nel tempo ha cominciato a far uso di computer e stampanti, accelerandone la trasformazione in amministrazione digitale, per poi giungere a un'amministrazione che sempre più frequentemente ricorre a sistemi di apprendimento profondo nello svolgimento della propria attività e a forme di automazione della decisione amministrativa.

Le amministrazioni pubbliche, travolte dall'uso delle nuove tecnologie, hanno potuto sperimentare indubbie innovazioni nelle strutture organizzative e nelle modalità di svolgimento delle diverse attività.

Si pensi, ad esempio, alla disciplina in materia di conferenza di servizi: l'art. 14 *bis* della legge 241 del 1990 prevede che la conferenza decisoria si debba si svolgere in forma semplificata e in modalità asincrona, ossia attraverso la comunicazione, fatta dall'amministrazione procedente a tutte le altre amministrazioni coinvolte, riguardante «l'oggetto della determinazione da assumere, l'istanza e la relativa documentazione ovvero le credenziali per l'accesso telematico alle informazioni e ai documenti utili ai fini dello svolgimento dell'istruttoria». La stessa disposizione prevede poi il correlato vincolo per le amministrazioni di «rendere le proprie determinazioni relative alla decisione oggetto della conferenza», entro un termine perentorio.

Sul versante delle attività, il processo di sviluppo tecnologico attraversa diversi ambiti dell'amministrazione pubblica e trova applicazione nelle diverse modalità di svolgimento dell'azione amministrativa, dall'erogazione dei servizi, all'esercizio del potere, alla stipula dei contratti pubblici: valga l'esempio dell'art. 30 del recente codice dei contratti pubblici, che disciplina l'uso delle procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici. Dunque, inevitabilmente, tutti i settori dell'amministrazione sono da tempo coinvolti dall'innovazione digitale e dall'applicazione dei modelli di apprendimento automatico: dalla sicurezza pubblica, alla sanità e all'istruzione; dal governo del territorio, alla tutela e valorizzazione dei beni culturali.

[1] L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2022, p. 31.
[2] P. BIANCHI, *4.0 La nuova rivoluzione industriale*, Bologna 2018.

ISSN 2036-7821

L'uso dei sistemi di Intelligenza artificiale (IA) da parte delle pubbliche amministrazioni genera sicuramente numerosi effetti positivi, in quanto tende a garantire una maggiore imparzialità ed efficienza dell'azione amministrativa, accelerando i tempi delle decisioni; può contribuire a ridurre i divari territoriali, che è una delle "conseguenze della modernità", per dirla con Giddens[3]. Ma non c'è dubbio che il ricorso all'Intelligenza artificiale amministrativa possa produrre, altresì, non pochi problemi: alcuni hanno un carattere più ampio e generale, a partire dalla necessità di offrire una definizione di cosa debba intendersi per sistemi di 'Intelligenza artificiale', anche al fine di una loro regolazione; altri problemi, invece, possono manifestarsi per lo più in sede applicativa e riguardano, ad esempio, la responsabilità conseguente all'uso di tali sistemi.
Sullo sfondo, vi è la necessità di considerare gli effetti legati all'uso delle tecnologie informatiche, sotto il profilo del rapporto tra l'uomo e la macchina e delle conseguenti implicazioni etiche.

2. ***Questioni generali e applicative.***
In termini generali, un primo problema che si pone all'attenzione dell'interprete è di natura definitoria. Offrire una definizione di 'Intelligenza artificiale' è operazione assai complessa: da un lato, perché non esiste nozione unitaria e universalmente riconosciuta, dall'altro perché, all'opposto, esistono svariate definizioni adottate da altrettanti atti normativi o meramente informativi.
Secondo il Libro bianco sull'Intelligenza artificiale, adottato dalla Commissione europea nel febbraio 2020, si tratta di «un insieme di tecnologie che combina dati, algoritmi e potenza di calcolo». In generale, la nozione sembra riconducibile al settore delle Tecnologie della Informazione e della Comunicazione (ICT, Information and Communication Technologies) e, con una formula che evoca in parte l'idea che sta alla base del noto 'test di Turing', si può ritenere che essa includa quel complesso di tecnologie informatiche che tendono a imitare alcuni aspetti dell'intelligenza umana[4].Tuttavia, la possibilità stessa che i modelli di Intelligenza artificiale possano riprodurre parte dei comportamenti umani spiega come sia difficile offrirne una definizione univoca, in grado di abbracciare la complessità e la varietà dei sistemi finora sperimentati.

[3] A. GIDDENS, *Le conseguenze della modernità. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, trad. it. M. Guani, Bologna, 1994.
[4] A.M. TURING, *Computing Machinery and Intelligence*, Mind, vol. 59, no. 236, Oxford University Press, Mind Association, 1950, 433, in cui l'A. esaminava la possibilità teorica di costruire una macchina pensante, il cui incipit introduceva il noto interrogativo: «can machines think?». Per provare a rispondere all'interrogativo, Turing ideò un test, c.d. «test di Turing», volto a misurare e verificare la capacità della macchina di adottare scelte e assumere comportamenti riconducibili alle abilità umane, che è stato ed è ancora oggi alla base di molti sviluppi negli studi sull'intelligenza artificiale, cfr. G.F. ITALIANO, *Le sfide interdisciplinari dell'intelligenza artificiale*, in *An. giur. econ.*, 2019, 9.

ISSN 2036-7821

Il recente Regolamento dell'Unione europea sull'Intelligenza artificiale (Artificial Intelligence Act)[5], il cui approccio si basa sulla rilevanza del concetto di 'rischio' rispetto alla tutela dei diritti fondamentali (per cui, quanto più alto è il rischio di pregiudizio nel godimento dei diritti, tanto più il ricorso al sistema di IA può, o deve, essere inibito), riporta una nozione molto più ampia e meno tecnica rispetto a quanto previsto nel richiamato Libro bianco. L'Intelligenza artificiale è definita come «una famiglia di tecnologie in rapida evoluzione che contribuisce al conseguimento di un'ampia gamma di benefici a livello economico, ambientale e sociale nell'intero spettro delle attività industriali e sociali» (art. 4); salvo poi prevedere, più precisamente, che «una caratteristica fondamentale dei sistemi di IA è la loro capacità inferenziale», la quale «si riferisce al processo di ottenimento degli *output*, quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni, che possono influenzare gli ambienti fisici e virtuali e alla capacità dei sistemi di IA di ricavare modelli o algoritmi, o entrambi, da *input* o dati» (art. 12).

C'è poi il nuovo disegno di legge, n. 1146, presentato al Senato, il cui art. 2 intende offrire una definizione di sistema di intelligenza artificiale, riprendendo quanto stabilito dal Regolamento Europeo: il sistema di intelligenza artificiale è qualificato come «un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'*input* che riceve come generare *output* quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali». Ancora una volta, la definizione offerta contiene una sintesi che solo in parte è sovrapponibile alle precedenti formule definitorie e manifesta lo sforzo del legislatore di utilizzare concetti ampi e facilmente adattabili al veloce mutamento della realtà, conseguente alla assai più rapida evoluzione delle tecnologie che si intende definire[6].

Anche la giurisprudenza amministrativa ha provato a offrire un contributo al dibattito.

In una recente sentenza il Consiglio di Stato ha ipotizzato una distinzione tra algoritmi e sistemi di intelligenza artificiale. Secondo il giudice amministrativo, se è vero, come aveva osservato dal Tar in prime cure, che la nozione comune e generale di algoritmo riporta alla mente «semplicemente una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato», nondimeno «si osserva che la nozione, quando è

[5] Regolamento UE 2024/1689, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n, 300/2008, (UE) n, 167/2013, (UE) n, 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828.

[6] Su tali questioni v. G. TERRACCIANO, *Intelligenza artificiale amministrativa (IAA). Principi e regole per l'esercizio delle funzioni pubbliche*;

ISSN 2036-7821

applicata a sistemi tecnologici, è ineludibilmente collegata al concetto di automazione ossia a sistemi di azione e controllo idonei a ridurre l'intervento umano. Il grado e la frequenza dell'intervento umano dipendono dalla complessità e dall'accuratezza dell'algoritmo che la macchina è chiamata a processare. Cosa diversa è l'intelligenza artificiale. In questo caso l'algoritmo contempla meccanismi di *machine learning* e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole del software e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo 'tradizionale') ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico»[7].

La decisione richiamata non ha avuto un seguito significativo, anche perché verosimilmente la distinzione articolata dal giudice amministrativo ha consentito di individuare un percorso utile ai fini della soluzione nel caso di specie, ma non ha un puntuale riferimento sul piano scientifico. Tuttavia, essa introduce un tema rilevante, perché sottolinea il diverso rilievo che i modelli di Intelligenza artificiale possono assumere ai fini dell'attività amministrativa: nel senso che un conto è il sistema capace di offrire un supporto alla decisione finale, un conto è il sistema di apprendimento profondo, il quale oltre al supporto alla scelta del decisore umano, può fornire indicazioni più precise in merito ai contenuti della scelta medesima, liberando l'amministrazione dal compito di individuare la via da seguire.

Al di là degli sforzi definitori, su cui come rapidamente osservato si sono cimentati soggetti diversi, c'è poi un'evidente esigenza regolatoria, ancora più avvertita nel caso in cui l'uso dei sistemi di IA sia fatto dall'amministrazione, la cui attività deve trovare fondamento nella legge. I sistemi di Intelligenza artificiale possiedono un enorme potenziale nel generare opportunità e vantaggi per l'amministrazione, le imprese e i privati cittadini; ma al contempo essi possono produrre un impatto diretto sui diritti e sulle libertà. Da qui la necessità di una disciplina normativa che regolamenti la materia e le sue intersezioni con i diritti dei singoli.

Solo per fare qualche esempio, nel 2020 è stato introdotto l'art. 3 *bis* della legge n. 241 del 1990, secondo cui «per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati». Ancora prima, la legge n. 124 del 2015 ha previsto la Carta dell'amministrazione digitale, attraverso cui «garantire ai

[7] Cons. St., Sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891, riguardante un giudizio avente a oggetto il punteggio da assegnare a *pacemaker* e defibrillatori, nell'ambito di una gara per la fornitura dei predetti dispositivi medici per gli enti sanitari lombardi. In particolare, poiché il bando di gara prevedeva l'assegnazione del punteggio massimo al dispositivo in grado di generare un *Algoritmo di prevenzione+trattamento delle tachiaritmie atriali*, mentre il punteggio sarebbe stato inferiore nel caso di *presenza del solo algoritmo di prevenzione o del solo trattamento delle tachiaritmie atriali*, il giudice amministrativo, riformando la decisione di prime cure, ha condiviso la scelta dell'amministrazione, la quale si è orientata «verso un apparecchio tecnologicamente avanzato, dotato di un grado di automazione capace di coprire sia l'area della prevenzione, sia quella del trattamento».

ISSN 2036-7821

cittadini e alle imprese, anche attraverso l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, il diritto di accedere a tutti i dati, i documenti e i servizi di loro interesse in modalità digitale, nonché al fine di garantire la semplificazione nell'accesso». Proseguendo a ritroso, l'art. 47 della legge n. 35 del 2012 ha istituito l'Agenzia per l'Italia digitale, attraverso cui «il Governo persegue l'obiettivo prioritario della modernizzazione dei rapporti tra pubblica amministrazione, cittadini e imprese, attraverso azioni coordinate dirette a favorire lo sviluppo di domanda e offerta di servizi digitali innovativi» e il comma 2 *bis* affida a una cabina di regia, all'uopo istituita, la «realizzazione delle infrastrutture tecnologiche e immateriali al servizio delle "comunità intelligenti" (*smart communities*), finalizzate a soddisfare la crescente domanda di servizi digitali in settori quali la mobilità, il risparmio energetico, il sistema educativo, la sicurezza, la sanità, i servizi sociali e la cultura».

Oggi abbiamo l'art. 30 del Codice dei contratti pubblici, in tema di digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti, che con riguardo al principio di non esclusività riprende il GDPR (General Data Protection Regulation)[8], il cui art. 22, comma 1, prescrive che «l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona». La disposizione introduce inoltre il principio di non discriminazione, onerando le amministrazioni di mettere in atto «misure tecniche e organizzative adeguate al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici»; nonché i principi di conoscibilità e comprensibilità, in forza dei quali «ogni operatore economico ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino e, in tal caso, a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata».

Dalle disposizioni sinteticamente richiamate viene fuori un quadro, sicuramente non esaustivo, anche perché è in costante evoluzione, che consente però di cogliere l'intento del legislatore di abbracciare più ambiti di attività dell'amministrazione pubblica, nel tentativo di regolamentare l'uso di tali sistemi di IA, a garanzia dei diritti e delle aspettative dei singoli.

Vi è poi da considerare, dal punto di vista applicativo, una delle questioni più delicate che si lega all'uso dei sistemi di automazione e che attiene al tema dei danni che i modelli di IA possono generare e le relative responsabilità.

Il problema della responsabilità dell'amministrazione che si trovi a utilizzare sistemi di Intelligenza artificiale nell'esercizio della propria attività deve essere affrontato, e

[8] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

ISSN 2036-7821

potenzialmente risolto, a partire dal principio di responsabilità, di cui agli art. 28 e 97 Cost.[9], e può riguardare sia l'ipotesi in cui il danno sia cagionato, nonostante il perfetto funzionamento della macchina, sia l'ipotesi in cui il danno si verifichi in conseguenza di un errato funzionamento della macchina.

Sul punto una prima distinzione potrebbe farsi tra amministrazione per provvedimenti e amministrazione per prestazioni. Nel primo caso, ovvero in presenza di un atto che sia manifestazione di un potere, il criterio di imputazione della responsabilità è rinvenibile nel principio di immedesimazione organica, che trova fondamento soprattutto nell'art. 97 Cost., che nel prescrivere la riserva di legge in materia di organizzazione dei pubblici uffici, in funzione di garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'amministrazione, aggiunge che «nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari». Si tratta di un criterio che può essere utilizzato sia per risolvere il caso di un sistema di automazione che svolga una funzione di supporto alla decisione; sia nell'ipotesi in cui ci si trovi in presenza di un più sofisticato modello di IA, che tende a proiettarsi verso l'indicazione della decisione da assumere, sovrapponendosi alle valutazioni che potrebbe compiere il decisore umano; e che al tempo stesso può risolvere il problema dell'imputazione della responsabilità sia nel caso in cui l'errore sia compiuto dell'uomo, sia nel caso in cui dipenda da un cattivo funzionamento della macchina. In tutte le ipotesi considerate, la responsabilità della decisione può (e deve) essere imputata in capo al titolare dell'organo, al quale per legge è assegnata la competenza.

Laddove, invece, ci si trovi in presenza di un'attività di prestazione, erogata dall'amministrazione nell'ambito dei servizi da essa resi, il criterio di imputazione fondato sull'immedesimazione organica non è più utile per individuare l'eventuale responsabilità, in caso di danni, ma soccorre il generale principio di responsabilità di cui all'art. 28 Cost. Ed è qui che si rende necessario distinguere l'ipotesi in cui il danno sia conseguenza di un errore dell'uomo: per cui ad esempio il medico in caso di prestazioni sanitarie potrà senz'altro essere chiamato a rispondere del pregiudizio eventualmente cagionato, se ricorrono i presupposti della responsabilità medica; rispetto al caso in cui il danno consegua a un errore della macchina: in tal caso, occorre valutare se il cattivo funzionamento della macchina sia idoneo a esonerare da responsabilità il soggetto che ha utilizzato la macchina per erogare la prestazione.

Un elemento utile ai fini delle riflessioni finora condotte può trarsi dalla giurisprudenza europea, che ha ammesso una responsabilità da prodotto difettoso con riguardo a un *software* di gestione di dati in ambito sanitario. Più precisamente, la

[9] In argomento, considerazioni più articolate sono contenute in M.C. CAVALLARO, *Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2019, cui si rinvia anche per ulteriori i riferimenti bibliografici.

ISSN 2036-7821

Corte ha argomentato a partire dalla Direttiva europea 93/42/CEE secondo la quale per *medical device* deve intendersi «qualunque strumento, apparecchio, impianto, *software*, sostanza o altro prodotto, utilizzato da solo o in combinazione, compreso il *software* destinato dal fabbricante ad essere impiegato specificamente con finalità diagnostiche e/o terapeutiche e necessario al corretto funzionamento del dispositivo». Secondo la Corte di Giustizia le disposizioni appena richiamate, in materia di dispositivi medici, devono ritenersi applicabili anche al *software* di gestione di determinati dati sanitari, ancorché quest'ultimo non agisca "direttamente" sul corpo umano. Con la conseguenza che deve ritenersi applicabile, anche al sistema di IA, quanto stabilito dall'art. 10, paragrafo 16, del successivo Regolamento 2017/745, secondo cui «le persone fisiche o giuridiche possono chiedere un risarcimento per danni causati da un dispositivo difettoso, ai sensi della normativa applicabile a livello dell'Unione e del diritto nazionale»[10], con ciò esonerando eventualmente da responsabilità l'operatore sanitario e l'amministrazione alla quale lo stesso appartiene.

3. Interesse pubblico e complessità della scelta amministrativa.

Le considerazioni svolte testimoniano, da un lato, come ci si trovi in presenza di una serie di questioni ancora aperte, rispetto alle quali vi è la necessità di individuare una soluzione; per altro verso, emerge come una delle esigenze più avvertite rispetto alla utilizzazione dei sistemi di IA, soprattutto da parte dell'amministrazione pubblica, riguardi la necessità di assicurare la dimensione antropocentrica dei sistemi medesimi, ovvero, detto diversamente, una forma di controllo dell'uomo sulla macchina.

Lo si è visto, in un certo senso, in tutti gli ambiti appena considerati.

In primo luogo, e sotto il profilo definitorio, a partire dal ricordato 'test di Turing', i sistemi di intelligenza artificiale tendono a replicare comportamenti umani e sono modellati sulla complessità e varietà delle abitudini, delle condotte, delle competenze, delle conoscenze riferibili all'uomo. Da qui la vastità e la complessità dei significati racchiusi dentro la locuzione 'intelligenza artificiale', che si traduce nella difficoltà di offrire una nozione univoca e appagante della locuzione considerata, la quale è anche il segno più evidente del collegamento con l'uomo e la sua capacità di 'intelligere'.

In secondo luogo, come già sottolineato, la stessa volontà di regolare questi sistemi esplicita l'intento di un controllo da parte dell'uomo sulla macchina: gli interventi del legislatore nazionale e sovranazionale di ordinare e disciplinare il ricorso ai sistemi di IA testimoniano la necessità di ordinare la realtà di riferimento. Si tratta di una

[10] CGUE, 7 dicembre 2017, C-329/16 *Snitem e Philips France*. Sul punto, U. RUFFOLO, *L'Intelligenza artificiale in sanità: dispositivi medici, responsabilità e "potenziamento"*, in *Giur. it.*, 2021, 456.

ISSN 2036-7821

esigenza tipica del diritto, che «è campo di aspettative, 'struttura di eventi sociali', orizzonte di attese che cinge la vita di ciascuno di noi»[11]; ma, al contempo, l'esigenza regolatoria implica e sottintende la volontà di esercitare un controllo sulla macchina. E tuttavia, va detto, non necessariamente la regolazione da parte del legislatore costituisce una soluzione efficace rispetto ai problemi generati dall'uso dei modelli di intelligenza artificiale.

Per più ragioni.

Innanzitutto, ogni tentativo di disciplinare la tecnologia, e in particolare le ICT, si misura con due diverse velocità: la velocità dell'evoluzione tecnologica e la lentezza dell'intervento normativo. La prima ha una velocità di cambiamento e di sviluppo assai più accelerata rispetto alla capacità del legislatore di governare il fenomeno, per cui la legge rischia di essere spesso tardiva e inadeguata rispetto agli sviluppi più recenti della tecnologia. In tal senso, potrebbe apparire più adeguata, come strumento regolatorio, una normazione di secondo livello, che per definizione è più duttile e più facilmente modificabile al mutamento del quadro di riferimento. In secondo luogo, non è facile scegliere il livello di intervento normativo, se cioè deve trattarsi di un piano di normazione nazionale o sovranazionale. Si tratta di una questione strettamente correlata alla difficoltà di individuare il giusto punto di equilibrio nella regolamentazione dell'uso di questi sistemi di apprendimento profondo: che tenga conto dell'esigenza primaria di garantire i diritti e le libertà con cui tali sistemi possono interferire, ma anche della necessità di evitare che eccessive regolamentazioni possano costituire un freno agli ulteriori sviluppi di questo tipo di tecnologie e dunque generare un arretramento del nostro paese (o dell'Europa), rispetto ad altre realtà in cui tali limitazioni non sono prese in considerazione, con evidenti ripercussioni sugli assetti economici e, in chiave più ampia, anche geopolitici.

Per le ragioni considerate, la via della enucleazione di principi per mano della giurisprudenza, quanto meno in ambito nazionale, può apparire spesso una soluzione più efficace: la giurisprudenza, infatti, ha da sempre manifestato una spiccata elasticità nel sapere leggere la realtà e interpretare i cambiamenti.

Ad esempio, la giurisprudenza amministrativa già da tempo ha provato ad articolare un nucleo di regole e principi che definiscano un 'giusto processo tecnologico': dalla trasparenza alla conoscibilità, alla partecipazione alla responsabilità[12]. Con riguardo al principio di trasparenza e conoscibilità, più volte ribadito in diverse sedi e oggi espressamente richiamato dall'art. 30 del codice dei contratti pubblici, la Corte di cassazione ha invece sottolineato che, poiché «in tema di trattamento di dati

[11] N. IRTI, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. soc.*, 2015, 801.

[12] Tra le pronunce più significative, cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 881 del 2020. In argomento si rinvia a M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *federalismi.it*, 2019.

ISSN 2036-7821

personali, il consenso è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento a un trattamento chiaramente individuato», con riferimento a «una piattaforma web (con annesso archivio informatico) preordinata all'elaborazione di profili reputazionali di singole persone fisiche o giuridiche, incentrata su un sistema di calcolo con alla base un algoritmo finalizzato a stabilire i punteggi di affidabilità, il requisito di consapevolezza non può considerarsi soddisfatto ove lo schema esecutivo dell'algoritmo e gli elementi di cui si compone restino ignoti o non conoscibili da parte degli interessati». La Corte, cioè, riconosce che la conoscibilità dell'algoritmo è sostanzialmente preclusa (si parla infatti della c.d. *black box* algoritmica) e dunque precisa che non può ritenersi validamente prestato il consenso al trattamento dei dati profilati da una piattaforma informatica, la quale elabora i dati raccolti con un sistema di calcolo basato su un algoritmo[13].

Infine, dal punto di vista applicativo, il dibattito culturale e scientifico che accompagna lo sviluppo dei sistemi di IA ha consentito di mettere a fuoco alcune priorità che dovrebbero essere assicurate nell'uso di tali sistemi di apprendimento profondo, per garantire un adeguato meccanismo di responsabilità. S'è così rilevata la necessità di prevedere forme di *responsability by design*, per assicurare una adeguatezza dei modelli già in fase di progettazione, che si facciano carico di prevedere i possibili esiti problematici dei sistemi di IA[14]. Per altro verso, si è sottolineata la necessità di una *responsabilizzazione etica della società digitale*, che deve passare attraverso una regolazione necessaria finalizzata alla garanzia dei diritti fondamentali, sino a immaginare un *garante* che potrebbe essere una Autorità della Società Digitale[15].

Rimane il fatto che la responsabilità di ciò che fa la macchina non può essere della macchina stessa: un sistema di intelligenza artificiale non è titolare di diritti, né ha personalità giuridica. Con tale argomentazione, l'Ufficio europeo dei brevetti ha respinto la domanda di brevetto in cui venga indicato come inventore un sistema di Intelligenza Artificiale, osservando, com'è di tutta evidenza, che «i sistemi o le macchine di AI non sono titolari di diritti, anche ai fini della procedura di brevettazione di una invenzione, perché non hanno una personalità giuridica paragonabile alle persone fisiche o giuridiche»[16].

Per cui la capacità di prendere una decisione definitiva rimane attribuita (almeno per il momento) all'essere umano: sul quale ricade soprattutto la responsabilità delle

[13] Cass. civ. sez. I, 25/05/2021, n.14381.

[14] F. PASQUALE, *Le nuove leggi della robotica*, trad. it. P. Bossotti, Roma, 2021, p. 30.

[15] A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in *Anal. Giur. Ec.*, 2019, 47.

[16] Uff. europeo brevetti – 27/1/2020, che ha motivato la propria decisione ai sensi dell'art. 90, comma 5, CBE (Convenzione sul brevetto europeo, 29 novembre 2000) per contrasto con i requisiti di cui all'art. 81 CBE e alla regola 19 Regolamento di esecuzione CBE.

ISSN 2036-7821

scelte etiche da compiere, anche per assicurare uno 'sviluppo sostenibile' delle nuove tecnologie e delle loro infrastrutture[17]. Dunque, anche in tal caso la dimensione antropocentrica nell'uso di tali sistemi rimane cruciale.

C'è poi un'ulteriore considerazione, che spinge nella direzione di assicurare un controllo dell'uomo sulla macchina.

Sicuramente, l'abilità delle macchine di realizzare *forme di imitazione del ragionamento umano* è cosa ben diversa dal possedere una data capacità di ragionamento: la macchia simula una abilità, ma non la possiede[18]. L'uso dei sistemi di IA non ha favorito il collegamento tra pensiero intelligente e comportamento artificiale, ma al contrario tende a generare una separazione tra «la capacità di risolvere un problema o di portare a termine un compito con successo dall'esigenza di essere intelligenti per farlo»[19].

L'Intelligenza artificiale «"ragiona" per inferenza statistica, non per deduzione causale»[20]. La decisione algoritmica ha un contenuto predittivo, che però è fondato unicamente su correlazioni statistiche, rispetto alle quali deve escludersi un nesso causale: ciò vuol dire che da una macchina non ci si può aspettare una soluzione innovativa, ma solo la reiterazione di soluzioni già sperimentate.

Per tale ragione, si può ritenere che il ricorso a sistemi di IA per supportare o assicurare la decisione amministrativa possa soddisfare la visione efficientista e legalistica dell'amministrazione, che esaurisce il proprio ruolo nell'adozione di una decisione conforme al paradigma normativo di riferimento[21]. In altre parole, secondo una visione legalista ed efficientista, l'amministrazione può svolgere la propria attività ricorrendo al modello dell'automazione, che consente di pervenire a un *output* attraverso gli *input* acquisiti. Rimane estranea a tale visione, la complessità della scelta amministrativa, che impone alla amministrazione un giudizio valutativo in ordine alla decisione da assumere, per garantire la miglior cura dell'interesse pubblico e la tutela dei diritti dei singoli.

All'interno dell'organizzazione amministrativa, ogni valutazione compiuta dal singolo funzionario, o dall'unità organizzativa nel suo complesso, è sempre il frutto di una *scelta* tra più opzioni possibili, che, in alcuni casi, può essere immediata, ma assai più frequentemente «è il prodotto di una complessa serie di attività»[22]. È una scelta che implica una valutazione comparativa degli interessi coinvolti dalla

[17] G. TAMBURRINI, *Etica delle macchine*, Roma, 2020, 139.

[18] F. H. LLANO-ALONSO, *L'etica dell'intelligenza artificiale nel quadro giuridico dell'Unione europea*, in *Ragion Pratica*, 2021, 327.

[19] L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 34.

[20] U. RUFFOLO, *L'intelligenza artificiale in sanità: dispositivi medici, responsabilità e "potenziamento"*, in *Giur. it.*, 2021, 456.

[21] Sulla evoluzione della nozione di efficienza, si veda R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini, 2016.

[22] H. A. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, trad. it. S. Cimmino, Bologna, 1967, p. 46.

ISSN 2036-7821

decisione, nella quale, a partire da Giannini, si sostanzia la discrezionalità amministrativa[23]. Soprattutto, è una scelta che non scaturisce da un processo di sussunzione del fatto concreto alla regola astratta, secondo il modello di automazione tipico dei sistemi di Intelligenza artificiale, ma rimanda a quel 'decidere secondo valori' che per Natalino Irti è «un decidere incalcolabile», perché non è più «soltanto un decidere», e non è più «applicazione di legge e giudizio sussuntivo del fatto concreto nello schema anticipatorio», ma è un decidere «che non rientra in alcun razionale 'orizzonte di aspettative'»[24].

Se si guarda alla necessità di individuare l'interesse pubblico concreto che l'amministrazione deve perseguire, anzi, più correttamente, la pluralità degli interessi pubblici da realizzare, anche in tal caso riaffiora la distinzione tra giudizi di opportunità e giudizi di valore. Secondo Pizzorusso quando l'individuazione degli interessi avviene «nel corso dell'esperienza giuridica anteriore», essa è contenuta nella previsione normativa e la sua qualificazione genera un 'giudizio di opportunità' che si sostanzia nella riconduzione del caso concreto alla previsione astratta. Ma non va trascurata quella parte di processo interpretativo che «si risolve in una valutazione diretta della realtà», che consiste sempre in un giudizio di opportunità, «ma che in definitiva si risolve sempre in 'giudizi di valore'»[25].

Si tratta comunque di un processo interpretativo, quello della definizione dell'interesse pubblico, che implica una volizione dell'amministrazione e vive concretamente nel procedimento amministrativo e che, per ciò stesso, non può essere affidato unicamente ed esclusivamente a forme di automazione della decisione amministrativa.

In una prospettiva più moderna, s'è osservato che non esiste una nozione univoca di interesse pubblico, perché esso, che è il fine ultimo dell'attività amministrativa, «è il luogo della massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali»[26]: si tratta di una lettura che ancora di più rimarca la necessità di una scelta affidata all'amministrazione per la tutela dei diritti, ma garantita da una 'riserva di umanità'[27], che assicuri il bilanciamento e la flessibilità della decisione da assumere e soprattutto della scelta da compiere.

---

[23] M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939.

[24] N. IRTI, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, cit.: nel tracciare una linea di confine tra la funzione legislativa e la funzione giudiziale, l'A. osserva che «il 'prevedere' normativo guarda al futuro; lo 'applicare' giudiziale guarda dall'oggi al passato» e soggiunge che a partire dalla scoperta dei valori, che arricchiscono i contenuti delle norme costituzionali, «il processo dell'irrazionalità e incalcolabilità giuridica raggiunge il grado estremo». Perché, mentre sino a un certo momento lo 'applicare' giudiziale si è manifestato nel processo di sussunzione del fatto concreto alla disciplina normativa, «spogliandolo della sua irripetibile unicità», il 'decidere secondo valori' è, appunto, un decidere incalcolabile.

[25] A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 56.

[26] L.R. PERFETTI, *Diritti fondamentali e potere amministrativo: per una teoria giuridica del pubblico interesse*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2023.

[27] G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, Padova, 2023.

ISSN 2036-7821

Nell'accogliere la visione dell'interesse pubblico dell'amministrazione come *summa* dei diritti fondamentali dei singoli, il cui godimento deve essere garantito dall'amministrazione, si potrebbe aggiungere che la dimensione antropocentrica dei sistemi di IA non si esaurisce nel necessario controllo dell'uomo sulla macchina, ma guarda alla necessità che i sistemi di IA siano progettati e utilizzati considerando sempre la persona come destinatario della decisione automatizzata o dell'azione realizzata attraverso l'IA.

È la prima delle 'Tre Leggi Fondamentali della robotica', che nel racconto fantascientifico di Isaac Asimov sono installate al centro del cervello *positronico* dei robot: *un robot non può arrecare danno a un essere umano, o, mancando di agire, lasciare che un essere umano subisca un danno*[28].

[28] I. ASIMOV, *Io Robot*, trad. it. V. Latronico, Milano, 2021, p. 49. Le leggi fondamentali della robotica di Asimov sono tre e sono enunciate, nel racconto *Girotondo*, dal protagonista Gregory Powell, alle prese con il robot Speedy sul pianeta Mercurio. Le altre due leggi sono: «un robot deve obbedire agli ordini che riceve da un essere umano, se ciò non è in conflitto con la prima legge; un robot deve proteggere la propria esistenza, se ciò non è in conflitto con la prima e la seconda legge», p. 49.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Note sull'uso del demanio marittimo per fini turistico-balneari

di Francesco Manganaro

(Professore ordinario presso l'Università *Mediterranea* di Reggio Calabria – Presidente AIPDA)

Sommario

1. Premessa; 2. Cenni riepilogativi della vicenda; 3. Demanio e disciplina della normativa sui servizi; 4. L'uso della spiaggia nei piani territoriali ed ambientali; 5. L'attuale situazione di fatto; 6. La disciplina delle strutture inamovibili ed il principio dell'affidamento; 7. Principio dell'affidamento ed indennizzo

Abstract

The unresolved issue of the concession of beaches for tourist-seaside purposes comes up again in the most recent jurisprudence of the Constitutional Court and the Council of State. The issue has been the subject of numerous legislative interventions, sentences of various courts and extensive analyzes of the doctrine, but nevertheless it still remains uncertain. These notes do not intend and cannot give answers that would be expected of a more astute legislator, but only want to examine some profiles, in order to identify whether any possible regulatory innovations can be hypothesized.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review ed è destinato ad essere pubblicato nel Liber Amicorum per Guido Greco*

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Torna a proporsi nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale[1] e del Consiglio di Stato[2] l'irrisolta vicenda della concessione delle spiagge per fini turistico-balneari[3].

La questione è stata oggetto di numerosi interventi legislativi, sentenze di varie Corti e ampie analisi della dottrina, ma tuttavia rimane ancora incerta[4].

Le presenti note non intendono né possono dare risposte che spetterebbero ad un legislatore più avveduto, ma vogliono solo esaminare alcuni profili, al fine di individuare se possa ipotizzarsi qualche possibile novità regolatoria[5].

2. Cenni riepilogativi della vicenda

Come è noto, la giurisprudenza comunitaria e, di seguito, quella nazionale, hanno ritenuto che l'uso di un bene demaniale come la spiaggia per finalità turistico-balneari sia soggetto alla direttiva servizi 2006/123/CE, con tutto ciò che ne consegue in ordine alla disciplina della concorrenza.

L'apertura della prima procedura di infrazione da parte della Commissione europea, che risale al 2009, ha comportato la modifica dell'art. 37 del Codice della navigazione

---

[1] Corte cost., 16 aprile 2024, n. 109. L'aspetto più sorprendente di questa sentenza è che il governo, per dimostrare l'illegittimità costituzionale di una legge della Regione siciliana che prevedeva la proroga delle concessioni fino al 2033, rinvia alla giurisprudenza della Corte di giustizia e del Consiglio di Stato, in netta contraddizione con le proroghe da esso stesso emanate.

[2] Tra le ultime: Cons. Stato, sez. VII, 19 marzo 2024, n. 2679; Cons. Stato, sez. VII, 20 maggio 2024, n. 4479; Cons. Stato, sez. VII, 20 maggio 2024, nn. 4480 e 4481.

[3] Sulle concessioni di beni pubblici ed i rapporti tra ordinamento dell'Unione europea e quello nazionale, si veda: G. Greco, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 3/4, 381 ss.; Id., *I rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale*, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. 2, ed. 2, 2007, 827 ss.; Id., *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2014, vol. 1, 1 ss.; Id., *La direttiva in materia di "concessioni"*, 2015, 5, 1095 ss.; Id., *Le concessioni di lavori e di servizi (dalla direttiva 2014/23/UE alla parte terza del d.lgs. n. 50/2016)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 3/4, 505 ss.

[4] È impossibile citare, anche solo in sintesi, la dottrina sul punto, vista la sua vastità. Più di recente: M. Timo, *Le concessioni balneari alla ricerca di una disciplina fra normativa e giurisprudenza*, Torino, 2020; G. Colombini, *Beni pubblici, gestioni patrimoniali, concessioni demaniali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2022, 675 ss.; F. Di Lascio, *Le concessioni di spiaggia tra diritti in conflitto e incertezza delle regole*, in *Dir. amm.* 4, 2022, 1037 ss.; M Renna, A. Giannelli, *Concessioni balneari: l'onda lunga della disapplicazione raggiunge anche il milleproroghe*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2023, 638 ss.; A. Florio, *Le concessioni demaniali marittime tra vecchia disciplina e auspicata riforma alla luce degli interventi dell'Unione europea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4/2023, 997 ss.; D. Granara, *Le concessioni balneari tra le Corti e il Legislatore, dialoghi o monologhi?*, in *Giur. it.*, 2023, 2710 ss.; Id., *Le concessioni balneari al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Giur. it.*, 2024, 884 ss.; G. Marchegiani, *Le vicissitudini delle concessioni balneari e la precarietà della loro situazione*, in *Urb e app.*, 1, 2024, 5 ss.; G. Mari, *Demanio costiero e uso generale: la "scarsità della risorsa naturale"* (nota a TAR Puglia, Lecce, nn. 1223 e 1224 del 2023), in *Giustiziainsieme.it*, 7 febbraio 2024, G. Fornabaio, *La disciplina delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative: profili applicativi, criticità e prospettive di regolazione*, in *questa Rivista*, 2, 2024, 774 ss. Si segnala, altresì, il fascicolo speciale della Rivista *Diritto e Società*, n. 3, 2021.

[5] Sul punto, di recente: M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, Milano, 2023.

ISSN 2036-7821

che prevedeva il cd. diritto di insistenza sul bene ed il rinnovo automatico della concessione.
Tuttavia, il legislatore non ha proceduto ad una nuova regolamentazione, ma ad una serie di proroghe delle concessioni in scadenza.
Nonostante la Corte di giustizia abbia ribadito, nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15, Promoimpresa srl e Mario Melis, l'obbligo di applicare la disciplina servizi, il legislatore nazionale ha prorogato ulteriormente la validità delle concessioni dei beni demaniali per uso turistico-balneare per ulteriori quindici anni (art. 1, commi 682 e 683 della legge n. 145 del 2018), prevedendo un termine tecnico fino alla fine dell'anno 2023.
Tale disposizione è stata ritenuta contraria al diritto euro-unitario dalle sentenze c.d. gemelle del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021, che hanno evidenziato il contrasto con le norme UE in tema di libertà di stabilimento e di non discriminazione tra operatori economici, con la conseguente necessità di disapplicare la proroga anche da parte delle pubbliche amministrazioni, visto il termine già fissato al 31 dicembre 2023.
Il legislatore nazionale ha, in un primo tempo, tenuto conto dell'orientamento del Consiglio di Stato e, poi, con l'art. 3 della legge n. 118 del 2022 ha stabilito che tali concessioni demaniali continuassero ad avere efficacia solo fino al 31 dicembre 2023, salvo prevedere un ulteriore anno di proroga per la necessaria complessa attuazione della nuova disciplina.
Invece, in un secondo momento, con il c.d. decreto milleproroghe (d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, convertito in l. 24 febbraio 2023, n. 14), il termine è stato posposto al 31 dicembre 2025, suscitando la reazione del Presidente della Repubblica, che, pur promulgando la legge, ne ha rilevato la contrarietà con il diritto euro-unitario e con le sentenze della Corte di giustizia e del giudice amministrativo.
La necessità di ricorrere ad una gara ad evidenza pubblica trova poi nuova conferma nell'ulteriore sentenza della Corte di giustizia nella C-348/22, proposta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato contro il Comune di Ginosa, che aveva deciso di prorogare, nel suo territorio, le concessioni fino al 2033. La sentenza afferma, infatti, che sussiste <<l'obbligo di disapplicare le disposizioni nazionali contrarie incombono ai giudici nazionali e alle autorità amministrative, comprese quelle comunali>>.
Sulle più recenti sentenze dei giudici nazionali, che confermano la necessità di adeguarsi alla disciplina euro-unitaria, si tornerà più oltre. Intanto, facendo un passo indietro, vediamo quali sono le questioni poste dalla dottrina e come potrebbero essere risolte alla luce di una carenza normativa e di una granitica interpretazione giurisdizionale a tutti i livelli istituzionali.

ISSN 2036-7821

3. Demanio e disciplina della normativa sui servizi

La dottrina ha rilevato che la disciplina della spiaggia per motivi turistico-ricreativi configura un difficile *incaglio regolatorio*[6] ed è assai più complessa perché coinvolge differenti piani di ragionamento: prima di tutto, ovviamente, la natura concessoria o autorizzativa degli atti che consentono l'uso privato del demanio marittimo, ma anche altri temi generali quali l'efficacia diretta della normativa euro-unitaria nei confronti del legislatore e delle amministrazioni nazionali, il ruolo della giurisprudenza a fronte dell'inerzia del legislatore, i rapporti tra giurisdizioni nazionali e sovranazionali, l'applicabilità di principi generali quali la concorrenza e l'affidamento, ma anche il coordinamento delle concessioni della spiaggia con la più ampia gestione delle coste o con i piani paesaggistici e con quelli ambientali.

Dirimente appare la questione circa l'applicabilità della disciplina sui servizi contenuta nella direttiva 2006/123/UE al caso in questione, seppure tutta la giurisprudenza sul punto la consideri scontata.

Una parte della dottrina ritiene, infatti, che i beni pubblici individuati dal nostro ordinamento non trovino la loro regolamentazione nella direttiva 2006/113/UE, cosicché non sarebbero sottoposti al diritto *tiranno* della concorrenza[7].

Si osserva, a questo proposito, che le spiagge e gli arenili sono innanzitutto beni ambientali, sottoposti alle regole della relativa tutela e su cui si svolgono attività di vario genere, molte delle quali senza finalità commerciali, come la pesca o lo sport amatoriali. Sarebbe, perciò, inesatto considerare la spiaggia come bene demaniale sottoposto *tout court* alla disciplina della direttiva europea sui servizi. Ove il decisore politico voglia, come può, destinare parte del demanio ad un servizio imprenditoriale, solo allora ci sarà bisogno di una valutazione comparativa tra offerte, seppure non una vera e propria gara come nella disciplina euro-unitaria sui servizi.

Si rileva, a sostegno di questa tesi, che anche la Corte di giustizia, affrontando il punto della "scarsità della risorsa" come presupposto per l'applicazione della disciplina concorrenziale, afferma che è a livello comunale che deve verificarsi se le aree sottoposte a sfruttamento economico siano o meno in numero limitato (sentenza Promoimpresa), cosicché gli Stati potrebbero preferire più che una disciplina

[6] M. De Benedetto, *Dalle spiagge alle coste: una strategia regolatoria*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 35.

[7] E. Scotti, *Il regime delle spiagge nell'era del ritorno dello Stato: pensieri (eterodossi) per un cambio di paradigma*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 141 ss.

ISSN 2036-7821

generale per tutto il territorio nazionale, prevedere una valutazione caso per caso a livello comunale o, comunque, in un ambito limitato (sentenza Ginosa)[8].
Al di là di questo ultimo profilo che riprenderemo più oltre, l'incertezza sulla sottoposizione al diritto euro-unitario del bene-spiaggia non contraddice l'esigenza, nella stessa ricostruzione appena indicata, che quella parte di essa destinata ad attività imprenditoriale richieda almeno una valutazione comparativa tra diverse proposte.
Questa tesi, quanto all'assegnazione di parti della spiaggia per fini economici finisce per coincidere con la dottrina prevalente secondo cui la gestione della parte di spiaggia destinata a fini turistici o ricreativi costituisca un rilevante settore economico, con la conseguenza che debba essere sottoposto alle regole europee e nazionali sulla concorrenza[9]. E' stata, a questo proposito, rievocata la tesi di Benvenuti che, fin dal 1965, quando ancora molto timida era la regolazione della concorrenza, affermava che il bene demaniale può diventare strumentale al conseguimento di un utile, divenendo così un bene produttivo[10].
E' stato di recente opportunamente rilevato, più in generale, che la tutela ambientale ha esteso la sua portata con le recenti innovazioni costituzionali, contenute non solo nella modifica dell'art. 9 Cost., ma viepiù nell'integrazione dell'art. 41 Cost., ove l'ambiente è considerato un limite anche all'iniziativa economica[11].

4. L'uso della spiaggia nei piani territoriali ed ambientali

Riservandoci di tornare più oltre sulle questioni maggiormente oggetto di studio come i canoni concessori o la scarsità della risorsa, è utile ampliare l'orizzonte della disciplina regolatoria della spiaggia, osservando in quale ambito si inserisca.
La spiaggia non è che una porzione di uno spazio più ampio, che è la costa, vero oggetto della tutela, visto che è sulla costa che si svolgono le attività umane più diverse di cui quelle turistico-balneari sono solo una parte. Perciò la regolazione

[8] E. Scotti, *Il regime delle spiagge nell'era del ritorno dello Stato: pensieri (eterodossi) per un cambio di paradigma*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, 148. Secondo Ginevra Greco, *La Corte di giustizia ritorna sulle concessioni balneari precisandone le regole: problemi superati e problemi ancora aperti in sede di applicazione nazionale del diritto UE*, in *Federalismi.it*, 14 giugno 2023, sussiste una certa contraddizione tra la giurisprudenza comunitaria che consentirebbe, a livello locale, una valutazione caso per caso sulla scarsità della risorsa e la giurisprudenza del Consiglio di Stato che non la ammette.

[9] M. Gnes, *Le spiagge e le coste: problema o risorsa?*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 11 ss.

[10] F. Benvenuti, *Demanio marittimo tra passato e futuro*, in *Riv. dir. nav.*, 1965, 154 (ora in F. Benvenuti, *Scritti giuridici*, Milano, 2006, vol. III, 2392.

[11] G. della Cananea, *Le concessioni del demanio marittimo: un mutamento di prospettiva*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 32. L'Autore osserva altresì che la previsione di una gara per la concessine non è solo un principio della concorrenza, ma un principio di giustizia distributiva per garantire l'eguaglianza.

ISSN 2036-7821

dell'uso delle spiagge dovrebbe essere inserita nella più ampia disciplina della gestione integrata della zone costiere, prevista dalla Raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2002/413/CE[12].

Inoltre, la spiaggia deve essere considerata nella più ampia gestione del governo del territorio, che prevale anche sulla disciplina della concorrenza: per questo la regolamentazione della spiaggia è soggetta al piano regionale ed a quello comunale[13], ma anche al piano paesaggistico che, avendo un oggetto più ampio, prevale sul piano di tutela delle coste[14].

Emerge peraltro, come in tutti i casi di tutela del territorio, l'interesse prevalente alla sostenibilità ambientale, secondo gli Obiettivi di sviluppo sostenibile, cosicché anche l'eventuale sfruttamento economico della spiaggia è sottoposto a quei criteri minimi ambientali a cui si ispirano anche, nel nostro ordinamento, i c.d. appalti verdi previsti all'art. 57 Codice appalti[15].

Può essere utile qualche notazione circa la disciplina che regola le spiagge in altri ordinamenti nazionali, al fine di dimostrare che, anche nella vigenza del diritto europeo della concorrenza, possono essere individuate soluzione nazionali diverse rispetto a quelle proposte nel nostro Paese.

Invero, alcuni Paesi europei sono stati anch'essi destinatari di procedure di infrazione. Al Portogallo è stata contestata la norma che prevede un diritto di prelazione del precedente concessionario in caso di rinnovo della concessione, alla Spagna la mancanza di criteri trasparenti di selezione e l'eccessiva durata dei rinnovi delle concessioni sulla parte retrostante la battigia.

E' bene precisare che l'ordinamento spagnolo prevede concessioni di lunga durata, ma solo per la zona retrostante la spiaggia, mentre la battigia rimane sempre libera oppure oggetto di concessioni di breve durata, al contrario di quanto accade nel nostro ordinamento ove il Codice della navigazione prevede concessioni d'uso estese alla battigia[16].

Anche in Francia la normativa è diversa poiché sussiste un generale divieto di impiantare in via permanente opere funzionali all'attività balneare e si prevede che l'80% della spiaggia resti libera da attrezzatura inamovibili.

---

[12] M. De Benedetto, *Dalle spiagge alle coste: una strategia regolatoria*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 141 ss.

[13] G. Torelli, *Concessioni balneari e governo del territorio*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 87.

[14] Così, L. Di Giovanni, *Il ruolo della pianificazione paesaggistica nella difesa delle coste italiane*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 101, seppure solo cinque Regioni abbiano prodotto il piano paesaggistico.

[15] C. Lauri, *I criteri di sostenibilità nelle procedure per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 109 ss.

[16] Riprendo sul punto le più ampie osservazioni, a cui rinvio, di: F. Di Lascio, *I nodi delle concessioni di spiaggia: spunti di comparazione*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 65 ss.

ISSN 2036-7821

5. L'attuale situazione di fatto

Indicati i principi ispiratori di una corretta gestione delle spiagge e del loro retroterra è il caso di soffermarci più compiutamente sulle principali questioni affrontate nella giurisprudenza delle Corti e nella dottrina.

Infatti, ammesso che si tratti di un bene demaniale che può (anche) essere assegnato a fini imprenditoriali (come di fatto è avvento nel nostro ordinamento) si deve considerare in concreto come esso sia stato utilizzato, verificando la situazione concreta su cui intervenire.

I dati statistici rilevano che, nel nostro Paese, vi sono tra 21.500 e 25.000 concessioni (la mancanza di dati certi è segno del pressappochismo con cui il problema è stato affrontato nel tempo) ed esse insistono su più della metà degli 8.000 chilometri della nostra costa.

Se dovessimo ragionare secondo il neonato modello dell'autonomia differenziata dovremmo aspettarci regolazioni differenti. Se alcune Regioni hanno concessioni sul 70% del loro territorio non vi è dubbio che, configurandosi la spiaggia come una risorsa scarsa, sarebbe legittima l'applicazione del principio di concorrenza. Non così per quelle altre Regioni in cui le concessioni occupano non più del 40% del territorio, non configurandosi come una risorsa scarsa. Vedremmo così quali disparità può provocare l'autonomia differenziata con l'effetto paradossale secondo cui la Liguria dovrebbe fare le gare e la Calabria no[17]. Sarebbe più auspicabile una disciplina nazionale di principi ed una pianificazione regionale e comunale che tutelasse una parte di spiaggia libera, nel rispetto del principio di eguaglianza[18].

6. La disciplina delle strutture inamovibili ed il principio dell'affidamento

Una seconda questione attiene alle infrastrutture inamovibili, la cui eventuale presenza sulla spiaggia potrebbe influire sull'affidamento del gestore uscente e sull'eventuale indennizzo.

Non vi è dubbio che sia apprezzabile l'impegno imprenditoriale di quei concessionari che hanno realizzato impianti che consentono la balneazione nel rispetto delle norme sulla sicurezza o sulla disabilità, offrendo un servizio apprezzato da turisti e residenti. Tuttavia, non possiamo dimenticare che ove vi sia – come spesso avviene al fine di offrire servizi migliori – un'opera realizzata sul demanio pubblico, bisogna verificare la compatibilità edilizia ed ambientale.

---

[17] Più in generale, sul regionalismo differenziato: F. Manganaro, *La Repubblica delle autonomie. Un mosaico da ricomporre*, Napoli, 2023.

[18] G. della Cananea, *Le concessioni del demanio marittimo: un mutamento di prospettiva*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva* cit., 29; G. Torelli, *Concessioni balneari e governo del territorio*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 81 ss.

ISSN 2036-7821

A questo proposito l'art. 49 del Codice della navigazione prevede ancora oggi esplicitamente che, al cessare della concessione, ove non sia diversamente previsto, le opere realizzate dal concessionario si trasferiscono nel patrimonio dello Stato, senza alcun indennizzo per chi le ha realizzate[19].
Sarebbe sufficiente questa disposizione per escludere ogni tipo di affidamento da parte del gestore uscente, visto che egli doveva già sapere che alla cessazione della concessione le opere realizzate si trasferiscono allo Stato.
Diversa è la questione, ove si faccia valere l'affidamento per una cessazione anticipata della concessione rispetto alla data originariamente prevista.
Come è noto, l'affidamento è una situazione giuridica che si consolida ove l'amministrazione o altro soggetto pubblico abbia ingenerato con i suoi atti la certezza di un rapporto giuridico, che poi invece viene meno. Nel caso che ci occupa tale certezza è tutt'altro che consolidata, poiché la questione relativa alla cessazione della concessione delle spiagge per uso turistico-balneare è oggetto da venti anni di rilievi dell'ordinamento europeo e di sentenze della Corte di giustizia e del Consiglio di Stato, che negano il rinnovo automatico.
Già le sentenze gemelle del 2021 aveva assunto una posizione molto chiara. Al punto 38 delle sentenze nn. 17 e 18, l'Adunanza plenaria, richiamando la pronuncia della Corte di giustizia, 14 ottobre 2010, C-67/09, affermava che <<qualora un operatore economico prudente e accorto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, egli non può invocare il beneficio della tutela del legittimo affidamento nel caso in cui detto provvedimento venga adottato>>.
Perciò, sempre secondo la sentenza citata, non sussistono le condizioni per far valere l'affidamento, tanto più che <<prima e a prescindere dalla direttiva 2006/123, il Consiglio di Stato aveva già affermato che per le concessioni demaniali la sottoposizione ai principi della concorrenza e dell'evidenza pubblica trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione del bene pubblico si fornisca un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai suddetti principi di trasparenza e non discriminazione (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 2005, n. 168, Id., sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825)>>.

[19] Secondo l'art. 49 Codice della navigazione: <<Salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di concessione, quando venga a cessare la concessione, le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, te stano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso, salva la facoltà dell'autorità concedente di ordinarne la demolizione con la restituzione del bene demaniale nel pristino stato>>. E' opportuno ricordare che la sezione VII del Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 8010 del 15 settembre del 2022 ha sollevato una questione pregiudiziale di interpretazione dell'art. 49, tuttora pendente in causa C-598/22.

ISSN 2036-7821

Tale orientamento viene ribadito nelle più recenti sentenze, anche dopo la vicenda relativa al contrasto giurisprudenziale con le Sezioni unite della Cassazione che, con sentenza 24 ottobre 2023, n. 32559, ha cassato la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 18/2021, ritenendo necessaria l'integrazione del contraddittorio. .

Secondo tali più recenti sentenze <<*nessun legittimo affidamento dell'appellante può ritenersi sussistente* non venendo neppure in rilievo i poteri di autotutela decisoria dell'amministrazione ove solo si consideri che l'atto con cui il Comune di Lavagna ha inizialmente attestato l'avvenuta proroga della concessione ha assunto una valenza meramente ricognitiva, essendo l'effetto di cui si discute scaturito direttamente dalla legge (corsivo nostro)>> [20].

Peraltro, non si può far valere alcun affidamento degli attuali concessionari, perché l'applicazione della direttiva 2006/123/CE e/o dell'art. 49 T.F.U.E. al settore delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative <<impone l'immediata apertura del mercato>>, cosicché <<ogni esigenza correlata all'affidamento degli attuali concessionari non può certo giustificare proroghe automatiche o il rinvio delle procedure di gara, ma al massimo può essere valutata al momento di fissare le regole per la procedura di gara ai sensi del paragrafo 3 dell'art. 12 della stessa Dir. 2006/123/CE (v. Corte di Giustizia UE, 14 luglio 2016, nelle cause C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, par. 52-56)>>[21].

7. Principio dell'affidamento ed indennizzo

Sotto un altro profilo, si potrebbe ricorrere all'affidamento quanto all'eventuale indennizzo che il concessionario uscente potrebbe ottenere per la cessazione anticipata.

Sul punto, invero, le sentenze appena citate, pur ritenendo la questione non oggetto delle proprie decisioni, si pronunciano in maniera da lasciare aperta la porta alle scelte future del legislatore.

Già le sentenze gemelle del 2021, sulla scorta della decisone Promoimpresa della Corte di giustizia, affermano esplicitamente che <<l'indizione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni dovrà, pertanto, ove ne ricorrano i presupposti, essere supportata dal *riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti*, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi (corsivo nostro)>>. Su questa scia si pongono le sentenze successive secondo le quali l'ammortamento degli interventi fatti dal concessionario uscente devono essere "prese in considerazione" nel bandire la nuova gara[22].

[20] Cons. Stato, sez. VII, 19 marzo n. 2679, par. 5

[21] Cons. Stato, sez. VII, 20 maggio 2024, n. 4479; Cons. Stato, sez. VII, 20 maggio 2024, nn. 4480 e 4481.

[22] Secondo Cons. St., sez. VII, 19 marzo 2024, n. 2679 <<l'ammortamento degli investimenti sostenuti dovrà, ove ne ricorrano i presupposti, costituire oggetto di considerazione in sede di indizione delle procedure competitive

ISSN 2036-7821

Ma una significativa novità si può riscontrare nelle più recenti sentenze del 2024. Infatti, nel giudicare sulle richieste di indennizzo, tali decisioni non solo le ritengono possibili, ma lo fanno richiamando l'art. 4, c. 2, l. i) della inattuata legge delega 118/2022, secondo cui un principio della futura legge è la <<definizione di criteri uniformi per la quantificazione dell'indennizzo da riconoscere al concessionario uscente, *posto a carico del concessionario subentrante* (corsivo nostro)>>.

Richiamando i principi della delega, il giudice amministrativo "suggerisce" al legislatore una soluzione che potrebbe soddisfare le parti di un conflitto che ha comportato una incertezza regolatoria ventennale, senza entrare in conflitto con le decisioni della Corte di giustizia: rigettata l'ipotesi di un ristoro per il concessionario uscente a titolo di affidamento, si potrebbe prevedere un indennizzo ovviamente non a carico della parte pubblica concedente, ma del concessionario subentrante.

La discussione sull'eventuale indennizzo comporta una valutazione sui costi effettivamente sostenuti dai concessionari.

E' noto che i ricavi che lo Stato ottiene da tali concessioni sono irrisori rispetto ai ricavi dei concessionari, come confermato in tutte le analisi svolte e, anche di recente, dalla Corte dei conti nel rendiconto dello Stato 2023.

E' stato da molti osservato che l'esiguità dei canoni concessori e la scarsa capacità di esigerli sia anche dovuto al fatto che il soggetto che gestisce la spiaggia (il Comune) non ha interesse a vigilare sul concessionario poiché i ricavi spettano allo Stato[23].

Come in ogni giallo che si rispetti il colpevole è sempre il maggiordomo, così anche nella diuturna vicenda delle concessioni turistico-balneari il colpevole è prima di tutto il legislatore.

Ma se c'è una vittima quella è la certezza del diritto[24], oltraggiata da comportamenti inerti e contraddittori che fanno male alla fiducia che i cittadini ripongono nelle tradizionali funzioni dello Stato, sia esso il legislatore, il giudice o il pubblico amministratore.

Per questo, considerati gli spiragli di novità che si possono cogliere nella giurisdizione più recente, sarebbe il caso di trovare al più presto una definitiva soluzione.

---

di assegnazione delle concessioni, potendo essere supportato dal riconoscimento di un indennizzo in favore dei concessionari uscenti>>.

[23] In tal senso anche: G. della Cananea, M. De Benedetto, F. Di Lascio, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*.

[24] Sia consentito rinviare a F. Manganaro, *Cenni sulla (in)certezza del diritto*, in *Dir. e proc. amm.*, 2, 2019, 297 ss.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La prestazione sanitaria automatizzata, tra (nuovi) compiti e (vecchie) responsabilità

di Giuseppe La Rosa

(Professore associato di diritto amministrativo nell'Università Telematica San Raffaele Roma)

Sommario

1. Introduzione e obiettivi dell'indagine. – 2. Le prestazioni sanitarie automatizzate: profili di imputabilità. - 3. La riorganizzazione della sanità pubblica digitalizzata: tra ambiziose sfide e nuovi compiti. – 4. La responsabilità sanitaria: la posizione della struttura sanitaria pubblica. - 5. Segue: la posizione dell'operatore sanitario nell'ambito della responsabilità amministrativa. - 6. Considerazioni conclusive: la digitalizzazione sanitaria e il suo inevitabile attuale 'costo' per il sistema.

Abstract

This essay examines the transition towards digitalization in the healthcare sector, delving into the theoretical issues and regulatory concerns previously highlighted in administrative activities and public organization. It focuses on the significance of health as a fundamental good, the organizational challenges of public healthcare facilities, and the current digital culture in the sector. By distinguishing between weak and strong digitalization, it explores the accountability profiles of automated healthcare services, including the implications of telemedicine and artificial intelligence. The delicate issue of healthcare responsibility between public institutions and healthcare providers is addressed, highlighting the challenges and benefits of digitalization for the healthcare system.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione e obiettivi dell'indagine[1].

La digitalizzazione nell'ambito sanitario ripropone i problemi teorici e le preoccupazioni dommatiche che la dottrina ha già avuto modo di evidenziare con riguardo all'attività amministrativa[2], all'organizzazione pubblica[3] e con specifico riguardo alle ipotesi caratterizzate da incertezza scientifica[4]. Tuttavia, la rilevanza del 'bene' salute, le endemiche difficoltà organizzative e gestionali delle strutture sanitare pubbliche - dovute anche a una strutturale carenza di personale, a cui il legislatore sembra offrire goffi rimedi volti ad elevare a 72 anni l'età massima pensionabile[5] -, l'attuale cultura digitale «elementare»[6] del personale pubblico,

[1] Il presente contributo riproduce, con adattamenti, aggiornamenti e ampliamenti, l'intervento dell'autore al Convegno "*Intelligenza artificiale amministrativa (IAA). Principi e regole per l'esercizio delle funzioni pubbliche*" del 4 e 5 luglio 2024 organizzato dall'Università del Foro Italico e dall'INPS presso Palazzo Wedekind.

[2] La dottrina in argomento è già consistente. Tra i principali e più recenti lavori, si rinvia a G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, 2023, Milano; G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Il dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2021, 431; M. INTERLANDI, *Ma siamo davvero sicuri che l'intelligenza artificiale sia più efficiente di quell'umana? Spunti di riflessione sulla decisione amministrativa algoritmica rispetto alle garanzie personali e ai rischi di possibili discriminazioni (cd. Bias) e di minacce per la democrazia*, in *www.irpa.eu*, 2021; A. BARONE, *Amministrazione del rischio e intelligenza artificiale*, in *European Review of Digital Administration & Law*, 2020, 39; M.C. CAVALLARO, *Imputazione e responsabilità delle decisioni automatizzate*, in *European Review of Digital Administration & Law*, 2020, 69; E. CALZOLAIO, *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Padova, 2020; E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 273; A. CASSATELLA, *La discrezionalità amministrativa nell'età digitale*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, 675; P. FORTE, *Diritto amministrativo e* data Science. *Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AAI)*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2020, 247; M.C. CAVALLARO-G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 2019, 1; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubb.*, 2019, 5; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Napoli, 2019; V. CANALINI, *L'algoritmo come atto amministrativo informatico e il sindacato del giudice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 781; A.G. OROFINO-R.G. OROFINO, *L'automazione amministrativa: imputazione e responsabilità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1300. Il tema, chiaramente, è stato approfondito anche dalla dottrina straniera, tra i cui principali contributi, si richiamano L. LU CHEN-S. MIRPUR-N. RAO-N. LAW, *Conceptualization and measurement of digital citizenship across disciplines*, in *Educational Research Review*, 2021; J. TOMLISON, *Justice in Automated Administration*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2020, 708; B.W. WIRTZ-J.C. WEYERER-C. GEYER, *Artificial Intelligence and the Public Sector. Applications and Challenges*, in *International Journal of Public Administration*, 2019, 569; F. MOURIESSE, *L'opacité des algorithmes et la transparence administrative*, in *Revue française de droit administratif*, 2019, 45; Y. BATHAEE, *The Artificial Intelligence Black Box and the failure of intent and causation*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2018, 890.

[3] G.M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, 2022, 601; P. PIRAS, *L'amministrazione digitale tra divari e doveri. "Non camminare davanti a me, ma al mio fianco"*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2020, 417.

[4] A. BARONE, *Amministrazione del rischio e intelligenza artificiale*, cit.

[5] Il riferimento è al comma 164-*bis* dell'art. 1 della legge 30 dicembre 2023, n. 213, inserito dall'art. 4, comma 6-*bis*, del d.l. 30 dicembre 2023, n. 215, convertito con modificazioni dalla legge 23 febbraio 2024, n. 18, a tenore del quale «anche al fine di fare fronte alle esigenze di formazione e tutoraggio […], nonché di fronteggiare la grave carenza di personale, le aziende del Servizio sanitario nazionale, fino al 31 dicembre 2025, possono trattenere in servizio, su istanza degli interessati, i dirigenti medici e sanitari dipendenti del Servizio sanitario nazionale, in deroga ai limiti previsti dall'articolo 15-nonies del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, fino al compimento del settantaduesimo anno di età e comunque non oltre la predetta data del 31 dicembre 2025»;

ISSN 2036-7821

certamente acuita nell'ambito sanitario dalla circostanza che l'età media dei medici supera i 50 anni[7], nonché l'elevata litigiosità che da sempre affligge il settore, impongono di seguire un approccio che, partendo dalle sue specificità, conduca a una attenta ponderazione dei rapporti tra sanità e digitalizzazione, anche al fine di meglio definire i nuovi compiti, cui l'organizzazione sanitaria e i medici sono chiamati e le corrispondenti responsabilità.

In tale prospettiva, è necessario prendere le mosse dalla comunemente accettata distinzione tra digitalizzazione *debole* e digitalizzazione *forte*, che nell'ambito sanitario trova una certa corrispondenza nella telemedicina[8], da un lato, e nell'utilizzo di strumenti di intelligenza artificiale, dall'altro.

La telemedicina[9] consiste nella prestazione di assistenza sanitaria a distanza, ossia in situazioni in cui il paziente e un professionista (o più professionisti) non si trovano nello stesso luogo, tramite l'utilizzo delle tecnologie della informatica e della comunicazione[10]. Essa, chiaramente, non rappresenta un'autonoma specializzazione, ma costituisce uno strumento attraverso cui le tradizionali specializzazioni mediche

misura che si estende anche al personale collocato in quiescenza a decorrere dal 1 settembre 2023 avendo maturato i requisiti anagrafici e contributivi per il pensionamento di vecchiaia.

[6] Così qualificata da S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, spec. 141;

[7] Il dato è tratto da https://www.saluteinternazionale.info/2024/01/la-grande-crisi-del-ssn-1/.

[8] Il riferimento alla telemedicina, tuttavia, non ha carattere di esclusività, dal momento che sono riconducibili nell'alveo della digitalizzazione *debole* anche le c.dd. 'terapie digitali', le quali sono intese come quelli strumenti che «offrono interventi terapeutici che sono guidati da programmi software di alta qualità, basati su evidenza scientifica ottenuta attraverso sperimentazione clinica metodologicamente rigorosa e confermatoria, per prevenire, gestire o trattare un ampio spettro di condizioni fisiche, mentali e comportamentali» (così G. GUSSONI, *Terapie Digitali, una opportunità per l'Italia*, in *Tendenze Nuove*, 01/2021. In argomento, si v. G. CAPILLI, *Innovazione tecnologica e responsabilità: un breve sguardo alla "sanità mobile" (mHealth)*, in *EJPLT*, 2023, 56.

[9] La telemedicina è oggetto di analisi dalla dottrina nelle diverse discipline. Limitandoci alla dottrina amministrativistica, tra gli studi che affrontano la telemedicina, si v. A. MAZZA LABOCCETTA, *Telemedicina: sfide, problemi, opportunità*, in *Federalismi.it*, 2023, 135; F. APERIO BELLA, *The Role of Law in Preventing "Remote" Defensive Medicine: Challenges and Perspectives in the Use of Telemedicine*, in *Federalismi.it*, 2023, 305; G. LOFARO, *Piattaforma di Telemedicina e Fascicolo Sanitario Elettronico: il raccordo dei flussi informativi per i servizi sanitari digitali alla luce delle nuove linee guida*, in *Amministrativ@mente*, 2023, 892; Id. *La sicurezza dei dati sanitari nelle "smart technologies" quale strumento di realizzazione del diritto alla salute tra telemedicina ed intelligenza artificiale*, in dirittifondamentali.it, 2022, 120; Id. *Rilievi sulla validazione della telemedicina: modelli procedimentali e semplificazione gestionale della piattaforma*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2022, 231.

[10] Tale definizione può farsi risalire al 1997 a opera della Organizzaizone Mondiale della Sanità: si v. WHO GROUP CONSULTATION ON HEALTH TELEMATICS, A Health Telematics policy in support of WHO's Health for All Strategy for Global Health Development, Report of the WHO Group Consultation on Health Telematics, 11-16 December, Geneva, Switzerland, 1997, World Health Organization, 1998, spec. 10, (in *https://apps.who.int/iris/handle/10665/63857*), secondo cui «Telemedicine is the delivery of health care services, where distance is a critical factor, by all health care professionals using information and communications technologies for the exchange of valid information for diagnosis, treatment and prevention of disease and injuries, research and evaluation, and for the continuing education of health care providers, all in the interests of advancing the health of individuals and their communities»). Tale definizione è stata poi successivamente ribadita da Comunicazione Commissione 2008(689), Linee di indirizzo nazionali sulla telemedicina 2014, Indicazioni nazionali Ministero Salute 2020.

vengono erogate e in base alle specifiche applicazioni viene distinta in: tele-visita (o tele-assistenza), in cui il medico interagisce a distanza e in tempo reale con il paziente; tele-cooperazione, in cui un medico fornisce assistenza da remoto a un collega che eroga la prestazione sanitaria alla presenza del paziente; tele-consulto, attività di consulenza tra più professionisti a distanza; tele-monitoraggio, relativo al controllo da remoto delle condizioni fisiche del paziente; tele-diagnosi. La telemedicina ha numerosi e concorrenti profili di vantaggio[11] che possono essere sintetizzati nella maggiore tempestività dell'assistenza medica; nell'incremento delle possibilità di accesso ai servizi sanitari anche per popolazione residente in zone remote, nonché nelle isole minori[12]; nella riduzione delle occasioni di ricovero e ospedalizzazione dei pazienti, con conseguente riduzione dei costi per la sanità; nel miglioramento della continuità assistenziale; nell'erogazione di prestazioni con continuità, specie nei confronti di malati cronici o anziani e in regime di maggiore sicurezza in situazioni di emergenza. A questi vantaggi, tuttavia, fanno da contraltare alcuni non trascurabili rischi, quali, ad esempio, la necessità di riorganizzazione dei processi di lavoro negli enti sanitari; l'analfabetismo tecnologico che riguarda una parte ancora consistente della popolazione, specie quella più anziana e che, a ben vedere, rileva sia con riguardo al personale sanitario che agli utenti a beneficio dei quali le prestazioni sono erogate; il possibile eccessivo ricorso a prestazioni in telemedicina, piuttosto che con forme tradizionali, giustificate non da ragioni sanitarie, quanto, piuttosto, da esigenze di contenimento dei costi.

Passando alle forme di digitalizzazione forte, viene in rilievo l'utilizzo della Intelligenza Artificiale (I.A.), intesa quale campo dell'informatica dedicato alla creazione di sistemi la cui finalità è quella di svolgere compiti che generalmente vengono svolti dall'uomo e nel cui alveo viene ricompreso il c.d. *Machine learning*, attraverso cui le macchine acquisiscono capacità generativa attraverso l'esperienza, fino a qualificarsi come *Deep learning*, ossia quali meccanismi computazionali che riproducono l'architettura delle reti neuronali pervenendo a risultati di fatto sovrapponibili a quelli umani[13]. Della I.A. dà ora una puntuale definizione il Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, recante "*regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i Regolamenti (ce) n. 300/2008, (ue) n. 167/2013, (ue) n. 168/2013, (ue) 2018/858, (ue) 2018/1139 e (ue) 2019/2144 e le direttive 2014/90/ue, (ue) 2016/797 e (ue) 2020/1828)*", del 14 maggio 2024 (nel prosieguo, più semplicemente,

[11] Cfr. L. FERRARO, *La Telemedicina quale nuova (e problematica) frontiera del diritto alla salute*, in *Il dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2022, 836.

[12] Sull'argomento si v. F. SAITTA, *La tutela della salute nelle isole minori: il punto della situazione*, in *Sanità pubblica e privata*, 2017, 5.

[13] Per una più puntuale analisi dei meccanismi tecnici di funzionamento di queste forme di I.A., si v. T.M. MITCHELL, *Machine Learning*, Boston, 1997, 2; I. GOODFELLOW-Y. BENGIO-A. COURVILLE, *Deep Learning*, Cambridge, 2016, 8.

ISSN 2036-7821

richiamato come "Regolamento I.A.), secondo cui la I.A. rappresenta «un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali». Tutt'altro che ipotesi futuristiche, gli strumenti di I.A. sono già diffusamente utilizzati in ambito sanitario[14]: è il caso, ad esempio, della PillCam Colon, diretta all'individuazione delle patologie intestinali in modo non invasivo ed indolore[15]; del *robot* Da Vinci[16], capace di agevolare notevolmente l'esecuzione della prestazione del chirurgo, atteso che il medico, collocato a distanza rispetto al piano operatorio, seduto su una postazione dotata di monitor e comandi, non esegue manualmente l'operazione chirurgica, ma si limita a muovere le braccia del *robot*, collegate a strumenti endoscopici, più precisi e meno invasivi rispetto alla mano umana; della anestesia roboticamente assistita, sistema con cui, tramite una piattaforma automatizzata, è possibile controllare i livelli di somministrazione dei farmaci anestetici, valutandone ogni istante le dosi all'interno di un sistema informatico a circuito chiuso; inoltre, nella fase post-operatoria e di riabilitazione, il paziente può essere supportato da tecnologie assistive all'esecuzione della terapia, attraverso sistemi di ausilio alla coordinazione motoria e al controllo del movimento, come nel caso di danni da ictus.

In definitiva, qualsiasi riflessione giuridica in argomento non può prescindere dalla considerazione circa l'attuale grado di penetrazione degli strumenti di I.A., pur tenendo conto dei benefici e dei rischi ad essi associati. L'I.A., quale strumento tecnologico avanzato che si frappone tra medico e paziente, con funzioni diagnostiche, chirurgiche o assistenziali, determina l'innegabile vantaggio di ottenere diagnosi più precise, ad esempio, potendo analizzare lastre e referti con una percentuale di esattezza e precisione non paragonabili a quelle ritraibili dall'attività umana, così come di ridurre il grado di invasività delle operazioni e delle sofferenze fisiche, con snellimento dei tempi di riabilitazione. Dall'altro canto, però, non sono certamente trascurabili i rischi sottesi al loro diffuso utilizzo: oltre alle preoccupazioni legate alla imprevedibilità collegata a un certo grado di incontrollabile indipendenza e alla radicale ristrutturazione del rapporto medico-paziente, sembra degna di una certa attenzione, anche nella prospettiva oggetto della

[14] Per una recente analisi delle forme di impiego di I.A. nella sanità, si v. F. FERRETTI, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile nel settore sanitario*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2023, 1852, spec. 1855.

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

[16] Sulle casistiche di utilizzo del Da Vinci, si v. lo studio di L.S. BORDEN-P.M. KOZLOWSKI-C.R. PORTER-J.M. CORMAN, *Mechanical Failure Rate of Da Vinci Robotic System*, in *The Canadian J. Urology*, 2007, 3499. Più di recente, anche, L. COPPINI, *Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile*, in *Poi. dir.*, 2018, 724.

ISSN 2036-7821

presente analisi, la modifica del ruolo dell'operatore sanitario che, anziché eseguire direttamente tutte le fasi della prestazione sanitaria, in certi casi si colloca piuttosto nella fase finale della stessa, vedendo relegare il suo ruolo a "mero" controllore e validatore dell'attività diagnostica eseguita dal software. Tale drastico mutamento di ruolo, peraltro, sottende l'ulteriore rischio di una eccessiva sopravvalutazione delle attività delle macchine, con conseguente dequalificazione del personale sanitario. Sul punto, sono significativamente preoccupanti i risultati di uno studio condotto dai ricercatori della City University of London[17] sulla lettura di 180 mammografie da parte di 50 professionisti, all'esito del quale è stata constatata la riduzione della sensibilità diagnostica del 14,5% per il rilievo di cancro mammario nei medici più esperti, quando a questi erano state sottoposte immagini di difficile lettura accompagnate dall'interpretazione da parte del computer, mentre solo un aumento dell'1,6% della sensibilità diagnostica è stato rilevato grazie all'impiego dei computer nel sottogruppo dei medici meno esperti a cui sono stati presentati casi di più agevole comprensione.

2. Le prestazioni sanitarie automatizzate: profili di imputabilità.

La richiamata indipendenza che caratterizza i sistemi di I.A. pone il serio problema circa la imputabilità delle attività e dei danni eventualmente cagionati a terzi dagli stessi alla struttura sanitaria e/o all'operatore medico che tale strumentazione tecnologica ha utilizzato. La questione è tutt'altro che teorica, se solo si pensi al crescente utilizzo di tali strumenti, in uno con le concrete ipotesi in cui si sono già verificati danni conseguenti al loro impiego in sanità: si pensi, ad esempio, al decesso del paziente a causa di una eccessiva dose di radioterapia somministrata da un *robot*[18] ovvero agli oltre cinquecento contenziosi legali nel solo 2021 che l'utilizzo del robot *Da Vinci* ha causato negli Stati Uniti[19].

Accedendo alla tripartizione proposta in dottrina[20] tra *robot tele-operati*, i quali sono strumenti nelle mani dell'operatore che ne detiene completamente il controllo, i *robot autonomi*, che sono in grado di svolgere il compito affidato in autonomia durante la fase di attuazione e di esecuzione e i *robot cognitivi*, che sono invece dotati di maggiore autonomia, anche in relazione alla loro capacità di adattarsi agli stimoli dell'ambiente esterno, il problema, a ben vedere, si pone con specifico riferimento alle ultime due categorie, dovendosi considerare i primi in modo non dissimile

[17] A.A. POVYAKALO-E. ALBERDI, L. STRIGINI, P. AYTON, *How to discriminate between computer-aided and computerhindered decisions: a case study in mammography*, in *Med. Dec. Mak.*, 2013, 98.

[18] C. ROSSELLO, *Software difettoso e responsabilità da prodotto*, in *Economia e diritto del terziario*, 1993.

[19] Il dato è tratto da F. LORÉ-P. MUSACCHIO, *Intelligenza artificiale, tra profili di responsabilità e protezione dei dati personali: aspetti* de jure condito *e prospettive* de jure condendo, in *Amministrativ@mente.it*, 2024, 27, spec. 40.

[20] Cfr. A. SANTOSUOSSO-C. BOSCARATO-F. CAROLEO, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, 494.

ISSN 2036-7821

rispetto agli ordinari strumenti operatori (quali i bisturi, ad esempio), rispetto ai quali l'attività resa per il loro tramite è chiaramente imputabile al medico che ne ha fatto uso, nonché alla struttura sanitaria di riferimento[21].

Anche passando attraverso la possibilità di applicare alle ipotesi di danni causati dalla I.A. i meccanismi della responsabilità vicaria di cui agli artt. da 2047 a 2054 c.c.[22], seppur con consistenti rilievi critici[23], la dottrina ha avvertito l'esigenza di riconoscere alla I.A. una *personalità elettronica*[24], così rendendo possibile ascrivere ai *robot* una responsabilità diretta per i danni da loro arrecati[25], dotandoli all'uopo anche di un proprio patrimonio a mezzo di coperture assicurative[26], al fine di scongiurare il rischio di una possibile riduzione delle garanzie patrimoniali dei danneggiati[27]. Emblematica di tale esigenza è la Risoluzione 16 febbraio 2017 del Parlamento europeo, che, considerando che «grazie agli strabilianti progressi tecnologici dell'ultimo decennio, non solo oggi i robot sono in grado di svolgere attività che tradizionalmente erano tipicamente ed esclusivamente umane, ma lo sviluppo di determinate caratteristiche autonome e cognitive — ad esempio la capacità di apprendere dall'esperienza e di prendere decisioni quasi indipendenti — li ha resi sempre più simili ad agenti che interagiscono con l'ambiente circostante e sono in grado di alterarlo in modo significativo; che, in tale contesto, la questione della responsabilità giuridica derivante dall'azione nociva di un robot diventa essenziale» e che «più i robot sono autonomi, meno possono essere considerati come meri strumenti nelle mani di altri attori (quali il fabbricante, l'operatore, il proprietario, l'utilizzatore, ecc.); che ciò, a sua volta, pone il quesito se le regole ordinarie in materia di responsabilità siano sufficienti o se ciò renda necessari nuovi principi e regole volte a chiarire la responsabilità legale dei vari attori per azioni e

[21] Si v. C. PERLINGIERI, *Responsabilità civile e robotica medica*, in *Tecnologie e Diritto*, 2020.

[22] La ricostruzione delle diverse posizioni espresse dalla dottrina civilistica è proposta in F. LORÉ-P. MUSACCHIO, *Intelligenza artificiale, tra profili di responsabilità e protezione dei dati personali: aspetti* de jure condito *e prospettive* de jure condendo, cit., spec. 41 ss.

[23] U. RUFFOLO, *Per i fondamenti di un diritto della robotica self-learning: dalla machinery produttiva all'auto driverless: verso una responsabilità da algoritmo?*, in (AA.VV.), *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Milano, 2017, 27. È critica circa la possibilità di utilizzare queste forme di responsabilità anche F. FERRETTI, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile nel settore sanitario*, cit., in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, spec. 1864 ss.

[24] G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, trad. P. FEMIA, Napoli, 2019. Invero, come ben chiarito da U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e reponsabilità: la strategia della Commissione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1250, la questione circa l'attribuzione della soggettività giuridica si pone su un piano tecnico giuridico e non etico o naturalistico, atteso che esso ha quale unica finalità quella di individuare nuovi centri di imputazione giuridica.

[25] C. LEUROUX-R LABRUTO, *A green paper on legal issues in robotics*, *The European robotics coordination action*, 2012.

[26] Così M. INFANTINO, *La responsabilità per danni algoritmici: prospettive europeo-continentali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 1784.

[27] Il profilo è ben indagato in G. PASSAGNOLI, *Regolamento giuridico e tutele nell'intelligenz artificiale*, in *Pers. e mercato*, 2019, 79; A. MARCHINI, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile: dal 'responsability gap' alla 'personalità elettronica dei robot'*, in (a cura di S. DORIGO) *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pisa 2020, 231.

ISSN 2036-7821

omissioni imputabili ai robot, qualora le cause non possano essere ricondotte a un soggetto umano specifico, e se le azioni o le omissioni legate ai robot che hanno causato danni avrebbero potuto essere evitate», ha auspicato, tra l'altro, «l'istituzione di uno status giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come *persone elettroniche responsabili* di risarcire qualsiasi danno da loro causato».

Questa impostazione - oltre che trascurare come la I.A., in realtà, non segua fini propri, ma di terzi, ossia dei suoi utilizzatori, con la conseguenza che non potrebbe essere giuridamente intesa come *altro* rispetto al suo utilizzatore (e ciò non solo sull'ovvio piano naturalistico, ma anche su quello tecnico-giuridico) - sembra non perseguibile laddove si ponga mente ai caratteri distintivi delle prestazioni sanitarie, le cui peculiarità sono tali da distinguerle rispetto alla generalità delle prestazioni rese dalla pubblica amministrazione[28].

Sul piano della riflessione dommatica, si ritiene che agli esiti cui è giunta la dottrina nel ritenere che la *decisione* automatizzata si traduca in un supporto tecnico (accertamento tecnico) a una attività amministrativa rispetto alla quale tuttavia la decisione finale deve sempre essere assunta dall'uomo, di cui questi quindi resta l'unico responsabile[29], specie laddove i margini di incertezza scientifica rendano necessaria una ponderazione più accurata di tutti gli interessi in rilievo[30], si perviene con riferimento alla *prestazione* sanitaria automatizzata. Pur non potendosi certamente trascurare l'ontologica differenza tra attività provvedimentale e attività materiale di erogazione di prestazioni, sottesa alle due ipotesi in esame, è pur sempre vero come in entrambi i casi l'utilizzo della I.A. nell'ambito della funzione amministrativa (a prescindere, quindi, dalla natura provvedimentale o meno dell'attività) determini, da un lato, una modifica dell'assetto organizzativo dell'ente pubblico (sul punto si tornerà *infra*) e, dall'altro, che sull'attività dell'agente (pubblico funzionario od operatore sanitario), in qualche modo, interferisce un elemento esterno, rappresentato, appunto, dallo strumento tecnologico. In entrambi i casi, in sostanza, l'organizzazione amministrativa si arricchisce di uno strumento digitale, che – con modalità diverse – interagisce con l'operatività dell'agente (umano) al fine di rendere una determinata funzione amministrativa. Ma è proprio valorizzando le peculiarità della prestazione sanitaria *automatizzata*, tanto rispetto all'attività amministrativa provvedimentale, quanto alla generalità delle funzioni

[28] La questione è così posta, condivisibilmente, da A. BARONE nella relazione al Convegno "Intelligenza artificiale amministrativa (IAA). Principi e regole per l'esercizio delle funzioni pubbliche" del 4 e 5 luglio 2024 organizzato dall'Università del Foro Italico e dall'INPS presso Palazzo Wedekind.

[29] Questa posizione è ben espressa, ad esempio, in G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, 2023, Milano; M.C. CAVALLARO-G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 2019, 1.

[30] A. BARONE, *Amministrazione del rischio e intelligenza artificiale*, cit.

ISSN 2036-7821

amministrative, che sembra emergere con immediata evidenza la costante necessità della preponderante presenza dell'uomo. In questo senso, si pensi all'art. 2232 c.c. che impone che sia il professionista ad eseguire personalmente l'incarico assunto; alla circostanza che l'attività sanitaria sia attività regolamentata e che deve essere esercitata necessariamente dal personale che abbia determinati requisiti e risulti iscritto all'albo; ancora, ai plurimi profili etici che, assieme alle valutazioni scientifiche, caratterizzano le scelte sanitarie e che per tale ragione non possono essere delegate al *software*, come si desume, ad esempio, dall'art. 5 del Codice deontologico dei medici, a tenore del quale «Il medico nell'esercizio della professione deve attenersi alle conoscenze scientifiche e ispirarsi ai valori etici fondamentali, assumendo come principio il rispetto della vita».

Questa ricostruzione, allo stato, sembra trovare conforto sul piano positivo, sebbene il quadro regolatorio sia ancora in fase di assestamento: il riferimento è al già richiamato Regolamento I.A. e all'attuale impostazione del DDL recante "*Schema di disegno di legge recante disposizioni e delega al governo in materia di intelligenza artificiale*".

Il Regolamento I.A., con specifico riferimento ai sistemi ad alto rischio - nel cui alveo rientrano, anche, quei sistemi «destinati a essere utilizzati dalle autorità pubbliche o per conto di autorità pubbliche per valutare l'ammissibilità delle persone fisiche alle prestazioni e ai servizi di assistenza pubblica essenziali, compresi i servizi di assistenza sanitaria, nonché per concedere, ridurre, revocare o recuperare tali prestazioni e servizi» (allegato III) -, prevede che «i sistemi di IA ad alto rischio sono progettati e sviluppati, anche con strumenti di interfaccia uomo-macchina adeguati, in modo tale da poter essere efficacemente supervisionati da persone fisiche durante il periodo in cui sono in uso» (art. 14, comma 1), tenendo conto che «la sorveglianza umana mira a prevenire o ridurre al minimo i rischi per la salute» (art. 14, comma 2).

Il DDL, dal canto suo, contiene più specifiche previsioni che, nell'ambito sanitario, militano concordemente verso la valorizzazione della "mano umana" nell'intero processo di utilizzo della I.A. L'art. 7, dopo avere precisato che «l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale contribuisce al miglioramento del sistema sanitario e alla prevenzione e cura delle malattie, nel rispetto dei diritti, delle libertà e degli interessi della persona, anche in materia di protezione dei dati personali» (comma 1), stabilisce che «i sistemi di intelligenza artificiale nell'ambito sanitario costituiscono un supporto nei processi di prevenzione, diagnosi, cura e scelta terapeutica, lasciando impregiudicata la decisione, che è sempre rimessa alla professione medica» (comma 5) e che «i sistemi di intelligenza artificiale utilizzati nell'ambito sanitario e i relativi dati impiegati devono essere affidabili e periodicamente verificati e aggiornati al fine di minimizzare il rischio di errori» (comma 6). A chiusura del quadro, quindi, l'art. 12, recante disposizioni in materia di professioni intellettuali, prevede che «l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale nelle professioni

ISSN 2036-7821

intellettuali è consentito esclusivamente per esercitare attività strumentali e di supporto all'attività professionale e con prevalenza del lavoro intellettuale oggetto della prestazione d'opera» (comma 1) e che «per assicurare il rapporto fiduciario tra professionista e cliente, le informazioni relative ai sistemi di intelligenza artificiale utilizzati dal professionista sono comunicate al soggetto destinatario della prestazione intellettuale con linguaggio chiaro, semplice ed esaustivo» (comma 2)[31].

Le considerazioni che precedono, dunque, consentono di rintracciare un quadro dommatico e positivo (sebbene ancora in fase di definizione) in cui all'I.A. viene relegato un ruolo meramente servente e strumentale rispetto all'attività sanitaria che (deve) resta(re) – in tutte le sue fasi – nel pieno dominio e controllo dell'operatore medico; di modo che, l'approccio antropocentrico alla I.A.[32], proprio nelle prestazioni sanitarie *automatizzate*, assume un'ineludibile centralità. A ben vedere, peraltro, tale arresto porta a una doppia conseguenza sul piano dell'ordinamento generale: da un lato, non sembra ammissibile che anche solo parti di prestazioni sanitarie siano rese attraverso l'esclusivo utilizzo di *software*, senza che su queste non vi sia un continuo, costante e penetrante apporto da parte dell'operatore sanitario, con l'ulteriore corollario che la commercializzazione e l'utilizzo di strumenti che tale controllo costante non consentono sembrerebbe inibito; dall'altro, l'utilizzo o meno della I.A. nella erogazione della prestazione sanitaria è *neutra* rispetto al meccanismo di imputazione della stessa e delle relative responsabilità.

Con specifico riferimento al profilo della imputabilità, dunque, sembra potersi

---

[31] A beneficio di un più puntuale quadro, si richiama anche il contenuto dell'art. 8, recante "*Ricerca e sperimentazione scientifica nella realizzazione di sistemi di intelligenza artificiale in ambito sanitario*", a tenore del quale: «1.I trattamenti di dati, anche personali, eseguiti da soggetti pubblici e privati senza scopo di lucro per la ricerca e la sperimentazione scientifica nella realizzzione di sistemi di intelligenza artificiale per finalità di prevenzione, diagnosi e cura di malattie, sviluppo di farmaci, terapie e tecnologie riabilitative, realizzazione di apparati medicali, incluse protesi e interfacce fra il corpo e strumenti di sostegno alle condizioni del paziente, di salute pubblica, incolumità della persona, salute e sicurezza sanitaria, in quanto necessari ai fini della realizzazione e dell'utilizzazione di banche dati e modelli di base, sono dichiarati di rilevante interesse pubblico in attuazione dell'articolo 32 della Costituzione e nel rispetto di quanto previsto nell'articolo 9 lettera g) del Regolamento UE 679/16.2. Ai medesimi fini, fermo restando l'obbligo di informativa dell'interessato che può essere assolto anche mediante messa a disposizione di un'informativa generale sul sito web del titolare del trattamento e senza ulteriore consenso dell'interessato ove inizialmente previsto dalla legge, è sempre autorizzato l'uso secondario di dati personali privi degli elementi identificativi diretti, anche appartenenti alle categorie indicate all'articolo 9 del regolamento UE n. 679/2016, da parte dei soggetti di cui al comma 1.3. I trattamenti di cui ai precedenti commi 1 e 2 devono essere oggetto di approvazione da parte dei comitati etici interessati e devono essere comunicati all'Autorità garante per la protezione dei dati personali con l'indicazione di tutte le informazioni previste dagli articoli 24, 25, 32 e 35 del Regolamento UE 679/16 nonché l'indicazione espressa, ove presenti, dei soggetti individuati ai sensi dell'articolo 28 del predetto Regolamento, e possono essere iniziati decorsi trenta giorni dalla predetta comunicazione se non oggetto di blocco disposto dall'Autorità garante per la protezione dei dati personali. 4. Restano fermi i poteri ispettivi, interdittivi e sanzionatori dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali».

[32] Parla di I.A. antropocentrica P. FORTE, *Diritto amministrativo e* Data Science. *Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AAI)*, cit.

ISSN 2036-7821

giungere a una riconciliazione con gli esiti cui la dottrina, già richiamata, è giunta con riferimento alla irrilevanza della I.A. rispetto al meccanismo di imputazione della decisione.

È però proprio sul diverso meccanismo di esecuzione che l'attività provvedimentale diverge da quella materiale, ponendo per la seconda problemi non direttamente riscontrabili nella prima. Scandita da specifiche puntuali fasi procedimentali e dal rispetto di termini acceleratori, l'attività provvedimentale determina un effetto sul piano giuridico allorquando sia adottato - e divenga efficace - il provvedimento amministrativo. Sebbene sussista una stretta interconnessione tra tutte le fasi del procedimento che all'adozione del provvedimento conducono, è indiscutibile che tra la formazione della volontà amministrativa (a seguito della istruttoria, più o meno complessa) e la formalizzazione della stessa (appunto con l'adozione del provvedimento) intercorra un ben preciso spazio temporale[33]. Lo iato temporale intercorrente tra l'esito dell'attività di formazione della volontà (istruttoria) e della formalizzazione della stessa (provvedimento amministrativo) ha certa rilevanza proprio laddove vi sia la (con)partecipazione della I.A. Quest'ultima, infatti, contribuendo nella fase di definizione della valutazione tecnica o dell'accertamento tecnico, che della decisione amministrativa sono il presupposto[34], si deve necessariamente collocare nella fase pre-provvedimentale, lasciando, dunque, all'organo deputato all'adozione del provvedimento il tempo necessario per effettuare quell'attività di verifica sul funzionamento dell'algoritmo e, dunque, sulla bontà degli *output* della macchina, di guisa che l'atto provvedimentale non può che essere adottato solo allorquando tale fase di verifica (necessariamente richiesta all'uomo) si sia conclusa. Siffatta modalità di determinazione degli effetti giuridici, tuttavia, non sempre è sovrapponibile all'attività materiale e, quindi, alla esecuzione delle prestazioni sanitarie. In particolare, mentre per alcune prestazioni (si pensi a quelle diagnostiche) l'intervento della I.A. si colloca in una fase antecedente e strumentale rispetto all'attività di valutazione sanitaria (potendo semmai supportare il medico 'suggerendo' un possibile percorso terapeutico), per altre prestazioni (specie quelle routinarie o di lieve complessità, nonché le attività riabilitative) l'I.A. eseguirebbe proprio la prestazione. In quest'ultimo caso, dunque, non è dubitabile che l'intervento (umano) del medico muterebbe sostanzialmente funzione, perdendo la necessaria centralità nella fase esecutiva, a dispetto di un ruolo preliminare (sull'*an*

[33] Di ciò si ha plastica evidenza, ad esempio, all'art. 6, comma 1, lett. e), l. n. 241/1990, secondo cui «l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale», nonché all'art. 25, comma 2-*bis*, d.lgs, n. 152/2006, che in materia di valutazione di impatto ambientale, dispone che la Commissione «predispon[e] lo schema di provvedimento di VIA. Nei successivi trenta giorni, il direttore generale del Ministero della transizione ecologica adotta il provvedimento di VIA».

[34] M.C. CAVALLARO-G. SMORTO, *op. cit.*

ISSN 2036-7821

di sottoporre il paziente al trattamento mediante I.A.) e di controllo nella fase di esecuzione, potendo semmai intervenire per bloccare l'esecuzione automatizzata della prestazione. L'avvertita necessità, tuttavia, che nell'ambito sanitario l'I.A. abbia un ruolo *servente* rispetto all'oggetto della prestazione, che deve sempre e comunque essere resa dall'operatore sanitario, induce a ritenere che, nell'attuale sistema, non possa darsi ingresso a sistemi di I.A. in tutti quei casi in cui l'attività da loro resa è sostitutiva di quella dell'operatore sanitario, al quale sarebbe solo riservato un ruolo nella fase di accesso o di mero controllo.

3. La riorganizzazione della sanità pubblica digitalizzata: tra ambiziose sfide e nuovi compiti.

Nella misura in cui la digitalizzazione è apprezzabile come strumento di miglioramento dell'efficienza e dell'efficacia dell'organizzazione pubblica e dell'attività amministrativa, nonché dell'innalzamento della qualità delle prestazioni, anche sanitarie, la sua implementazione e adeguata diffusione, a livello sia europeo sia nazionale, rappresenta una ineludibile prerogativa dell'ordinamento.

Sul piano europeo, da un lato, l'art. 3 TUE individua, tra i generali obiettivi dell'Unione europea, la promozione del «progresso scientifico e tecnologico», dall'altro lato, con specifico riferimento al settore sanitario, il TFUE prevede che «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di […] tutela della salute umana» (art. 9) e che «l'azione dell'Unione, che completa le politiche nazionali, si indirizza al miglioramento della sanità pubblica, alla prevenzione delle malattie e affezioni e all'eliminazione delle fonti di pericolo per la salute fisica e mentale» (art. 168). Nella richiamata cornice ordinamentale, quindi, viene in rilievo la Comunicazione della Commissione 2008(689), recante disposizioni "*sulla telemedicina a beneficio dei pazienti, dei sistemi sanitari e della società*", secondo cui la telemedicina, qualificata tanto quale *servizio sanitario*, quanto quale *servizio della società della informazione*, è apprezzata come strumento idoneo a migliorare la vita dei pazienti e dei professionisti sanitari. Passando attraverso l'Agenda Europea Digitale del 2010 (ove si auspicava una radicale diffusione dello sviluppo della telemedicina entro il 2020) e la *Telehealth Services Code of Practice for Europe* del 2013, in cui si segnala la necessità che spetti al paziente la possibilità di optare per l'erogazione dei servizi sanitari in modalità tradizionale, si giunge al Regolamento UE 2021/522, da cui si ricava un ulteriore impulso dello strumento, anche mediante l'auspicato ricorso alle comunicazioni satellitari per le regioni più isolate. Sempre a livello europeo, inoltre, viene il rilievo il già richiamato Regolamento I.A. che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale.

A livello statale, sebbene il tema dello sviluppo tecnologico non riceva espliciti

ISSN 2036-7821

riferimenti nella Carta costituzionale[35], la diffusione degli strumenti digitali a supporto dell'attività sanitaria e, in definitiva, a migliore tutela della salute sembra trovare un più che chiaro appiglio nel nostro sistema, sia costituzionale che legislativo. I plurimi e noti riferimenti presenti nella Carta alla «tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività» (art. 32 Cost.), al rilievo che l'iniziativa economica privata «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute» (art. 41 Cost.) e alla collocazione della tutela della salute tra i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, da garantire su tutto il territorio nazionale (art. 117, comma 2, lett. m), Cost.) devono essere letti nel contesto del buon andamento (art. 97 Cost.), rispetto al quale la digitalizzazione contribuisce certamente nel senso di un approccio evolutivo della buona amministrazione[36]. Su tale versante, del resto, è appena il caso di rilevare come nell'ordinamento nazionale vi siano plurime spinte verso la riorganizzazione digitale della pubblica amministrazione. Il riferimento è, certamente, all'art. 9 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, secondo cui «lo Stato favorisce ogni forma di uso delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini, anche residenti all'estero, al processo democratico e per facilitare l'esercizio dei diritti politici e civili sia individuali che collettivi», nonché all'art. 3-*bis* l. n. 241/1990, come modificato dal d.l. n. 76/2020, a tenore del quale «per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati». La spinta alla ri-organizzazione digitale ha riguardato anche il settore sanitario, in cui, da un lato, l'art. 5-*bis* d.lgs. n. 502/1992, già nella sua rubrica, manifesta l'obiettivo dell'ammodernamento tecnologico delle infrastrutture del sistema sanitario e, dall'altro, l'art. 1 l. n. 24/2017, significativamente rubricato "*Sicurezza delle cure in sanità*", dopo avere previsto che «la sicurezza delle cure si realizza anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative» (comma 2), ne affida il perseguimento a «tutto il personale, compresi i liberi professionisti che vi operano in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale» (comma 3). In sostanza, quindi, la digitalizzazione, nelle sue varie forme, rientra appieno nel programma promozionale, dal momento che contribuisce al migliore esercizio dei diritti civili, tra cui rientra la salute[37]. Il quadro così brevemente

[35] Cfr. G. PESCE, *L'intelligenza artificiale alla prova del diritto europeo: verso il diritto della paura?*, in *Amministrativ@mente.it*, 2024, 14.

[36] Sull'approccio evolutivo della buona amministrazione, si v. G.M RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede,* in *Dir. amm.*, 2022, 601.

[37] Sebbene con specifico riferimento alla telemedicina, in questo senso si v. A.L. TARASCO, *La telemedicina per lo sviluppo della sanità del Mezzogiorno: una introduzione giuridica*, in *AmministrazioneInCammino,* 2010.

ISSN 2036-7821

sunteggiato, peraltro, è arricchito da un variegato sistema di regolamentazione, tra cui, è possibile richiamare le Linee di indirizzo del 2014, i Rapporti dell'Istituto Superiore di Sanità nn. 12/2020 e 60/2020, l'Accordo adottato in Conferenza Stato-regioni del 17 dicembre 2020, recante "*Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni in telemedicina*", *nonché, più recentemente*, nonché i più recenti DM n. 77 del 23 maggio 2022, recante "*Modelli e standard per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale*", e DM del 21 settembre 2022, recante "*Approvazione delle linee guida per i servizi di telemedicina - Requisiti funzionali e livelli di servizio*" (su cui si tornerà in seguito per maggiori dettagli).

Nel tessuto normativo sopra richiamato e in vista degli ambiziosi obiettivi sottesi al PNRR, l'Amministrazione sanitaria italiana, quindi, si trova ora davanti alla necessità di provvedere a una seria e sistematica riorganizzazione, che non deve essere tuttavia limitata al mero rinnovamento del "parco tecnologico" ovvero all'utilizzo di infrastrutture e piattaforme digitali più o meno avanzate al fine di rendere le (classiche) prestazioni anche in modalità digitale, ma deve vedere la stessa amministrazione porsi come attore – e, in qualche modo, artefice – del cambiamento tecnologico. Con un cambio di passo rispetto alla tradizionale impostazione che ha visto le Amministrazione subire la transizione digitale, piuttosto che governarla attivamente[38], quindi, la capillare diffusione degli strumenti digitali nella erogazione delle prestazioni sanitarie sottende la necessaria implementazione di modelli organizzativi che siano tesi verso una modifica culturale, prima che infrastrutturale. Certamente, da questa prospettiva, non può sfuggire che la diffusione della digitalizzazione è - certamente nella prima fase di avvio - un *costo*, nella misura in cui determina un consistente incremento delle attività e dei compiti al cui rispetto, tanto la struttura amministrativa sanitaria, quanto il personale dipendente, sono chiamati. In tale prospettiva, utili spunti si ricavano da alcuni dei principali testi regolamentari, di cui giova richiamare le più rilevanti previsioni sul punto, con l'obiettivo di dare atto della complessità e della variegata eterogeneità dei compiti che vengono in rilievo.

Il Regolamento I.A. prevede, tra i compiti cui sono chiamate le Autorità che fanno uso degli strumenti di I.A. con rischio alto (nel cui alveo rientrano anche quelle utilizzate in ambito sanitario): adottare misure per garantire un livello sufficiente di alfabetizzazione in materia di IA del proprio personale nonché di qualsiasi altra persona che si occupa del funzionamento e dell'utilizzo dei sistemi di I.A. per loro conto, prendendo in considerazione le loro conoscenze tecniche, la loro esperienza, istruzione e formazione nonché il contesto in cui i sistemi di I.A. devono essere utilizzati, e tenendo conto delle persone o dei gruppi di persone su cui i sistemi di

[38] P. PIRAS, *L'amministrazione digitale tra divari e doveri. "Non camminare davanti a me, ma al mio fianco"*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2020, 417.

ISSN 2036-7821

I.A. devono essere utilizzati (art. 4); adottare idonee misure tecniche e organizzative per garantire di utilizzare tali sistemi conformemente alle istruzioni per l'uso che accompagnano i sistemi (art. 26, comma 1); affidare la sorveglianza umana a persone fisiche che dispongono della competenza, della formazione e dell'autorità necessarie nonché del sostegno necessario (art. 26, comma 2); garantire che i dati di input siano pertinenti e sufficientemente rappresentativi alla luce della finalità prevista del sistema di I.A. ad alto rischio (art. 26, comma 4); monitorare il funzionamento del sistema di I.A. ad alto rischio sulla base delle istruzioni per l'uso e, se del caso, informare i fornitori di eventuali danni (art. 26, comma 5); effettuare una valutazione dell'impatto sui diritti fondamentali che l'uso di tale sistema può produrre (art. 27).
Ulteriori compiti si ricavano dal d.m. n. 77 del 23 maggio 2022[39] e dal d.m. 21 settembre 2022[40]. Quanto al d.m. 23 maggio 2022, è appena il caso di rilevare come in esso, da un lato, viene specificato che è responsabilità professionale dell'operatore sanitario la valutazione circa la idoneità dell'assistito alla fruizione delle prestazioni in telemedicina, in quanto siano deputati a individuare gli strumenti più idonei per il singolo paziente in un'ottica di proporzionalità, appropriatezza, efficacia e sicurezza, nonché pieno rispetto dei diritti della persona; dall'altro, è espressamente previsto che questi siano «opportunamente formati all'uso delle tecnologie». D'altro canto, affinché le prestazioni di telemedicina possano essere attivate, è necessaria una preventiva adesione da parte dell'assistito, che si rende disponibile al contatto telematico, all'interazione documentale e informativa con il professionista sanitario e a utilizzare i previsti sistemi di comunicazione remota, secondo le normative vigenti in tema di privacy e sicurezza. In questo contesto, se il paziente è disponibile a ricevere la prestazione in telemedicina dal domicilio, il suo *profilo tecnologico*, ossia la sua conoscenza e capacità d'uso degli strumenti informatici, deve diventare parte dell'anamnesi. Al variare del tipo di prestazione di telemedicina erogata, e dei relativi requisiti minimi e dispositivi accessori associati, per il singolo assistito dovrebbero essere valutati i seguenti aspetti: «1. se sa usare o è in grado di imparare ad usare gli strumenti digitali di comunicazione (es. smartphone, tablet, computer con webcam); 2. se può usare autonomamente tali strumenti (disabilità fisica e cognitiva potrebbero limitarne la possibilità; 3. se può essere aiutato da un familiare o un caregiver nell'uso di tali strumenti; 4. l'idoneità al domicilio della rete internet, degli impianti (elettrici, idraulici, etc.), degli ambienti e delle condizioni igienico-sanitarie».
Con riguardo al d.m. 21 settembre 2022, si ritiene utile richiamare quanto in esso contenuto con sulla possibilità che un assistito possa usufruire dei servizi di telemedicina implementati a livello regionale. A tal fine, in particolare, viene previsto

[39] Il quale reca "*Modelli e standard per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale*".
[40] Che reca "*Approvazione delle linee guida per i servizi di telemedicina - Requisiti funzionali e livelli di servizio*".

ISSN 2036-7821

che l'assistito deve risultare *eleggibile* dal punto di vista clinico, tecnologico, culturale e di autonomia o disponibilità di un *caregiver*, qualora necessario, nella fruizione dei servizi di telemedicina. Viene, quindi, precisato che l'eleggibilità clinica è effettuata «a giudizio insindacabile del medico», che, in base alle condizioni cliniche e sociali del paziente, valuta se proporre i servizi di telemedicina (ad esempio, una visita di controllo in modalità televisita). Senonché, il d.m. in parola stabilisce che «saranno, inoltre, valutate sia l'idoneità che la dotazione tecnologica di cui il paziente dispone (es. smartphone con caratteristiche adeguate all'istallazione di specifiche app per la televisita), e la capacità di utilizzo degli appositi kit per la telemedicina. In quest'ultimo caso può anche essere necessario un sopralluogo per verificare le caratteristiche fisiche, impiantistiche ed igieniche del domicilio del paziente. Contestualmente andranno verificati gli aspetti connessi con la digital literacy del paziente e/o del caregiver al fine di valutare l'appropriatezza dei dispositivi e il grado di autonomia nell'uso». Sebbene il testo manchi di specificare il soggetto su cui incombe il compito di effettuare tale ultima verifica, il mancato richiamo al medico, differentemente da quanto si ricava dal precedente capoverso, nonché i profili tecnici – e non sanitari – su cui tale attività di verifica dovrà concentrarsi, militano verso la individuazione di una o più ulteriori figure, all'interno dell'organizzazione sanitaria, a cui dovranno essere affidati tali compiti.

A questo punto, è agevole comprendere la profonda complessità organizzativa che la diffusione degli strumenti digitali nel comparto sanitario sottende. Oltre all'individuazione di nuove figure a cui affidare gli specifici compiti di verifica e di valutazione tanto della strumentazione digitale in uso presso le strutture sanitarie, quanto delle caratteristiche fisiche, impiantistiche ed igieniche del domicilio del paziente e gli aspetti connessi con la sua *digital literacy*, emerge con nitida chiarezza come incomba in capo alla struttura sanitaria l'adeguata formazione del personale. La previsione di piani di formazione specifica al fine di evitare le possibili distorsioni dovute ad un eccessivo affidamento riposto nel supporto tecnologico e anche al fine di innescare competenze *ad hoc* volte ad evitare malfunzionamenti o ad attivare in sicurezza mezzi di ripristino delle funzionalità in caso di *default* dovranno essere associate allo sviluppo di capacità di intervento in un dominio diverso da quello propriamente sanitario[41]. Anche la composizione dello *staff*, e dei turni di lavoro, dovranno tenere conto, almeno in una prima fase, della maggiore o minore predisposizione ad utilizzare il nuovo strumento al fine di non incidere negativamente sulla qualità della erogazione della prestazione.

Tali considerazioni, del resto, sono legate, a doppio filo, al profondo mutamento che l'utilizzo degli strumenti digitali determina anche sull'attività dell'operatore

[41] Si v. D. AMRAM, *La transizione digitale delle vulnerabilità e il sistema delle responsabilità*, in *Riv. italiana di medicina legale*, 2023, 1.

ISSN 2036-7821

sanitario e, quindi, in definitiva, sul novero delle responsabilità a cui il medico è chiamato. Ai sopra richiamati benefici che l'utilizzo delle nuove tecnologie determina in punto di migliore qualità, tempestività e precisione della prestazione sanitaria, fa da contraltare un consistente aggravamento dei compiti del medico. Su questi, infatti, oltre a quelli tipicamente connessi all'attività sanitaria, incombono (nuovi e inediti) doveri di vigilanza e intervento rispetto all'operato della macchina, imponendogli un particolare onere al fine di cogliere eventuali errori di *output*, anche per inadeguatezza rispetto alle concrete caratteristiche del caso specifico; spetta all'operatore sanitario, come visto, inoltre, una valutazione circa la eleggibilità del paziente ai fini dell'uso della telemedicina (valutazione che, peraltro, sembra non attenere unicamente ai profili clinici, ma si estende anche a quelli sociali), nonché la attenta ponderazione circa i limiti e le peculiarità dell'utilizzo della telemedicina anche ai fini dell'anamnesi.

4. La responsabilità sanitaria: la posizione della struttura sanitaria pubblica.

Al consistente incremento dei compiti a cui l'operatore sanitario che agisce attraverso gli strumenti digitali è chiamato corrisponde una estensione dei conseguenti profili di responsabilità, le cui peculiarità hanno indotto parte della dottrina a ipotizzare l'emersione di una nuova forma di *malpractice*, definendola *teleneglicence*[42]. Del resto, costituisce dato di comune esperienza, aldilà delle specifiche indicazioni formulate nelle surrichiamate disposizioni regolamentari, come le applicazioni digitali necessitino anche della gestione di tecnologie complesse, quali prescrizione di farmaci *online*, strumenti di misurazione a distanza di parametri vitali o biochimici, *robot* per interventi chirurgici, al punto che in dottrina si è, condivisibilmente, evidenziato come la telemedicina, ad esempio, sia, contemporaneamente, un servizio sanitario e un servizio informatico, alla stessa dovendosi applicare entrambe le discipline normative[43]. In altre parole, l'erogazione delle prestazioni sanitarie mediante l'uso di strumenti digitali (dai più semplici ai più complessi) accresce il novero delle responsabilità, non potendosi ipotizzare che, sul piano eziologico, l'interazione dello strumento tecnologico interrompa la relazione medico-paziente. E ciò è certamente intuibile con riferimento alla erogazione delle prestazioni attraverso la telemedicina, ma non è diversamente opinabile allorquando si faccia uso dei più complessi sistemi di I.A. Anche in questo caso, infatti, come si è sopra detto (§ II), quantunque l'attività medica sia intermediata (in vario modo) dagli strumenti tecnici, essi giammai possono assurgere a funzioni diverse da quelle riconoscibili a meri supporti, con ciò, dunque, non potendo incidere sulla individuazione della

[42] Il dibattito è riportato con puntualità di riferimenti in G. LOFARO, *Rilievi sulla validazione della telemedicina: modelli procedimentali e semplificazione gestionale della piattaforma*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2022, 231, spec. 246.

[43] Così si v. V.L. RAPOSO, *Telemedicine: The legal framework (or the lack of it) in Europe*, in *GMS Health Technol Assess*, 2016, 12.

ISSN 2036-7821

responsabilità della struttura e dell'operatore sanitario che di tale strumento si sia avvalso. In punto normativo, del resto, significativamente, l'art. 7 l. n. 24/2017, con norma imperativa (comma 5), dopo avere stabilito che «la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose» (comma 1), ha cura di precisare che tale responsabilità si applica «anche alle prestazioni sanitarie svolte […] attraverso la telemedicina». Del resto, più in generale, è appena il caso di ricordare come la responsabilità della struttura sanitaria sia connessa alla violazione del c.d. contratto di spedalità, che comprende un insieme eterogeneo di prestazioni, tra cui le attività sanitarie rese dal personale qualificato, la messa a disposizione di una adeguata, funzionale e idonea organizzazione, di cui oggi non possono che far parte anche gli strumenti tecnologici[44].

In tal senso, sul piano positivo, militano, da un lato, l'art. 1 della l. 24/2017 che stabilisce che «la sicurezza delle cure si realizza anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative» (comma 2) e, dall'altro, l'art. 5-*bis* d.lgs. n. 502/1992, la cui rubrica lumeggia sulla rilevanza dell'ammodernamento tecnologico nell'ambito dell'adeguamento infrastrutturale del sistema sanitario. Anche il DDL I.A. afferma che «i sistemi di intelligenza artificiale utilizzati nell'ambito sanitario e i relativi dati impiegati devono essere affidabili e periodicamente verificati e aggiornati al fine di minimizzare il rischio di errori», così individuando un chiaro compito in capo alle strutture sanitarie, il cui inadempimento determina l'insorgere di corrispondenti responsabilità. Infatti, la circostanza che gli strumenti di I.A. rientrino nella sfera organizzativa della struttura sanitaria determina la loro riconducibilità tra i fattori

[44] Cfr. Cass., Sez. III, 15 marzo 2024, n. 7074, secondo cui «il titolo della responsabilità della struttura sanitaria non muta a seconda che venga dedotto l'inadempimento delle obbligazioni afferenti alla prestazione sanitaria in senso stretto ovvero di quelle correlate a profili strutturali e organizzativi, trattandosi, in entrambi i casi, di responsabilità diretta per fatto proprio derivante dalla violazione delle regole contrattuali riconducibili al cd. contratto di spedalità». Sul momento in cui sorge il contratto di spedalità e le obbligazioni conseguenti, cfr. Cass., Sez. III, 8 giugno 2023, n. 16272, secondo cui «in tema di responsabilità medica, la presa in carico di un paziente da parte di una struttura sanitaria inserita nella rete del SSN, per la sottoposizione ad un trattamento medico chirurgico, determina l'instaurazione di un rapporto contrattuale atipico a prestazioni corrispettive - il c.d. contratto di spedalità - idoneo a fondare, in caso di esito infausto dell'intervento, la legittimazione passiva dell'ente in relazione all'azione di responsabilità proposta dal paziente o dai suoi eredi, essendo a tal fine irrilevante che, nella organizzazione interna del Servizio Sanitario regionale, la struttura stessa e il suo personale siano stati posti sotto la direzione amministrativa e medica di un'altra istituzione pubblica, la cui responsabilità può eventualmente aggiungersi a quella della struttura sanitaria adita, senza però eliderne la titolarità del rapporto dal lato passivo». Per un approfondimento del tema, si v. R. SCOTTI, *La responsabilità civile dei danni cagionati da sistemi di intelligenza artificiale in ambito sanitario*, in *Giustizia Civile*, 2024, 158.

ISSN 2036-7821

interni all'attività del debitore, con la conseguenza che l'obbligazione cui lo tesso è tenuto risulti «governabile» e pertanto «al cospetto sia di un errore di natura tecnica, sia di una disfunzione propria dell'automa, rientrando lo stesso nella sfera organizzativa del debitore, […] esso comporterà una diretta responsabilità di quest'ultimo, salvo l'ipotesi di caso fortuito e di forza maggiore»[45]. È vero che tale impostazione è stata di recente puntualmente criticata da chi[46] ha ritenuto che l'utilizzo della I.A. non potrebbe giammai alterare la natura intrinseca della obbligazione e che le conseguenze in termini di responsabilità discendenti dall'utilizzo delle nuove tecnologie variano a seconda che l'obbligazione sia qualificabile come di mezzi o di risultato: ossia, nel caso di obbligazione di mezzi, si dovrebbe escludere che il debitore sia chiamato a rispondere del malfunzionamento di un sistema di I.A. che fuoriesce dall'ambito del proprio controllo, quale conseguenza del suo elevato grado di autonomia, opacità o imprevedibilità; nella diversa ipotesi di obbligazione di risultato, invece, gli errori o i malfunzionamenti dei sistemi di I.A. dovrebbero comunque ricadere su debitore della prestazione, dovendosi questi assumere tutti i rischi (anche imprevedibili e/o non governabili) discendenti dall'utilizzo del proprio apparato organizzativo. A parere di chi scrive, tuttavia, tale diverso approccio teorico non sembra possa alterare le conclusioni qui condivise con specifico riferimento all'ambito sanitario. E ciò, oltre che per la specifica natura del contratto di spedalità e per l'applicazione dello speciale quadro normativo di riferimento, cui sopra si è fatto cenno, anche per ulteriori considerazioni di più generale portata. Innanzitutto, la ridetta lettura non potrebbe comunque condurre all'esclusione della responsabilità del debitore nell'esecuzione di obbligazioni di mezzi, tutte le volte che il danno derivi dall'utilizzo della I.A. e sia conseguenza della carente necessaria competenza dell'operatore, dell'incapacità di rilevare la scorrettezza delle indicazioni fornite dal robot che fossero evincibili con l'ordinaria diligenza, nonché della scelta di utilizzare gli strumenti tecnologico anziché ricorrere ai metodi tradizionali, più opportuni nel caso di specie[47]: tutte ipotesi che, come sopra si è visto, sono tutt'altro che infrequenti nello svolgimento dell'attività sanitaria.

Da una concorrente prospettiva, inoltre, non può tacersi come le prestazioni sanitarie, tradizionalmente intese come esempio paradigmatico di obbligazioni di mezzi[48], siano state nel corso del tempo ricondotte, in parte, nell'alveo delle

[45] G. PROIETTI, *La responsabilità nell'intelligenza artificiale e nella robotica. Attuali e futuri scenari nella politica del diritto e nella responsabilità contrattuale*, Milano, 2020, 188 s.

[46] Il riferimento è al recente lavoro di M. FACCIOLI, *Responsabilità contrattuale e intelligenza artificiale*, in *Juscivile*, 2024, spec. 482 s.

[47] Tutte queste ipotesi, del resto, sono candidamente evidenziate proprio in M. FACCIOLI, *Responsabilità contrattuale e intelligenza artificiale*, cit. 482.

[48] *Ex multis*, cfr. G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, Roma, 2017, 82 ss.; G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato". Contributo alla*

ISSN 2036-7821

obbligazioni di risultato. In questo senso, la giurisprudenza ha qualificato come obbligazione di risultato gli interventi di natura estetica, le cure odontoiatriche, i c.d. interventi di facile esecuzione (o di routine), e tutte quelle ipotesi in cui «il risultato positivo è una conseguenza "statisticamente fisiologica" della prestazione professionale diligente» e che si può pertanto ravvisare un inadempimento dell'operatore sanitario «non solo allorquando alla
prestazione medica consegua l'aggravamento dello stato morboso o l'insorgenza di nuova patologia, ma anche quando l'esito risulti […] caratterizzato da inalterazione rispetto alla situazione che l'intervento medico-chirurgico ha appunto reso necessario. Lo stato di inalterazione si sostanzia nel mancato miglioramento […] costituente oggetto della prestazione cui il medico-specialista è tenuto, e che il paziente può legittimamente attendersi quale normale esito della diligente esecuzione della prestazione convenuta»[49]. Ebbene, il progressivo ampliamento delle ipotesi in cui la prestazione sanitaria è qualificabile come obbligazione di risultato, nonché il prevedibile maggiore utilizzo degli strumenti di I.A., almeno nell'immediato, proprio in quei casi maggiormente routinari, giustificano la concreta irrilevanza di questo ultimo orientamento ai fini che qui rilevano.

5. Segue: la posizione dell'operatore sanitario nell'ambito della responsabilità amministrativa.

Sembra assai più complesso apprezzare i profili di responsabilità, specie nel rapporto tra la struttura sanitaria pubblica e l'operatore sanitario, laddove il danno derivi da un non corretto utilizzo (da parte di quest'ultimo) degli strumenti tecnologici, siano essi riconducibili nell'alveo delle infrastrutture necessarie per la telemedicina ovvero siano ricompresi tra i (più complessi) *devices* di I.A. Si è già evidenziato [spec. § 3] come la invocata trasformazione digitale determini in capo all'operatore sanitario un sensibile incremento delle proprie responsabilità che si collocano variamente lungo tutta la "filiera" di utilizzo delle tecnologie digitali. Innanzitutto, al medico è richiesta una valutazione circa l'*an* di utilizzo dello strumento digitale, ossia se la situazione clinica, nonché la condizione sociale del paziente, consentono di ritenere, con approccio proporzionale e prudenziale, consigliabile o meno l'utilizzo di modalità telematiche; durante la fase di esecuzione della prestazione, l'operatore

teoria della responsabilità contrattuale, Napoli, 1999, spec. 157 ss. Va, peraltro, rilevato come, in ambito sanitario, la prestazione resa dal medico è ritenuta di particolare difficoltà soltanto allorquando essa richieda una preparazione professionale che risulti superiore a quella che si pretende dal professionista medio, avendo caratteri della eccezionalità e straordinarietà, «per non essere ancora stato adeguatamente studiato nella scienza e sperimentato nella pratica, ovvero per essere oggetto di dibattiti scientifici con sperimentazione di sistemi diagnostici, terapeutici e di tecnica chirurgica diversi o incompatibili» (così, M. FACCIOLI, *La responsabilità sanitaria tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, *in www.eclegal*, ove più ampi richiami di dottrina).

[49] Cass.,13 aprile 2007, n. 8826. La casistica è ripresa da M. FACCIOLI, *La responsabilità sanitaria tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, cit.

ISSN 2036-7821

sanitario deve essere in grado di rilevare con adeguata tempestività eventuali disfunzioni nel funzionamento della strumentazione tecnologica ed essere in grado di intervenire con puntualità al fine di evitare (o ridurre) conseguenze negative sul paziente; all'esito di un esame condotto attraverso strumenti di I.A., il medico è sempre chiamato ad effettuare un puntuale controllo sulle risultanze, al fine di evidenziare eventuali errori ovvero di adeguare la cura suggerita in ragione delle specificità del caso. A ben vedere, quindi, l'erogazione delle prestazioni sanitarie per mezzo degli strumenti digitali (siano essi riconducibili alla telemedicina ovvero ai dispositivi di I.A.) determina in capo all'operatore sanitario un incremento di compiti, con la conseguente possibile insorgenza di specifiche ipotesi di responsabilità in caso di danni derivanti dal loro mancato pedissequo rispetto secondo due linee. Da un lato, si assiste a una modifica *endogena* della prestazione a cui il sanitario è chiamato, ogni qualvolta che l'uso della tecnologia incide sulle modalità attraverso cui la prestazione (che mantiene ferma la sua piena riconducibilità all'*ars* medica) viene eseguita. È, ad esempio, quanto si verifica laddove il medico anziché refertare direttamente gli esiti di un esame diagnostico si "limiti" a verificare se la valutazione e refertazione operata dal dispositivo di I.A. siano adeguati o meno perché, in ipotesi, non tengono conto di alcuni elementi o specificità del caso. Nell'ipotesi descritta, in sostanza, la tecnologia non incide sulla scienza che il medico è tenuto a utilizzare, bensì sulle modalità attraverso cui la stessa viene adoperata; certamente, non senza trascurare i problemi e i rischi connessi all'approccio di *overreliance* sulla tecnologia che potrebbe, a ben vedere, ridurre il livello di attenzione e la meticolosità di approccio[50]. Dall'altro lato, si assiste a una modifica *esogena* delle prestazioni cui il sanitario è chiamato, laddove l'utilizzo adeguato delle tecnologie imponga ai sanitari di ampliare la propria perizia ben oltre il limite della medicina, fino a richiedere una comprensione di alcuni meccanismi, limiti e problemi, che, sottesi all'uso della macchina, impingono in scienze ultronee rispetto a quella medica. È il caso, ad esempio, della valutazione richiesta al medico circa il profilo tecnologico del paziente, ai fini dell'anamnesi, ovvero della necessità che il sanitario sia in grado di intervenire prontamente sul funzionamento di uno strumento digitale al fine di eliminare o ridurre i rischi che dal suo difettoso uso potrebbero derivarne[51].

Ora, se in entrambe le situazioni prospettate (ossia modifica *endogena* o *esogena* delle prestazioni sanitarie) non è possibile escludere la responsabilità della struttura sanitaria, la quale, come visto, risponde, in base a responsabilità contrattuale per i

[50] Significativo in questo senso sembra essere lo studio condotto da A.A. POVYAKALO-E. ALBERDI, L. STRIGINI, P. AYTON, *How to discriminate between computer-aided and computerhindered decisions: a case study in mammography*, in *Med. Dec. Mak.*, 2013, 98.

[51] Concordi indicazioni in questo senso si ricavano dai già richiamati d.m. n. 77 del 23 maggio 2022 e d.m. 21 settembre 2022, in tema di telemedicina.

ISSN 2036-7821

danni arrecati dal proprio personale e con la propria struttura organizzativa (a prescindere da possibili azioni di corresponsabilità e rivalsa nei confronti del fornitore del *device*[52]), si ritiene che assai diversa sia la posizione dell'operatore sanitario, rispetto all'azione di responsabilità amministrativa.

Come noto, l'art. 9, comma 5, l. n. 24/2017 dispone che l'operatore sanitario è soggetto alla responsabilità amministrativa laddove sia accertato che egli abbia agito con dolo o colpa grave e, ai fini della quantificazione del danno, fermo restando l'esercizio del potere riduttivo, il Giudice contabile deve tenere conto conto delle situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa, della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica, in cui l'esercente la professione sanitaria ha operato[53]. In mancanza di una disciplina speciale che trovi applicazione per i casi peculiari di cui qui si discute, si ritiene che debba farsi buon governo delle coordinate normative appena richiamate, di cui è auspicabile che si dia una interpretazione in linea con le mutate esigenze che la diffusione digitale sottende. In tale contesto, dunque, assume rilevanza la prospettata distinzione tra modifica *esogena* ed *endogena* che l'utilizzo della tecnologia determina nei confronti della prestazione sanitaria. In questa prospettiva, si ritiene che laddove il medico sia chiamato a un compito non direttamente riconducibile alla sua area di perizia (modifica *esogena*), degli eventuali danni da tale attività discendenti, il sanitario non potrà essere chiamato a rispondere per mancanza di colpa grave[54]. In mancanza di una definizione legislativa, il

[52] Sui tre livelli di responsabilità, tra cui la responsabilità di coloro che hanno contribuito a vario titolo alla realizzazione delle macchine intelligenti (fornitore dei dati, progettista, addestratore e via enumerando) e che potrebbero essere chiamati a rispondere per responsabilità da prodotto difettoso, si v. G. SALITO, *La responsabilità da algoritmo tra (teoria della) finzione e realtà sa nit aria: una nuova declinazione della responsabilità medica?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2022, 849.

[53] Sul sistema di responabilità amministrativa nel settore sanitario, sia consentito rinviare a G. LA ROSA, *Il danno erariale dell'operatore sanitario di strutture pubbliche e le tutele (apparenti) previste dalla legge n. 24/2017*, in *Tutela e sicurezza del lavoro*, 3/2019, 53. Per l'analisi degli impatti determinati sul sistema di responsabilità amministrativa dall'art. 21, c. 2, d.l. N. 76/2020, in via generale, si v. G. LA ROSA, *La "paura della firma" e la pillola avvelenata nel d.l. Semplificazioni 2020: prime considerazioni sui nuovi confini della responsabilità amministrativa*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2021 e, con specifico riferimento al settore sanitario, G. LA ROSA, *Gli effetti "perversi" della limitazione della responsabilità Amministrativa a opera dell'art. 21, c. 2, d.l. N. 76/2020: l'impatto sul Settore sanitario*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2021, 491. Sull'art. 21, comma 2, cit., la cui vigenza è stata successivamente con più interventi prorogati, prevedendo, da ultimo, sino al 31 dicembre 2024, per le condotte commissive degli agenti pubblici una temporanea limitazione della responsabilità amministrativa alle sole ipotesi dolose, è appena il caso di rilevare come lo stesso abbia superato il vaglio di legittimità costituzionale con la recentente sentenza 16 luglio 2024, n. 132.

[54] Le considerazioni svolte si ritiene non siano vanificate dalla richiamata (vedi nota che precede) vigenza dell'art. 21, comma 2, d.l. n. 76/2020, che, oggetto di successive proroghe, prevede che fino al 31 dicembre 2024 la responsabilità amministrativa dei pubblici dipendenti per fatti commissivi sia limitata unicamente alle condotte dolose. Infatti, sebbene tale temporanea sospensione sia stata dichiarata costituzionalmente legittima, si ritiene che tale previsione non sia in effetti dirimente ai fini che qui rilevano; e ciò per due concorrenti ragioni: da un lato, in quanto la misura, come rilevato, ha una valenza solo temporanea e non è tale dunque da incidere in modo stabile nella materia della responsabilità del pubblico dipendente; dall'altro lato, dal momento che la temporanea esclusione della responsabilità opera solo per le condotte commissive denotate da colpa grave e non ha invece

ISSN 2036-7821

contenuto della colpa grave, anche con il supporto della dottrina, è stato delineato dalla giurisprudenza, che ha avuto più occasioni per rilevare come la colpa grave consista nella «mancanza di quelle cautele, cure o conoscenze costituenti lo standard minimo di diligenza richiesta a quel determinato professionista, da valutarsi con tanto maggior rigore quanto maggiori e più elevate siano le funzioni e la qualificazione professionale dell'agente»[55]; con la precisazione che «non basta che il comportamento appaia riprovevole in quanto non rispondente in tutto alle regole della scienza e dell'esperienza, ma è necessario che il sanitario, usando la dovuta diligenza, sia stato in condizione di prevedere e prevenire l'evento verificatosi: perché quindi possa parlarsi di colpa grave occorre accertare che si siano verificati errori non scusabili per la loro grossolanità o l'assenza delle cognizioni fondamentali attinenti alla professione, ovvero abbia difettato quel minimo di perizia tecnica che non deve mai mancare in chi esercita la professione medica, oppure vi sia stata ogni altra imprudenza che dimostri superficialità e disinteresse per i beni primari affidati alle cure di tali prestatori d'opera»[56]. Applicando le richiamate coordinate interpretative alle ipotesi oggetto del presente studio, dunque, è possibile rilevare come i danni derivanti dall'imperito utilizzo degli strumenti digitali e di I.A. non possano essere imputati all'operatore sanitario, esulando dal circoscritto perimetro della perizia tecnica richiesta.

A diversa conclusione, invece, si ritiene debba pervenirsi nelle ipotesi in cui la digitalizzazione comporta una modifica *endogena* alla prestazione sanitaria, non sembrando sostenibile ritenere che non sia riscontrabile la colpa grave per il solo fatto che il medico abbia adoperato uno strumento tecnologico. Come visto, infatti, in questa ipotesi il contenuto essenziale della prestazione non muta, rimanendo ancora riconducibile nell'alveo della scienza medica. Tuttavia, la circostanza che la prestazione sia resa in modalità digitale, anziché in modalità tradizionale non sembra possa risultare indifferente in punto di responsabilità amministrativa. Come detto, infatti, sebbene non alteri la natura essenziale della prestazione, la tecnologia è destinata a incidere, anche in modo sensibile, sull'approccio richiesto al sanitario, nonché sui compiti concreti alla cui esecuzione lo stesso è chiamato (si pensi, ancora, al caso in cui l'uso della refertazione mediante I.A. modifichi la prestazione da "attiva" a "passiva", ossia relegandola alla fase di controllo e verifica della bontà dell'*output*). Non è però inutile notare come la modifica delle modalità di erogazione

---

alcun rilievo per le condotte omissive, nel cui alveo è riconducibile una serie significativa di ipotesi di responsabilità sanitaria.

[55] Corte conti, Sez. II, n. 228/2023.

[56] Corte conti, Lombardia, sez. reg. giurisd., 18 marzo 2015, n. 40. Una ricostruzione della prevalente casistica giurisprudenziale in tema di colpa grave nell'ambito sanitario è riportata in Q. LORELLI, *La responsabilità per danno erariale degli esercenti le professioni sanitarie e considerazioni generali sul regime della colpa*, in *Federalismi.it*, 2024, spec. 200 ss.

ISSN 2036-7821

delle prestazioni si scontra con l'attuale situazione in cui versa il personale sanitario: l'elevata età media dei medici in Italia e la formazione universitaria, ancora ampiamente assestata su modelli tradizionali, determina un evidente *gap* di competenze, la cui risoluzione deve essere ricondotta ai compiti di cui l'organizzazione pubblica deve farsi carico. E' di certo rilievo, sul punto, quanto previsto nel Regolamento 2024, da cui si ricava che tra i compiti cui deve essere chiamata la struttura sanitaria rientra l'adozione di misure per garantire un livello sufficiente di alfabetizzazione in materia di IA del proprio personale nonché di qualsiasi altra persona che si occupa del funzionamento e dell'utilizzo dei sistemi di IA per loro conto, prendendo in considerazione le loro conoscenze tecniche, la loro esperienza, istruzione e formazione nonché il contesto in cui i sistemi di IA devono essere utilizzati, e tenendo conto delle persone o dei gruppi di persone su cui i sistemi di IA devono essere utilizzati. Ebbene, se la mancata alfabetizzazione digitale non può *ex se* fare sempre venire meno la colpa grave, tale circostanza, tuttavia, deve essere tenuta in debito conto al fine di limitare gli eventuali danni imputabili al sanitario mediante l'esercizio dell'azione di responsabilità amministrativa. A tal fine, in disparte l'utilizzo del potere riduttivo[57], sembra che in tali ipotesi possa essere valorizzato proprio quanto dispone l'art. 9, comma 5, cit. a tenore del quale «il Giudice contabile deve tenere conto delle situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa, della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica, in cui l'esercente la professione sanitaria ha operato». Infatti, una lettura evolutiva di tale previsione induce ad ampliarne il perimetro di applicazione ben oltre le carenze strutturali e le difficoltà organizzative che la *ratio* della norma del 2017 sembra sottendere. Del resto, verificato che la alfabetizzazione del personale sanitario rientra tra gli scopi della struttura sanitaria, al cui perseguimento deve altresì adeguare la propria organizzazione, non può sfuggire come la mancata, inadeguata ovvero semplicemente incompleta formazione rientri tra quelle situazioni di natura organizzativa che la norma sembra prendere in considerazione.

6. Considerazioni conclusive: la digitalizzazione sanitaria e il suo inevitabile attuale 'costo' per il sistema.

La diffusione della digitalizzazione determina innegabili vantaggi sull'universalità nell'accesso alle cure[58], sulle modalità di erogazione delle prestazioni, rendendole più appropriate, rapide e precise, sulle apprezzabili conseguenze in punto di sostenibilità finanziaria, nonché sull'acquisizione di una maggiore consapevolezza da parte

[57] Per una accurata e utile rassegna delle casistiche in cui la Corte dei conti fa generalmente applicazione del potere riduttivo, si v. AA. VV. (a cura di V. TENORE) *La nuova Corte dei Conti. Responsabilità, pensioni, controlli. Dottrina. Giurisprudenza. Normativa. Formulario*, Milano, 2022.

[58] Cfr. F. APERIO BELLA, *L'accesso alle tecnologie innovative nel settore salute tra universalità e limiti organizzativi (con una postilla sull'emergenza sanitaria)*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2020, 219.

ISSN 2036-7821

dell'utente della propria storia clinica, anche grazie alla implementazione del fascicolo sanitario digitale[59]. Tuttavia, non possono trascurarsi le conseguenze di sistema sottese a tale transizione, rispetto alle quali è necessario rintracciare un punto di equilibrio tra i diversi interessi in gioco. Oltre ai già noti problemi che incidono sulla organizzazione delle strutture sanitarie, tra cui è appena il caso di includere le questioni relative alla bioetica[60], nonché alla ormai fisiologica carenza di personale[61], la digitalizzazione determina, innanzitutto, un consistente incremento di compiti e responsabilità in capo tanto all'operatore sanitario quanto all'Amministrazione sanitaria. Il concreto impatto di questi nuovi compiti (e la correlata questione sulle responsabilità) può però essere apprezzato in modo diverso, a seconda che si adotti una prospettiva a lungo o a breve termine. Allorquando la digitalizzazione avrà pervaso l'intero sistema e il tessuto sociale, molte delle questioni che oggi assumono scottante attualità, probabilmente, saranno destinate ad affievolirsi ovvero a rientrare nello spettro della ordinarietà. Infatti, in un sistema in cui la tecnologia avrà raggiunto capillarità sociale e territoriale, sarà utilizzata quale sistema diffuso dalla generalità delle persone e anche i percorsi formativi e professionali si saranno adeguati allo svolgimento delle attività anche attraverso l'utilizzo degli strumenti digitali, avremo un sistema in cui, in tutto e per tutto, la tecnologia è il mero completamento (o la nuova forma) delle prestazioni originariamente rese in via unicamente tradizionale.

La riflessione però muta significativamente quando la digitalizzazione viene analizzata con approccio *a breve*, in un contesto che, per rimanere entro l'ambito della sanità, soffre una perdurante difficoltà organizzativa e gestionale delle strutture pubbliche, il cui personale medico ha una età media che supera i 50 anni e che, si teme, sia destinata ad aumentare non scorgendosi, a oggi, significative riforme volte a invertire drasticamente la tendenza, e la cui cultura informatica è quantomeno elementare. Le questioni giuridiche che la digitalizzazione pone, dunque, in termini di ampliamento delle responsabilità devono essere affrontate – nell'approccio *a breve* – non potendo trascurare i richiamati elementi, tutt'altro che di contorno. Il pur auspicabile impulso che l'ordinamento – sia eurounitario che nazionale - intende fornire alla transizione digitale non può, tuttavia, determinare effetti pregiudizievoli in danno al singolo (ossia, nel caso di cui ci occupiamo, all'operatore sanitario). Nella relazione medico-paziente, dunque, deve assumere un ruolo di determinante centralità la struttura sanitaria la cui organizzazione deve essere ripensata di modo che diventi il veicolo per colmare il *gap* tecnologico che affligge l'attuale generazione

[59] In argomento, si v. N. POSTERARO, *La digitalizzazione della sanità in Italia: uno sguardo al Fascicolo Sanitario Elettronico (anche alla luce del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza)*, in *Federalismi.it*, 2021, 189.

[60] Così A. PIOGGIA, *Questioni di bioetica nell'organizzazione delle strutture sanitarie*, in *Dir. pubbl.*, 2009.

[61] Per una completa panoramica delle attuali problematiche della sanità, anche nella prospettiva della digitalizzazione, si v. F. CIMBALI, *La governance della sanità digitale*, Milano, 2023, spec. 119 ss.

ISSN 2036-7821

di sanitari. In questo contesto, da diverso angolo visuale, non può che assumere dirimente rilievo anche i contorni che deve assumere la responsabilità amministrativa a cui l'operatore sanitario può essere chiamato quale conseguenza dei danni determinati con l'uso della tecnologia. Affrontando la questione unicamente in una prospettiva *de jure condito*[62], si ritiene che l'azione di responsabilità amministrativa nei ridetti casi debba essere soggetta a un necessario ridimensionamento nell'*an* e nel *quantum*. Quanto all'*an,* si ritiene che i nuovi compiti esclusivamente digitali cui l'operatore sanitario è chiamato possono recidere la rimproverabilità dell'azione avanti alla Corte dei conti, per la insussistenza della colpa grave, non potendo in tali circostanze configurarsi quella imperizia tecnica, che deve essere tipicamente riconducibile all'attività sanitaria

Una diversa soluzione deve essere rintracciata laddove la digitalizzazione incida direttamente sulle modalità in cui la prestazione sanitaria è resa. In tale ipotesi, adunque, si ritiene che, anche attraverso il buon governo del potere riduttivo e la valorizzazione dell'art. 9, comma 5, l 24/2017, il Giudice contabile deve valutare la mancanza di adeguata formazione digitale del personale sanitario come uno di quei fatti di particolare complessità che è riferibile alla organizzazione della struttura sanitaria pubblica presso la quale esercita le proprie prestazioni, così sensibilmente riducendo il *quantum debeatur*.

Le conclusioni cui qui si è pervenuto possono essere confermate anche traendo utili elementi dalla recente sentenza della Corte costituzionale 16 luglio 2024, n. 132 (già richiamata alla nota 53). Sebbene la legittimità dello scudo erariale sia stata apprezzata nella principale prospettiva della «paura della firma» e della «difficoltà dell'amministrare», con precipuo riferimento, dunque, alla funzione amministrativa provvedimentale, sembra che la posizione del Giudice delle Leggi possa avere

[62] Alla data del presente scritto è all'esame la proposta di legge C1621, 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 ed un dossier riepilogativo delle principali novità ed introduzioni all'interno del progetto di legge. Tra l'altro, la proposta prevede che «la responsabilità è limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo nei seguenti casi: a) conclusione di accordi di conciliazione nel procedimento di mediazione o in sede giudiziale da parte dei rappresentanti delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165; b) conclusione di procedimenti di accertamento con adesione, di accordi di mediazione, di conciliazioni giudiziali e di transazioni fiscali in materia tributaria» e che « Salvi i casi di danno cagionato con dolo o di illecito arricchimento, la Corte dei conti esercita il potere di riduzione ponendo a carico del responsabile, in quanto conseguenza immediata e diretta della sua condotta, parte del danno accertato o del valore perduto di importo minimo pari a euro 150 e massimo non superiore a due annualità del trattamento economico complessivo annuo lordo spettante al responsabile medesimo. La determinazione dell'entità della riduzione di cui al primo periodo in misura superiore al minimo deve essere motivata». Per un esame critico della proposta, si v. G. RIVOSECCHI, *Il bastone e la carota. Appunti su una proposta di riforma della Corte dei conti*, in *Osservatorio costituzionale*, 2024, 5.

ISSN 2036-7821

rilievo, sebbene indiretto, anche nella prospettiva che qui interessa. Nel sollecitare un intervento di riforma complessivo della responsabilità amministrativa[63], la Corte costituzionale giustifica l'esclusione (temporanea) della responsabilità amministrativa per colpa grave valorizzando l'attuale «complessità dell'ambiente in cui operano gli agenti pubblici». In particolare, la difficoltà dell'amministrare, a detta della Corte, è determinata dalla concorrenza di alcuni fattori: «l'individuazione delle norme da applicare [è] estremamente problematica»; «amministrare con mezzi spesso inadeguati accresce il rischio che il dipendente pubblico commetta un errore»; «il pluralismo sociale e il pluralismo istituzionale si proiettano nei procedimenti amministrativi e nelle istituzioni pubbliche, rendendo sempre più problematica ed esposta alla contestazione la ponderazione di interessi in cui si risolve l'esercizio della discrezionalità». Ora, sebbene, come rilevato sopra, la Corte limiti l'attenzione alla funzione provvedimentale, non sembra trascurabile la valorizzata connessione tra l'elemento soggettivo e tutti gli elementi (fattuali e giuridici) di particolare complessità in presenza dei quali l'agente pubblico esercita la propria attività. In tale prospettiva, infatti, il *decisum* sembra avere un effetto che travalica il mero contenuto motivazionale della ritenuta legittimità dello scudo erariale, giungendo fino a rintracciare – in modo assai più generale – un criterio interpretativo del sistema di responsabilità amministrativa e del punto di equilibrio nella ripartizione del rischio tra l'apparato amministrativo e l'agente pubblico che lo stesso sottende. A prescindere dall'esistenza di una norma quale quella in questione che prevede per un tempo limitato l'esclusione della responsabilità amministrativa per colpa grave, quindi, il sistema di responsabilità amministrativa deve essere interpretato in modo costituzionalmente orientato, di modo che esso consenta una corretta e giustificabile allocazione delle responsabilità tra apparato pubblico e agente. In questo crinale, non possono che assumere rilievo determinante le circostanze nelle quali l'agente svolge la propria attività, affinché gli addebiti che allo stesso siano rivolgibili risultino giustificabili e tollerabili, nello spazio e nel tempo. Spostando lo sguardo alle funzioni amministrative di prestazione e, in particolare, alle prestazioni sanitarie non può che scorgersi un parallelismo tra «la complessità dell'ambiente in cui operano gli agenti pubblici» e la modifica - esogena ed endogena - che l'utilizzo della I.A. ha determinato sulle stesse; con la conseguenza che proprio il mutamento delle modalità e del contenuto dell'attività sanitaria, allo stato della elementare formazione degli operatori sanitari sugli aspetti tecnologici, introduce nuovi ambiti di generale complessità, tali da giustificare la invocata riduzione degli addebiti erariali.

[63] La Corte costituzionale n. 132/2024, cit. ha cura di sollecitare una complessiva riforma della responsabilità amministrativa per ristabilire una coerenza con le trasformazioni dell'amministrazione e del contesto in cui essa deve operare. Per una critica a tale sentenza, qualificata come 'pungolatoria' nella parte in cui sembrerebbe giustificare *ex ante* la proposta di legge C1621 si v. V. TENORE, *Vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole, e più non dimandare: lo "scudo erariale" è legittimo perché temporaneo e teso ad alleviare la "fatica dell'amministrare", che rende legittimo anche l'adottando progetto di legge Foti C1621*, in *Riv. corte conti*, 2024, parte IV.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La sfida della sostenibilità delle imprese tra nuovi modelli normativi e approcci regolatori in chiave comparatistica

di Clara Mariconda

(Professore Associato di Diritto privato comparato, Dipartimento di Scienze Politiche, Università della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. L'apporto dei fattori ESG nelle strategie aziendali e per l'accesso ai finanziamenti. 2. La responsabilità amministrativa delle imprese tra 'Modello Organizzativo 231' e nuove fattispecie di *mala gestio* aziendale. 3. Responsabilità Sociale d'Impresa, tutela dell'ambiente e sostenibilità alla luce della riforma della Legge Costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1. 4. In Italia 'Chi inquina (forse) paga'. 5. La legislazione francese in materia di ambiente e *due diligence*. 6. Il giudicato preventivo sulla *compliance* aziendale nel sistema francese e le nuove sfide lanciate dalla CSRD europea. 7. Considerazioni conclusive.

Abstract

In a global context in which environmental issues, the social responsibility of companies and individuals and the ethical management of resources have become essential elements of the sustainability debate, adopting an approach that implements and contributes to the well-being of the planet is a prerequisite for achieving progress. Among the main players involved in the sustainable paradigm are companies, which are increasingly affected by the demands of the market, regulations and recommendations of global and state organisations, focused on combating climate change through the adoption of an ESG strategy. At their side are the legislators and judicial bodies of the individual states, which are ensuring that the goals set by the UN Agenda 2030 and the European Green Deal are reached as soon as possible. However, while France has decided to adopt a preventive approach, entrusting the judiciary with the competence to express an opinion on corporate compliance, the Italian judge is only given the task of assessing possible offences and possible violations already committed. On the contrary, while in the other side of the Alps any violation of the rules on new sustainability reporting is already severely sanctioned, the Italian legislator has chosen a more cautious and wait-and-see attitude.

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

ISSN 2036-7821

1. L'apporto dei fattori ESG nelle strategie aziendali e per l'accesso ai finanziamenti.

Negli ultimi anni, le più moderne dinamiche di mercato hanno fatto registrare una marcata affermazione della Responsabilità Sociale d'Impresa (CSR). Lo strumento della *Corporate Social Responsibility* (CSR) ha spinto le imprese a dialogare con il tessuto sociale in cui operano e ad instaurare con tutti i diversi interlocutori dei rapporti fiduciari non solo dal un punto di vista giuridico, ma anche morale, sociale e ambientale. L'attenzione e la sensibilità della collettività per le tematiche sociali e ambientali in costante crescita, ha orientato le scelte di un numero sempre maggiore di imprenditori illuminati, ma anche le opportunistiche strategie aziendali, verso precisi *Standard* e Linee guida nazionali e internazionali capaci di affermare il 'valore' dell'attività imprenditoriale [1].

Atteggiamenti inizialmente denotati da un'impronta etica e volontaristica molto forte, assunti per conquistare consolidate posizioni di mercato, grazie al consenso e alla fiducia espressa dai consumatori, così come da investitori e azionisti, hanno ceduto il passo, nel corso degli anni, ad un nuovo modo di fare impresa.

Gli imprenditori moderni, dopo essersi affrancati dagli imperativi della privatizzazione, dell'internazionalizzazione e della globalizzazione, hanno deciso di rinunciare alle speculazioni immediate in dispregio dei diritti delle persone e dei lavoratori o del patrimonio ambientale, ricercando, oltre al valore economico, anche il valore sociale nel lungo termine.

E, per mantenere ben salda la reputazione e rinnovare costantemente il legame con una platea sempre più vasta di *stakeholders*, oggi, quegli stessi imprenditori si impegnano a rispondere del loro operato periodicamente e con trasparenza.

Sono, in estrema sintesi, due le dinamiche di maggior interesse osservate nel mutato approccio alla produzione di qualsiasi tipologia di beni e servizi eticamente responsabile. La prima, segna il progressivo passaggio della CSR da un regime di *soft law* ad uno di *hard law*, supportato da numerosi interventi sia dei legislatori nazionali che delle Istituzioni europee. La seconda, rappresenta la continua tensione del mondo imprenditoriale moderno ad agire in base all'imperativo del *do not harm*, a non limitarsi al rispetto della legge, bensì ad anticipare volontariamente ciò che in seguito la legge imporrà.

Applicando la formula della *shared value creation*, l'impresa può infatti sviluppare soluzioni innovative/integrative capaci di soddisfare in modo crescente le attese sociali, incrementando nello stesso tempo le performance economiche dell'impresa.

In questo senso, la CSR funge da vettore capace di sollecitare il legislatore, ai diversi livelli, a produrre norme che possano offrire strumenti di tutela rispondenti ai

[1] E. ARISTOVA, C. HIGHAM, I. HIGHAM, J. SETZER, Corporate Climate Change e Responsibilities Under the OECD Guidelines For Multinational Enterprises, Published online by Cambridge University Press, 17 May 2024. Il riferimento è alle Linee guida OCSE nella versione aggiornata del 2023, lanciate dall'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) per le imprese multinazionali sulla condotta responsabile.

ISSN 2036-7821

principi etici e agli obiettivi di sostenibilità sociale ed ambientale con *standard* più elevati.

In questo nuovo modello di *business* l'investimento sostenibile è non già quello 'più conveniente', perché capace di offrire il miglior margine di guadagno in termini strettamente economici, bensì quello che implica il minor impatto negativo possibile sull'ambiente (*Environmental)* e sulle collettività, sugli *stakeholders*, tra cui i clienti, i dipendenti e i fornitori *(Social*), e che esprime la migliore gestione aziendale nel suo complesso *(Governance*)[2].

L'agire in base ai dettami della sostenibilità aziendale, in cui sono ormai codificati i fattori ESG, unito all'impegno quotidiano degli Stati, contribuisce in maniera determinante e strutturale al raggiungimento dei 17 *Sustainable Development Goals* (SDGs) individuati dall'ONU nell'Agenda 2030[3], nel pieno rispetto delle nuove *Linee Guida OCSE per imprese multinazionali e per una condotta aziendale responsabile*, riviste dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico nel 2023 e in linea con l'obiettivo assunto dall'Unione Europea di raggiungere la neutralità climatica entro il 2050[4].

Sotto il punto di vista ambientale, infatti, le aziende virtuose e responsabili possono fare la differenza adottando politiche produttive che tutelino la salute e la sicurezza sia dei dipendenti sui luoghi di lavoro che dei cittadini, riducendo i rifiuti, l'inquinamento e le emissioni di gas serra, ma anche gestendo al meglio l'acqua e le strutture igienico sanitarie e ricorrendo in maniera oculata e lungimirante alle risorse naturali non rinnovabili dell'ecosistema. I risultati attesi sono dunque *«assicurare a tutti l'accesso a sistemi di energia economici, affidabili, sostenibili e moderni»*, come vuole l'SDG 7; nonché «*adottare misure urgenti per combattere il cambiamento climatico e le sue conseguenze»*, come auspicato dall'SDG 13.

Molto importanti anche le forti ricadute sociali che la sostenibilità aziendale può promuovere abbracciando numerosi SDGs, a partire dal primo, che aspira a porre fine ad ogni forma di povertà come causa di disuguaglianza nel mondo. Le Nazioni Unite assegnano alle aziende un ruolo di primo piano per il riscatto culturale e lavorativo di intere comunità che, dopo essersi elevate attraverso *«un'istruzione di qualità, equa e inclusiva, e [..] opportunità di apprendimento permanenti per tutti»*, di cui all' SDG 4, possono cogliere le opportunità di lavoro offerte dalle imprese. Queste

[2]Per comprendere l'impatto dell'ESG sulla *governance* delle società italiane e per una approfondita ricostruzione sull'evoluzione del loro rapporto si rinvia a C. MALBERTI, L'*environmental, social, and corporate governance* nel diritto societario italiano: svolta epocale o colpo di coda?, in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 2020, n. 168, pp. 661 – 680.

[3] https://unric.org/it/agenda-2030/.

[4] È attualmente disponibile anche la versione ufficiale tradotta in lingua italiana in OECD, Linee guida OCSE per le imprese multinazionali sulla condotta responsabile d'impresa, OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/cdce11ac-it.

ISSN 2036-7821

ultime possono fare molto anche per allinearsi all'SDG 5, ossia per «*raggiungere l'uguaglianza di genere e l'empowerment di tutte le donne e le ragazze*», nel più ampio quadro dell'SDG 8, che vuole «*incentivare una crescita economica duratura, inclusiva e sostenibile, un'occupazione piena e produttiva ed un lavoro dignitoso per tutti*». Proposito che non può concretizzarsi se prima non si siano attuate politiche capaci di «*ridurre l'ineguaglianza all'interno di e fra le nazioni*» di cui all' SDG 10[5].

Ma nulla di tutto ciò è davvero realizzabile senza il vitale supporto, in ogni realtà imprenditoriale più o meno complessa, di una adeguata *governance* aziendale, di un efficiente organigramma aziendale fatto di gerarchie, ruoli, compiti e responsabilità ben precisi disciplinati da Codici etici e orientati da strategie sul breve, medio e lungo periodo. Avvalersi di un solido assetto organizzativo, sia sotto il profilo decisionale che amministrativo, per l'impresa moderna è divenuto un imperativo perché vi siano meccanismi di controllo interni efficaci, responsabilità e trasparenza nelle decisioni aziendali e nella gestione dei rischi.

Ad una *governance* aziendale efficiente è richiesta anche la redazione di tutta la reportistica non finanziaria e di sostenibilità che le normative nazionali e internazionali, oggi, prevedono e che sono di grande interesse anche per i finanziatori.

Infatti sia il sistema bancario, che ogni altro investitore e *stakeholder*, valuta l'affidabilità delle imprese da supportare economicamente in termini di sostenibilità aziendale e applicazione dei fattori ESG da questa espressi, così come confermato dal Tavolo per la Finanza Sostenibile[6] in un recente documento volto a fornire indicazioni concrete per migliorare la rendicontazione di sostenibilità delle PMI sugli impatti, i rischi e le opportunità delle loro attività che influiscono sui fattori ESG da sottoporre alle banche e agevolare, per questa via, l'accesso al credito[7].

Il documento si rivolge alle piccole e medie imprese che in Italia rappresentano il cuore pulsante del tessuto produttivo italiano ma, le indicazioni contenute sono valide per aziende di qualsiasi dimensione che, integrando i criteri ESG nelle loro strategie, registrano costi di capitale più bassi, minori rischi operativi e migliori prospettive a lungo termine, a cui corrispondono, altresì, minori rischi di sanzioni, boicottaggi o danni alla reputazione. L'aspettativa di rendimenti sostenibili nel tempo attrae gli investitori, innescando un circolo virtuoso che conduce spesso

[5] Un interessante approfondimento su tutti gli obiettivi dell'Agenda 2030 è offerto in E. GIOVANNINI, A. RICCABONI (a cura di), Agenda 2030. Un viaggio attraverso gli Obiettivi di sviluppo sostenibile, Roma, 2021.

[6] Il Tavolo è costituito e presieduto dal Ministero dell'Economia e Finanza ed è composto da Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, Ministero delle Imprese e del Made in Italy, Banca d'Italia, CONSOB, IVASS e COVIP.

[7] TAVOLO PER LA FINANZA SOSTENIBILE, Il Dialogo di Sostenibilità tra PMI e Banche, Documento di consultazione, Roma, giugno 2024.

ISSN 2036-7821

all'apertura verso mercati alternativi e all'innovazione sia in termini di tecniche produttive che di beni e servizi da immettere sul mercato.

Tra i finanziatori un posto di tutto riguardo è occupato dalle Istituzioni pubbliche nazionali e europee che incentivano il settore privato economicamente con linee di finanziamento, sempre nuove, verso una maggiore sostenibilità. Fulgido esempio ne è il *Green Transition Fund*, attivo in Italia nel quadro del programma di transizione ecologica voluto dal *NextGenerationEU* e reso operativo per il 2024 tramite il PNRR. La sinergia pubblico/privato posta in essere è finalizzata a supportare il ricorso delle imprese, in tutte le fasi di sviluppo, a fonti di energia rinnovabile, economia circolare, mobilità sostenibile, efficienza energetica, gestione dei rifiuti e stoccaggio di energia, che concorrono al 100% al raggiungimento degli obiettivi climatici[8]. Per le PMI green e le *Start-up* è, invece, prevista una linea dedicata: il *Green Transition Fund* per imprese innovative.

Risale a marzo 2024, il bando EIC Pathfinder 2024 pubblicato dalla Commissione europea e rivolto a *teams* di ricerca composti da scienziati e ricercatori provenienti da Università, organizzazioni di ricerca, *Start-up*, PMI o *stakeholders* industriali interessati alla ricerca e all'innovazione tecnologica provenienti da tutti gli Stati membri dell'UE e dai Paesi associati, impegnati in una ricerca scientifica di alto livello, ma anche ad alto rischio e ad alto impatto. Lo scopo della ricerca consiste nell'elaborazione, in qualsiasi campo della scienza e della tecnologia, di metodologie e prodotti radicalmente nuovi, rivoluzionari, in grado di creare nuovi mercati o di sconvolgere quelli esistenti in Europa e anche a livello mondiale[9].

I singoli legislatori nazionali, dal canto loro, sono impegnati già da diversi anni ad integrare più strettamente i principi ESG nella legislazione fiscale prevedendo crediti d'imposta, deduzioni, e agevolazioni per le aziende che investano in tecnologie verdi, progetti di impatto sociale e pratiche di *governance* avanzate, promuovendo al contempo la transizione verso un'economia sostenibile. Le riforme, da un lato, riguardano la semplificazione burocratica e l'allargamento della platea di beneficiari per un più rapido e ampio accesso agli incentivi fiscali e, dall'altro, richiedono una maggiore trasparenza e reporting da parte delle aziende sui loro impegni ESG e sui progressi compiuti, promuovendo un approccio più responsabile e misurabile alla sostenibilità e un consolidamento delle pratiche ESG nelle operazioni aziendali[10].

[8] https://www.cdpventurecapital.it/cdp-venture-capital/it/fondo_green_transition.page
[9] https://eic.ec.europa.eu/eic-funding-opportunities/eic-pathfinder-new-template/eic-pathfinder-open_en
[10] M. MARAGLINO MISCIAGNA, Misure a sostegno della sostenibilità: finanziamenti e opportunità per le imprese che si delineano nel 2024, 11 marzo 2024, in https://esg.giuffrefrancislefebvre.it/

ISSN 2036-7821

2. La responsabilità amministrativa delle imprese tra 'Modello Organizzativo 231'e nuove fattispecie di mala gestio aziendale.

In relazione a quanto affermato, appare chiaro come il ruolo strategico della *governance* emerge in tutta la sua centralità non solo per attrarre finanziamenti e per guidare l'azienda verso il 'successo sostenibile'. A sottolineare questo aspetto è intervenuto anche il citato documento appena licenziato dal Tavolo per la Finanza Sostenibile. Esso consta infatti di 5 sezioni tematiche e di 45 indici. Una delle sezioni, in particolare, è dedicata proprio alla 'Governance e condotta aziendale', in cui figura un esplicito riferimento alla necessità, in ogni realtà imprenditoriale, di adottare un codice etico, un 'Modello Organizzativo 231' e/o procedure in materia di anticorruzione, che includano la formazione dei dipendenti su tali temi[11].

Una buona *governance* aziendale oggi si misura, dunque, non più solo in termini di *performance* sul mercato ma anche per le ripercussioni civili e penali che possono avere origine da una *mala gestio*.

Per quanto riguarda l'Italia, con il Decreto Legislativo n. 231 del 18 giugno 2001 è stata introdotta per la prima volta la «*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni ance prive di personalità giuridica*»[12]. Ancora oggi, il cosiddetto 'Modello Organizzativo 231', che da quel decreto ha preso le mosse, individua proprio nella *governance* aziendale, ossia nel soggetto in posizione apicale nell'organigramma interno o nel soggetto sottoposto alla direzione o al controllo del soggetto apicale, colui che può essere chiamato a rispondere per reati commessi in nome e per conto della società[13]. Quest'ultima può essere sollevata da ogni responsabilità in sede penale, solo se, il soggetto abbia agito per esclusivo interesse proprio o di terzi. In caso contrario, la responsabilità dell'impresa va ad aggiungersi a quella della persona fisica e coinvolge il patrimonio dell'ente e, indirettamente, gli interessi economici dei soci. Ovviamente, laddove l'autore del reato sia stato identificato e sia imputabile.

Il Modello pone l'accento su quanto il supporto di un Codice etico sempre adeguatamente aggiornato, flussi di informazione costanti e un organigramma chiaro, permettano di prevenire e di rilevare, nel tempo, nuove aree di rischio. Dove per 'rischio' si intende il possibile conflitto che potrebbe generarsi fra gli interessi

[11] TAVOLO PER LA FINANZA SOSTENIBILE, Il Dialogo di Sostenibilità tra PMI e Banche, cit., pp. 62, 63.

[12] L'ambito soggettivo è individuato dall'art. 1 del Decreto Legislativo n. 231/2001 che ricomprende, tra i soggetti cui si applica la norma, gli enti forniti di personalità giuridica e le società e associazioni anche prive di personalità giuridica. Vengono, invece, espressamente esclusi dall'ambito di applicazione, lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici nonché gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

13 Ai sensi dell'art. 5, co. 1 del Decreto, si tratta rispettivamente: i) di coloro i quali abbiano funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, nonché soggetti che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dell'ente (c.d. soggetti in posizione apicale); ii) di sottoposti alla direzione o alla vigilanza di uno dei predetti soggetti.

ISSN 2036-7821

economici dell'azienda e gli altri interessi diffusi e giuridicamente rilevanti, come la salute dei lavoratori, il patrimonio della Pubblica Amministrazione, la *privacy* di dipendenti o di soggetti terzi, l'ambiente, i diritti umani.
Spesso il rischio non dipende, quindi, dall' effettiva volontà di commettere illeciti, ma dalla scelta operata da dirigenti e dipendenti di agire nell'interesse o a vantaggio dell'azienda che potrebbe rivelarsi errata perché lesiva di altri interessi altrettanto rilevanti[14].
L'aspetto preventivo assume dunque un'assoluta importanza nel 'Modello Organizzativo 231', composto di un insieme di protocolli e procedure finalizzati, non solo, alla prevenzione del rischio tecnico, ma anche di quello riguardante la commissione di talune tipologie di reato, i' reati –presupposto', tassativamente elencati dalla legge e tuttavia in costante aggiornamento, come quelli connessi alla normativa sulla sicurezza sul lavoro.
Si tratta di reati molto eterogenei tra loro[15], ma è tuttavia possibile individuarne, a titolo esemplificativo, molti commessi in danno delle Pubbliche Amministrazioni, come il reato di indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche; frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico, concussione e corruzione, etc.. Strettamente legati all'attività aziendale sono ovviamente i reati societari, gli abusi di mercato, la violazione del diritto d'autore, i delitti informatici e il trattamento illecito di dati, ma anche la ricettazione, il riciclaggio e l'impiego di beni di provenienza illecita. Reati tipizzati dal legislatore in epoca più recente riguardano, ad esempio, l'omicidio colposo e lesioni colpose gravi e gravissime, commessi con violazione di norme antinfortunistiche e i reati ambientali.
L'elenco si è già arricchito di nuove ipotesi di reato attraverso specifici provvedimenti normativi previsti nel 2023[16] e, ancor più di recente, nei primi mesi del 2024, con l'approvazione del Decreto Legge n. 19/2024, entrato in vigore il 2 marzo 2024[17]. In particolare, con questo provvedimento il legislatore ha voluto

[14] https://www.dlgs231.eu/it/web/il-modello-organizzativo-231-25/

[15] L'elenco è vasto e spazia dalla falsità in monete ai delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, dai delitti contro la personalità individuale alle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili, dai delitti di associazione mafiosa ed assimilati ai reati transnazionali.

[16] Con Legge n. 137/2023 sono stati inseriti all'art. 24 del Decreto Legislativo n. 231/2001 i delitti di cui agli artt. 353 (Turbata libertà degli incanti) e 353 bis (Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente) c.p.; con il Decreto Legislativo n. 19/2023 è stato inserito tra i reati societari di cui all'art. 25 ter del Decreto Legislativo n. 231/2001 il delitto di false o omesse dichiarazioni per il rilascio del certificato preliminare previsto dalla normativa attuativa della Direttiva (UE) 2019/2121; con Legge n. 137/2023 è stato inserito all'art. 25 octies.1 del Decreto Legislativo n. 231/2001 il delitto di cui all'art. 512 bis c.p. (Trasferimento fraudolento di valori). È stata altresì modificata la rubrica dell'articolo ora "Delitti in materia di strumenti di pagamento diversi dai contanti e trasferimento fraudolento di valori".

[17] Decreto Legge 2 marzo 2024 n. 19 recante «Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza» (cd. DLPNRR-*bis*).

ISSN 2036-7821

rafforzare gli strumenti di tutela dei lavoratori, nell'ambito delle esternalizzazioni, ridando rilevanza penale a varie forme di somministrazione abusiva di manodopera, utilizzazione illecita, appalto e distacco irregolari colpite dalla depenalizzazione ad opera del Decreto Legislativo n. 8/2016[18].

Di notevole interesse l'aspetto procedurale, in quanto, l'attribuzione di responsabilità penali all'impresa fa assumere a quest'ultima la veste di coimputato chiamato a rispondere della propria condotta ritenuta negligente e inidonea a prevenire illeciti a causa di un difetto organizzativo, riferito all'inerzia nel predisporre adeguate misure idonee a prevenire reati nell'ambito della propria attività, che si aggiunge, a titolo di responsabilità soggettiva, a quella personale dell'autore materiale del fatto di reato.

Per vedersi sollevare dalla presunta 'colpa di organizzazione' ed evitare una condanna, la società imputata è chiamata a dimostrare che la volontà criminale sia riconducibile esclusivamente al soggetto che materialmente ha compiuto l'illecito. Ma, soprattutto, deve provare di aver adottato e attuato un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire reati e adeguato alla realtà dell'ente, alla sua struttura, all'attività svolta[19].

Il vaglio del Pubblico Ministero e del giudice competente si sofferma, di solito, anche sul codice etico interno, che deve comprendere un sistema disciplinare vincolante in grado di sanzionare adeguatamente i comportamenti difformi dai protocolli e dalle procedure previste dal Modello. La valutazione dell'organo giudicante riguarda, infatti, anche i contenuti del Codice etico e quanto è stato fatto dall'azienda per renderli noti a tutti i destinatari attraverso degli appositi incontri formativi interni. Ma non basta: occorre altresì dimostrare di aver affidato la vigilanza e il controllo ad un organismo idoneo e dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo, che la vigilanza era sufficiente e che i modelli di organizzazione siano stati fraudolentemente violati[20].

Qualora l'azienda non riesca a dimostrare efficacemente la sua estraneità alla commissione del reato ascritto, la condanna inflitta dal giudice competente va sostanzialmente a colpire l'aspetto patrimoniale. Infatti, se dal processo è emerso che dalla commissione del reato sia conseguito un vantaggio per l'ente o che esso sia stato compiuto nell'interesse dell'ente, ed il vantaggio e l'interesse risultano economicamente quantificabili, la pena comminata consiste, in genere, in ingenti pene pecuniarie, in sanzioni interdittive che si traducono in mancati introiti, confische o obblighi di ottemperare a specifiche azioni rimediali a favore delle

[18] *Amplius,* C. Giuntelli, Il decreto PNRR n. 19/2024 (ri)attribuisce rilevanza penale agli illeciti previsti dall'art. 18 D.lgs 276/2003, 26 aprile 2024, in https://www.giustiziainsieme.it/;

[19] Se, invece, l'autore del reato è un soggetto sottoposto all'altrui direzione, l'onere probatorio relativo all'inosservanza degli obblighi di direzione e di vigilanza grava sulla Pubblica Accusa.

[20] I. VERONESI, Sostenibilità e rischio di impresa - Responsabilità e vantaggi derivanti dalla gestione integrata dei rischi e dall'adozione di comportamenti aziendali sostenibili, 28 ottobre 2022, in https://www.diritto.it/

ISSN 2036-7821

vittime e del territorio. Le misure interdittive possono spaziare dalla sospensione o revoca di concessioni e licenze all'esclusione da finanziamenti, agevolazioni, contributi, sussidi. Dal divieto di contrarre con la Pubblica Amministrazione al divieto di pubblicizzare beni o servizi, fino al divieto di esercitare la stessa attività d'impresa. Anche la pubblicazione della sentenza dispiega i suoi effetti negativi sulla reputazione dell'azienda e, di riflesso, sulla posizione che questa aveva sul mercato.
Le sanzioni inflitte devono comunque rispettare i principi di adeguatezza, proporzionalità e effettività. Vanno quindi sempre commisurate alle condizioni economiche e patrimoniali dell'impresa condannata affinché, questa possa adempiere agli obblighi derivanti dalla condanna. All'equa determinazione dell'importo della sanzione concorre la valutazione della gravità del fatto, del grado di responsabilità ascrivibile all'impresa e delle attività svolte per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e prevenire ulteriori illeciti. Ad attenuare le responsabilità dell'azienda possono invece intervenire il risarcimento integrale del danno, l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, l'adozione e messa in opera di un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della stessa specie di quello contestato.
La scelta operata dal legislatore di prevedere un regime sanzionatorio che vada a colpire gli interessi economici delle imprese appare particolarmente centrata se rapportata all'obiettivo della disciplina repressiva, ossia coinvolgere queste ultime e responsabilizzarle nella prevenzione di reati che potrebbero essere commessi da soggetti che fanno parte dell'azienda.
Grazie ai continui aggiornamenti circa le fattispecie criminose che possono ascriversi tra gli illeciti previsti nel 'catalogo 231', il Decreto resta un validissimo strumento di contrasto alla *mala gestio* di tutte quelle imprese che non contribuiscono, o contribuiscono solo in parte, a raggiungere gli obiettivi per uno sviluppo sostenibile dell'Agenda 2030 dell'ONU e del *Green Deal* europeo.
È dunque, senza dubbio, molto stretto il legame che intercorre tra la sostenibilità, i relativi fattori ESG e il Decreto Legislativo n. 231/2001. Da quanto illustrato emerge, infatti, che adottare un 'Modello Organizzativo 231' previene efficacemente i reati, contribuendo ad alimentare la cultura della legalità. Occorre tuttavia servirsi del Modello 231 e dei fattori ESG per fare un salto di qualità e passare, cioè, dalla cultura della legalità ad una più consolidata cultura della sostenibilità che accolga in pieno il mandato che l'ONU ha conferito all'imprenditoria privata, al fianco di Stati e organizzazioni internazionali, per mettere in salvo il pianeta[21]. Non bisogna, cioè, limitarsi ad osservare la legge e evitare sanzioni gravose prevenendo efficacemente la

[21] COMMISSIONE DI STUDIO "GRUPPO INTERDISCIPLINARE ESG-231", FONDAZIONE NAZIONALE DEI COMMECIALISTI (a cura di), Modello 231 e fattori ESG: l'importanza di una virtuosa connessione, Documento di ricerca, Roma, luglio 2024, p. 14.

ISSN 2036-7821

commissione dei reati ma, occorre far propria la logica che sottende la sostenibilità ambientale e sociale.

Questo passaggio è divenuto non solo auspicabile ma oltremodo necessario con l'entrata in vigore della Direttiva *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD), che richiede a decine di migliaia di imprese europee di adottare modelli di *corporate governance* virtuosi.

Ma tale prospettiva ci pone di fronte ad un sostanziale allargamento di ottica. Sono infatti molte le fattispecie criminose che, al di là della ipotesi di reato tassativamente elencate dal legislatore nel Decreto n. 231/2001 nella sua formulazione vigente e più aggiornata, implicano un notevole impatto negativo sull'ambiente, ma anche sulla salute di persone e animali, come le violazioni urbanistiche e la speculazione edilizia o l'inquinamento atmosferico, acustico ed elettromagnetico, oggetto di specifiche discipline.

Per quanto riguarda le ripercussioni sociali, invece, particolarmente delicato è il tema dei reati contro la personalità individuale come il 'caporalato', che implica il ricorso a lavoratori irregolari e l'induzione a non rilasciare o a rilasciare dichiarazioni false all'autorità giudiziaria.

Molte responsabilità penali in capo alla *governance*, infine, sono state meglio definite e aggiornate anche nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. Quanto accaduto durante il periodo dell'emergenza Covid 19 ha fatto, poi, emergere con una certa evidenza quanto il tema ESG risulti correlato a nuove forme di 'reati economici informativi', ossia di illeciti penali in cui il danno agli interessi economici altrui è costituito da una deliberata distorsione dell'informazione trasmessa, ovvero dal difetto di informazione quando la stessa sia obbligatoria per legge o per buona fede contrattuale[22]. I provvedimenti messi in campo dallo Stato italiano per sostenere le imprese in difficoltà a causa della pandemia hanno infatti favorito l'accesso a contributi speciali semplificando le procedure burocratiche. Ma, in diversi casi, atti illeciti come la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti fatti non veri, o l'omissione di informazioni dovute, hanno permesso a soggetti privi di requisiti di percepire indebitamente contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altri benefici economici concessi o erogati dallo Stato o da altri enti pubblici in tutto o in parte non spettanti[23].

[22] Per un approfondimento si rinvia a V. PACILEO, Profili economici del diritto penale, Torino, 2018.

[23] COMMISSIONE DI STUDIO "GRUPPO INTERDISCIPLINARE ESG-231", cit., p. 16. Come viene evidenziato nella ricerca, il diritto penale vigente contempla già diverse condotte illecite legate alla non corretta o omessa informazione da parte degli imprenditori come, ad esempio, il reato di truffa (art. 640 c.p.), i reati di frode commerciale (artt. 515 ss. c.p. e 356 c.p.), quelli relativi alla contraffazione dei marchi (artt. 473 e 474 c.p.), i reati di falso (artt. 476 ss. c.p.), la bancarotta documentale (oggi confluita nell'art. 322 del d.lgs. 14/2019), fino ai già citati reati di false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.) e ad alcuni reati tributari/fiscali, con particolare riguardo a quelli dichiarativi (come quelli di cui agli artt. 2, 3 e 4 del d.lgs. 74/2000), nonché a quello complementare di emissione di fatture per operazioni inesistenti (art. 8 d.lgs. 74/2000).

ISSN 2036-7821

Resta dunque tuttora lungo e complesso il percorso di armonizzazione tra un sistema produttivo totalmente orientato alla sostenibilità e ai fattori ESG e un'efficiente prevenzione dei reati, ai sensi del Decreto Legislativo n. 231/2001. Ma un forte stimolo in questa direzione sarà fornito senza dubbio, ancora una volta, dalle Direttive europee che stanno consolidando la posizione assunta dalla *Corporate Social Responsibility* nell'ambito dell'*hard law*.

3. Responsabilità Sociale d'Impresa, tutela dell'ambiente e sostenibilità alla luce della riforma della Legge Costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1.

Il tema della sostenibilità ambientale e sociale e il contributo che la *Corporate Social Responsibility* può offrire, perché essi improntino l'agire imprenditoriale in ogni sua forma, sono stati affrontati nel nostro Paese anche attraverso la riforma costituzionale approvata dalle Camere nel 2022[24], con cui sono stati riformulati gli enunciati degli artt. 9 e 41.

Il primo dei due articoli rivisti inserisce la tutela ambientale definitivamente tra i Principi Fondamentali della Costituzione. Infatti, sebbene l'Italia non sia l'unico Stato in Europa a non aver fatto un chiaro riferimento all'ambiente nel testo originario della sua Carta fondamentale, la riforma del Titolo V, modificativa dell'articolo 117, secondo comma, aveva già introdotto per la prima volta nel 2001 la parola 'ambiente' nel testo costituzionale, conferendone la sua tutela allo Stato, alle Regioni, a tutti gli enti e le Istituzioni pubbliche.

Le innovazioni apportate dal nuovo testo dell'art. 9 Cost. riguardano innanzitutto una rilettura in chiave espansiva del concetto di ambiente che supera l'aspetto prettamente morfologico, visivo, culturale, per approdare ad una più propriamente ambientale, ossia costitutiva, valoriale, comunitaria[25]. La tutela oggi riservata dalla Costituzione all'ambiente, così come alla biodiversità e agli ecosistemi è poi intesa «anche nell'interesse delle future generazioni», proiettando, cioè, la pianificazione di qualsiasi politica o azione di tutela ambientale nel lungo periodo[26].

Per quanto riguarda la prima innovazione apportata al dettato dell'art. 9 Cost., va evidenziato che questo nuovo approccio esprime la volontà dell'Italia di allineare i principi a fondamento della nostra Repubblica alle priorità indicate a livello sovranazionale e di orientare, anche sul piano interno, la discrezionalità politica nella direzione della sostenibilità. Esso vuole anche essere una dichiarazione di impegno,

[24] Legge Costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022, recante «Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente».

[25] SERVIZIO STUDI SENATO DELLA REPUBBLICA, SERVIZIO STUDI CAMERA DEI DEPUTATI, La tutela dell'ambiente nelle Costituzioni degli Stati membri dell'UE, in Dossier 7 febbraio 2022, Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente, XVIII Legislatura, Roma, 2022, p. 7.

[26] A. MATTOSCIO, La tutela ambientale in Costituzione, in Diritti comparati. Comparare i diritti fondamentali in Europa, 10 marzo 2022, in https://www.dirittocomparati.it/.

ISSN 2036-7821

da parte dell'Italia, a combattere l'emergenza climatica che sempre più spesso si sta dispiegando in tutta la sua violenza su un territorio ormai fortemente fragile e deteriorato, sia a causa delle sue caratteristiche geografiche che per la presenza di diffuse aree di dissesto idro-geologico. La riforma nasce, quindi, dall'urgenza di porre un freno all'effetto devastante di politiche di cementificazione e di scarsa manutenzione ordinaria che hanno reso pressoché impossibile reagire in maniera efficace ad eventi climatici estremi.

È ora compito del legislatore ordinario e dei vari organi competenti guidare la transizione ecologica ridefinendo lo statuto della proprietà edilizia, sia sotto il profilo quantitativo che quello qualitativo. Dal punto di vista quantitativo, è infatti auspicabile porre un freno al consumo di suolo e all'indiscriminato sviluppo edilizio a cui si assiste da decenni e puntare al recupero dell'esistente. Dal punto di vista qualitativo, invece, è necessario cogliere in pieno gli *inputs* che ci giungono sia dall'Agenda 2030 dell'ONU che, dal *Green Deal* europeo attraverso il PNRR per approdare al più presto ad un soddisfacente efficientamento energetico[27].

In questo senso si è mosso il Governo italiano introducendo, con il Decreto Rilancio n. 34/2020, la maxi-detrazione al 110%, meglio nota come Superbonus 110%, nell'ordinamento giuridico. La misura prevedeva, in origine, una serie di agevolazioni, detrazioni e rimborsi per interventi di edilizia, che intendevano stimolare il settore, gravemente colpito dalla pandemia da Covid-19, e, nel contempo, finanziare l'ammodernamento e l'efficientamento energetico degli edifici residenziali privati. Tuttavia sono ben presto emersi effetti distorsivi dell'economia, nonché profonde modificazioni del sistema fiscale ma anche, e soprattutto, delle dinamiche del settore edilizio che hanno messo in discussione la validità di un intervento normativo pur sempre ispirato dal desiderio di dare nuova linfa al mercato e migliorare la qualità della vita dei cittadini beneficiari delle opere di ristrutturazione.

Ma quel che in questa sede più interessa dell'esperienza del Superbonus 110% è l'emersione di condotte penalmente rilevanti che, a dispetto di tutto quanto detto circa la necessità che la *Corporate Social Responsibility* si accompagni sempre all'applicazione dei fattori ESG e del 'Modello Organizzativo 231', hanno interessato principalmente imprenditorie edili esecutrici, fornitori e tecnici incaricati di approntare la documentazione necessaria per accedere ai benefici di legge. Tra le altre, sono infatti emerse in particolare ipotesi di reato per truffa aggravata ai danni dello Stato per il conseguimento di erogazioni pubbliche di provenienza statale o europee, disciplinata dall'art. 640-bis del c.p.. Ad essere contestata è stata anche la falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità, di cui all'art. 481 c.p.. Altri reati consumati dalle imprese esecutrici in

[27] M. MELI, La centralità della questione ambientale e le ricadute sul diritto privato, in Diritto Costituzionale. Rivista Quadrimestrale, 2023, n. 3, p. 104.

ISSN 2036-7821

concorso con il committente si riferiscono all'esecuzione di opere finanziate nell'ambito del Superbonus su edifici realizzati abusivamente, oppure alla fatturazione di lavori progettati ma mai effettivamente realizzati, o anche, all'esecuzione di lavori diversi da quelli indicati nei progetti e nei documenti fiscali[28].
La seconda innovazione contenuta nel nuovo dettato dell'art. 9 Cost. riguarda il citato interesse delle future generazioni. La riforma ha, in un certo senso, inteso rimarcare la responsabilità, in capo allo Stato e a tutti gli attori pubblici, di preservare sempre il territorio, nell'interesse dei cittadini, dei loro figli e di quanti verranno, attribuendole rilievo costituzionale. Solo le Istituzioni rappresentative della collettività hanno, infatti, il potere di valutare attentamente gli effetti di lungo periodo delle scelte assunte e delle autorizzazioni da concedere con riferimento alle risorse naturali e ambientali da tutelare, nonché di negoziare l'attenuazione delle esternalità negative delle attività produttive e commerciali presenti sui territori. Tale funzione risulta particolarmente importante se si considera che lo sviluppo è sostenibile solo qualora riesca a preservare, nello stesso modo, sia i bisogni della generazione presente che quelli delle generazioni future.
Protesa alla tutela dell'ambiente e alla promozione di un'attività economica sostenibile è anche la riformulazione dell'enunciato dell'art. 41 Cost. operata dalla stessa legge costituzionale del 2022. Rimasto immutato l'enunciato del primo comma, che recita «l'iniziativa economica privata è libera», nel secondo comma si chiarisce che tale iniziativa economica non è tuttavia incondizionata. Essa infatti non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e neppure alla salute e all'ambiente. Viene così introdotto un ulteriore e importante limite prima non contemplato. Il terzo ed ultimo comma contiene, infine, una riserva di legge volta a determinare «i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali». Il nuovo dettato costituzionale estende così palesemente la riserva anche ai fini ambientali prima non contemplati. In questo modo, anche qui, il nostro Paese formalizza al massimo livello il suo impegno a perseguire uno sviluppo umano sostenibile capace di innestare la conversione ecologica dell'iniziativa economica, pubblica e privata.
Scopo della riforma è, in questo caso, affermare a livello costituzionale l'esigenza di un bilanciamento tra gli interessi dell'attività di impresa, soprattutto se di grandi dimensioni, e gli interessi della collettività e del territorio in cui tale attività si svolge.

[28] C. ALBERTINI, I reati tributari legati al Superbonus 110%, 7 dicembre 2022, in https://www.altalex.com/. Al tema sono dedicati diversi approfondimenti, tra i quali qui si richiama in particolare R. SAVI, Il c.d. "Superbonus 110%": i possibili illeciti e la risposta sanzionatoria penale, in Giurisprudenza Penale Web, 2020, n. 9, pp. 1 -26; F. CAGNOLA, R. LUCEV, Profili penali della circolazione del credito d'imposta da c.d. Superbonus, in Sistema Penale, 2022, n. 5, pp. 5 -33; N. SANTI DI PAOLA, Come difendersi dai reati connessi al Superbonus 110%, Santarcangelo di Romagna, 2022.

ISSN 2036-7821

Si ribadisce la necessità di rivolgere la massima attenzione al rapporto tra uomo e natura, ponendo in secondo piano quello tra produzione e consumo. Si conferma, insomma, ancora una volta la volontà del legislatore italiano di accogliere una visione di attività imprenditoriale le cui finalità travalicano il tradizionale concetto di profitto per abbracciare politiche di CSR ESG-*oriented*, improntate a criteri di sostenibilità sociale e ambientale[29].

Anche la nuova formulazione dell'art. 41 si dimostra poi coerente con il processo che segna il definitivo passaggio da una scelta volontaristica di adesione alla CSR operata dalle singole realtà imprenditoriali al riconoscimento, da parte degli Stati e delle Istituzioni europee e internazionali, del valore dei principi della Responsabilità Sociale d'Impresa e della sostenibilità sociale e ambientale, tanto da promuoverne e incentivarne l'adozione, se non addirittura, imporla alle imprese che intendano non solo mantenere ben salda la loro posizione di mercato ed espandersi, ma anche accedere a numerose agevolazioni fiscali e finanziamenti pubblici[30].

Ai sensi del nuovo art. 41 Cost., l'iniziativa economica privata, sebbene libera, è dunque valida solo se orientata all'utilità sociale (di cui tuttavia non si fornisce una più dettagliata definizione) e evita danni alla salute (dei lavoratori, dei cittadini, dei consumatori), all'ambiente (in cui opera l'impresa e in generale), alla sicurezza (sia essa dei lavoratori, ambientale, alimentare, pubblica, ecc.), alla libertà (personale, religiosa, sindacale, contrattuale, ecc.), e alla dignità della persona umana.

4. In Italia 'Chi inquina (forse) paga'.

La tutela dell'ambiente e l'importanza di fare impresa in maniera sostenibile sono divenute oggetto, nel corso degli anni, di diversi procedimenti giudiziari. Di particolare interesse risulta, in questo senso, la sentenza n. 3077/2023 pronunciata dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, riguardante la responsabilità per danno ambientale.

La Suprema Corte è stata chiamata a dirimere la controversia nata tra la Società proprietaria del sito di bonifica di interesse nazionale denominato 'Litorale Domizio flegreo ed Agro aversano' ed il Ministero dell'Ambiente[31] che, in seguito ad una verifica operata dalla competente Agenzia Regionale per la Protezione Ambientale

[29] In questo senso anche S. A. CERRATO, Appunti per una «via italiana» all'ESG: l'impresa «costituzionalmente solidale» (anche alla luce dei «nuovi» artt. 9 e 41, comma 3, Cost.), in Analisi Giuridica dell'Economia, 2022, n. 1, pp. 63 -114.

[30] G. CAPO, Libertà d'iniziativa economica, responsabilità sociale e sostenibilità dell'impresa: appunti a margine della riforma dell'art. 41 della Costituzione, in Giustizia civile, 2023, n. 1, p. 88. Sul punto si veda anche G. MARCATAJO, La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente, in Ambientediritto.it, Rivista Telematica di Diritto Pubblico, 2022, n. 2, pp. 1 – 15;

[31] L'azione di risarcimento del danno all'ambiente, bene pubblico di rilievo costituzionale, va intesa come un'azione di reintegrazione in forma specifica ed è, pertanto, di competenza esclusiva del Ministero dell'Ambiente.

ISSN 2036-7821

(ARPA Campania), aveva prescritto alla medesima Società di attuare, entro 10 giorni, interventi di messa in sicurezza d'emergenza e misure di prevenzione e di bonifica dei luoghi, in base a quanto disposto dal vigente Codice dell'Ambiente, approvato con Decreto Legislativo n. 152/2006. Nel sito, adibito dal 2001 al 2003 a discarica per lo smaltimento di rifiuti solidi urbani, era stato infatti rilevato il superamento delle soglie di emissione delle sostanze inquinanti.

Prima di giungere in Cassazione, il contenzioso era già stato sottoposto prima, all'attenzione del T.A.R. territorialmente competente e poi, del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche (T.S.A.P.). La Società destinataria delle prescrizioni del Ministero dell'Ambiente negava, infatti, la violazione delle disposizioni in tema di bonifica di cui alla Parte IV del Codice dell'Ambiente che le era stata contestata. E, soprattutto, affermava la propria totale estraneità ad ogni tipo di responsabilità ambientale, sul presupposto che i fenomeni inquinanti, al contrario di quanto sostenuto dal Ministero, erano invece da ricondursi alle peculiarità morfologiche del territorio[32].

Il ricorso in Cassazione della Società si è tuttavia reso necessario in quanto il T.S.A.P., applicando una consolidata interpretazione di responsabilità oggettiva ricondotta al principio comunitario 'chi inquina paga', aveva convalidato il provvedimento del Ministero dell'Ambiente a carico della Società, affermando che è il proprietario o, alternativamente, il detentore 'qualificato' del sito, ad avere l'onere di adottare le misure di messa in sicurezza di emergenza nell'ambito delle attività di prevenzione e di riparazione del danno ambientale, indipendentemente dall'accertamento dell'elemento soggettivo, ovvero indipendentemente dalla presenza, nella sua condotta, di dolo o di colpa.

La società soccombente si è dunque rivolta alla Suprema Corte per veder affermare, *a contrario*, che il principio comunitario 'chi inquina paga' di cui alla Direttiva 2004/35/CE non può essere applicato acriticamente, ossia senza alcuna verifica circa il comportamento del proprietario/gestore e soprattutto senza procedere all'individuazione del reale responsabile della potenziale contaminazione.

La Direttiva 2004/35/CE del 21 aprile 2004 del Parlamento europeo e del Consiglio «sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale», in effetti, afferma che è l'operatore che provoca un danno ambientale con una condotta che possa essere qualificata come dolosa o colposa o causa una minaccia imminente di tale danno a dover sostenere il costo delle necessarie misure di prevenzione o di riparazione, addossandosene le esternalità negative e sollevando da ogni onere sia la collettività e che gli enti pubblici[33].

[32] L. SCUTO, Cassazione Civile, Sezioni Unite, 1 febbraio 2023, n. 3077, in Rivista interdisciplinare sul diritto delle Amministrazioni Pubbliche, 2023, n. 2, p.253.

[33] G. CHIRONI, La distribuzione delle responsabilità in caso di danno ambientale e i risvolti fiscali, in Ambientediritto.it, 2024, n. 1, p. 23.

ISSN 2036-7821

Ma ciò che in questo caso specifico andava indagato a fondo, tanto da impegnare la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, era piuttosto il limite dell'imputabilità della responsabilità in termini di responsabilità oggettiva anche laddove il soggetto abbia correttamente agito per evitare il verificarsi del danno e venga identificato come responsabile solo per l'impossibilità di poter identificare il responsabile effettivo. La questione risulta tuttora particolarmente interessante anche per i suoi effetti ai fini procedurali, in particolar modo per quello che attiene l'inversione dell'onere della prova[34].

La sentenza n. 3077/2023 della Suprema Corte ha dunque proposto una lettura sistematica delle disposizioni del Codice dell'Ambiente e della Direttiva Europea 2004/35/CE, da cui emerge come non sia possibile attribuire alcun obbligo di messa in sicurezza di emergenza e di bonifica al proprietario nell'ipotesi in cui egli non sia autore della condotta contestata[35].

In particolare, la Cassazione si è così espressa perché ha ritenuto che gli effetti a carico del proprietario incolpevole siano limitati a quanto previsto dall'art. 253 del Codice dell'Ambiente in tema di oneri reali e i privilegi speciali immobiliari, poiché risulta netta la distinzione tra la figura del responsabile dell'inquinamento e quella del proprietario del sito che non ha causato o non ha concorso a causare la contaminazione[36].

Per marcare questa distinzione è stato richiamato l'art. 302, co. 4, del Decreto Legislativo n. 152/2006 che definisce l'operatore come «qualsiasi persona, fisica o giuridica, pubblica o privata, che esercita o controlla un'attività professionale avente rilevanza ambientale oppure chi comunque eserciti potere decisionale sugli aspetti tecnici e finanziari di tale attività, compresi il titolare del permesso o dell'autorizzazione a svolgere detta attività». Il successivo art. 308 interviene però a chiarire che il soggetto che opera in attività di rilevanza ambientale non è tenuto a sobbarcarsi i costi delle azioni di precauzione, prevenzione e di ripristino, laddove possa dimostrare che non gli è attribuibile un comportamento doloso o colposo o laddove si sia in presenza di quelle che sono note come ipotesi di inquinamento diffuso, che rappresentavano, peraltro, la fattispecie specifica devoluta all'attenzione della Cassazione nel caso in discussione.

---

[34] In caso di responsabilità oggettiva, è il presunto responsabile a dover fornire la prova liberatoria, mentre in caso di responsabilità soggettiva è chi imputa la responsabilità che deve provare la responsabilità stessa.

[35] B. POZZO, Danno ambientale ed imputazione di responsabilità, Milano, 1996.
D. FERRO, Danno ambientale ed individuazione dei soggetti responsabili, 11 aprile 2024, in https://www.diritto.it/

[36] Il proprietario non responsabile dell'inquinamento può essere tenuto a rimborsare le spese degli interventi adottati dall'autorità soltanto nei limiti del valore di mercato del sito determinato a seguito dell'esecuzione degli interventi medesimi, e, nel caso in cui il proprietario non responsabile dell'inquinamento abbia spontaneamente provveduto alla bonifica del sito inquinato, ha diritto di rivalersi nei confronti del responsabile dell'inquinamento per le spese sostenute e per l'eventuale maggior danno subito.

ISSN 2036-7821

A consolidare le argomentazioni che tendono ad escludere la responsabilità del proprietario incolpevole interviene, inoltre, il secondo comma dell'art. 311 del Codice dell'Ambiente, che fissa la responsabilità oggettiva di chi esercita specifiche attività professionali e quella imputabile e soggettiva, per colpa o dolo, in capo a chiunque altro cagioni un danno ambientale[37].

Con questa pronuncia l'organo giudicante ha infine voluto esprimere anche il proprio dissenso verso la diffusa prassi, in uso alle Amministrazioni, di imputare gli ingenti costi del risanamento ambientale ai proprietari incolpevoli, imponendo loro l'esecuzione degli interventi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino ambientale, soprattutto in caso di difficoltà a completare un'istruttoria o a fare un'adeguata verifica sull'origine della contaminazione e il relativo accertamento della responsabilità dell'inquinamento[38].

Il principio 'chi inquina paga' sancito dalla Direttiva 2004/35/CE, unito al dettato della Direttiva 2010/75/UE relativa alle emissioni industriali, ha rappresentato un solido punto di riferimento anche nell'annosa questione dell'Ilva di Taranto, il colosso dell'acciaio inaugurato come Italsider negli anni Sessanta nel quadro di una politica di forte rilancio industriale e occupazionale del Mezzogiorno e supportato da un ingente investimento finanziario pubblico ma rivelatosi, ben resto, foriero di gravi danni all'ambiente e alla salute dei lavoratori e della popolazione residente nel territorio circostante.

Per decenni, diversi interventi legislativi nazionali hanno cercato di fornire una disciplina efficace, di indicare linee guida da applicare e soprattutto di prescrivere adempimenti a cura dei diversi gestori che si sono avvicendati alla guida dell'impianto affinché, si realizzasse un concreto bilanciamento dei numerosi diritti costituzionalmente protetti in gioco. Infatti, oltre a preservare la prosecuzione dell'attività produttiva, il legislatore, gli amministratori locali e gli imprenditori coinvolti, sono stati chiamati a garantire anche la tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (art. 4 e 35 Cost.). Il tutto nel pieno rispetto di un art. 41 Cost., che, come si è detto, prescrive che l'iniziativa economica si esplichi sempre in modo da non recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. Rimuovere prontamente i fattori di pericolo per la salute, l'incolumità e la vita dei lavoratori costituisce infatti condizione minima e indispensabile perché l'attività produttiva si svolga in armonia con i principi costituzionali, sempre attenti anzitutto alle esigenze basilari della persona.

Tuttavia, nell'arco di decenni, si sono registrati interventi in merito anche da parte della Commissione Europea, nonché vari ricorsi sia alla Corte Europea dei Diritti

[37] UFFICIO DEL MASSIMARIO (a cura di), News n. 29 del 2023, in https://www.giustizia-amministrativa.it/
[38] G. CHIRONI, cit., p. 30.

ISSN 2036-7821

dell'Uomo che alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea che hanno censurato scelte politiche sbagliate e la fallimentare gestione del caso da parte delle Istituzioni pubbliche[39].

Più di recente, il processo principale, ormai emblematicamente noto come 'Ambiente svenduto' si è chiuso con una sentenza di primo grado pronunciata dalla Corte d'Assise di Taranto il 31 maggio 2021, che ha confermato quanto la gestione dello stabilimento siderurgico di Taranto da parte della famiglia Riva abbia provocato, negli anni compresi tra il 1995 e il 2012, un inquinamento definito devastante per la salute e per l'ambiente. Dopo cinque anni di dibattimento e undici giorni di Camera di consiglio, i giudici della Corte d'Assise hanno comminato ventisei condanne per dirigenti, manager e politici, su un totale di quarantasette imputati coinvolti nel processo, di cui quarantaquattro persone fisiche e tre società. Particolarmente delicata è risultata la posizione di Fabio e Nicola Riva che, in qualità di ex proprietari e amministratori, hanno visto accogliere la tesi accusatoria della procura che ha addebitato loro il concorso in associazione a delinquere finalizzata al disastro ambientale, all'avvelenamento di sostanze alimentari, all'omissione dolosa di cautele sui luoghi di lavoro[40].

Dunque le molteplici responsabilità politiche e penali in capo agli innumerevoli soggetti pubblici e privati convolti, a vario titolo, nella vicenda del polo siderurgico di Taranto sono state attentamente vagliate a più livelli e da diversi organi giudiziari nazionali e europei, e molti, in ossequio al principio 'chi inquina paga' sono stati destinatari di severe condanne. Tuttavia gli ultimi sviluppi del caso fanno temere un futuro di nuovo molto incerto per quanti sono ancora in cerca di giustizia e, soprattutto, di concreta tutela del loro diritto alla salute, al lavoro, alla vita.

Risale infatti al 13 settembre 2024 la clamorosa sentenza della Corte di Assise di Appello di Taranto, sezione distaccata della Corte di Appello di Lecce, che ha annullato la sentenza del 31 maggio del 2021. Il processo dovrà dunque ripartire presso la Corte di Assise di Appello di Potenza con il pericolo di prescrizione per diversi reati.

La pronuncia ha sostanzialmente accolto la richiesta di annullamento della sentenza del processo 'Ambiente svenduto', presentata dalla difesa della famiglia Riva, per incompatibilità ambientale dei giudici della Corte residenti a Taranto.

Benché già presentata e respinta durante il procedimento di primo grado concluso nel 2021, l'istanza è stata nuovamente presentata trovando, stavolta, accoglimento. La questione posta alla base della richiesta riguarda tutti i magistrati, siano essi togati o onorari, che risiedono a Taranto che, come tali, sono da ritenersi parti offese del

[39] Per un approfondimento sul caso Ilva si rinvia a C. MARICONDA, Corporate Social Responsability: critical analysis and legal perspectives in comparative law study, Torino – Parigi, 2024, pp. 142 – 153.

[40] Una puntuale e circostanziata ricostruzione dell'imponente sentenza di primo grado del processo è offerta da G. RUGGIERO, Appunti sul processo Ambiente svenduto, 20 dicembre 2023, in https://www.sistemapenale.it/

ISSN 2036-7821

procedimento perché danneggiata dal reato di inquinamento e quindi prive della necessaria serenità di giudizio[41].

5. La legislazione francese in materia di ambiente e due diligence.

La Francia ha provveduto diversi anni prima dell'Italia e con una disciplina ben più ampia ad inserire i temi legati all'ambiente e alla sostenibilità tra i Principi Fondamentali della Repubblica. La *Charte de l'environnement* del 2004, composta da 10 articoli, viene infatti richiamata nel preambolo della Costituzione e allegata integralmente alla fine.

In tal modo viene dato grande rilievo ai principi ambientali e, soprattutto, mentre all'art. 1 si afferma il diritto di ogni individuo «di vivere in un ambiente equilibrato e favorevole alla sua salute», negli articoli successivi si passa ben presto a declinare tutti i doveri che gli individui e le autorità pubbliche hanno nei confronti dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile[42].

Un'altra pietra miliare in materia è rappresentata, di certo, dalla legislazione ordinaria licenziata nel 2009 e nel 2010 nell'ambito del progetto *'Grenelle Environnement'*, lanciato dal Presidente Sarkozy nel maggio 2007, per avviare nuove azioni per l'ecologia e la promozione di uno sviluppo sostenibile.

In particolare, la Legge quadro *Grenelle I* (Legge n ° 2009-967 del 3 agosto 2009) ha destinato risorse pubbliche e private dei prossimi anni verso obiettivi di politica ambientale ed economica indicati negli accordi largamente partecipati e condivisi dalle parti sociali. Nei suoi sei titoli e 57 articoli *Grenelle I* propone misure di lotta al cambiamento climatico come la riduzione delle emissioni di gas con effetto serra e un maggior utilizzo delle energie rinnovabili, ma anche una nuova politica edilizia orientata al risparmio energetico.

Il terzo titolo della Legge quadro, dedicato ai trasporti, riserva un ruolo di primo piano per le tratte a corto e medio raggio al trasporto ferroviario. Non ritenendo utile intervenire sulle tratte ad ampio raggio, servite da aerei che inquinano, hanno problemi di tempi e sicurezza e devono dunque restare aperti alla concorrenza internazionale, la Francia ha inteso investire attraverso incentivi immediatamente usufruibili da cittadini e comunità sui treni che marciano ad elettricità, entrano nelle stazioni al centro delle città e sono difficilmente aggredibili dalla concorrenza esterna. Dopo i trasporti, segue la parte riservata alla biodiversità, agli ecosistemi e agli ambienti naturali. Non poteva mancare poi un programma di riduzione dei rifiuti nel più ampio quadro della prevenzione dei rischi per l'ambiente e la salute.

[41] P. GENTILUCCI, Processo ex Ilva: la Corte d'Appello annulla la sentenza, 23 settembre 2024, in https://www.diritto.it/

[42] F. FRACCHIA, Il diritto ambientale comparato, in Federalismi, 2017, n. 7, p. 11.

ISSN 2036-7821

Nel quarto titolo vengono illustrate tutte le iniziative che lo Stato intende mettere in campo in molteplici settori, sempre a tutela dell'ambiente e per incentivare lo sviluppo sostenibile. Il quinto titolo, invece, elabora una serie di metodologie che permettono di veicolare le informazioni e sensibilizzare la popolazione sui benefici sociali e ambientali dello sviluppo sostenibile. La sesta ed ultima parte della Legge quadro è, infine, relativa ai territori d'Oltremare[43].
Con *Grenelle I*, la Francia dunque ha individuato, attraverso la concertazione, gli obiettivi da raggiungere nel settore ambientale e le linee di finanziamento per raggiungerli; con *Grenelle II*(Legge del 12 luglio 2010), in buona sostanza, ha dato attuazione alla prima legge.
Ma il legislatore francese non si è dimostrato altrettanto incisivo e completo quando si è trattato di introdurre una disciplina davvero cogente relativa all'obbligo di vigilanza per le imprese di grandi dimensioni, finalizzato alla prevenzione di gravi violazioni dei diritti umani, dell'ambiente e della salute e sicurezza delle persone. Il piano di vigilanza, a cui essa fa riferimento, avrebbe dovuto estendersi non solo alle attività svolte dall'impresa principale, ma anche a quelle dell'intera catena di valore, in cui rientrano le controllate, i subappaltatori e i fornitori con i quali essa intrattiene rapporti commerciali consolidati.
I contenuti della *LOI n. 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* sono stati infatti ben presto valutati come insufficienti a causa dell'eccessiva vaghezza e dell'indeterminatezza delle prescrizioni che caratterizzano le misure di *due diligence* circa la portata delle azioni finalizzate a fronteggiare e mitigare il rischio. Ciò ha ovviamente comportato anche delle serie difficoltà nell'identificazione delle imprese soggette all'obbligo e per effettuare i controlli. A ciò si accompagna la consueta difficoltà nel definire con esattezza la nozione di violazione di 'diritti umani' e 'libertà fondamentali'[44].

6. Il giudicato preventivo sulla compliance aziendale nel sistema francese e le nuove sfide lanciate dalla CSRD europea.

A chiarire quale possa essere il perimetro del controllo giurisdizionale in materia di *Plan de vigilance*, per la prima volta dall'entrata in vigore della *LOI n. 2017-399* è intervenuta la pronuncia del Tribunale di Parigi con cui il 15 dicembre 2023 si è espressa in merito al dovere di *due diligence*.
La causa ha avuto origine dalla richiesta mossa dal sindacato SUD PTT di valutare la conformità alla legge del piano di *due diligence* adottato dal 2019 da "La Poste", una società per azioni di servizi *multi-business* controllata al 66% dalla *Caisse des Dépôts* e

[43] G. RUFFOLO, La nuova politica ambientale francese, in Gazzetta ambiente, 2009, n. 4, pp. 5 -7.
[44] Un maggior approfondimento anche su questo tema è offerto in C. MARICONDA, Corporate Social Responsability: Critical Analysis and Legal Perspectives in Comparative Law Study, cit., pp. 85 – 88.

ISSN 2036-7821

al 34% dallo Stato francese[45], e di porvi rimedio in caso di manifesta inadeguatezza del piano di vigilanza.

Il Tribunale di Parigi, nel caso di specie, ha deciso accogliendo le maggior parte delle richieste del sindacato e ordinando alla società l'adozione di alcuni interventi volti al miglioramento della *compliance* aziendale. Sono infatti diversi i punti che, ad avviso del giudice adito, vanno assolutamente rivisti. Per quanto riguarda la mappatura dei rischi, ad esempio, è stata osservata un'estrema genericità che impedisce di individuare con precisione i fattori di pericolo concretamente generati dall'attività e dall'organizzazione della società. L'assenza di una classificazione, in ordine di gravità, delle priorità di rischio da gestire, poi, rende il piano privo di una fondamentale elaborazione di procedure di protezione degli interessi in caso di incidenti, disservizi, condotte illecite. Tutto ciò premesso, il Tribunale ha ordinato alla società di integrare il piano con una completa mappatura dei rischi in ordine di gravità e con un chiaro riferimento alle priorità degli interventi da adottare.

Queste integrazioni devono riguardare, ovviamente, l'intera filiera, a partire dalla redazione di un dettagliato elenco dei subappaltatori e dei fornitori con i quali la società intrattiene rapporti commerciali e degli elementi utili alla vigilanza su tali relazioni. Per l'ipotesi di nuove collaborazioni commerciali, vanno specificate anche le procedure di valutazione dei subappaltatori sulla base degli specifici rischi individuati in sede di mappatura.

In tema di politiche aziendali di sicurezza sul luogo di lavoro, di mitigazione e prevenzione dei rischi, inoltre, il Tribunale ha invitato la società soccombente a definire meglio le misure previste per la prevenzione del rischio e quelle di contrasto alle molestie e al disagio psicosociale. Queste misure, aggiunge la Corte, oltre a dover essere adatte rispetto a quanto rilevato in sede di mappatura, dovrebbero anche essere mirate e concrete, dunque in grado di produrre risultati misurabili.

Accogliendo, altresì, un'altra doglianza del ricorrente, il Tribunale ha ordinato di procedere alle integrazioni del piano di vigilanza richieste di concerto con i sindacati, come stabilito dalla normativa francese, soprattutto per quanto riguarda il meccanismo di segnalazione delle violazioni.

Infine, il Collegio ha evidenziato l'importanza per le aziende di mettere in atto un sistema di monitoraggio delle misure adottate per il contrasto al rischio di illeciti, non solo per testare l'efficacia dei presidi di *compliance* introdotti, ma anche per orientare l'azienda nel suo piano d'azione futuro.

[45] La società è attualmente organizzata in quattro divisioni, di cui una di recapito posta e della pubblicità ai clienti; una seconda, la GeoPost, un corriere espresso per il trasporto su strada di pacchi celeri in Francia e all'estero; la Banque Postale, che opera nel settore bancario e assicurativo; infine, il ramo *consumer e digital*, che, grazie alla rete del gruppo, commercializza prodotti e servizi postali, finanziari e telefonici a privati, professionisti ed enti locali.

ISSN 2036-7821

In buona sostanza, si può osservare che l'ordinanza del Tribunale consiste per lo più in una serie di prescrizioni indirizzate alla società soccombente, in quanto il tenore della legislazione vigente impedisce all'organo giudiziario di sostituirsi all'operatore commerciale privato, limitando la sua libertà economica attraverso l'imposizione di presidi precisi e specifici.
Il giudice adito non ha, inoltre, ritenuto opportuno comminare sanzioni di alcuna natura a "La Poste", preso atto dei significativi miglioramenti che essa ha posto in essere tra il 2020 e il 2021 in materia di *compliance*.
Questi limiti del giudicato non offuscano, tuttavia, l'evidente differenza che attualmente distingue il sistema francese da quello italiano e che riguardano proprio il metodo e le tempistiche del sindacato giurisdizionale sulle misure di *compliance*.
Ci siamo infatti soffermati diffusamente, in questa analisi sull'apporto che l'autorità giudiziaria italiana può fornire solo nel caso di accertamento delle responsabilità dell'ente per eventuali violazioni delle politiche aziendali di *due diligence*. L'approccio italiano è dunque prettamente sanzionatorio e, in quanto tale, finalizzato a censurare comportamenti non conformi alla legge che hanno già condotto a violazioni più o meno gravi della stessa.
Il caso "La Post", invece, ci pone di fronte ad un intervento preventivo da parte dell'organo giudicante che può intervenire in tempo utile ad indicare i margini di miglioramento delle politiche aziendali di *due diligence*, non solo scongiurando violazioni dei diritti umani, danni alla salute o l'ambiente e problemi di sicurezza ma esaltando, nel contempo, le finalità preventive della disciplina[46].
Se, così come ci dimostra la sentenza appena illustrata, in Francia il tema della *due diligence* aziendale riserva un ruolo di primo piano anche all'autorità giudiziaria, nello sforzo collettivo verso la promozione della sostenibilità e della responsabilità delle imprese e la prevenzione dei rischi, una funzione non secondaria l'ha svolta di recente anche il legislatore francese che, in largo anticipo rispetto ai tempi concessi dall'Europa (luglio 2024), ha provveduto ad emettere l'ordinanza n. 2023-1142 del 6 dicembre 2023, con la quale è stata recepita la Direttiva UE 2022/2464 avente ad oggetto il *Corporate Sustainability Reporting* e ormai nota come CSRD.
Oltralpe sono dunque già obbligatorie la rendicontazione, la pubblicazione e la certificazione, a cura di un revisore autorizzato o di un organismo terzo indipendente accreditato, delle informazioni relative alla sostenibilità e agli obblighi ambientali, sociali e di governo delle società commerciali lungo tutta la catena di valore per l'esercizio 2024. I primi report saranno dunque redatti nel 2025[47].

[46] M. TRASHAJ, La prima sentenza sul «Plan de vigilance» in Francia (caso La Poste): compliance "preventiva" vs. compliance "sanzionatoria", 1 febbraio 2024, in https://www.compliancehub.it/
[47] D. MAZZOCCO, Francia, c'è il carcere per chi non rispetta la direttiva sul Bilancio di sostenibilità, 30 gennaio 2024, in https://www.renewablematter.eu/

ISSN 2036-7821

Oltre ad essere stata la prima a recepire la direttiva, la Francia ha scelto un regime sanzionatorio particolarmente severo, che prevede in molti casi il carcere e forti sanzioni pecuniarie, a carico di quanti non provvedano a redigere non più 'rendicontazioni non finanziarie' che fornivano solo mere «informazioni ambientali, sociali, attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani, alla lotta contro la corruzione attiva e passiva in misura necessaria alla comprensione dell'andamento dell'impresa, dei suoi risultati, della sua situazione e dell'impatto della sua attività», così come finora richiesto dall'art. 1, par. 1 della Direttiva 2014/95/EU sul Non-Financial Reporting, meglio nota come NFRD, bensì 'rendicontazioni di sostenibilità', definite dal nuovo testo dell'art. 19 bis della CSRD come le «informazioni necessarie alla comprensione dell'impatto dell'impresa sulle questioni di sostenibilità, nonché informazioni necessarie alla comprensione del modo in cui le questioni di sostenibilità influiscono sull'andamento dell'impresa, sui suoi risultati e sulla sua situazione»[48].

7. Considerazioni conclusive.

Così come la Francia, anche l'Italia ha provveduto al recepimento della CSRD, ma più di recente, con il Decreto Legislativo del 6 settembre 2024, n. 125 entrato in vigore il 25 settembre.

Obiettivo, anche per il nostro Paese, è incentivare l'attendibilità e la trasparenza delle informazioni fornite dalle aziende riguardo le pratiche adottate per mitigare l'impatto ambientale delle proprie attività, il trattamento dei propri dipendenti e il rispetto dei diritti umani, le strategie di contrasto alla corruzione e alla concussione.

Ci si attende, inoltre, che queste informazioni siano rese secondo standard comuni a tutti gli Stati membri rendendole, in quanto tali, comparabili, sia a fini statistici che per un facile apprezzamento da parte di potenziali partner commerciali, finanziatori o altre categorie di *stakeholders*. È appena il caso di ricordare, infatti, che gli Stati membri non godono di molta flessibilità per quanto riguarda il contenuto degli *Standard* di rendicontazione, che sono parte integrante della disciplina europea in materia. Tuttavia, essi sono tenuti a incorporare le disposizioni della direttiva

[48] La mancata designazione di un revisore dei conti così come l'omissione della convocazione all'assemblea generale delle aziende interessate al provvedimento potrà portare a una pena di due anni di reclusione e 30.000 euro di sanzione pecuniaria per i dirigenti che risultino inadempienti. Sempre per quanto concerne i dirigenti delle aziende obbligate a produrre il Bilancio di sostenibilità, ostacolare le attività di verifica dei revisori dei conti e degli esperti nominati in ottemperanza degli obblighi previsti dalla legge e rifiutare di fornire contratti, documenti, libri contabili e rendicontazioni, potrà portare a una detenzione di cinque anni e a una sanzione pecuniaria di 75.000 euro. Coloro che eserciteranno la professione di revisori dei conti senza averne i titoli saranno punibili con un anno di prigione e un'ammenda di 15.000 euro, mentre chi la eserciterà nonostante delle incompatibilità legali sarà passibile di una condanna a sei mesi di prigione e a un'ammenda di 7.500 euro. Infine, i revisori dei conti che dovessero fornire o confermare informazioni menzognere o non dovessero rivelare al procuratore della Repubblica reati di loro conoscenza potranno essere puniti con cinque anni di carcere e con un'ammenda di 75.000 euro.

ISSN 2036-7821

nell'ordinamento giuridico nazionale e a completare tutto l'iter necessario per conformarsi alla CSRD.

Il Decreto, dopo aver chiarito che le nuove norme sono indirizzate a imprese di grandi dimensioni, ma anche a piccole e medie imprese quotate, ad esclusione delle micro-imprese, dedica gli artt. 3 e 4 alla definizione e ai contenuti, in dettaglio, della nuova rendicontazione di sostenibilità individuale e consolidata, ossia allargata all'intera catena di valore.

Per quanto riguarda le sanzioni in caso di non conformità, poiché la Direttiva non è molto prescrittiva, è lasciato agli Stati membri il compito di definire le misure applicative[49]. Sul punto va osservato che decisamente meno severo rispetto a quello della Francia appena esaminato si presenta, per una precisa scelta del legislatore nazionale, il regime sanzionatorio enunciato dal secondo comma dell'art. 10 del Decreto Legislativo n. 125/2024, che, infatti, prevede solo sanzioni amministrative e dunque non prevede in alcun caso l'arresto[50].

In base a quanto disposto dal successivo terzo comma, qualora le infrazioni stesse siano connotate da scarsa offensività o pericolosità, le sanzioni amministrative applicabili sono oltremodo ridotte ad una dichiarazione pubblica indicante la persona giuridica responsabile della violazione e la natura stessa di cui all'art. 193, commi 1 e 1.1 lettere a) del Testo Unico in materia di intermediazione finanziaria (TUF), oppure all'ordine di eliminazione delle infrazioni contestate, con eventuale indicazione delle misure da adottare e del termine per l'adempimento, e di astensione dal reiterarle di cui all'art. 193, commi 1 e 1.1 lettere b) del TUF[51].

Dalla panoramica proposta si evince con chiarezza che la cultura della sostenibilità ambientale e sociale, supportata dalla giusta *governance* aziendale e dal tempestivo intervento di legislatori e organi giudicanti, ha imboccato, fortunatamente, una strada di non ritorno in Europa e nel mondo. Di certo, nonostante gli ambiziosi obiettivi della CSRD, nuove sfide si profilano all'orizzonte.

---

[49] A. GILBERT-D'HALLUIN (a cura di), La guida definitiva alla direttiva UE sulla rendicontazione di sostenibilità delle imprese, Milano, 2024, p. 42.

[50] Ai sensi dell'art. 10, comma 2: «Per i due anni successivi all'entrata in vigore del presente decreto, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettere a), b) e c), le sanzioni amministrative pecuniarie previste dall'articolo 193, commi 1.2 e 3, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, applicate per la violazione degli obblighi previsti dall'articolo 154-ter, comma 1-quater, del medesimo decreto legislativo n. 58 del 1998, non possono eccedere euro 150.000. Per il medesimo periodo, le sanzioni amministrative pecuniarie previste dall'articolo 193, comma 1, del decreto legislativo n. 58 del 1998, applicate per la violazione degli obblighi previsti dall'articolo 154-ter, comma 1-quater, del medesimo decreto legislativo n. 58 del 1998, non possono eccedere euro 2.500.000. Per il medesimo periodo, le sanzioni amministrative pecuniarie previste dagli articoli 24 e 26-quater del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39, non possono eccedere per le società di revisione euro 125.000 e per i revisori della sostenibilità euro 50.000».

[51] FONDAZIONE NAZIONALE DEI COMMECIALISTI (a cura di), Il Decreto di attuazione della CSRD. Inquadramento normativo, Documento di ricerca, Roma, 24 settembre 2024, p. 13.

ISSN 2036-7821

Per quanto riguarda gli sviluppi nazionali sul tema, va detto che resta comunque aperto il dibattito circa nuovi profili di condotte illecite che potrebbero essere poste in essere dagli amministratori delle società e da quanti siano, in base all'organigramma societario, tenuti alla redazione di questo nuovo modello di rendicontazione di sostenibilità. Ciò che è certo è che il legislatore ha voluto cautamente evitare di equiparare la disciplina già prevista dall'ordinamento vigente in caso di false dichiarazioni di natura finanziaria a quelle che non lo siano. Ad oggi, infatti, è impossibile, in caso di informazioni non strettamente finanziarie, ipotizzare un'imputazione ai sensi degli artt. 2621 e 2622 c.c. che attribuisce rilevanza penale alla falsità di dichiarazioni attinenti solo alle informazioni di carattere finanziario, economico e/o patrimoniale dell'impresa che «espongono fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero, ovvero omettono fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge».

Ma è altrettanto impossibile negare che informazioni non finanziarie come, ad esempio, le innovazioni che si intende apportare alla produzione o al prodotto, oppure gli investimenti inseriti nel piano d'impresa, sono ritenute, soprattutto dopo l'approvazione in sede europea ed il recepimento degli Stati membri della CSRD, di importanza sempre più centrale soprattutto perché incidono indiscutibilmente sul valore dell'impresa, sulla gestione, sulla capacità di attirare finanziamenti e finanziatori, di mantenere o ampliare la propria posizione di mercato. Tutti aspetti con forti ripercussioni economiche e finanziarie[52].

A ciò si aggiunga che l'ambito di applicazione della CSRD è molto più esteso rispetto alla precedente NFRD, quindi anche la platea di soggetti a cui potrebbero essere imputate condotte illecite o, quantomeno, spregiudicate, si allarga enormemente.

Si può insomma concludere che, per quanto riguarda l'Italia, se, da un lato si è scelto di supportare le aziende, soprattutto quelle meno avvezze ad applicare criteri ESG al loro interno, in questa prima fase, necessaria per appropriarsi di nuove logiche, più orientate alla sostenibilità e alla trasparenza, evitando di esporle ad un maggior rischio di imputazione dei vertici aziendali per false comunicazioni sociali, dall'altro non bisogna perdere di vista il fine ultimo per il quale la CSRD è stata approvata, ossia l'attuazione di programmi ambiziosi come il *Green Deal* europeo che puntano alla transizione ambientale, climatica e economica anche alla luce degli impegni assunti in occasione della stesura dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite per lo sviluppo sostenibile. E di fronte a tali obiettivi, le organizzazioni internazionali, gli Stati, le imprese, le Comunità tutte sono chiamate a fornire sempre il loro contributo migliore.

[52] COMMISSIONE DI STUDIO "GRUPPO INTERDISCIPLINARE ESG-231", FONDAZIONE NAZIONALE DEI COMMECIALISTI (a cura di), Modello 231 e fattori ESG: l'importanza di una virtuosa connessione, cit., pp. 18 - 20.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Interdittiva antimafia e controllo giudiziario tra interferenze normative e distorsioni applicative

di Teresa Alesci

(Ricercatrice di diritto processuale penale, Università degli Studi della Campania "L. Vanvitelli")

e Federica Lombardi

(Ricercatrice di diritto amministrativo, Università degli Studi della Campania "L. Vanvitelli")

Sommario

1. Premessa: oggetto, ragioni e obiettivo dello studio. – 2. Per iniziare: un caso esemplare. – 3. La documentazione antimafia. – 4. Le misure di prevenzione diverse dalla confisca. Il controllo giudiziario tra sogno e realtà. – 5. Le misure di prevenzione collaborativa. – 6. Il cortocircuito giudiziario: due giurisdizioni a confronto. – 6.1 La giurisdizione amministrativa. – 6.2. L'andamento sinusoidale della giurisprudenza ordinaria. – 7. Osservazioni conclusive.

Abstract

The paper investigates the relationship between anti-mafia interdictions and judicial control, made even more intricate by the introduction of collaborative prevention measures, regulated by art. 94 bis, Legislative Decree 159/2011. Through the analysis of the rich jurisprudential elaboration - both criminal and administrative - concerning the instruments proposed to reduce the risk of mafia infiltration, the study aims to check the effectiveness of the current regulatory system, whose functioning is indispensable for the satisfaction of numerous and relevant interests, both public and private.

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

1. Premessa: oggetto, ragioni e obiettivo dello studio.

Le misure di prevenzione antimafia sono da diversi anni al centro del dibattito scientifico e giurisprudenziale, a causa della loro rilevanza nel sistema economico del Paese, ma anche dei numerosi dubbi giuridici che hanno alimentato.

L'interesse scientifico e giurisprudenziale si è rivolto anzitutto all'interdittiva antimafia, che – come noto – rappresenta una misura di prevenzione amministrativa emessa dal Prefetto quando sussiste una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67, d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (cd. codice antimafia) o laddove, sulla base di una serie di elementi puramente indiziari, si rinviene un rischio di infiltrazione mafiosa in grado di condizionare le scelte e gli indirizzi di una società o di un'impresa. L'interdittiva risulta particolarmente afflittiva per i suoi destinatari, in quanto a questi ultimi – come meglio si dirà *infra* – è preclusa, per effetto della stessa, la possibilità di stipulare contratti con la p.a. e di ottenere il rilascio di autorizzazioni e concessioni.

Nel tentativo di mitigare gli effetti particolarmente pregiudizievoli dell'interdittiva ed al fine di coniugare esigenze di protezione delle imprese e della collettività, da una parte, e istanze di tutela della economia nazionale, dall'altra, è stato avviato da tempo un lungo percorso legislativo che ha portato a un progressivo alleggerimento del sistema di prevenzione antimafia, attraverso la introduzione di strumenti cc.dd. di vigilanza prescrittiva.

Nel solco di questo cammino assume particolare rilievo la l. 17 ottobre 2017, n. 161, che ha inserito, nel novero delle misure di prevenzione previste dal codice antimafia, il controllo giudiziario disposto dal Tribunale, sezione misure di prevenzione. La principale novità di questo strumento si rinviene nella possibilità che la misura di controllo pubblico venga richiesta dalla parte privata, destinataria di una informazione interdittiva antimafia, previa impugnazione della stessa davanti al giudice amministrativo (art. 34 *bis*).

La misura in parola, nell'arricchire lo strumentario delle misure di prevenzione, si pone in una zona di conflitto tra ambiti materiali: non a caso la definizione dei rapporti tra le varie misure trova la giurisprudenza penale e amministrativa talora in disaccordo.

Il sistema dei rapporti fra prevenzione penale e prevenzione amministrativa è stato da ultimo reso ancora più complesso, all'indomani della riforma del 2021 che ha introdotto nel codice la disciplina delle misure amministrative di prevenzione collaborativa applicabili in caso di «agevolazione occasionale», regolate dall'art. 94 *bis*; la disposizione ha generato diversi e ulteriori problemi, tra cui quello della relazione con il controllo giudiziario su richiesta. Si ripropone, dunque, l'annosa questione del rapporto tra giurisdizione penale e giurisdizione amministrativa, ciò che ridonda negativamente sotto il profilo della certezza del diritto, dell'effettività

ISSN 2036-7821

degli strumenti giuridici, della fiducia degli operatori economici e degli investitori.
Tale complessità ha suggerito di studiare il tema utilizzando un approccio interdisciplinare.
La riflessione che segue prende le mosse da un caso giudiziario, che evidenzia le profonde criticità del sistema normativo oggetto di indagine e, più nello specifico, la interferenza tra due istituti (l'interdittiva antimafia ed il controllo giudiziario) governati da un peculiare procedimento applicativo, affidato alla cognizione di organi giurisdizionali diversi.
Obiettivo del contributo è fare luce sul rapporto tra le varie misure poste in rassegna, al fine di verificare la loro effettiva capacità di garantire, per un verso, la tutela dell'ordine pubblico economico e della libera concorrenza e, per altro verso, la tutela dei diritti degli operatori economici e della loro produttività.

2. Per iniziare: un caso esemplare.

La questione che ha stimolato la presente riflessione riguarda una società, fondata nel 2003, la cui principale attività è rappresentata dalla costruzione di strade, autostrade e piste aeroportuali e che, proprio in considerazione dell'attività svolta, intrattiene rapporti con varie pp.aa., risultando aggiudicataria di numerosi appalti pubblici.
Già destinataria, a partire dal 2014, di diverse interdittive antimafia[1], rileva, ai nostri fini, l'adozione del provvedimento interdittivo adottato dalla Prefettura di Caserta nel 2018, in seguito alla richiesta di aggiornamento antimafia, presentata dalla società ai sensi dell'art. 91, co. 5, d.lgs. 159/2011. Avverso tale provvedimento veniva proposto ricorso innanzi al Tar Campania, che respingeva l'impugnativa spiegata[2].
La società proponeva contestualmente istanza di controllo giudiziario, *ex* art. 34 *bis*, co. 6, al Tribunale, sezione misure di prevenzione territorialmente competente che, con provvedimento del 18.7.2019, disponeva il controllo giudiziario richiesto, per un

*Nell'ambito di una riflessione comune, i paragrafi 4, 6 e 6.2 sono da attribuire a Teresa Alesci, mentre i paragrafi 3, 5 e 6.1 a Federica Lombardi. I paragrafi 1, 2 e 7 sono da ascrivere ad entrambe le Autrici. Il lavoro è maturato nel contesto del Progetto di ricerca interdisciplinare e interdipartimentale "A-M.A.F.I.A., *the AntiMafiA Firms monItoring in ItAly. Looking for effective models*", finanziato dall'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

[1] Una prima, emessa dalla Prefettura di Roma il 10 marzo 2014, impugnata innanzi al Tar Lazio, che rigettava il ricorso con sentenza 7 luglio 2015, n. 9089, in *www.giustiziaamministrativa.it* (nel medesimo sito si rinvengono tutte le successive pronunce del Tar e del Consiglio di Stato citate). Avverso tale pronuncia veniva proposto appello, che era accolto da Cons. Stato, 5 febbraio 2016, n. 463; una seconda, intervenuta dopo poco più di due anni, emessa dalla Prefettura di Caserta il 14 luglio 2016, la quale non veniva impugnata. Le informazioni relative alle varie interdittive notificate alla società sono sintetizzate da Cons. Stato, sez. III, 13 luglio 2021, n. 5312.

[2] Si v. Tar Campania, Napoli, sez. I, 29 marzo 2019, n. 1757, secondo il quale la Prefettura avrebbe «condotto un esame complessivo degli elementi istruttori raccolti che sono stati valutati complessivamente, pervenendo alla maturazione di un giudizio positivo sulla permeabilità della società ricorrente alle logiche mafiose che risulta plausibile e verosimile alla luce del cospicuo quadro fattuale descritto nel provvedimento».

ISSN 2036-7821

periodo di un anno e sei mesi[3].

Al termine del periodo di "osservazione", acquisite le relazioni trimestrali del controllore giudiziario, il Tribunale dichiarava concluso, senza criticità, il periodo di controllo giudiziario[4]. Quest'ultimo sembrava quindi aver assolto alle funzioni individuate dal legislatore: il disinquinamento mafioso e la bonifica dell'ente, da un lato, e la continuità produttiva e l'efficienza economica dell'attività, dall'altro. Epperò, nonostante l'azienda risultasse "bonificata" al termine del periodo di osservazione dal Tribunale di prevenzione e nonostante il Consiglio di Stato – che si pronunciava sull'appello proposto avverso la sentenza del Tar Campania – avesse escluso la sussistenza di interferenze criminali[5], la società in parola risultava, a distanza di pochissimo tempo, destinataria di un nuovo provvedimento interdittivo antimafia, vedendosi respinta l'istanza avente ad oggetto l'iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizio ed esecutori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'art. 1, co. 52, l. 6 novembre 2012, n. 190 (cd. *white list*)[6].

L'applicazione della nuova inibizione, giustificata dalla Prefettura dall'emersione di un *novum* – il rinvio a giudizio del socio unico della società[7] – che, per il vero, secondo l'autorità giudiziaria penale era già noto durante il periodo di controllo[8] – dà avvio al cortocircuito applicativo di cui la società è stata vittima.

In seguito al nuovo provvedimento della Prefettura, e nel tentativo di salvaguardare la continuità della produttività aziendale, la società – che riconosceva nel controllo giudiziario l'unica via di fuga dalla cd. morte bianca –, da una parte, proponeva

[3] Così Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, sez. per l'applicazione delle misure di prevenzione, decreto 18 luglio 2019, n. 30, secondo cui «nonostante *prima facie* sembrino mancare i requisiti per l'accesso alla misura, perché – sempre *prima facie* – l'impresa pare […] immune da tentativi di infiltrazione, ciò nonostante la misura potrebbe essere applicata comunque, in quanto la concreta valorizzazione della reale fisionomia del rapporto tra l'impresa e il gruppo criminale potrebbe essere apprezzata successivamente».

[4] Cfr. Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, sez. per l'applicazione delle misure di prevenzione, decreto 15 febbraio 2021, n. 1 *bis*.

[5] Nelle more della conclusione del procedimento di controllo giudiziario, la società proponeva altresì appello al Consiglio di Stato avverso la sentenza del Tar Campania n. 1757/2019: il Consiglio di Stato accoglieva l'appello, in quanto, come osservato anche dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere (sia nel decreto con il quale la società è stata ammessa al controllo giudiziario, che nel decreto emesso a conclusione del controllo giudiziario), dall'esame degli elementi analizzati discende che non possa che escludersi «la sussistenza di infiltrazioni o interferenze mafiose nella concreta gestione dell'impresa». Così Cons. Stato, n. 5312/2021.

[6] Con provvedimento del 5 novembre 2021.

[7] Rinvio a giudizio avvenuto il 18 marzo 2021.

[8] In particolare, la Prefettura aveva valorizzato il rinvio a giudizio dell'ex legale rappresentante della società, per il reato di cui agli artt. 81 cpv, 110, 353, 319, 321 cpv, c.p., aggravati ai sensi dell'art. 416 *bis*, comma 1, c.p. Invero la circostanza era già stata valutata dal Tribunale della prevenzione, transitata nei provvedimenti cautelari del Gip e del Tribunale del riesame, che aveva ritenuto opportuno, in costanza di prima applicazione del controllo giudiziario, modificare le prescrizioni.

ISSN 2036-7821

ricorso al giudice amministrativo, che confermava la legittimità dell'interdittiva[9], e, da altra parte, presentava una nuova istanza di ammissione al controllo giudiziario su richiesta[10].

L'istanza di controllo giudiziario veniva tuttavia dichiarata inammissibile dal Tribunale che non riteneva sussistenti i presupposti genetici di un nuovo controllo[11]. Più in particolare, secondo l'Autorità giudiziaria il rinvio a giudizio non avrebbe rappresentato «un *novum* rilevante ai fini della adozione di un nuovo periodo» di controllo giudiziario, poiché la situazione prevenzionale risultava «sostanzialmente immutata». L'adozione di un ulteriore controllo giudiziario avrebbe significato quindi «adottare una misura in assenza di esigenze di prevenzione» e sulla scorta della sola esistenza di un provvedimento interdittivo che non rappresenta tuttavia l'unico presupposto in grado di giustificare *ex se* l'applicazione della misura in parola. Peraltro, anche la eventuale concessione di un ulteriore periodo di controllo giudiziario – osserva il Tribunale – non sarebbe riuscita comunque ad assicurare alla società di non essere colpita da un'altra interdittiva antimafia «in base a un semplice sviluppo processuale di una vicenda già nota agli organi della procedura e preesistente».

Nelle more di tale decisione la società proponeva comunque appello avverso la sentenza del Tar Campania che aveva confermato la legittimità dell'operato della Prefettura: tale giudizio si concludeva con una pronuncia del Consiglio di Stato che riformava la decisione del giudice di prime cure, ritenendo il provvedimento interdittivo illegittimo[12].

Secondo il Supremo Consesso il rinvio a giudizio del socio unico «afferisce a fatti […] che erano già stati oggetto di ripetute valutazioni da parte del giudice della prevenzione e del Tribunale del Riesame». Quanto agli esiti della misura preventiva penale, il Collegio, per un verso, metteva in rilievo che «la conclusione favorevole del controllo giudiziario di cui all'articolo 34-*bis* del d.lgs. n. 159/2011 non è di per sé ostativa a che il Prefetto, in sede di aggiornamento dell'informativa, possa confermare l'informativa antimafia disposta antecedentemente alla sottoposizione al controllo, poiché non può sostenersi che la pronuncia del giudice della prevenzione penale valga come accertamento vincolante o condizionante la prognosi sul rischio di infiltrazione dell'impresa da parte della criminalità organizzata (cfr. Cons. Stato, sez. III, 8 maggio 2023, n. 4587)»; per altro verso, evidenziava tuttavia che le condotte che

[9] Tar Campania, Napoli, sez. I, 8 maggio 2023, n. 2819, secondo cui il disposto rinvio a giudizio rappresentava un elemento di «non trascurabile rilevanza, al fine di ravvisare la sussistenza del pericolo di infiltrazione mafiosa della Società di cui lo stesso sia l'unico proprietario».

[10] In data 19 novembre 2021.

[11] Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, sez. per l'applicazione delle misure di prevenzione, decreto 10 febbraio 2022, n. 59.

[12] Cons. Stato, sez. III, 17 gennaio 2024, n. 552.

ISSN 2036-7821

avevano dato luogo al rinvio a giudizio erano state già prese in considerazione dal giudice della prevenzione, che aveva ritenuto che «il pericolo di condizionamento mafioso potesse essere scongiurato attraverso la sua immediata rimozione dalle cariche sociali e l'attribuzione delle stesse ad altri soggetti (di qui, anche, l'esito favorevole del controllo giudiziario)».

Epperò, dopo circa due mesi dalla sentenza del Consiglio di Stato, la Prefettura – in spregio alle valutazioni espresse dal Tribunale di prevenzione e condivise dal G.A. in ultima istanza – , «vista la richiesta di riesame della posizione antimafia» e di rinnovo dell'iscrizione nella *white list*, dopo aver ricostruito l'intera vicenda e in considerazione del fatto che il Gruppo Interforze[13] aveva «ravvisato quantomeno una occasionalità dell'agevolazione mafiosa risalente all'epoca dei fatti», decideva di sottoporre la società alle misure di prevenzione collaborativa previste dall'art. 94 *bis*, co. 1, lett. b) ed e), d.lgs. 159/2011[14].

La vicenda descritta rappresenta un caso emblematico, che fa emergere in maniera evidente, soprattutto se osservata dall'angolo visuale dell'impresa, gli effetti paradossali di un sistema normativo (forse) eccessivamente articolato e comunque composto da uno strumentario giuridico per diverse ragioni foriero di difficoltà applicative.

È il *casus belli* di questa riflessione che, muovendo dalla consapevolezza che la 'materia della prevenzione' si colloca su un piano che interseca (almeno) due 'ambiti' diversi, quello penale e quello amministrativo, ha imposto una analisi di carattere interdisciplinare. Sullo sfondo resta il dramma di una attività produttiva, di rilevante valore economico, che risulta confinata nell'oblio di un complesso normativo che sin dall'origine ha mostrato le sue pecche.

3. La documentazione antimafia.

La comprensione del quadro normativo e delle relative interpretazioni richiede una breve descrizione degli istituti coinvolti, a partire dalla documentazione antimafia[15]

[13] Con verbale del 15 marzo 2024.

[14] Decreto della Prefettura di Caserta del 27 marzo 2024, emesso ai sensi dell'art. 94 *bis*, d.lgs. 159/2011.

[15] Sul tema si v., tra i vari, G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019; L. BORDIN, *Contraddittorio endoprocedimentale e interdittive antimafia: la questione rimessa alla Corte di Giustizia. E se il problema fosse altrove?* , in *federalismi.it*, 2020, 22, pp. 34 ss.; S. CIMINI, *La nuova documentazione antimafia: le "informazioni" del prefetto*, in *Foro italiano*, 2002, 6, pt. III, pp. 291 ss.; G. D'ANGELO, *Il tentativo d'infiltrazione mafiosa ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva, tra garanzie procedimentali, tassatività sostanziale e sindacato giurisdizionale*, in *Foro italiano*, 10, pt. III, 2021, pp. 517 ss.; ID., *Interpretazioni e contraddizioni in tema di documentazione antimafia*, in *Foro italiano*, 2021, pp. 170 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-Trim.*, 2022, 2, pp. 12 ss.; J.P. DE JORIO, *Le interdittive antimafia ed il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali*, Napoli, 2019; F. DI CRISTINA, *Informative antimafia e protocolli di legalità: i rischi di ossificazione del sistema*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE e F. SAITTA (a cura di), *Diritto amministrativo e criminalità. Atti del XVIII convegno di Copanello 28-29 giugno 2013*, Milano, 2014, pp. 131 ss.; C.

ISSN 2036-7821

che, disciplinata dal d.lgs. 159/2011, rappresenta uno «strumento di prevenzione essenziale per contrastare l'ingerenza della criminalità organizzata di stampo mafioso nel circuito economico nazionale»[16]. Tale documentazione comprende sia la comunicazione antimafia (art. 84, co. 2) che la informazione antimafia (art. 84, co. 3) e deve essere acquisita da parte delle pp.aa. e di tutti i soggetti indicati nell'art. 83 «prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67»[17].

La verifica antimafia è rivolta ad un'ampia platea di destinatari, ossia ai rappresentanti legali di imprese (comprese quelle individuali), associazioni, società, consorzi e raggruppamenti temporanei di imprese, nonché agli altri soggetti indicati nell'art. 85.

Entrambe le *species* di documentazione antimafia rappresentano quindi misure di prevenzione amministrativa e possono avere carattere liberatorio o interdittivo.

La comunicazione antimafia «consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di

---

FELICETTI, *Diritto amministrativo preventivo: la frontiera avanzata della documentazione antimafia*, in *giustamm.it*, 7, 2020; F. FIGORILLI, W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, in *federalismi.it*, 2021, fasc. 14, pp. 56 ss.; L. FILIERI, *Note sul principio del giusto procedimento nella materia della documentazione antimafia*, in *Nuove autonomie*, 2021, pp. 485 ss.; E. GIARDINO, *Le interdittive antimafia tra finalità perseguite e garanzie affievolite*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 2020, 4, pp. 1099 ss.; G. LEONE, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato alle prese con l'interdittiva prefettizia antimafia e la teoria dell'interpretazione*, in *Foro amm.*, 2018, 6, pp. 1103 ss.; A. LONGO, *La «massima anticipazione di tutela». Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in *federalismi.it*, 19, 2019; F. LUCIANI, *Informazione antimafia e poteri di autotutela dell'amministrazione appaltante*, in *giustamm.it*, 2, 2014; M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *giustamm.it*, 3, 2016; A. MEZZOTERO, *Le informative prefettizie antimafia: natura, tipologie ed effetti interdittivi*, in *Giur. merito*, 2009, 4, pp. 1073 ss.; V. MONTARULI, *Le novità normative e giurisprudenziali su documentazione antimafia, white list e protocolli di legalità*, in *Riv. polizia*, 2015, pp. 479 ss.; O. MORCAVALLO, *L'informazione interdittiva antimafia*, Milano, 2019; M. NOCCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2018; R. PAPANIA, *Notazioni in tema di efficacia interdittiva delle informative antimafia*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 1, pp. 321 ss.; R. RUBERTO, *Sul contraddittorio procedimentale in materia di informazioni antimafia*, in *Giur. it.*, 3, 2020, pp. 684 ss.; F.G. SCOCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *giustamm.it*, 6, 2018.

[16] A. DE PASCALIS, *Le comunicazioni antimafia: autonomia o sovrapposizione con le informazioni?*, in G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia* cit., pp. 73 ss., p. 73.

[17] Art. 83, d.lgs. 159/2011, che così prosegue: «La documentazione di cui al comma 1 non è comunque richiesta: a) per i rapporti fra i soggetti pubblici di cui al comma 1; b) per i rapporti fra i soggetti pubblici di cui alla lettera a) ed altri soggetti, anche privati, i cui organi rappresentativi e quelli aventi funzioni di amministrazione e di controllo sono sottoposti, per disposizione di legge o di regolamento, alla verifica di particolari requisiti di onorabilità tali da escludere la sussistenza di una delle cause di sospensione, di decadenza o di divieto di cui all'articolo 67; c) per il rilascio o rinnovo delle autorizzazioni o licenze di polizia di competenza delle autorità nazionali e provinciali di pubblica sicurezza; d) per la stipulazione o approvazione di contratti e per la concessione di erogazioni a favore di chi esercita attività agricole o professionali, non organizzate in forma di impresa, nonché a favore di chi esercita attività artigiana in forma di impresa individuale e attività di lavoro autonomo anche intellettuale in forma individuale; e) per i provvedimenti ivi inclusi quelli di erogazione, gli atti ed i contratti il cui valore complessivo non supera i 150.000 euro».

ISSN 2036-7821

una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67»[18]. Essa ha «un contenuto vincolato, poiché ancorato a puntuali presupposti disciplinati dal legislatore»[19]. Ai suoi destinatari è preclusa la possibilità di «ottenere provvedimenti di tipo concessorio, autorizzativo, contributi/finanziamenti pubblici e iscrizioni ad Albi, [di] concludere contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cottimo fiduciario e relativi subappalti e subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera, di importo inferiore a quello per cui è prevista l'acquisizione dell'informazione antimafia»[20].

La comunicazione antimafia ha «validità di sei mesi»[21] ed «è acquisita mediante la consultazione della banca dati nazionale unica da parte dei soggetti di cui all'articolo 97, comma 1, debitamente autorizzati»[22]. Qualora «dalla consultazione della banca dati nazionale unica» emerga «la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67»[23], a carico dei soggetti ivi censiti, o nel caso in cui «la consultazione della banca dati nazionale unica è eseguita per un soggetto che risulti non censito»[24], la comunicazione antimafia è rilasciata dal Prefetto competente, in seguito all'effettuazione delle necessarie verifiche[25].

L'informazione antimafia si differenzia dalla comunicazione[26] in quanto «nasce come documento propedeutico all'intrattenimento di rapporti contrattuali con la Pubblica Amministrazione ovvero finalizzato al rilascio di provvedimenti di cui all'art. 67 del d.lgs. n. 159/2011 di valore superiore a quello previsto per il rilascio di una semplice comunicazione»[27]. Più in particolare, essa «consiste» non solo «nell'attestazione della

---

[18] L'art. 67 disciplina gli effetti connessi: all'applicazione, con provvedimento definitivo dell'Autorità giudiziaria, delle misure di prevenzione personali previste dal libro I, titolo I, capo II del codice antimafia; e alla condanna con sentenza definitiva (o, anche se non definitiva, confermata in grado di appello,) per uno dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3 *bis*, c.p.p., nonché per i reati di cui all'art. 640, comma 2, n. 1) c.p., commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico, e all'art. 640 *bis* c.p.

[19] A. LEVATO, Ratio *e requisiti dell'interdittiva antimafia*, in G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia* cit., pp. 31 ss., p. 32. In questo senso si v. anche J.P. DE JORIO, *Le interdittive antimafia ed il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali*, Napoli, 2019, p. 3; A. DE PASCALIS, *Le comunicazioni antimafia* cit., p. 75.

[20] A. DE PASCALIS, *Le comunicazioni antimafia* cit., p. 74.

[21] Art. 86, comma 1, d.lgs. 159/2011.

[22] Art. 87, comma 1, d.lgs. 159/2011. L'art. 97 prevede, in particolare, che «Ai fini del rilascio della documentazione antimafia, la banca dati nazionale unica può essere consultata, secondo le modalità di cui al regolamento previsto dall'articolo 99, da: a) i soggetti indicati dall'articolo 83, commi 1 e 2, del presente decreto; b) le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura; c) gli ordini professionali; c-bis) l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, per le finalità di cui all'articolo 6-bis del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163».

[23] art. 88, comma 2, d.lgs. 159/2011.

[24] art. 88, comma 3 *bis*, d.lgs. 159/2011.

[25] Si v. artt. 87 e 88, d.lgs. 159/2011.

[26] Sulle differenze fra comunicazione e informazione antimafia si v. A. LEVATO, Ratio *e requisiti dell'interdittiva antimafia* cit., p. 32.

[27] A. DE PASCALIS, *Le comunicazioni antimafia* cit., p. 75. L'art. 91, comma 1 dispone che «I soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, devono acquisire l'informazione di cui all'articolo 84, comma 3, prima di stipulare,

ISSN 2036-7821

sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67», ma anche, «fatto salvo quanto previsto dall'articolo 91, comma 6, nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate indicati nel comma 4»[28]. Gli elementi da cui è possibile desumere la sussistenza di tali «tentativi di infiltrazione mafiosa» sono indicati nell'art. 84 (co. 4) e nell'art. 91 (co. 6), disposizione, quest'ultima, che prevede altresì che «Il prefetto competente estende gli accertamenti pure ai soggetti che risultano poter determinare in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi dell'impresa».

Da quanto messo in rilievo è agevole dedurre che l'informazione antimafia è espressione di un'attività in parte vincolata (quando attesta la sussistenza o meno di una causa di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67) ed in parte discrezionale (laddove attesta, sulla scorta di elementi puramente indiziari, la sussistenza di un tentativo di infiltrazione mafiosa, in grado di condizionare le scelte e gli indirizzi della società o dell'impresa)[29].

Al pari della comunicazione, l'informazione antimafia può avere carattere liberatorio ed interdittivo ed «è acquisita mediante la consultazione della banca dati nazionale unica da parte dei soggetti di cui all'articolo 97, comma 1, debitamente autorizzati». Quando «dalla consultazione della banca dati nazionale unica emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4» e qualora «la consultazione della banca dati nazionale unica è eseguita per un soggetto che risulti non censito», l'informazione è rilasciata – in seguito alla comunicazione di avvio del relativo procedimento ed alla eventuale acquisizione di osservazioni e/o documenti

---

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». La disposizione prosegue precisando (comma 1 *bis*) che «L'informazione antimafia è sempre richiesta nelle ipotesi di concessione di terreni agricoli demaniali che ricadono nell'ambito dei regimi di sostegno previsti dalla politica agricola comune, a prescindere dal loro valore complessivo, nonché su tutti i terreni agricoli, a qualunque titolo acquisiti, che usufruiscono di fondi europei per un importo superiore a 25.000 euro».

[28] Art. 84, comma 3, d.lgs. 159/2011.

[29] Sul punto si v. A. DE PASCALIS, *Le comunicazioni antimafia* cit., p. 75; O. MORCAVALLO, *L'informazione interdittiva antimafia*, Milano, 2019, p. 10; F. FIGORILLI, W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale* cit., p. 58; J.P. DE JORIO, *Le interdittive antimafia ed il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali* cit., p. 4; M. PALADINO, *Brevi osservazioni in tema di sindacato del Giudice Amministrativo sulle informazioni antimafia interdittive*, in www.amministrativamente.it, 1, 2024, pp. 275 ss., p. 282.

ISSN 2036-7821

da parte del soggetto interessato[30] – dal Prefetto competente[31].
Come ripetutamente segnalato dalla dottrina e ben avvertito anche dalla più recente giurisprudenza, l'informazione antimafia avente carattere interdittivo (*rectius* l'interdittiva antimafia) può avere un effetto fatale per l'impresa che ne è attinta, in quanto determina una particolare forma di incapacità giuridica *ex lege*: in conseguenza della stessa all'impresa è preclusa non solo la possibilità di stipulare contratti con la p.a.[32], ma anche quella di ottenere il rilascio di autorizzazioni e concessioni[33]. Questi effetti, particolarmente afflittivi, determinano quello che in letteratura è stato denominato «ergastolo imprenditoriale»[34] e hanno rappresentato anche la ragione per la quale è stata interpellata, piuttosto di recente, la Consulta[35]

[30] Qualora il Prefetto, sulla scorta «degli esiti delle verifiche» effettuate ai sensi dell'art. 92, 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 previste dall'articolo 93, commi 7, 8 e 9» (art. 92, comma 2 *bis*). Su quest'ultima disposizione si v. Cons. Stato, sez. III, 10 maggio 2024, n. 4206.

[31] Si v. artt. 90 e 92, d.lgs. 159/2011.

[32] L'informazione interdittiva impedisce alle pp.aa. e agli altri «soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2» di «stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti», nonché di «autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni» (art. 94, comma 1, d.lgs. 159/2011). Sul tema si v. Cons. Stato, Ad. Plen., 6 aprile 2018, n. 3, che ha precisato che il provvedimento di interdittiva antimafia determina una «particolare forma di incapacità giuridica», la quale è: «- parziale, in quanto limitata ai rapporti giuridici con la pubblica amministrazione, ed anche nei confronti di questa limitatamente a quelli di natura contrattuale, ovvero intercorrenti con esercizio di poteri provvedimentali, e comunque ai precisi casi espressamente indicati dalla legge (art. 67 d.leg. 159/11); - tendenzialmente temporanea, potendo venire meno per il tramite di un successivo provvedimento dell'autorità amministrativa competente (il prefetto). In tali sensi e, in particolare, in relazione al riconosciuto carattere "parziale" dell'incapacità, l'art. 67 d.leg. 159/11 ne circoscrive il "perimetro", definendo le tipologie di rapporti giuridici in ordine ai quali il soggetto, colpito della misura, non può acquistare o perde la titolarità di posizioni giuridiche soggettive e, dunque, l'esercizio delle facoltà e dei poteri ad esse connessi». Sul punto si v. altresì Cons. Stato, Ad. Plen., 6 agosto 2021, n. 14 e Cons. Stato, Ad. Plen., 26 ottobre 2020, n. 23.

[33] Come osserva A. De Pascalis, *Le comunicazioni antimafia* cit., pp. 77-78, con la introduzione, avvenuta con l'art. 2, comma 1, lett. d), d.lgs. 153/2014, dell'art. 89 *bis*, d.lgs. 159/2011«il Prefetto è abilitato a rilasciare un'informazione antimafia in luogo della richiesta comunicazione tutte le volte in cui, all'esito delle verifiche necessarie per la predisposizione di quest'ultima, abbia ritenuto sussistenti tentativi di infiltrazione mafiosa» (p. 77). In seguito a tale intervento normativo, «il Ministero dell'Interno ha formulato una richiesta di parere al Consiglio di Stato sull'applicabilità dell'art. 89 bis del d.lgs. n. 159/2011 ai provvedimenti di natura autorizzatoria (che non configurino cioè rapporti contrattuali con la P.A. né diano luogo all'erogazione di contributi pubblici) determinando l'esclusione dell'impresa da ogni attività economica sottoposta al preventivo assenso della Pubblica Amministrazione. Il Consiglio di Stato ha riscontrato il predetto quesito con il parere 17 novembre 2015, n. 497, con il quale ha ritenuto che l'art. 89 *bis* costituisca una deroga al rapporto di alternatività originariamente previsto tra comunicazione e informazione, consentendo il rilascio delle seconde tutte le volte in cui, pur essendo stata richiesta la prima, siano emersi tentativi di infiltrazione mafiosa» (p. 78).

[34] M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *Giust. amm.*, 3, 2016; S. Ippedico, *Le interdittive antimafia tra collaborazione e contraddittorio: nuove contraddizioni?*, in *Cass. pen.*, 12, pp. 4337 ss., p. 4340.

[35] Corte cost. 26 marzo 2020, n. 57, in *Foro amm.*, 11, 2020, pp. 2082 ss. Sul tema si v. L. Delli Priscoli, *Diritto di iniziativa economica dell'impresa sospettata di essere collusa con la mafia e diritto della collettività ad un mercato*

ISSN 2036-7821

che tuttavia ha ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale (sollevate per violazione degli artt. 3 e 41 Cost.) delle disposizioni del codice antimafia (artt. 89 *bis* e 92, co. 3 e 4, d.lgs. 159/2011) che estendono gli effetti dell'interdittiva antimafia anche agli atti funzionali all'esercizio di una attività imprenditoriale puramente privatistica (come le autorizzazioni e le concessioni). La Corte ha ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale soprattutto in considerazione del carattere provvisorio della misura: l'informazione ha infatti generalmente «una validità di dodici mesi dalla data dell'acquisizione»[36].

È opportuno infine segnalare che, limitatamente ad alcune attività considerate particolarmente rischiose, invece della documentazione antimafia è prevista l'iscrizione in un elenco, tenuto presso ogni Prefettura, «dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, operanti nei settori esposti maggiormente a rischio, individuati dall'art. 1, commi 53 e 54, della legge 6 novembre 2012, n. 190»[37], le cc.dd. *white list*. L'iscrizione nelle *white list* «tiene luogo della documentazione antimafia: a) per l'esercizio delle attività per cui l'impresa ha conseguito l'iscrizione; b) ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti relativi ad attività diverse da quelle per le quali l'impresa ha conseguito l'iscrizione nell'elenco»[38].

4. Le misure di prevenzione diverse dalla confisca. Il controllo giudiziario tra sogno e realtà.

La l. 161/2017 rappresenta un tassello fondamentale nel procedimento volto alla

---

concorrenziale, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1, 2021; G. MARINO, *L'informazione antimafia prefettizia è incostituzionale?*, in *Diritto & Giustizia*, 63, 2020; M. PERINI, *Tra legalità sostanziale e anticipazioni della tutela, ovvero i Precogs: incubo o necessità?*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 3, 2021.

[36] Art. 86, comma 2, d.lgs. 159/2011.

[37] Art. 1, d.p.c.m. 18 aprile 2013. Giusta l'art. 1, comma 53, l. 190/2012 «Sono definite come maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa le seguenti attività: c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; e) noli a freddo di macchinari; f) fornitura di ferro lavorato; g) noli a caldo; h) autotrasporti per conto di terzi; i) guardiania dei cantieri; i-*bis*) servizi funerari e cimiteriali; i-ter) ristorazione, gestione delle mense e catering; i-quater) servizi ambientali, comprese le attività di raccolta, di trasporto nazionale e transfrontaliero, anche per conto di terzi, di trattamento e di smaltimento dei rifiuti, nonché le attività di risanamento e di bonifica e gli altri servizi connessi alla gestione dei rifiuti». Epperò, «L'indicazione delle attività di cui al comma 53 può essere aggiornata, entro il 31 dicembre di ogni anno, con apposito decreto del Ministro dell'interno, adottato di concerto con i Ministri della giustizia, delle infrastrutture e dei trasporti e dell'economia e delle finanze, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, da rendere entro trenta giorni dalla data di trasmissione del relativo schema alle Camere. Qualora le Commissioni non si pronuncino entro il termine, il decreto può essere comunque adottato» (art. 1, comma 54, l. 190/2012).

[38] Art. 7, d.p.c.m. 18 aprile 2013, in conformità a quanto previsto dall'art. 1, comma 52 *bis*, l. 190/2012. Sul tema si v., tra i vari, A. LARUSSA, *Controllo giudiziario: il diniego di iscrizione alla white list equivale all'interdittiva antimafia*, in www.altalex.com, 2023; D. MINELLI, *White list e interdittive antimafia*, in *Urbanistica e appalti*, 2019, pp. 680 ss.; F. TONDIN, *Rifiuto di iscrizione nella white list e ammissibilità del controllo giudiziario volontario*, in *Cass. pen.*, 2023, pp. 2304 ss.

ISSN 2036-7821

razionalizzazione delle misure di prevenzione, in particolare di quelle di natura patrimoniale. Il legislatore, infatti, ha mostrato una particolare sensibilità per le modalità di aggressione sulla *res* più tenui, introducendo forme di vigilanza e di supervisione, secondo un principio di progressività, funzionale ad una risposta proporzionale al bisogno di prevenzione del soggetto economico colpito.

Si apprezza un mutamento ideologico che innova il complesso degli strumenti non ablativi di contrasto al condizionamento criminale delle attività economiche e che riposa sull'idea di un sistema che offre soluzioni diversificate di vigilanza o di controllo delle attività economiche per sottrarre l'azienda all'influenza criminale e salvaguardarne il valore[39].

Matura, soprattutto, l'idea di una flessibilità di intervento quale condizione necessaria per un effettivo contrasto alle infiltrazioni mafiose nel comparto economico lecito, secondo il canone della proporzionalità e di minor invasività nel libero esercizio di impresa. L'obiettivo era (e dovrebbe essere) salvaguardare la continuità della produzione di beni e di servizi, preservando posti di lavoro.

Da qui, l'intuizione per cui se l'azienda, pur non essendo irrimediabilmente compromessa, risulta esposta all'influenza mafiosa, lo Stato può svolgere una funzione terapeutica, assicurando l'efficienza dell'impresa, nell'ottica di preservare la stabilità macroeconomica del sistema[40].

Il fine ultimo dell'intervento pubblico non è più lo spossessamento gestorio dell'azienda, determinato da sequestri, confische o "morte bianca" per effetto del mancato rilascio della certificazione antimafia, ma l'introduzione di forme di vigilanza e di controllo delle attività economiche, che garantiscano autonomia decisionale e continuità produttiva.[41]

Tra le novità di maggiore interesse, ha attirato l'attenzione dell'interprete l'istituto del controllo giudiziario, misura che, seppur già prevista, ha acquisito autonomia funzionale[42]. Il comma 8 della precedente formulazione dell'art. 34 del codice

---

[39] Cfr. T. BENE, *Tentativi di aggressione alle risorse pubbliche. Il rafforzamento del sistema di prevenzione antimafia,* in *Riv. Trim. dir pen. Contemp*., 1, 2022, pp. 162 ss., p. 167.

[40] Cfr. T. BENE, *Dallo spossessamento gestorio agli obiettivi di stabilità macroeconomica,* in *Arch. pen*., 1, 2018, pp. 383 ss.

[41] In tale prospettiva di recupero della legalità si inserisce anche il d. lgs. 18 maggio 2018, n. 72, di attuazione della delega contenuta nella l. 161/2017, volto all'introduzione di forme di tutela del lavoro nelle aziende sequestrate o confiscate, sottoposte ad amministrazione giudiziaria

[42] Il comma 8 della precedente formulazione dell'art. 34, infatti, consentiva l'adozione del controllo giudiziario solo in sede di revoca dell'amministrazione giudiziaria. Entro i 15 giorni antecedenti la data di scadenza dell'amministrazione giudiziaria, il Tribunale, qualora non avesse disposto il rinnovo del provvedimento, poteva deliberare la revoca della misura disposta, la confisca dei beni al ricorrere di determinati presupposti, ovvero il controllo giudiziario. La disciplina, contenuta in un solo comma, tuttavia, risultava laconica ed incompleta, poiché´ se da un lato poneva solo obblighi informativi in capo al proprietario o all'amministratore dei beni, dall'altro mancavano indicazioni in merito ai presupposti legittimanti, che giustificassero la scelta del Tribunale di applicare la forma di controllo. In particolare, la norma stabiliva che, per un periodo non inferiore a tre anni, tali soggetti erano obbligati a comunicare al questore e al nucleo di polizia tributaria, gli atti di disposizione, di

ISSN 2036-7821

antimafia, infatti, consentiva l'adozione del controllo giudiziario solo in sede di revoca dell'amministrazione giudiziaria. Il riferimento all'agevolazione occasionale e la possibilità di disporre il controllo all'esito della revoca di una misura più pregnante o in via autonoma consentono di ritenere che controllo giudiziario e amministrazione giudiziaria si pongono come misure dirette a contrastare la contiguità al sodalizio criminale del tessuto economico sano, secondo un criterio di gradualità della misura da adottare in concreto.

Il sottosistema così costruito ha inteso, attraverso tali misure, promuovere il disinquinamento mafioso dell'attività economica.

Il controllo giudiziario previsto dall'art. 34 *bis*, codice antimafia, definito di vigilanza prescrittiva dell'azienda da parte dell'autorità giudiziaria per il tramite di un amministratore nominato, ha carattere dinamico e di risanamento dell'impresa, giustificato da una prognosi favorevole del giudice ordinario circa la possibilità di superamento della situazione da cui sia scaturita l'interdittiva.

Il controllo giudiziario può assumere una duplice fisionomia. La lett. a) del comma 2 stabilisce che il Tribunale può imporre nei confronti di chi ha la proprietà, l'uso o l'amministrazione dei beni e delle aziende di cui al comma 1 alcuni obblighi di comunicazione; la lett. b), invece, consente una forma di controllo ''guidata'', più incisiva, attraverso la nomina di un giudice delegato e di un amministratore giudiziario, che ha il compito di supervisionare l'attività d'impresa e di riferire al giudice delegato ed al pubblico ministero, con cadenza almeno bimestrale, sul rispetto delle prescrizioni impartite dall'autorità giudiziaria. Pur nella forma più blanda, di cui alla lett. a) del comma 2, si assiste, in entrambe le ipotesi applicative, ad una cd. ''vigilanza prescrittiva'' dell'attività imprenditoriale[43]. Le prescrizioni imposte dal Tribunale dovrebbero garantire effettività alla finalità ''risanante'' dell'istituto, volta ad evitare che l'infiltrazione da ''occasionale'' diventi stabile e condizionante.

Ciò che rileva ai nostri fini è il controllo giudiziario su richiesta. Se, in via generale, la misura può essere disposta anche d'ufficio dal Tribunale, l'art. 34 *bis*, comma 6, stabilisce che le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva, ai sensi dell'art. 84, comma 4, codice antimafia, possono richiedere al Tribunale competente

---

acquisto o di pagamento, e altri atti indicati tassativamente dal tribunale, entro 10 giorni dal compimento degli stessi. Era, dunque, rimesso all'apprezzamento dell'interprete l'individuazione della linea di confine tra revoca tout court dell'amministrazione e revoca con contestuale controllo giudiziario. Tale provvedimento veniva adottato quando vi era il pericolo di agevolazione, legittimante l'applicazione della originaria misura, anche se sussistente in misura meno incisiva. La necessità di contemperare l'esigenza di «ripristino» della legalità dell'impresa con la prevenzione del rischio, insito nella «potenziale interferenza criminale», attribuiva al Tribunale ampia discrezionalità decisionale nell'adozione di tale provvedimento.

[43] Con il provvedimento di nomina di un amministratore giudiziario, inoltre, il Tribunale può imporre al titolare dell'azienda di non apportare modifiche alla struttura legale o gestionale della stessa e di adempiere ai doveri informativi nei confronti dell'amministratore giudiziario.

ISSN 2036-7821

per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario di cui al comma 2, lett. b). La disposizione circoscrive e delimita il potere di proposta dell'impresa al ricorrere di due condizioni. Da un lato, l'essere destinataria di informazione antimafia interdittiva e, dall'altra, l'aver impugnato la stessa innanzi al Tar. Al sussistere di tali condizioni, dunque, il Tribunale adito, sentiti il Procuratore distrettuale e gli altri soggetti interessati, nomina un amministratore giudiziario e un giudice delegato, secondo quanto previsto dalla lett. b) del comma 2, non godendo di discrezionalità nell'individuazione della modalità operativa del controllo.
Dunque, a fronte del mancato rilascio di idonea certificazione antimafia, l'impresa che intenda intraprendere un percorso di affrancamento per allontanare eventuali rischi derivanti dalle contiguità ad un ambiente criminale, ed ottenere la validazione del lavoro svolto, in prospettiva di recupero della legalità, può attivare la procedura giudiziale volta alla verifica della sussistenza delle condizioni per il controllo giudiziario.
Questa tipologia di controllo giudiziario vanta taluni ''profili specializzanti'' rispetto all'istituto generale di cui al primo comma dell'articolo, poiché, pur condividendone i presupposti – da individuarsi nel dato dell'infiltrazione e dell'agevolazione occasionale – soccorre specificamente nei soli casi in cui sia l'impresa raggiunta da interdittiva antimafia a chiedere di essere sottoposta a controllo, qualora vi sia stata l'impugnazione del provvedimento del Prefetto.
Dall'osservazione delle prassi applicative, si registra un particolare *appeal* per il controllo giudiziario su richiesta a cui corrisponde un bassissimo tasso di applicazione del controllo giudiziario *ex* art. 34, comma 2, lett. a). La felice intuizione ha ben presto, però, svelato i limiti di una previsione normativa che, coniugando due piani, amministrativo e penale, ha omesso di declinare i relativi ambiti di cognizione, affidando alla giurisprudenza il compito di supplenza interpretativa.

5. Le misure di prevenzione collaborativa.

Come anticipato, il sistema della prevenzione è stato integrato dalle nuove misure di prevenzione collaborativa, regolate dall'art. 94 *bis*, d.lgs. 159/2011[44]. La previsione risponde all'esigenza di ridurre l'ambito di applicazione dell'informazione

[44] L'art. 94 *bis* è stato inserito dall'articolo 49, comma 1, d.l. 6 novembre 2021, n. 152, convertito, con modificazioni dalla l. 29 dicembre 2021, n. 233, recante «Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose». Con tale riforma il legislatore ha inteso perseguire il più generale obiettivo di realizzare un equo bilanciamento tra la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e il rispetto di diritti particolarmente rilevanti, quali la libertà di iniziativa economica *ex* art. 41 Cost, nonché delle garanzie procedimentali partecipative (l'art. 48 del citato decreto introduce, in particolare, il «contraddittorio nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia» apportando delle modifiche agli artt. 92 e 93 del d.lgs. 159/2011). Le novità introdotte con tale riforma sono rilevanti, ma particolarmente insidiose. Sul punto si v. T. ALESCI, *Note introduttive agli artt. 34-34 ter: Amministrazione giudiziaria*, in A. MARANDOLA, G. SPANGHER, *Commentario breve al codice antimafia e alle altre procedure di prevenzione*, Milano 2024, pp. 195 ss., p. 196.

ISSN 2036-7821

interdittiva antimafia e gli effetti pregiudizievoli che da essa derivano, relegando la misura interdittiva al ruolo di *extrema ratio*.

L'art. 94 *bis* prevede che il Prefetto, qualora accerti la sussistenza di «tentativi di infiltrazione mafiosa» «riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale», invece di disporre l'informazione interdittiva, adotti, per un periodo variabile dai 6 ai 12 mesi, una o più misure amministrative di prevenzione collaborativa, consistenti in una serie di misure organizzative volte a rimuovere e prevenire le cause di tali rischi di agevolazione[45].

Epperò, sebbene siano presenti strumenti di coordinamento fra l'art. 94 *bis* e le misure di prevenzione penale[46] (il legislatore avendo riconosciuto la prevalenza dell'art. 34 *bis* d.lgs. 159/2011, «espressa dal comma 3 del medesimo art. 94-*bis* con la cessazione delle misure amministrative nel caso in cui sia disposto il controllo giudiziario»[47]), l'introduzione del nuovo istituto ha determinato diversi problemi, tra cui quello del rapporto con il controllo giudiziario a richiesta, in quanto le due misure possono essere disposte al verificarsi del medesimo presupposto, ossia

[45] L'art. 94 *bis* così dispone «Il prefetto, quando accerta che i tentativi di infiltrazione mafiosa sono riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale, prescrive all'impresa, società o associazione interessata, con provvedimento motivato, l'osservanza, per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a dodici mesi, di una o più delle seguenti misure: a) adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6,7 e 24-*ter* del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, atte a rimuovere e prevenire le cause di agevolazione occasionale; b) comunicare al gruppo interforze istituito presso la prefettura competente per il luogo di sede legale o di residenza, entro quindici giorni dal loro compimento, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali conferiti, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti, di valore non inferiore a 5.000 euro o di valore superiore stabilito dal prefetto, sentito il predetto gruppo interforze, in relazione al reddito della persona o al patrimonio e al volume di affari dell'impresa; c) per le società di capitali o di persone, comunicare al gruppo interforze i finanziamenti, in qualsiasi forma, eventualmente erogati da parte dei soci o di terzi; d) comunicare al gruppo interforze i contratti di associazione in partecipazione stipulati; e) utilizzare un conto corrente dedicato, anche in via non esclusiva, per gli atti di pagamento e riscossione di cui alla lettera b), nonché per i finanziamenti di cui alla lettera c), osservando, per i pagamenti previsti dall'articolo 3, comma 2, della legge 13 agosto 2010, n. 136, le modalità indicate nella stessa norma» (comma 1). La norma prosegue precisando che «Il prefetto, in aggiunta alle misure di cui al comma 1, può nominare, anche d'ufficio, uno o più esperti, in numero comunque non superiore a tre, individuati nell'albo di cui all'articolo 35, comma 2-*bis*, con il compito di svolgere funzioni di supporto finalizzate all'attuazione delle misure di prevenzione collaborativa» (comma 2).

[46] A tal proposito, l'art. 94 *bis*, d.lgs. 159/2011 prevede infatti che «Le misure di cui al presente articolo cessano di essere applicate se il tribunale dispone il controllo giudiziario di cui all'articolo 34-*bis*, comma 2, lettera b). Del periodo di loro esecuzione può tenersi conto ai fini della determinazione della durata del controllo giudiziario». L'art. 34 *bis*, d.lgs. 159/2011 dispone invece che: «Nel caso in cui risultino applicate le misure previste dall'articolo 94-*bis*, il tribunale valuta se adottare in loro sostituzione il provvedimento di cui al comma 2 lettera b)» (comma 1, secondo alinea), ossia la nomina di «un giudice delegato e un amministratore giudiziario, il quale riferisce periodicamente, almeno bimestralmente, gli esiti dell'attività di controllo al giudice delegato e al pubblico ministero»; «Il provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria prevista dall'articolo 34 o il controllo giudiziario ai sensi del presente articolo sospende il termine di cui all'articolo 92, comma 2, nonché gli effetti di cui all'articolo 94. Lo stesso provvedimento […] è valutato anche ai fini dell'applicazione delle misure di cui all'articolo 94-*bis* nei successivi cinque anni» (comma 7).

[47] Cons. Stato, Ad. Plen., 13 febbraio 2023, n. 7.

ISSN 2036-7821

laddove i tentativi di infiltrazione mafiosa siano riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale.

La permanenza delle due forme di controllo crea un evidente cortocircuito sul piano dei rapporti tra giudice amministrativo e giudice penale. Se, infatti, il Prefetto decide di adottare l'interdittiva in luogo delle misure previste dall'art. 94 *bis*, ciò non può che significare che lo stesso abbia escluso il carattere occasionale della contaminazione. Conseguentemente, «il giudice della prevenzione, per accogliere la richiesta di controllo, dovrebbe inevitabilmente effettuare una valutazione critica sui presupposti, e, dunque, sulla legittimità della decisione amministrativa: valutazione che è invece istituzionalmente riservata al giudice amministrativo»[48].

Gli effetti del cortocircuito in parola sono facilmente rinvenibili dall'esame della vicenda, giudiziaria ed amministrativa, in precedenza descritta, da cui è emerso nitidamente come i diversi soggetti coinvolti – peraltro animati talvolta da una non sempre giustificata diffidenza verso le valutazioni svolte *aliunde* – finiscono per esaminare in sede istruttoria i medesimi elementi giungendo ad esiti contrastanti. E così, come è accaduto nel caso analizzato, la medesima questione può essere considerata diversamente dai vari organi chiamati ad esprimersi, che possono valutare in maniera diametralmente opposta la sussistenza o meno dell'infiltrazione mafiosa (anche solo) di carattere occasionale.

Un simile effetto, sebbene risulti in parte fisiologico, essendo dovuto al fatto che l'accertamento dell'occasionalità del contatto mafioso può competere a due diverse giurisdizioni e che non vi è una definizione normativa del concetto di occasionalità[49], ben potrebbe trovare un limite (quantomeno) nella prevalenza riconosciuta dal legislatore al controllo giudiziario. Una interpretazione siffatta potrebbe rappresentare un primo passo verso un sistema più ordinato, razionale e ragionevole che tenga realmente conto delle esigenze e dell'obiettivo ultimo da perseguire: la bonifica delle imprese e la salvaguardia della loro produttività.

In dottrina sono state tuttavia paventate soluzioni più radicali. È stato infatti osservato che «la circostanza che l'art. 94 *bis* e il controllo giudiziario "volontario" abbiano lo stesso presupposto applicativo e la medesima finalità di risanamento dell'impresa, dovrebbe suscitare una riflessione di carattere più generale sulla perdurante utilità della previsione di cui al comma 6, dell'art. 34 *bis* del Codice

[48] Così M.A. SANDULLI, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, in *giustiziainsieme.it*, 2022.

[49] Sul punto si v. G. D'ANGELO, *Impugnazione dell'informazione interdittiva e controllo giudiziario volontario: profili critici dopo il d.l. n. 152 del 2021*, in *Foro Italiano*, 4, 2023, pp. 159 ss., p. 164, il quale evidenzia che «l'assenza di alcuna individuazione in ordine ai parametri o agli indici a cui il prefetto possa rifarsi per valutare le situazioni di agevolazione occasionale, cioè il presupposto fissato dall'art. 94 *bis* cit., sembra aggravare il profilo dell'indeterminatezza del tentativo d'infiltrazione mafiosa».

ISSN 2036-7821

antimafia»[50].
Per il vero, quelle previste dall'art. 94 *bis*, d.lgs. 159/2011 non sono le uniche misure che il Prefetto può adottare ed in relazione alle quali può porsi un problema di coordinamento con il controllo giudiziario disposto dal Tribunale di Prevenzione.
L'Autorità prefettizia può infatti disporre anche le misure disciplinate dall'art. 32, d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 114), disposizione che prevede che qualora l'Autorità giudiziaria proceda per uno dei reati elencati al primo comma[51], o «in presenza di rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto […], nonché ad una impresa che esercita attività sanitaria per conto del Servizio sanitario nazionale […] ovvero ad un concessionario di lavori pubblici o ad un contraente generale, il Presidente dell'ANAC ne informa il procuratore della Repubblica e, in presenza di fatti gravi e accertati […] propone al Prefetto» l'applicazione di misure di gestione, sostegno e monitoraggio.
Più in particolare, la norma prevede tre diverse misure: l'ordine di rinnovazione degli organi sociali (co. 1, lett. a); la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione (co. 1, lett. b); il sostegno e monitoraggio dell'impresa (co. 8)[52].
In definitiva, ben può dirsi che le molteplici misure di prevenzione presenti nell'ordinamento, appannaggio dei diversi soggetti che possono emanarle, formano un sistema composito – nel quale non risulta spesso agevole distinguere le diverse aree di competenza – che ha dato luogo a numerosi dubbi ermeneutici, risolti in maniera non sempre coerente dal G.A. e dal G.O.

6. Il cortocircuito giudiziario: due giurisdizioni a confronto.

Nonostante il controllo giudiziario *ex* art. 34 *bis* sia stato definito come «istituto cerniera», attraverso il quale la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria trovano un punto di contatto[53], si registra una tensione costante tra le due giurisdizioni amplificata anche dall'introduzione della prevenzione collaborativa.
Come emerso nel corso della trattazione, le misure di prevenzione penale e quelle

[50] C. CAPPABIANCA, *Gli effetti sul giudizio amministrativo del controllo giudiziario delle aziende ex art. 34-bis, comma 6, d.lg. n. 159/2011: dopo l'Adunanza plenaria n. 7/2023*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2023, pp. 743 ss., pp. 767-768.
[51] Ossia per i delitti di cui agli articoli 317 c.p., 318 c.p., 319 c.p., 319 *bis* c.p., 319 *ter* c.p., 319 *quater* c.p., 320 c.p., 322 c.p., 322 *bis* c.p., 346 *bis* c.p., 353 c.p. e 353 *bis* c.p.
[52] Sulle misure di cui all'art. 32, d.l. 90/2014, conv. in l. 114/2014, si v. M. IRRERA, *Il Decreto Anticorruzione e l'amministratore di nomina prefettizia: una complessa sfida interpretativa*, in *Rivista delle Società*, 4, 2018, pp. 1021 ss.; N.M. MAIELLO, *Traffico di influenze illecite e misure di commissariamento dell'impresa: le ragioni di una relazione problematica*, in *Cass. Pen.*, 12, 2018, pp. 4424 ss.; A. MUTARELLI, M.M. MUTARELLI, *Considerazioni intorno alle possibili ricadute della misura straordinaria ex art. 32 d.l. 90/2014*, in *Rass. avv. Stato*, 2017, 1, pp. 253 ss. In giurisprudenza si v. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 7/2023.
[53] Cfr. G. AMARELLI, *La Cassazione riduce i presupposti applicativi del controllo giudiziario volontario*, in *Sist. Pen.*, 2021.

ISSN 2036-7821

amministrative, per quanto autonome, finiscono per ritrovarsi in un terreno comune: da un lato, la valutazione degli elementi 'sintomatici' che consentono di affermare che una azienda è vicina ad un portatore di pericolosità è attività che compete sia all'Autorità amministrativa che al Tribunale di prevenzione[54]; da un altro lato, l'impugnazione dell'interdittiva innanzi al G.A. rappresenta uno dei presupposti necessari ai fini della concessione del controllo giudiziario. Inoltre, il comma 7 dell'art. 34 *bis* si limita a prevedere che il provvedimento che dispone il controllo giudiziario «sospende gli effetti di cui all'art. 94», senza tuttavia precisare quali siano 'le sorti' del processo amministrativo avente ad oggetto l'interdittiva durante lo svolgimento del controllo giudiziario.

È soprattutto a causa di questi elementi di 'contatto' che si rinviene una parziale sovrapposizione di giurisdizioni, che favorisce distorsioni applicative e cortocircuiti interpretativi. Del resto, della esistenza di un possibile contrasto tra giurisdizioni sembra essere consapevole il legislatore che, nel tentativo di favorire l'adozione di un comune canale comunicativo, interpolando il sesto comma dell'art. 34 *bis*, ha previsto che il Tribunale debba decidere sull'istanza di ammissione al controllo «sentiti il procuratore distrettuale competente, il prefetto che ha adottato l'informazione antimafia interdittiva nonché gli altri soggetti interessati».

Ciò nonostante, perdura la difficile convivenza tra le due giurisdizioni, di cui, a seguire, si darà conto passando in rassegna i principali orientamenti, a cominciare da quelli sul rapporto di autonomia - pregiudizialità tra giudizio ordinario e giudizio amministrativo, in considerazione della condizione di ammissibilità della richiesta di controllo giudiziario, che presuppone la preventiva impugnazione dell'interdittiva antimafia.

6.1 La giurisprudenza amministrativa.

Come appena anticipato, l'interferenza tra giurisdizione penale ed amministrativa discende anzitutto dal fatto che sia il Prefetto che il Tribunale di Prevenzione sono tenuti ad esprimersi in merito alla sussistenza del pericolo di contaminazione, occasionale o meno, al fine di assumere i provvedimenti di rispettiva competenza.

A tal proposito, la giurisprudenza amministrativa ha più volte evidenziato l'autonomia tra le decisioni del Prefetto e quelle del Tribunale di Prevenzione, la pronuncia di quest'ultimo non potendo rappresentare «un accertamento vincolante o condizionante la prognosi sul rischio di infiltrazione dell'impresa da parte della criminalità organizzata». Proprio per questa ragione, «la conclusione favorevole del controllo giudiziario non è di per sé ostativa a che il Prefetto, in sede di aggiornamento dell'informativa, possa confermare l'informativa antimafia disposta

[54] Cfr. R. CANTONE, B. COCCAGNA, *L'impresa raggiunta da interdittiva antimafia tra commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario*, in G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia* cit., pp. 283 ss., p. 301.

ISSN 2036-7821

antecedentemente alla sottoposizione al controllo»[55]. Epperò, nella sentenza del Consiglio di Stato appena richiamata – che è stata riportata anche in precedenza in quanto relativa alla vicenda descritta nel presente lavoro e che, nel caso esaminato, ha accolto da ultimo l'appello dell'impresa – viene messo in rilievo che la circostanza che gli elementi valutati dal Prefetto fossero stati già presi in considerazione dal giudice della prevenzione è tutt'altro che irrilevante: la valutazione del giudice della prevenzione, «pur senza vincolare le successive determinazioni prefettizie», dovrebbe comunque «indurre l'Amministrazione a svolgere una istruttoria più completa»[56].

Dalla pronuncia riportata appare evidente la inevitabile 'interferenza' tra le valutazioni dei due differenti soggetti, interferenza che è tuttavia sovente ridimensionata da un orientamento piuttosto costante del G.A., da ultimo ribadito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato[57]. Secondo tale orientamento, le valutazioni dei due soggetti coinvolti (Prefetto e Tribunale di prevenzione) sono diverse in quanto, mentre l'interdittiva guarda al passato – il Prefetto dovendo limitarsi a valutare se nell'impresa vi sia stato un pericolo di infiltrazione –, il tratto distintivo del controllo giudiziario è rinvenibile nel carattere prognostico del suo giudizio, che guarda appunto anche al futuro, il Tribunale dovendo verificare la effettiva bonificabilità dell'impresa.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato appena richiamata[58] si è espressa in realtà in merito ad un'altra questione particolarmente spinosa, ossia quella riguardante il rapporto tra il controllo giudiziario volontario disposto dal Tribunale di prevenzione e le sorti del giudizio amministrativo avente ad oggetto l'interdittiva antimafia.

I dubbi discendono dall'assenza di una disposizione che disciplina il suindicato rapporto: il comma 7 dell'art. 34 *bis*, d.lgs. 159/2011 si limita infatti a prevedere che il controllo giudiziario sospende il termine di trenta giorni dalla consultazione della banca dati nazionale unica per il rilascio dell'informazione antimafia e gli effetti tipici dell'interdittiva, ossia l'incapacità giuridica dell'impresa di contrarre con la p.a.

E così, proprio a causa della rilevata mancanza di inequivocabili previsioni normative, la giurisprudenza ha nel tempo espresso diversi orientamenti[59] e il

[55] Cons. Stato, sez. III, n. 552/2024. In questo senso si v. anche, tra le varie, Cons. Stato, sez. III, 8 maggio 2023, n. 4587 e Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 22 dicembre 2023, n. 3828.

[56] Cons. Stato, sez. III, n. 552/2024.

[57] Cons. Stato, Ad. Plen., n. 7/2023.

[58] Cons. Stato, Ad. Plen., n. 7/2023.

[59] Secondo un primo orientamento «l'ammissione dell'impresa al controllo giudiziario determinerebbe una causa necessaria di sospensione impropria del giudizio amministrativo». La giurisprudenza che ha espresso tale orientamento ha osservato che «Poiché l'esito del controllo, se attestante l'intervenuta "bonifica" dell'impresa, potrebbe o dovrebbe determinare la revoca dell'interdittiva», «l'effetto sospensivo dovrebbe perdurare "*per tutto il tempo della misura del controllo giudiziario adottata dal Tribunale in sede di prevenzione*"»; stando invece ad altro orientamento, «che si basa sulla stessa impostazione concettuale del primo, nel caso di accoglimento dell'istanza di controllo giudiziario, in luogo della sospensione del giudizio andrebbe disposto il rinvio dell'udienza di

Consiglio di Stato, nel rimettere la questione all'Adunanza Plenaria[60], si è pronunciato a favore della tesi della sospensione necessaria del giudizio amministrativo in pendenza del procedimento di controllo giudiziario: «la sospensione sarebbe necessaria in vista del rigetto dell'impugnazione contro l'interdittiva, laddove in caso di accoglimento verrebbe evidentemente meno ogni esigenza di sottoporre l'impresa a misure di prevenzione antimafia»[61].

---

discussione (se fissata) in tempi coordinati con quelli della misura preventiva»; per un terzo orientamento, in mancanza di espressa disposizione di legge, non sarebbe possibile la sospensione del processo amministrativo. E però, considerata «la 'natura cautelare' del controllo giudiziario (volta a paralizzare interinalmente gli effetti pregiudizievoli dell'interdittiva nel tempo occorrente alla definizione del giudizio promosso per contestarne la legittimità), occorre decidere il ricorso proposto contro l'interdittiva, con la precisazione che, nel caso di reiezione del ricorso, verrebbe però meno il presupposto del controllo giudiziario, "con sua conseguente automatica cessazione"»; per un quarto orientamento «l'ammissione al controllo determinerebbe l'improcedibilità del ricorso al giudice amministrativo e l'estinzione dell'interesse alla sua decisione anche ai fini meramente risarcitori»; infine, altra parte della giurisprudenza sostiene l'autonomia dei due giudizi, i quali «possono avere un autonomo sviluppo, poiché la misura preventiva "*assolve alla sua funzione preventivo-risanatrice anche laddove il giudizio amministrativo di impugnazione si sia risolto in senso negativo per l'impresa ricorrente*"». I vari orientamenti sono riportati nell'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria di Cons. Stato, sez. III, 6 luglio 2022, n. 5615 che, insieme a Cons. Stato, sez. III, ord. 6 luglio 2022, n. 5624, ha condotto l'Adunanza Plenaria esprimersi con le pronunce Cons Stato, Ad. Plen., 13 febbraio 2023, nn. 6 e 8, esprimendo il medesimo principio di diritto di Cons. Stato, Ad. Plen., n. 7/2023. Sul punto si v. anche C. CAPPABIANCA, *Gli effetti sul giudizio amministrativo del controllo giudiziario* cit., pp. 758 ss.; N. PISANELLO, *Gli effetti del controllo giudiziario sul giudizio amministrativo*, in G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia* cit., pp. 271 ss.; G. D'ANGELO, *Impugnazione dell'informazione interdittiva* cit.

[60] Il deferimento all'Adunanza Plenaria vi è stato con ordinanza di Cons. Stato, sez. III, 6 giugno 2022, n. 4578, che ha posto all'organo nomofilattico «i seguenti quesiti: *a)* se la proposizione della domanda per controllo giudiziario cd. volontario e la successiva ammissione dell'operatore economico a tale misura di prevenzione patrimoniale, prevista dall'art. 34-*bis*, comma 6, del d. lgs. n. 159 del 2011, determinino o meno, oltre alla sospensione degli effetti interdittivi dell'informazione antimafia prevista espressamente dal comma 7 dell'art. 34-*bis*, anche la sospensione necessaria, ai sensi dell'art. 79, comma 1, c.p.a. e dell'art. 295 c.p.c., del giudizio amministrativo, avente ad oggetto l'impugnazione dell'informazione antimafia stessa, per la necessità di attendere che, all'esito della misura concessa dal giudice della prevenzione sulla base di una prognosi favorevole, il Prefetto rivaluti, in sede di aggiornamento ai sensi dell'art. 91, comma 5, del d. lgs. n. 159 del 2011, la situazione dell'operatore economico ai fini antimafia per adottare, se del caso, un'informativa liberatoria, che determinerebbe nel giudizio amministrativo la cessazione della materia del contendere, quantomeno ai fini impugnatori; *b)* se la proposizione della domanda per controllo giudiziario cd. volontario e la successiva ammissione dell'operatore economico a tale misura di prevenzione patrimoniale, prevista dall'art. 34-*bis*, comma 6, del d. lgs. n. 159 del 2011, determinino o meno, ai sensi dell'art. 79, comma 1, c.p.a. e dell'art. 295 c.p.c., la sospensione necessaria del giudizio amministrativo, avente ad oggetto l'impugnazione delle misure adottate dal Prefetto ai sensi dell'art. 32, comma 10, del d.l. n. 90 del 2014, conv. con mod. in l. n. 114 del 2014, oltre che per le ragioni di cui al punto *a)*, laddove si contesti la legittimità dell'informativa antimafia presupposta, anche per la necessità di garantire, comunque, la prevalenza del controllo giudiziario rispetto a tali misure amministrative, cedevoli rispetto alla vigilanza prescrittiva disposta dal giudice della prevenzione; *c)* se la mancata sospensione del giudizio amministrativo da parte del giudice di primo grado nelle ipotesi di cui sub *a)* e sub *b)*, una volta dedotta in appello contro la sentenza che abbia pronunciato nel merito, costituisca un *error in procedendo* tale da imporre la rimessione della causa al primo giudice, ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a., o invece determini solo la necessità, per lo stesso giudice d'appello, di sospendere direttamente il giudizio ai sensi dell'art. 79, comma 1, c.p.a. e dell'art. 295 c.p.c.».

[61] Così Cons. Stato Ad. Plen., n. 7/2023 riporta l'opinione espressa da Cons. Stato, sez. III, ord. n. 4578/2022.

ISSN 2036-7821

Secondo il Giudice remittente, «la mancata sospensione del giudizio amministrativo in pendenza del procedimento di controllo giudiziario, richiesto volontariamente dall'impresa […] potrebbe dare luogo, anche in futuro, a contrasti giurisprudenziali forieri di gravi incertezze non solo nel rapporto tra la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria, ma nella stessa armonica, razionale, coordinata applicazione della normativa antimafia e degli istituti da essa previsti a presidio della legalità nell'esercizio dell'iniziativa economica imprenditoriale». Esisterebbe infatti, «come evidenzia costantemente nella sua giurisprudenza la Corte di Cassazione (v., per tutte, Cass., sez. II, ud. 22 marzo 2019, dep. 24 giugno 2019, n. 27856), un collegamento funzionale inscindibile tra l'impugnazione e la pendenza del procedimento instaurato di fronte al giudice amministrativo e l'accesso all'istituto del controllo giudiziario di cui al predetto art. 34-*bis*»[62].

L'Adunanza Plenaria manifesta però un'opinione diametralmente opposta rispetto a quella espressa nell'ordinanza di rimessione, ritenendo che la tesi della sospensione necessaria del processo amministrativo non sarebbe suffragata né da una interpretazione letterale dell'art. 34 *bis*, d.lgs. 159/2011 – secondo cui presupposto per l'ammissione al controllo giudiziario è l'impugnazione dell'interdittiva e non che tale impugnazione risulti pendente per tutta la durata del controllo –, né da ragioni di ordine sistematico. Ed invero, a tal ultimo proposito, il Collegio osserva che, considerata la diversa funzione svolta dai due strumenti – di carattere statico e rivolta al passato quella dell'interdittiva e di carattere dinamico e rivolta al futuro quella del controllo giudiziario –, qualora l'interdittiva non venisse annullata dal G.A., ciò non farebbe venir meno l'esigenza di risanare l'impresa.

Tale interpretazione risulterebbe avvalorata anche dalla introduzione dell'art. 94 *bis*, d.lgs. 159/2011, in quanto, per un verso, «l'occasionalità dell'agevolazione mafiosa» originaria può rappresentare motivo di illegittimità dell'interdittiva «e dunque giustificare l'interesse dell'impresa alla definizione del giudizio di impugnazione contro l'interdittiva»[63]; per altro verso, mentre il legislatore, consapevole della identità della funzione svolta dalle misure di prevenzione collaborativa e dal controllo giudiziario, ha disciplinato i rapporti tra i due strumenti, ha invece omesso di regolare i rapporti tra interdittiva e controllo giudiziario, considerata «l'assenza di condizionamenti reciproci tra i due istituti ulteriori rispetto alla connessione genetica prevista dal più volte richiamato comma 6 dell'art. 34-*bis*».

[62] Cons. Stato, sez. III, ord. n. 4578/2022.

[63] A tal proposito si v. anche Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 5 luglio 2023, n. 598, secondo cui «Alla stregua di un criterio interpretativo di ordine teleologico, l'ampio e diversificato ventaglio di misure alternative di prevenzione collaborativa previsto dall'art. 94-*bis* d.lg. 159 del 2011 deve essere comunque vagliato nei suoi presupposti applicativi anche prima dell'adozione dell'informazione interdittiva di conferma, atteso l'obbligo posto in capo alla Prefettura di verificare motivatamente se i fatti del riesame siano idonei a far degradare la condizione permeabilità mafiosa dell'impresa da cronica ad occasionale, pur senza spingere l'organo amministrativo ad emanare misure immediatamente e definitivamente liberatorie».

ISSN 2036-7821

La pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 7/2023 – che avrebbe potuto offrire una possibile soluzione volta a 'contenere' il disordine normativo rilevato – ha in realtà avuto l'effetto di destare ulteriori perplessità.

Non si comprende ad esempio come possa logicamente sostenersi, alla luce del ragionamento svolto dal Consiglio di Stato, che non vi siano condizionamenti tra l'interdittiva, misura alternativa a quella prevista dall'art. 94 *bis*, e il controllo giudiziario, il quale, secondo lo stesso Consesso, condividerebbe con le misure di prevenzione collaborativa funzioni e presupposti.

A ciò si aggiunge che, come è stato osservato in dottrina, «Il possibile contrasto di giudicati rispetto all'occasionalità del contatto mafioso svela l'argomento di maggiore criticità della plenaria […]: pur affermando "l'identità di funzione" degli istituti delineati dall'art. 94 *bis* e dall'art. 34 *bis* cit., la sentenza sembra non trarre fino in fondo le conseguenze, in punto di "interferenza" con l'informazione interdittiva, del fatto che gli accertamenti del prefetto non dovrebbero essere più (solo) rivolti all'acquisizione del "dato statico" della infiltrazione (o del tentativo di infiltrazione) della criminalità organizzata, ma dovrebbero essere rivolti anche alla possibilità di risanamento dell'impresa interessata dal fenomeno mafioso in ragione dell'emendabilità di situazioni ritenute meno gravi»[64]. A tal proposito, recente giurisprudenza ha sottolineato che il Prefetto è tenuto ad effettuare un'istruttoria che tenga conto di tutte le misure che può adottare, per valutare se emanare una delle misure alternative di prevenzione collaborativa previste dall'art. 94 *bis*, d.lgs. 159/2011, l'informazione interdittiva o quella liberatoria. Sicché, l'Autorità Prefettizia, «così come accade per il giudice della prevenzione, dovrà servirsi del materiale probatorio reso disponibile dall'impresa istante per decidere se essa, grazie all'applicazione della misura, possa attrezzarsi in modo adeguato al fine di scongiurare in futuro quegli "eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa diretti a condizionare l'impresa" che – subìti in passato secondo le indagini prefettizie – hanno fatto scattare l'interdizione amministrativa»[65].

Le questioni poste in rassegna non sono tuttavia le uniche a destare perplessità, in quanto altro tema particolarmente dubbio, connesso a quello affrontato dall'Adunanza Plenaria nella pronuncia appena riportata, è quello dell'efficacia temporale della sospensione *ex lege* degli effetti dell'interdittiva prevista in caso di ammissione al controllo giudiziario. Non è chiaro infatti se tale sospensione operi solo per il futuro, oppure se i suoi effetti retroagiscano al momento dell'adozione dell'interdittiva. La giurisprudenza amministrativa ha espresso sul tema un orientamento tutt'altro che univoco. Ed infatti, mentre una parte di questa ha sostenuto che la sospensione *ex* art. 34 *bis*, d.lgs. 159/2011 spiega i suoi effetti «solo

[64] G. D'ANGELO, *Impugnazione dell'informazione interdittiva* cit., p. 164.
[65] Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, n. 598/2021.

ISSN 2036-7821

per l'avvenire dell'ammissione al controllo giudiziario»[66], il Consiglio di Stato ha di recente ritenuto, richiamando anche quanto statuito da ultimo dall'Adunanza Plenaria n. 7/2023 in precedenza riportata, che «una lettura organica e a sistema della complessa disciplina in materia di rapporti tra giudizio amministrativo e procedura di controllo giudiziario» non può condurre a sostenere che una sospensione *ex lege* – come quella prevista dal comma 7 dell'art. 34 *bis*, d.lgs. 159/2011 – possa produrre effetti giuridici solo *pro futuro*[67].

In definitiva, non può che rilevarsi, per un verso, che l'orientamento giurisprudenziale risulti ondivago e talvolta contraddittorio su questioni di vitale importanza per le imprese attinte da interdittiva antimafia (come quella da ultimo

[66] Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2022, n. 2847. Secondo il Collegio «l'ammissione di impresa attinta da informazione antimafia interdittiva al controllo giudiziario di cui all'art. 34 – *bis*) d.lgs. n. 159 del 2011 non [ha] effetti sul (provvedimento di) esclusione dalla procedura di gara cui la stessa abbia partecipato prima che venisse adottato il provvedimento interdittivo e dalla quale in ragione di questo sia stata esclusa». E però, nella sentenza in parola – osserva V. FINOCCHIO, *Controllo giudiziario e informazione interdittiva antimafia: un rapporto complesso*, in *Foro Italiano*, 7-8, 2022, pp. 380 ss., p. 382 – viene rilevato che «all'irretroattività della sospensione, *ex* art. 34 *bis*, 7° comma, cod. antimafia rispetto alle procedure di gara in corso, fa da contraltare la retroattività – parziale – della stessa sospensione con riguardo alla fase di esecuzione del contratto». Sul tema si v. anche Cons. Stato, Ad. Plen., 26 ottobre 2020, n. 23, con commento di G. D'ANGELO, *Interpretazioni e contraddizioni in tema di documentazione antimafia* cit.

[67] Il Supremo Consesso giunge a tale conclusione osservando: innanzitutto che l'art. 34 *bis*, comma 7, d.lgs. 159/2011 non opera alcuna distinzione «tra effetti giuridici prodottisi *in praeterito* ed effetti giuridici *pro futuro* (cioè, rispettivamente, prima e dopo la sua adozione) dell'interdittiva antimafia»; in secondo luogo che «la sospensione dell'interdittiva non può che abbracciarne tanto l'efficacia *ex* art. 94 del d.lgs. n. 159 del 2011 (ovvero la capacità di produrre effetti giuridici) quanto l'esecuzione (cioè la concreta e materiale attuazione del suo *dictum*), anche in considerazione della circostanza che, nella sistematica generale della legge sul procedimento amministrativo (art. 21-*quater*, comma 1, l. n. 241 del 1990), l'efficacia è presupposto per l'esecutività del provvedimento (*id est* l'attitudine dello stesso ad essere portato a esecuzione)»; infine che «da un punto di vista sistematico, una sospensione *ex lege* – come quella prevista dal comma 7 dell'art. 34-*bis* del d.lgs. n. 159 del 2011 – che guardasse, in ipotesi, al solo futuro si discosterebbe in maniera del tutto irragionevole dal suo modello normativo più prossimo rappresentato dalla sospensione cautelare dell'efficacia *ex* art. 55 e ss. c.p.a. disposta dal giudice amministrativo, la quale, per sua consolidata fisionomia, investe anche (e soprattutto) gli effetti giuridici già prodotti dal provvedimento». Il Collegio ritiene poi che la propria tesi è ulteriormente avvalorata da Cons. Stato, Ad. Plen., n. 7/2023 la quale ha chiarito «che il controllo giudiziario ed il giudizio amministrativo di impugnazione dell'interdittiva antimafia […] sono autonomi e seguono sorti distinte» e, per giungere a tale conclusione, ha «valorizzato» il disposto dell'art. 34-*bis*, comma 7. Il Consiglio di Stato evidenzia che «L'assetto dei rapporti, disegnato dall'Adunanza plenaria, tra procedura di controllo giudiziario "volontario" e giudizio amministrativo avente ad oggetto l'informazione interdittiva antimafia porta […] ad escludere […] che la definizione del secondo (con la definitiva reiezione dell'impugnativa spiegata avverso il provvedimento interdittivo) faccia venire meno anche l'effetto sospensivo discendente dall'ammissione (e dalla pendenza) della procedura di cui all'art. 34-*bis* del d.lgs. n. 159 del 2011, così interferendo con questa». Principiando da tale assunto, secondo il Collegio una interpretazione diversa rispetto a quella dell'efficacia retroattiva degli effetti della sospensione *ex* art. 34 *bis*, comma 7, d.lgs. 159/2011, «avrebbe come precipitato quello di compromettere irrimediabilmente la dimensione dinamica e la finalità conservativa-recuperatoria della misura del controllo giudiziario. L'impresa ammessa ad essa (che ha, peraltro, dovuto obbligatoriamente adire anche il giudice amministrativo) si troverebbe nuovamente esposta agli effetti negativi dell'interdittiva e tanto potrebbe ostacolare (se non rendere addirittura impossibile) il processo di "recupero alla legalità" intrapreso sotto l'egida del Tribunale penale».

ISSN 2036-7821

riportata); e, per altro verso, come i principi di diritto espressi dall'Adunanza Plenaria in precedenza richiamata destino diverse perplessità: la loro applicazione può infatti avere l'effetto di incidere negativamente sulla effettività degli strumenti pensati dal legislatore per consentire la bonifica di imprese 'contaminate', seppur occasionalmente[68]. A riprova di tale assunto milita proprio la vicenda giudiziaria il cui studio ha rappresentato l'occasione del presente lavoro.

6.2 L'andamento sinusoidale della giurisprudenza ordinaria.

Volgendo lo sguardo all'interpretazione giurisprudenziale in materia di prevenzione, il quadro interpretativo risulta ancora più complesso. I punti di contatto, ma anche di contrasto, tra le due giurisdizioni sono, infatti, diversi.

Il primo tema, che si ricollega alla decisione dell'Adunanza plenaria di cui è stato dato conto in precedenza, concerne il valore da riconoscere alla previsione contenuta nel comma 7 dell'art. 34 *bis*. A distanza di poco tempo dalla pronuncia dell'organo nomofilattico amministrativo che ha ribadito la piena autonomia tra il giudizio amministrativo e il controllo giudiziario, osservando che «Nessuno degli effetti previsti dall'art. 34-*bis*, comma 7, presuppone […] che il giudizio sull'interdittiva non sia definito, o altrimenti detto rimanga pendente», tali effetti essendo «del tutto compatibili con la conseguita inoppugnabilità di quest'ultima all'esito del rigetto della relativa impugnazione», la Cassazione afferma che la sospensione degli effetti dell'interdittiva prefettizia «è destinata a durare per il tempo della pendenza del giudizio amministrativo instaurato contro di essa al fine di dare all'impresa la possibilità di svincolarsi dall'infiltrazione mafiosa»[69].

Un ulteriore profilo di criticità investe la verifica del presupposto legittimante del controllo giudiziario: l'occasionalità dell'infiltrazione. Il dato testuale non è da solo sufficiente a delineare l'ambito di cognizione del Tribunale della prevenzione, quanto all'accertamento del carattere 'occasionale', poiché pone come condizione esclusivamente la ricorrenza dei 'presupposti'.

Ad una prima e ferma chiusura per un automatismo processuale dell'ammissione al controllo giudiziario, in presenza della sola impugnativa al Tar del provvedimento interdittivo[70], seguiva una più intensa elaborazione interpretativa sulla verifica della condizione legittimante la misura di prevenzione, quale la sussistenza di una occasionalità della agevolazione mafiosa[71]. La centralità del tema ha investito anche

---

[68] A tal proposito si v. le osservazioni di G. D'ANGELO, *Impugnazione dell'informazione interdittiva* cit., pp. 162 ss.

[69] Cass., sez. I, 8 maggio 2023, n. 19154.

[70] Così Cass., sez. V, 20 luglio 2018, n. 34526, in *CED*, n. 273645, che rischiava di configurare l'accesso al controllo come una sorta di «diritto potestativo» dell'impresa, quale automatico effetto del ricorso al Tar. Il rischio di un uso strumentale del ricorso amministrativo, volto esclusivamente a ottenere la sospensione degli effetti dell'interdittiva era molto alto.

[71] Cass., sez. V, 9 aprile 2021, n. 13388, in *CED*, n. 280851; Cass., sez. II, 4 giugno 2021, n. 22083, in *CED*, n. 281450.

ISSN 2036-7821

le Sezioni unite, sollecitate, invero, a risolvere il contrasto giurisprudenziale circa il mezzo di impugnazione esperibile avverso la decisione di diniego dell'accesso al controllo volontario da parte del Tribunale[72].

Pur confermando l'interpretazione maggioritaria, secondo cui spetta al Tribunale, investito della domanda di controllo giudiziario su richiesta, il compito di verificare la presenza della condizione di occasionalità dell'agevolazione, le Sezioni unite – in linea con l'orientamento giurisprudenziale amministrativo confermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato – hanno valorizzato la peculiarità della valutazione del giudice della prevenzione: la prognosi di bonificabilità. La decisione, che, dunque, tenta di ridimensionare il profilo di maggiore interdipendenza tra ambito di cognizione del Prefetto e quella del giudice della prevenzione, sposta la prospettiva di osservazione del giudice verso la idoneità e la capacità dell'impresa, in costanza di una verificata sussistenza dell'occasionale interferenza criminale, di potersi, con l'ausilio del controllo pubblico, affrancare dall'influenza illecita.

Una decisione significativa che tentava di tracciare una linea di demarcazione, per quanto non netta, degli ambiti cognitivi, riconoscendo al Prefetto di indagare, in modo retrospettivo, la sussistenza della condizione legittimante, e al giudice della prevenzione di svolgere una prognosi sulla 'verifica di bonificabilità' dell'attività economica. Un punto di equilibrio per evitare possibili interferenze ed eventuali contrasti di giudizio.

Approdo, però, non definitivo, essendo sopravvenute interpretazioni diversificate che dimostrano l'attualità del tema.

Da un lato, si sostiene che il giudice penale debba esclusivamente svolgere una prognosi di 'bonificabilità' dell'ente, essendo l'infiltrazione già attestata dall'autorità amministrativa nell'adozione del provvedimento interdittivo[73]. Si insinua così l'idea che l'accertamento compiuto dal Prefetto rappresenti un "substrato intangibile", impermeabile ad una rivalutazione del Tribunale della prevenzione. Interpretazione che, per quanto severa, riduce il rischio di contrasto tra giurisdizioni.

Dall'altro un recente arresto della Cassazione ha riconosciuto al giudice pieni poteri di cognizione in ordine alla verifica dell'effettiva sussistenza, nell'attività economica, di una occasionale agevolazione di interessi criminali[74]. In particolare, la sentenza ha il pregio di chiarire e coniugare la doppia anima della cognizione del giudice:

---

[72] Cass., sez. un., 11 novembre 2019, n. 46898, in *Giur. It.*, 2020, pp. 676 ss., con nota di T. ALESCI, *Verso uno statuto delle impugnazioni delle misure di prevenzione patrimoniali*. In argomento si v. altresì D. ALBANESE, *Le Sezioni unite ridisegnano il volto del controllo giudiziario "volontario" (art. 34-bis, comma 6, d.lgs. 159/2011) e ne disciplinano i mezzi di impugnazione*, in *Sist. Pen.*, 28 novembre 2019; F. BALATO, *Le Sezioni unite e il doppio grado di giudizio per il controllo giudiziario delle aziende: verso il crepuscolo della tassatività delle impugnazioni?*, in *Sist. Pen.*, 12 maggio 2020.

[73] Cass., sez. VI, 2 agosto 2021, n. 30168; Cass., sez. II, 5 marzo 2021, n. 9122; Cass., sez. VI, 16 luglio 2021, n. 27704.

[74] Cass., sez. I, 11 aprile 2023, n. 15156, in *Giur. It.*, 7, 2023, pp. 1647 ss., con commento di E. BIRRITTERI, *Accertamento dell'infiltrazione criminale nell'ente e controllo giudiziario "volontario"*, p. 1648.

ISSN 2036-7821

retrospettiva e prognostica. Sul primo versante, la verifica dell'elemento dell'agevolazione e del suo carattere occasionale, è compiuta alla luce di «eventuali allegazioni di parte», «basandosi sui contenuti della informazione prefettizia», che possono tuttavia essere (ri)valutati dalla Corte in piena autonomia, non rappresentando l'interdittiva antimafia un accertamento in tal senso intangibile. Sul secondo versante, il giudice deve prevedere la «efficacia del controllo e la idoneità ad allontanare il pericolo concreto di infiltrazioni»[75]. La decisione apre ad una nuova stagione nella "saga-conflitto" tra le due giurisdizioni, riconoscendo piena autonomia ai due rami dell'ordinamento.

Come si anticipava, sono diversi i punti di contatto nel controverso rapporto tra le giurisdizioni, ma che sottintendono tutti la permanenza di una "diffidenza" reciproca. La delimitazione dell'ambito di cognizione, quanto a presupposti, a legittimazione attiva o a condizioni di ammissibilità, conferma la netta separazione tra area amministrativa e penale.

È proprio sul versante della legittimazione che si registra un ulteriore possibile profilo di interferenza. Con una recente pronuncia[76], la Corte ha escluso dal novero dei soggetti che possono chiedere l'ammissione al controllo giudiziario gli operatori destinatari di un provvedimento non liberatorio di revisione dell'originaria interdittiva.

Secondo il giudice di legittimità non possono essere equiparate, ai fini del riconoscimento della legittimazione attiva alla richiesta di controllo giudiziario, la fattispecie relativa all'impugnazione dell'originaria interdittiva e l'impugnazione della successiva revisione non liberatoria della stessa. Come già ricordato, l'interdittiva emessa dal Prefetto ha carattere provvisorio, che sussiste anche, secondo la Corte costituzionale[77], nell'ipotesi di definitività del provvedimento prefettizio derivante dal rigetto dell'impugnazione da parte del giudice amministrativo. Alla scadenza del termine massimo dei 12 mesi, si procede alla verifica della persistenza o meno delle circostanze poste a fondamento dell'interdittiva, con l'effetto, in caso di conclusione positiva, della reiscrizione nell'albo delle imprese. Il lasso temporale, piuttosto, rileva in quanto propedeutico

[75] Secondo E. BIRITTERI, *I nuovi strumenti di bonifica aziendale nel Codice Antimafia: amministrazione e controllo giudiziario delle aziende,* in E. MEZZETTI, L. LUPARIA DONATI (a cura di), *La legislazione antimafia*, Bologna, 2000, pp. 841 ss., p. 872, la valutazione prognostica e discrezionale da parte dell'autorità giudiziaria si adatta bene solo al controllo volontario e alle valutazioni che il tribunale deve compiere in quella sede ove il rigetto della misura non pregiudica la possibilità di mantenere in vita l'interdittiva antimafia, che garantisce comunque, al netto delle sue criticità, una qualche forma di sterilizzazione delle infiltrazioni criminali riguardanti l'ente di cui si tratta. Al contrario, imporre una simile valutazione a tutte le altre ipotesi di amministrazione e controllo giudiziario sembra comportare il rischio di privare l'impresa di una chance di risanamento, lasciandola esposta a condizionamenti illeciti, non avendo il tribunale di prevenzione la possibilità di disporre misure diverse.

[76] Cass., sez. I, 8 maggio 2023, n. 19154.

[77] Corte cost., 26 marzo 2020, n. 57, in *Foro it.*, I, 2020, p. 50.

ISSN 2036-7821

alla rinnovata valutazione della sussistenza delle condizioni per il mantenimento degli effetti interdittivi «*con precipuo riferimento all'attualità*»[78]. Nell'ipotesi in cui si attesta la persistenza del pericolo di infiltrazione, il Prefetto emette un provvedimento non liberatorio, con il quale protrae gli effetti incapacitanti scaturiti dalla prima interdittiva[79].

Alla luce del ricostruito contesto normativo, la Corte di Cassazione distingue, sul profilo della legittimazione, il destinatario dell'interdittiva antimafia dal destinatario di un provvedimento interdittivo non liberatorio, intervenuto in seguito ad una richiesta di revisione dell'informativa, ancorché impugnato. E ciò sull'assunto che quest'ultimo è «portatore di una situazione giuridica assai più fievole di colui che, invece, contesti la conformità a diritto dell'originaria informazione interdittiva»[80].

Decisione, invero, discutibile[81] e che si pone, peraltro, in contrasto con una altra decisione che ha invece consentito l'accesso al controllo giudiziario della impresa destinataria di un provvedimento di rigetto della iscrizione nelle *white list*, o del suo rinnovo debitamente impugnato, sull'assunto che il provvedimento in questione produca gli stessi effetti inibitori dell'interdittiva[82].

Per quanto diversi, i temi sono affini e controversi, affidati al prudente e diversificato orientamento giurisprudenziale, piuttosto che risolti dal legislatore. In particolare è stato segnalato in dottrina il rischio che l'interpolazione delle misure di prevenzione collaborativa travolga la virtuosa funzione affidata al controllo giudiziario dal legislatore, scivolando da misura di prevenzione in misura sostanzialmente cautelare al servizio del processo amministrativo[83].

Non si può, poi, trascurare che il procedimento di prevenzione viva una stagione peculiare, grazie al consolidamento di un virtuoso percorso di apertura avviato dalla giurisprudenza che orienta il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione verso il canone del giusto processo, per come declinato nell'impianto costituzionale e convenzionale[84].

---

[78] Così Cons. Stato, sez. III, 13 dicembre 2021, n. 8309.

[79] Cfr. V. MAMELI, *Gli effetti nel tempo dell'interdittiva e il potere di riesame,* in *Giustizia amministrativa.it*, 16 aprile 2022.

[80] Cass., sez. I, 08 maggio 2023, n. 19154.

[81] In senso critico si veda E. DAVÌ, *Sui rapporti tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario volontario: la Cassazione riannoda il groviglio che il Consiglio di Stato aveva dipanato,* in *Il Foro italiano*, 9, 2023, pp. 497 ss.

[82] Cass., sez. II, 17 novembre 2022, n. 2156, in *Cass. Pen.*, 7/8, 2023, pp. 2295- 2318, con nota di F. TONDINI, *Rifiuto di iscrizione nella white list e ammissibilità del controllo giudiziario volontario.*

[83] Cfr. A. MERLO, *Il controllo giudiziario «volontario»: fra irrazionalità della disposizione e irrazionalità interpretative*, in *Foro it.*, 2, 2020, pp. 135 ss., p. 135

[84] Si pensi all'estensione del vizio delle intercettazioni dichiarate inutilizzabili nel procedimento ordinario; Cass., sez. un., 25 marzo 2010, n. 13426, in *Mass. uff.*, n. 24627, secondo cui «l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni acquisiti nel giudizio penale di cognizione ha effetto in qualsiasi tipo di giudizio e quindi anche nell'ambito del procedimento di prevenzione»; si veda S. BELTRANI, *Intercettazioni inutilizzabili e procedimento di prevenzione: la fine di un equivoco,* in *Cass. pen.*, IX, 2010, pp. 3063 e ss., e G. LEO, *Intercettazioni inutilizzabili e procedimento di prevenzione*, in *Dir. Pen. Proc.*, IX, 2009, pp. 1112 ss. Ed ancora, alla dichiarazione di illegittimità

ISSN 2036-7821

Rispetto al controllo giudiziario si profilano diverse problematicità. Si pensi al tema, in parte già risolto[85], del controllo sulla decisione del Tribunale della prevenzione. Per quanto le evoluzioni siano ancora in corso[86], è stata riconosciuta in via pretoria l'impugnabilità del provvedimento di rigetto della richiesta di applicazione del controllo giudiziario, di cui all'art. 34 *bis*, codice antimafia[87]. Epperò restano alcuni profili oscuri affidati alla prassi. Ad esempio, la modalità di svolgimento del giudizio di secondo grado. Per quanto applicabile, per espresso rinvio, la disciplina contenuta nel codice di rito, molti profili restano ancora affidati alla interpretazione. Ad esempio, quelli legati agli effetti sul procedimento di primo grado, quando il

costituzionale delle norme che regolavano lo svolgimento dell'udienza secondo le forme di cui all'art. 127 c.p.p.; Corte cost., 12 marzo 2010, n. 93, in *Foro it.*, 7/8, 2010, I, pp. 2008- 2010. La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47, l. 27 dicembre 1956, n. 1423 e l'art. 2 *ter*, l. 31 maggio 1965, n. 575, per contrasto con il principio di pubblicità dell'udienza di cui all'art. 6, per. 1, CEDU, quale parametro interposto *ex* art. 117, comma 1, Cost., «nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga, davanti al tribunale e alla corte d'appello, nelle forme dell'udienza pubblica». Secondo la Corte, le istanze che il principio di pubblicità delle udienze intende soddisfare vengono in rilievo proprio relativamente al procedimento di prevenzione, al cui esito «il giudice è chiamato ad esprimere un giudizio di merito, idoneo ad incidere in modo diretto, definitivo e sostanziale su beni dell'individuo costituzionalmente tutelati, quali la libertà personale (art. 13, primo comma, Cost.) e il patrimonio (quest'ultimo, tra l'altro, aggredito in modo normalmente "massiccio" e in componenti di particolare rilievo [...]), nonché la stessa libertà di iniziativa economica, incisa dalle misure anche gravemente "inabilitanti" previste a carico del soggetto cui è applicata la misura di prevenzione (in particolare, dall'art. 10 della legge n. 575 del 1965)». La Corte edu, infatti, aveva sancito il contrasto della disciplina interna in materia di pubblicità dell'udienza con la disposizione convenzionale di cui all'art. 6 Cedu, come interpretata dalla giurisprudenza convenzionale. Ma anche il riconoscimento dell'applicabilità della causa di ricusazione di cui all'art. 37, comma 1, c.p.p., anche al procedimento di prevenzione Cass., sez. un., 6 luglio 2022, n. 25951; in argomento volendo T. ALESCI, *Verso un giusto procedimento di prevenzione. La latitudine applicativa della ricusazione*, in *Processo penale e giustizia*, 1, 2023, pp. 115 ss., p. 115.

[85] Cfr. T. BENE, *Tentativi di aggressione alle risorse pubbliche. Il rafforzamento del sistema di prevenzione antimafia* cit., p. 162.

[86] È espressamente prevista soltanto l'impugnabilità, ai sensi dell'art. 27, d.lgs. 159/2011, del «controllo giudiziario» applicato in sede di revoca della «amministrazione giudiziaria» (art. 34, comma 6, d.lgs. 159/2011), per effetto della modifica introdotta dal d.lgs. 13 ottobre 2014, n. 153, poi confermata nel nuovo assetto successivo al d. lgs. n. 216 del 2017. Nel 2013 si era infatti previsto che i tre gradi di giudizio dovessero essere assicurati non solo quando alla «amministrazione giudiziaria» facesse seguito la confisca, ma anche nell'ipotesi alternativa, e cioè quando alla scadenza di quella misura patrimoniale venisse applicato il «controllo giudiziario». Anche contro il provvedimento applicativo di quest'ultima misura, dunque, poteva essere esperito il ricorso alla Corte d'appello. Cfr. T. ALESCI, *Verso uno statuto delle impugnazioni delle misure di prevenzione patrimoniali* cit., p. 677; F. VERGINE, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale*, in L. DELLA RAGIONE, A. MARANDOLA, A. ZAMPAGLIONE (a cura di), *Misure di prevenzione, interdittive antimafia e prevenzione*, Milano, 2022, pp. 473 ss., p. 569. I provvedimenti emessi dal Tribunale della prevenzione, ai sensi dell'art. 34 *bis*, sono dunque ricorribili in appello e in cassazione per sola violazione di legge, nei termini previsti dalle disposizioni generali, *ex* art. 10 e 27, in tema di impugnazioni. Secondo le Sezioni unite, il testo dell'art. 27 completa il catalogo dei provvedimenti impugnabili «in base al criterio del caso analogo», così anteponendo il canone dell'uguaglianza a un formale rispetto del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione. Così Cass., sez. un., 19 novembre 2019, n. 46898, in *Giur. It.*, 2020, pp. 676 ss.

[87] Peraltro, nel redigere l'art. 34, d.lgs. 159/2011, il legislatore non aveva disciplinato neppure l'impugnabilità del provvedimento di confisca emesso all'esito della «amministrazione giudiziaria», ignorando la pronuncia della Consulta, cfr. Corte costituzionale, 8 novembre 1995, n. 487, in *giurcost.org*.

ISSN 2036-7821

controllo è già stato avviato, nel caso in cui l'appello non ritenga sussistenti i presupposti della misura[88].

L'osservazione delle prassi mostra, seppur in una prospettiva circoscritta alle misure di prevenzione patrimoniali, la sussistenza di forti resistenze ad accogliere *in toto* il carattere giurisdizionale del procedimento di prevenzione. Si segnalano ipotesi di inammissibilità definite «francamente atipiche e del tutto insussistenti»[89] che certamente mal si conformano al *trend* virtuoso poc'anzi ricostruito.

Anche laddove fosse possibile intravedere delle aperture, le insidie sono dietro l'angolo. Si pensi al principio secondo cui «in caso di accoglimento dell'impugnazione con ammissione della parte privata al controllo, la misura di prevenzione dovrà essere applicata dal giudice di primo grado, cui andrebbero rimessi gli atti»[90]. Il meccanismo di regressione, pur se correttamente coerente con l'interpretazione che affida al tribunale una competenza funzionale in materia di controllo giudiziario, apre a orizzonti applicativi discutibili. È fondato il rischio che l'esecuzione della misura venga affidata al Collegio che, in prima istanza, abbia rigettato la richiesta di applicazione della misura non patrimoniale[91].

---

[88] Cfr. F. BALATO, *Le Sezioni Unite e il doppio grado di giudizio per il controllo giudiziario delle aziende: verso il crepuscolo della tassatività delle impugnazioni*, cit.

[89] Cass., sez. I, 11 marzo 2021, n. 17871, secondo cui «In particolare, non si comprende in che termini possa ritenersi sussistente, a pena di inammissibilità, un profilo di necessaria allegazione in sede di impugnazione di elementi di prova tesi a rappresentare la "occasionalità" del nesso di agevolazione tra l'attività di impresa e gli interessi dei soggetti portatori di pericolosità».

[90] Cass., sez. I, 22 aprile 2021, n. 31831. La decisione è condivisibile nella parte in cui afferma che la costruzione legislativa della particolare misura di prevenzione è ispirata ad un principio di flessibilità e costante valutazione dei risultati dell'attività di "vigilanza prescrittiva". In tal senso depone il comma 6 dell'art. 34 *bis* che prevede, anche sulla base della relazione dell'amministratore giudiziario, la possibile revoca del controllo, nonché il transito ad altre misure di prevenzione patrimoniali. Si riconosce così la competenza funzionale in capo al Tribunale della prevenzione quanto al controllo sull'esecuzione della misura, e cioè «sulla gestione dei profili dinamici di tale misura, anche in chiave di sua possibile variazione peggiorativa (o eliminazione, una volta raggiunti i risultati di neutralizzazione del pericolo di deviazioni gestionali tese a recare vantaggio a soggetti portatori di pericolosità)».

[91] Non si possono nascondere perplessità in merito alla compatibilità, intesa quale attitudine soggettiva coerente con il principio di imparzialità e terzietà. Ancora meno chiaro lo scenario se si pensa alla possibile deriva applicativa, determinata dall'applicazione del sequestro. Il riformato sistema della prevenzione, infatti, ha introdotto strumenti di trasformazione della misura giudiziale al ricorre di diversi presupposti. Se l'occasionalità dell'agevolazione che giustifica l'adozione di una forma di controllo giudiziario diventa permanente o duratura, il tribunale può applicare la misura più incisiva dell'amministrazione giudiziaria, ovvero ancora, se ne ricorrono i presupposti, il sequestro *ex* art. 20, codice antimafia. Sullo sfondo però resta il problema della legittimazione alla richiesta di applicazione delle misure *de quibus*. L'attribuzione della responsabilità di "controllo" in capo al giudice sembra giustificare l'adozione d' ufficio della diversa misura più afflittiva al ricorrere dei relativi presupposti. Epperò, da un lato il comma 7 dell'art. 34 riconosce al Tribunale il potere di revocare d' ufficio il controllo giudiziario e disporre altre misure di prevenzione personali, dall'altro l'art. 34, comma 7, in riferimento alla diversa misura dell'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende subordina la trasformazione della misura in sequestro alla richiesta di soggetti di cui all'art. 17. Il mancato coordinamento del profilo legittimante la trasformazione delle misure, secondo il criterio della progressione afflittiva, è idoneo a vanificare lo spirito della riforma.

ISSN 2036-7821

Del resto, il disorientamento applicativo emerge, in tutta la sua drammaticità, anche osservando, nella prospettiva del processualpenalista, la vicenda oggetto di analisi. Discutibile appare la forma del provvedimento con cui il Tribunale nega il controllo giudiziario. In particolare si dichiara l'inammissibilità in mancanza di un *novum* che consenta di valutare l'ammissibilità di una richiesta. Per quanto la difesa individui il *novum* nella nuova interdittiva antimafia emessa, il Tribunale attraversa il dato formale, ritenendo che la cognizione del giudice investa la situazione sostanziale di tipo prevenzionale e dunque le ragioni che giustificano l'applicazione della nuova interdittiva. Seguendo questa linea di indagine, il Tribunale fa leva sulla circostanza che il presunto *novum*, che funge da presupposto per la nuova interdittiva, non possa considerarsi tale anche per il Tribunale della prevenzione che invero lo aveva già valutato in costanza di primo controllo.
Il provvedimento, per quanto discutibile, si pone in linea con quell'orientamento già descritto, che allontana l'idea di un possibile automatismo del controllo giudiziario al sussistere della sequenza procedimentale: interdittiva – impugnazione al Tar – istanza di ammissione al controllo giudiziario.

7. Osservazioni conclusive.

Dalla normativa e dalla giurisprudenza richiamate emerge un quadro rapsodico, connotato dal disallineamento tra la volontà del legislatore di consentire alle imprese 'in odor di mafia' di continuare a svolgere la propria attività in una sorta di 'purgatorio' in vista della (possibile) piena 'purificazione' e la realtà applicativa costellata da interpretazioni affatto omogenee. Un quadro siffatto, dovuto anche (e soprattutto) al difetto di coordinamento fra le varie disposizioni è stato peraltro complicato dall'antagonismo tra la giurisprudenza penale e quella amministrativa, ferme nel rivendicare l'autonomia delle proprie rispettive valutazioni.
Il complesso normativo e giurisprudenziale descritto genera un profondo senso di disorientamento, per il giurista e, ancor di più, per gli operatori economici, confinati in una orbita indefinita.
Concludere un saggio auspicando un intervento legislativo può destare nel lettore l'impressione che le autrici abbiano in parte abdicato al loro compito, il quale si compone non solo della parte *destruens*, ma pure (anzi forse soprattutto) della parte *costruens*.
La ricostruzione in sistema degli elementi tradizionalmente formanti l'ordinamento – il diritto positivo e quello vivente – spetta, come noto, segnatamente alla dottrina, la quale attraverso la sua opera dovrebbe riuscire a comporre un quadro armonico impiegando pezzi che per forza di cose non vanno all'unisono.
Eppure non sempre è possibile giungere con esito fausto alla ricostruzione che, in origine a ogni contributo scientifico, gli autori auspicano. Anzi, alcune volte è di fatto

ISSN 2036-7821

impossibile, ad esempio quando i plessi normativi coinvolti sono tra loro scoordinati, sovrapponendosi e dunque generando inevitabilmente conflitti tra i soggetti che in diversa veste devono applicarli.
Sembrano ricorrere queste condizioni nella relazione tra la disciplina dell'interdittiva antimafia e quella del controllo giudiziario, resa ancor più complicata dalla introduzione dell'art. 94 *bis*. Non pare sia possibile che in sede interpretativa si possa trovare un accomodamento definitivo.
D'altra parte, in dottrina si segnala la necessità di «una modifica legislativa che metta in più stretta correlazione l'adozione dell'informazione interdittiva con le (nuove) misure di prevenzione collaborativa piuttosto che con il controllo giudiziario volontario». Si avanza ad esempio l'idea che «l'impresa che abbia impugnato l'informazione interdittiva, contestandone la legittimità in ragione della situazione di agevolazione occasionale del tentativo d'infiltrazione, in sede cautelare possa chiedere di essere ammessa dallo stesso giudice amministrativo a una o più misure di prevenzione collaborativa, con il beneficio degli stessi "effetti sospensivi" previsti oggi dal comma 7 dell'art. 34 *bis* cit. per il controllo giudiziario»[92].
In definitiva, e al netto delle diverse soluzioni che potrebbero suggerirsi, il dato che risulta difficilmente controvertibile è rappresentato dalla necessità di un intervento di modifica della normativa. Sicché, il saggio che con queste ultime righe va chiudendosi termina con un auspicio: che il legislatore si rimetta al lavoro, senza perdurare nella logica additiva, che sin qui sembra aver guidato la normazione recente, sperimentando viceversa la logica dell'integrazione, facendo del coordinamento tra strumenti preventivi l'obiettivo principale. Chissà che un simile lavorio regolativo riesca a fluidificare i rapporti tra le giurisdizioni, contribuendo al loro avvicinamento, essenziale per rendere realmente efficace qualsiasi sistema ordinamentale.

[92] G. D'ANGELO, *Impugnazione dell'informazione interdittiva* cit., p. 165.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Telemedicina, PNRR e Piani di rientro sanitari: uniformità *versus* autonomia nell'organizzazione sanitaria?

di Costanza Nicolosi

(Ricercatrice, abilitata associato, di diritto amministrativo presso l'Universitas Mercatorum di Roma)

Sommario

1. L'autonomia organizzativa in tema di salute, tra competenza concorrente (nella tutela della stessa) e competenza esclusiva dello Stato (nella determinazione dei livelli essenziali) – 2. Standard delle prestazioni sanitarie, tra tutela della salute e determinazione dei livelli essenziali – 3. Autonomia organizzativa, tra tutela della salute e determinazione dei livelli essenziali – 4. Autonomia organizzativa e uniformità delle prestazioni – 5. Autonomia organizzativa e Piani di rientro sanitari – 6. Telemedicina, tra standard tecnologici e standard organizzativi – 7. Telemedicina, tra valutazione di *adeguatezza* e principio di *appropriatezza* – 8. Gli effetti (di lungo termine?) del PNRR per l'autonomia organizzativa.

Abstract

The essay aims to investigate the actual scope of the organizational autonomy of the Regions in the healthcare sector. In this regard, it is considered that, in apparent contrast with the constitutional structure outlined by the reform of Title V, the organizational autonomy of the Regions is, in practice, compressed not only by an evident acceleration towards the definition of standards (also of an organizational nature) in the healthcare sector, but also by the raising, at European level, of the place of definition of such standards.

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

ISSN 2036-7821

1. L'autonomia organizzativa in tema di salute, tra competenza concorrente (nella tutela della stessa) e competenza esclusiva dello Stato (nella determinazione dei livelli essenziali).

Il tema della salute riveste un'importanza fondamentale nell'assetto costituzionale[1]. Già nel disegno costituzionale originale rappresentava uno degli snodi fondamentali dello Stato sociale e della realizzazione del principio di eguaglianza sostanziale. La riforma del Titolo V, di pari, riconosce l'importanza del tema della salute, rendendolo sia materia di competenza concorrente tra lo Stato e le Regioni (tutela della salute, *ex* art. 117, comma 3, Cost.)[2], sia oggetto di ulteriore specificazione attraverso la competenza, questa volta esclusiva in capo allo Stato, della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni[3] (*ex* art. 117, comma 2, lett. m), Cost.[4]) che mira a definire l'area entro cui il diritto alla salute si configura come un

* Relazione tenuta al Convegno "Intelligenza artificiale amministrativa (IAA), Principi e regole per l'esercizio delle funzioni pubbliche", Roma, 4-5 luglio 2024;

[1] Senza pretesa di esclusività, F. Saitta, *L'organizzazione della salute: uno sguardo al (recente) passato per costruire il futuro*, in R. Cavallo-Perin, A. Police, F. Saitta (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, Firenze, 2016, 421 ss.; R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007, Id. (a cura di), *Salute e sanità*, in S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2010; R. Balduzzi, G. Carpani, *Manuale di Diritto Sanitario*, Bologna, 2013; A. Pioggia, *Diritto Sanitario e dei Diritti Sociali*, Torino, 2017; C. Bottari, *Profili innovativi del sistema sanitario*, Torino, 2018; G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 1981, 755 ss.

[2] Precedentemente alla riforma del Titolo V, la Costituzione assegnava alla competenza concorrente delle Regioni, la materia della "assistenza sanitaria e ospedaliera". La riforma avrebbe, quindi, esteso la competenza riconosciuta alle Regioni, sia perché la "tutela della salute" appare idonea a comprendere –oltre l'assistenza– anche la prevenzione e la riabilitazione; sia perché altre materie riferite alla competenza concorrente pure lambiscono la tutela della salute (ad es., l'alimentazione, la tutela e sicurezza del lavoro, la ricerca scientifica, etc.). Stante il quadro teorico, tuttavia, l'effettivo spazio di operabilità delle Regioni è limitato da vari fattori, ovvero: (i) la norma statale continua a svolgere la sua piena funzione se le Regioni mancano di esercitare le proprie competenze; (ii) lo Stato definisce i principi generali nelle materie a competenza concorrente; (iii) la giurisprudenza costituzionale ha considerato principi generali anche previsioni normative che presentavano un carattere disciplinare avanzato, specialmente quando idonei a tutelare la garanzia dei diritti di uguaglianza; infine, (iv) altre materie –attribuite in modo esclusivo alla competenza dello Stato–concorrono alla definizione di elementi che attengono alla salute (ad es., concorrenza, tutela dell'ambiente, l'ordinamento civile, coordinamento finanziario, etc.).

[3] Nonostante l'introduzione relativamente recente in Costituzione, l'utilizzo della locuzione "livelli essenziali" risale alla legge introduttiva dell'SSN, art. 3, l. n. 833/1978. Tale norma del prevedeva che attraverso i Piani sanitari (ora sostituiti dai c.d. Patti della salute) lo Stato avrebbe definito le prestazioni da garantire a tutti i cittadini. Emergeva in questa accezione la consapevolezza che i livelli di prestazione avrebbero dovuto costituire il contenuto dei diritti alla salute. La disciplina è stata ulteriormente modificata dal d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 per il riordino della disciplina in materia sanitaria; e dal d.lgs. n. 229/1999. Teoricamente, la definizione de livelli essenziali non preclude alle Regioni di disciplinare in materia di livelli essenziali, poiché esse possono *ampliare* la gamma delle prestazioni garantite. Tuttavia, l'onere di doverne assicurarne l'integrale copertura finanziaria limita –in modo sostanziale– gli effettivi spazi di autonomia regionale.

[4] In argomento, R. Manfrellotti, R. Miranda, *Determinazione dei livelli essenziali e conferimento di funzioni amministrative: l'art. 117, co. II, lett.m) Cost. come "parametro presupposto" nel giudizio di costituzionalità*, in E. Bettinelli, F. Rigano (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2004.

ISSN 2036-7821

diritto alle prestazioni pienamente esigibile.

L'attuale assetto costituzionale relativamente al tema della salute rivela, così, la tensione tra due tendenze (*rectius*, esigenze) del riparto di competenze e funzioni tra "centro" e "periferia". Da una parte, l'affidamento esclusivo allo Stato della determinazione dei livelli essenziali (anche in tema di salute) rivela la necessità di assicurare omogeneità e uniformità nella concreta erogazione delle prestazioni in tutto il territorio nazionale, al fine di garantire l'effettività dell'uguaglianza. Dall'altra parte, la competenza concorrente sulla tutela della salute intende lasciare alle Regioni la regolazione della disciplina di dettaglio e quella di carattere organizzativo[5], dando così sia giusto riconoscimento al principio autonomistico e del pluralismo istituzionale (*ex* art 5. Cost.)[6], sia valorizzazione al necessario "carattere democratico" dell'organizzazione[7].

Sono proprio i confini dell'effettiva portata dell'autonomia organizzativa delle Regioni in ambito sanitario a risultare difficilmente collocabili, con opportuna precisione, nell'intreccio delle competenze –esclusiva e concorrente– relative alla

[5] In questo senso, sent. Corte cost., n. 192/2017, spec., cons. in diritto punto 6.1 («L'organizz*azione sanitaria [è una] componente fondamentale della tutela della salute*, in quanto la relativa normativa traccia la cornice funzionale ed operativa che garantisce la qualità e l'adeguatezza delle prestazioni erogate […]. In questa materia la legislazione dello Stato deve esprimersi attraverso norme di principio, sicché *sono censurabili le norme statali che non lasciano alcuno spazio di intervento alla Regione* non solo per un'ipotetica legiferazione ulteriore, ma persino per una normazione secondaria di mera esecuzione») (enfasi aggiunta). In generale, il legame imprescindibile tra organizzazione e diritti è sottolineato nella celebre sentenza della Corte cost., n. 383/1998 («organizzazione e diritti sono aspetti peculiari della stessa materia, l'una e gli altri implicando e condizionandosi reciprocamente»; «non c'è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata ai diritti, così come non c'è diritto a prestazione che non sia condizionato dall'organizzazione»).

[6] In argomento, R. Dagostino, *Sistema delle autonomie e divari territoriali di cittadinanza*, in *Diritto e Società*, 3/2023, 455-483. Il tema è strettamente connesso al principio di sussidiarietà, cfr. G. Pastori, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2002, pp. 85 ss.

[7] V. Ottaviano, *Scritti giuridici*, I, Milano, 2022, in particolare gli scritti su: *Poteri dell'amministrazione e diritti costituzionali*, 13 ss.; *Cittadino e amministrazione nella concezione liberale*, 33 ss.; *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, 53 ss. Si vedano anche, I.M. Marino, *Sulla semplificazione amministrativa, con particolare riferimento all'ordinamento locale*, ora in A. Barone (a cura di), *I.M. Marino. Scritti Giuridici*, II, Napoli, 2015, 1283 ss.; M.S. Giannini, *Autonomia (teoria gen. e dir. pubbl.)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 356 ss.; G. Pastori, D. Sorace, *Compendio dello studio sui temi giuridico-istituzionali*, in F. Fiorelli (a cura di), *Il governo delle città*, Milano, 1975; G. Berti, *art. 5*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Principi fondamentali*, Bologna, 1975; S. Romano, *Autonomia*, in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983; U. Allegretti, *Autonomia regionale e unità nazionale*, in *Le Regioni*, n. 1/1995, pp. 11 ss.; A. Police, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e attribuzioni regionali: la parabola dell'eguaglianza*, in R. Cavallo Perin, A. Police, F. Saitta (a cura di), L'*organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, vol. I, Firenze, 2016, 67 ss.; S. Pajno, *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista: tre problemi*, in *Federalismi.it*, 4 marzo 2020; E. Giardino, *Regionalismo differenziato, funzioni amministrative ed unità della repubblica*, .in *Nuove Autonomie*, 1/2024, pp. 141-148; L.R. Perfetti, *Costruire e decostruire i concetti dell'organizzazione pubblica. Ragioni di un percorso e tracce per la sua prosecuzione*, in *PA Persona e amministrazione*, 1/2021, pp. 15-48; Id., *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2019, pp. 43-70. Si veda anche l'intervista rilasciata da A. Barone, G. Gigante, *Perché le province sono tornate di moda. Lo spiega il Prof. Barone*, in *www.formiche.net*, 23 marzo 2023.

ISSN 2036-7821

salute. Infatti, l'assegnazione della competenza concorrente nell'ambito della tutela della salute ha, tra i relativi effetti, quello di riservare alle Regioni, come loro precipua funzione, proprio l'organizzazione dei servizi[8]. Tuttavia, ciò non vuol dire che il tema dell'organizzazione vada escluso *tout court* dall'azione dello Stato, in quanto la potestà di sancire i principi fondamentali può coinvolgere anche la disciplina organizzativa dei servizi sanitari[9]. Analogamente, la stretta implicazione (*rectius*, il reciproco condizionamento) tra tutela del diritto alla salute e organizzazione dei servizi trova conferma nella possibilità che la stessa determinazione dei livelli essenziali di assistenza –e delle loro specificazioni– possa comportare la fissazione, da parte dello Stato, di talune indicazioni organizzative[10], posto però, necessariamente, che sia lasciato al legislatore locale uno spazio di esercizio della relativa competenza in tema di tutela della salute[11].

In un quadro che appare già di per sé complesso, si rivela, inoltre, che a livello pratico, la definizione dei livelli di assistenza si è concretizzata nella fissazione, tramite decreti ministeriali (*breviter*, DM), di appositi standard sanitari, il cui livello di dettaglio solleva il dubbio del loro possibile (*rectius*, probabile) "sconfinamento" anche nella disciplina degli aspetti organizzativi con conseguente limitazione dell'effettiva portata dell'autonomia organizzativa delle Regioni. Autonomia, tra l'altro, ulteriormente (ri)messa in discussione dalla necessità, prima, di reagire con urgenza alla crisi pandemica[12] e, successivamente, di ripensare il sistema sanitario

[8] Tra cui: la predisposizione dei presidi sanitari, la definizione delle procedure di presa in carico dei pazienti e le condizioni di offerta della salute e della remunerazione dei costi (ad es., l'articolazione territoriale delle aziende sanitarie locali; l'organizzazione di aziende sanitarie e delle strutture ospedaliere; la regolazione dell'offerta privata di prestazioni sanitarie all'interno del SSN; le sperimentazioni gestionali; la tutela degli utenti).

[9] Tale implicazione è strutturale alla logica della potestà concorrente, come sancito inequivocabilmente dalla Corte costituzionale all'indomani della revisione del 2001, per cui il rapporto tra tutela della salute e organizzazione sanitaria non presuppone la *distinzione* in due materie separate, ma piuttosto l'*inclusione* della seconda nella prima. Corte cost., sent. n. 371/2008, più volte riconfermata.

[10] In questo senso, R. Balduzzi, D. Servetti, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2/2019. Sul punto, gli A. richiamano anche C. Pinelli, *La revisione costituzionale del 2001 e le sue ricadute in campo sanitario*, in *Corti Supreme e Salute*, 3/2018.

[11] Corte cost., sent. n. 192/2017, spec. cons. in diritto punto 6.1 («L'organizzazione sanitaria è una componente fondamentale della tutela della salute, in quanto la relativa normativa traccia la cornice funzionale ed operativa che garantisce la qualità e l'adeguatezza delle prestazioni erogate. In questa materia la legislazione dello Stato deve esprimersi attraverso norme di principio, sicché sono censurabili le norme statali che non lasciano alcuno spazio di intervento alla Regione non solo per un'ipotetica legiferazione ulteriore, ma persino per una normazione secondaria di mera esecuzione. Tuttavia, in questa stessa materia trova anche applicazione il canone generale, secondo cui è vincolante per le Regioni ogni previsione che, sebbene a contenuto specifico e dettagliato, per la finalità perseguita si pone in rapporto di coessenzialità e necessaria integrazione con le norme-principio che connotano il settore»).

[12] In argomento, si rimanda alla sezione monografica del fascicolo n. 1/2021, della rivista *P.A. Persona e amministrazione*, pp. 11-537, spec., G. Corso, *Emergenza e organizzazione*, pp. 13-17; N. Pignatelli, *Brevi note sul regionalismo nell'emergenza sanitaria*, pp. 99-106; M. Trimarchi, *Dall'emergenza epidemiologica due indicazioni per la riforma dell'autonomia comunale*, pp. 91-97; M.C. Cavallaro, *La decisione politica nel tempo dell'emergenza sanitaria*, pp. 107-122; F. Marone, *L'emergenza Covid tra temporaneità dei poteri d'urgenza e crisi del regionalismo*, pp. 123-143. Si

ISSN 2036-7821

per migliorarne la *ripresa e resilienza*[13].
È proprio il delicato (*rectius*, instabile) equilibrio di questo assetto costituzionale che, da una parte, valorizza l'autonomia organizzativa delle Regioni nell'ambito della salute, e dall'altra la sacrifica in nome dell'esigenza di uniformità territoriale, a rendere cruciale il tema dell'organizzazione nel comparto della salute. Analizzare l'effettiva portata, dell'autonomia organizzativa nella materia salute permette, infatti, di rivelare eventuali tensioni nell'assetto costituzionale delineato dalla riforma del Titolo V; tensioni che tra l'altro, si può presumere saranno oggetto di ulteriore dibattito a seguito della recente emanazione della legge sul c.d. regionalismo differenziato (l. 26 giugno 2024, n. 86)[14].

2. Standard delle prestazioni sanitarie, tra tutela della salute e determinazione dei livelli essenziali.

La genesi della concreta determinazione dei livelli essenziali in ambito sanitario affonda le sue radici all'indomani della modifica costituzionale del 2001. Infatti, proprio a partire dai primi anni del secolo (in modo, invero, non dissimile a quanto sta avvenendo ai nostri giorni) le questioni concernenti il diritto alla salute (incluso gli specifici parametri di definizione del suo contenuto "essenziale") andavano assumendo sempre più rilevanza in virtù delle innovazioni tecnologiche che investivano (anche) i *setting* assistenziali tradizionali (ad es., l'ambulatorio, l'ospedale, etc.)[15]. È in questo contesto che viene emanata la l. n. 404/2001 che, tra le altre cose, affida a un successivo decreto del Presidente del Consiglio, la determinazione specifica dei livelli essenziali in ambito sanitario[16]. In seguito

---

veda anche, M.C. Cavallaro, *Divario territoriale, coesione sociale e tutela dei diritti: il ruolo delle regioni in tempo di crisi*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2/2021, pp. 61-87. Si veda anche, V. Fanti, *Al tempo dell'emergenza non si può ritornare all'autoritarismo di Oreste Ranelletti*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2020. Per un'analisi del principio di sussidiarietà orizzontale ai tempi della crisi pandemica, A. Barone, *Emergenza pandemica, precauzione e sussidiarietà orizzontale*, in *P.A. Persona e amministrazione*, vol. 1/2020, pp. 185-196; Id., *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, in *Federalismi.it*, 29 aprile 2020.

[13] Il riferimento è, ovviamente, al titolo del PNRR il quale dedica la sua sesta missione specificatamente alla salute.

[14] In argomento, G.M. Flick, *Autonomia differenziata delle Regioni: perplessità e interrogativi*, in *Federalismi.it*, 17 aprile 2024; F. Manganaro, *Il regionalismo differenziato nell'attuale dibattito parlamentare*, in *Federalismi.it*, 17 aprile 2024; Id., *Note sul regionalismo differenziato nel disegno di legge approvato dal Senato*, in *Nuove Autonomie*, 16 luglio 2024. Si veda anche, M.A. Sandulli, *Le tante facce (non tutte auspicabili) del regionalismo differenziato: i presidi non rinunciabili della solidarietà e i gravi rischi della competizione*, in *Corti supreme e salute*, 1/2020.

[15] F. Palumbo, *Dopo gli standard ospedalieri, gli standard territoriali*, in *Corti supreme e salute*, 2/2023, pp. 273-283, spec. 275 («Tutto ciò apriva prospettive nuove nei percorsi di diagnosi, cura e riabilitazione, ma faceva nascere nuove esigenze di tutela della sicurezza e di valutazione dell'efficacia. Un esempio per tutti, la diffusione della chirurgia ambulatoriale, per quale si poneva la necessità di definire requisiti tecnologici e strutturali oltre che criteri clinico assistenziali»).

[16] Scelta certamente, opportuna considerato il veloce grado di innovazione che coinvolge il settore e coerente sul piano delle fonti, ove la competenza esclusiva sui livelli essenziali comprende (*ex* art. 117, comma 6, Cost.) che le relative declaratoria, definizione e specificazione sia demandata alla fonte secondaria. Ciò trova, altresì, conferma

ISSN 2036-7821

all'accordo raggiunto in sede di Conferenza, viene emanato il primo atto contenente la definizione dei livelli essenziali in ambito sanitario, il DPCM del 29 novembre 2001, successivamente modificato.

Rispetto allo schema individuato nel decreto, si pone l'esigenza di individuare, concretamente, i necessari contenuti tecnico-funzionali. Tale esigenza, a sua volta, dà adito a un primo problema giuridico: l'individuazione concreta dei contenuti dei livelli essenziali; ovvero, se il riferimento dei livelli essenziali può concernere solo la definizione delle *tipologie* di prestazioni, o può includere anche i *criteri qualitativi* delle prestazioni, attraverso la fissazione, definizione e specificazione dei livelli essenziali nella forma di standard, atti a garantire l'uniformità delle prestazioni (presupposta, ovviamente, la puntuale e dettagliata conoscenza delle realtà territoriali).

La risposta legislativa sulla legittimità degli standard come specificazione e definizione dei livelli di assistenza è di pochi anni successiva e in senso affermativo. L'art. 1, comma 169, l. 30 dicembre 2004, n. 311 (*breviter*, comma 169) sancisce che, al fine di garantire l'uniformità sul territorio nazionale delle modalità di erogazione delle prestazioni rientranti nei livelli essenziali, vengano emanati opportuni regolamenti per la fissazione di «standard qualitativi, strutturali, tecnologici, di processo e possibilmente di esito, e quantitativi». La Corte costituzionale conferma l'approccio legislativo di procedere tramite standard nella sentenza n. 134/2006, in cui ha rifiutato la contestazione che la previsione di specifici standard presenti un carattere eccessivamente di dettaglio; considerandoli, invece, strumentali alla garanzia di un maggiore grado di uniformità del pieno godimento dei diritti[17], posto che il regolamento che li definisce venga emanato previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni[18].

La sentenza ha, quindi, sancito che la fissazione di standard costituisce un legittimo esercizio della competenza affidata allo Stato dall'art. 117, comma 2, lett. m), Cost.,

---

nella giurisprudenza del Consiglio di Stato (sent. 15 giugno 2004, n. 3983) e della Corte costituzionale (sentt. nn. 134/2006 e 62/2020, n. 62). Per un'analisi del rapporto tra le fonti e relativa idoneità, R. Balduzzi, *Gli standard (e il modello) dell'assistenza sanitaria territoriale: prime considerazioni*, in *Corti supreme e salute*, 2/2022, pp. 461-473.

[17] Corte. Cost., sent. n. 134/2006, Cons. in diritto punto 9 («Non può essere negata la possibilità del legislatore statale di giungere ad una più analitica ed effettiva tutela dei LEA, non è definibile, almeno in astratto, un livello di specificazione delle prestazioni che faccia venir meno il requisito della loro essenzialità, essendo questo tipo di valutazioni costituzionalmente affidato proprio al legislatore statale (che in effetti, tramite alcune specifiche disposizioni legislative, ha anche proceduto a definire direttamente alcune prestazioni come livelli essenziali). *Non può pertanto dubitarsi che anche la fissazione degli standard costituisca esercizio della competenza assegnata allo Stato dall'art 117, comma 2, lett. m), Cost.*») (enfasi aggiunta).

[18] La sent. n. 134/2006 ha, infatti, dichiarato incostituzionale il testo originario del comma 169 nella parte in cui prevedeva l'adozione del regolamento dopo aver, meramente, «sentito» la Conferenza Stato-Regioni, anziché «previa intesa» con la medesima. Poiché il comma 169 sanciva «la medesima procedura» per «l'individuazione delle tipologie di assistenza e i servizi, relativi alle aree di offerta individuate dal vigente Piano sanitario nazionale», si estende, procedendo a "rime obbligate", l'obbligo dell'intesa anche alle parti del regolamento del Ministro della salute riferite all'individuazione delle tipologie di assistenza e dei servizi.

ISSN 2036-7821

purché soggetta al vincolo della previa intesa con le Regioni, così da bilanciare, attraverso l'intesa, l'esigenza dello Stato di portare i livelli a un maggiore grado di specificazione con l'esigenza delle Regioni di co-determinare taluni (presumibilmente, non qualunque) limiti potenzialmente stringenti alla propria autonomia.

3. Autonomia organizzativa, tra tutela della salute e determinazione dei livelli essenziali.

Affermata e confermata la legittimità di definire e specificare il contenuto dei livelli essenziali attraverso standard, si pone la questione del *tipo* di standard che lo Stato può, legittimamente, fissare senza ledere l'autonomia organizzativa delle Regioni in ambito sanitario. Infatti, oltre la legittimità degli standard in quanto tali, il comma 169 pone un ulteriore (e più fondamentale) problema giuridico: ovvero, la possibilità che gli standard, di definizione e specificazione dei livelli essenziali, possano essere *anche* di natura organizzativa. Infatti, la formulazione del comma 169 («standard qualitativi, strutturali, tecnologici, di processo e possibilmente di esito, e quantitativi») è abbastanza ampia da, presumibilmente, includere al suo interno, seppur senza menzionarli specificamente, standard ti tipo *anche* organizzativo.

Ovvero, nel momento in cui l'individuazione dei livelli di assistenza, attraverso le norme secondarie, raggiunge(sse) un (elevato?) grado di dettaglio anche organizzativo, si rende(rebbe) problematico, nell'ambito della competenza concorrente sulla tutela della salute, il rapporto tra il grado di dettaglio di tale norma secondaria con la potestà dello Stato di stabilire *solo* i principi fondamentali della materia. Inoltre, la fissazione di standard organizzativi susciterebbe dubbi in merito all'effettiva esistenza –e del caso l'effettiva portata– dell'autonomia organizzativa delle Regioni in ambito sanitario. Invero, in merito alla fissazione di eventuali standard organizzativi, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha più volte ribadito che la determinazione dei livelli essenziali concerne specificatamente le *prestazioni*, ovvero l'*attività*; escludendo, quindi, che la definizione dei livelli essenziali possa riguardare anche le modalità organizzative.

A questo proposito, si può richiamare la sentenza della Corte costituzionale n. 88/2003, chiamata ad esprimersi sulla legittimità di un decreto ministeriale che prevedeva una serie di obblighi organizzativi (e prestazioni aggiuntive rispetto a quelle individuate dal DPCM del 2001)[19], contestato proprio sulla base della presunta violazione dell'autonomia regionale. In quell'occasione, la Corte ha concluso che i limiti imposti costituissero una compressione eccessiva e ingiustificata

[19] Decreto del Ministro della salute emesso, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, il 14 giugno 2002, recante disposizioni di principio sull'organizzazione e sul funzionamento dei servizi per le tossicodipendenze delle aziende unità sanitarie lo cali – Sert.T, di cui al decreto ministeriale 30 novembre 1990, n. 444.

ISSN 2036-7821

dell'autonomia organizzativa. E ciò nonostante la necessità di garantire un'adeguata uniformità di trattamento, posta in capo al legislatore statale della competenza esclusiva sulla determinazione dei livelli essenziali[20].

Ancora, nella sentenza n. 371/2008[21], la Corte afferma che «…nella giurisprudenza di questa corte la fissazione dei livelli essenziali di assistenza si identifica *esclusivamente* nella "determinazione degli standard *strutturali e qualitativi* delle prestazioni, da garantire agli aventi diritto su tutto il territorio nazionale", non essendo "pertanto inquadrabili in tale categoria le norme volte ad altri fini, quali, ad esempio […] la regolamentazione dell'assetto organizzativo e gestorio degli enti preposti all'erogazione delle prestazioni"»[22].

Si consideri anche la più recente sentenza n. 192/2017, la quale esplicitamente afferma che «[l]a competenza statale in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, in linea di massima, concerne la fissazione del livello *strutturale* e *qualitativo* delle prestazioni; solo in circostanze eccezionali, segnatamente quando ricorrano imperiose necessità sociali, può spingersi oltre»[23].

In questo contesto, apparentemente consolidato, viene emanato il precedente DM 70/2015 «recante definizione degli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all'assistenza ospedaliera»[24]. Si tratta di un regolamento di

[20] Corte cost., sent. n. 88/2003, cons. in diritto punto 2 («Il contenuto del decreto ministeriale adottato *comprime indubbiamente la sfera di autonoma organizzazione delle Regioni e delle Province autonome* in relazione ai servizi preposti alle tossicodipendenze […]. L'evidente rilevanza generale degli interessi sanitari e sociali connessi con il fenomeno della tossicodipendenza hanno legittimato [nell'emanazione del Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza] una *parziale ed eccezionale compressione dell'autonomia organizzativa e funzionale delle Regioni e Province autonome* […]. Il decreto ministeriale impugnato, invece, […] limita in modo ulteriore, rispetto alle disposizioni regolamentari, l'autonomia organizzativa di Regioni e Province autonome in materia sanitaria, prevedendo anzitutto che i Sert.T siano unità operative "coordinate nell'ambito di uno specifico dipartimento per le dipendenze patologiche", del quale vengono individuate le funzioni fondamentali, e poi prescrivendo al suo interno "la diretta partecipazione a livello operativo e decisionale del privato sociale accreditato o autorizzato operante nel territorio o richiesto da altri territori per specifiche competenze […]"».) (enfasi aggiunta).

[21] Nello specifico, il caso riguardava le norme attinenti allo svolgimento dell'attività professionale intramuraria.

[22] Cons. in diritto punto 5 (enfasi aggiunta), citando la sent. n. 120/2005 che riguardava una questione di legittimità costituzionale, in via principale, degli artt. 4, comma 2, e 28, comma 2, l. Regione Toscana 26 luglio 2002, n. 32 (Testo unico della normativa della Regione Toscana in materia di educazione, istruzione, orientamento, formazione professionale e lavoro). L'art. 4 del TU regionale era contestato in base all'assunto che la disciplina degli standard strutturali e qualitativi degli asili nido, rimessa da tale norma ad un regolamento regionale, spetterebbe, invece, alla competenza esclusiva dello Stato. La Corte, tuttavia, non ha condiviso la tesi che gli standard strutturali e qualitativi di cui alla norma impugnata si identificherebbero con i livelli essenziali delle prestazioni e, quindi, rientrerebbero nella competenza trasversale ed esclusiva dello Stato. Secondo la Corte, infatti, la norma censurata non determina alcun livello di prestazione, limitandosi ad incidere sull'assetto organizzativo e gestorio degli asili nido che, risulta demandato alla potestà legislativa delle Regioni.

[23] Corte cost., sent. n. 192/2017, cons. in diritto punto 6.3 (enfasi aggiunta).

[24] Decreto Ministeriale 2 aprile 2015 n. 70, G.U. 4 giugno 2015, n. 127.

ISSN 2036-7821

attuazione della c.d. *spending review* in sanità del 2012[25], della quale, infatti, il decreto sviluppa, sul piano sostanziale, gli indirizzi, incluso il "controverso" parametro della riduzione dei posti letto ospedalieri[26]. È, probabilmente, nell'emanazione del DM 70/2015 che si può rintracciare il momento in cui un (forse fisiologico) "sconfinamento" degli standard nella sfera organizzativa opera una sostanziale (eccessiva?) riduzione dell'autonomia organizzativa delle Regioni, come sembrano suggerire alcune specifiche disposizioni relative al personale[27], nonché nella definizione di un nuovo "modello" (e relativi standard) per lo sviluppo dell'assistenza territoriale che, presumibilmente, concerne *anche* aspetti organizzativi[28].

4. Autonomia organizzativa e uniformità delle prestazioni.

Le più recenti pronunce della Corte costituzionale rivelano una tendenza a "sacrificare" gli spazi di autonomia organizzativa delle Regioni in virtù della necessità di assicurare, tramite la definizione dei livelli essenziali (potenzialmente sconfinanti, appunto, anche nella sfera organizzativa), l'uniformità delle prestazioni nel territorio a tutti gli aventi diritto. In questo senso, proprio la già citata sentenza n. 125/2015 afferma che «[n]ella prospettiva della tutela [dei livelli essenziali] la

[25] Le premesse del DM 70/2015 indicano, come base giuridica dello stesso, sia il comma 169, sia l'art. 15, comma 13, lett. c), DL 6 luglio 2012, n. 95 (c.d. *spending review* in sanità), conv. in legge 7 agosto 2012, n. 135.

[26] Sulla cui legittimità specificatamente si è pronunciata la Corte cost., sent. n. 125/2015. In particolare, la sentenza dichiara incostituzionale l'obbligo di riduzione dei posti letto ospedalieri (presumibilmente, uno standard strutturale, sebbene la ricorrente ne contestasse la natura organizzativa) nella parte in cui esso era applicabile alle Province autonome.

[27] Ad esempio, All. 1, artt. 6.2 («Nei presidi ospedalieri il rapporto percentuale tra il numero del personale del ruolo amministrativo e il numero totale del personale non può superare il valore del 7 per cento») e 6.4 («Va promossa una completa informatizzazione delle procedure e dei servizi, compresa la gestione dei rapporti con il pazienti e prestatori di assistenza (c.d. caregiver) informali per il monitoraggio e consulenza on-line»).

[28] Vale la pena rilevare che le basi giuridiche del decreto non sembrano adeguatamente supportare una (ri)definizione del modello di assistenza territoriale. Vero, infatti, che il comma 169 sancisce che «…sono individuati le tipologie di assistenza e i servizi, relativi alle aree di offerta individuate dal vigente Piano sanitario nazionale». Tuttavia, anche volendo concedere che *nessuno* degli elementi portanti di tale modello di assistenza siano riferibili alla tutela della salute e che *tutti* tali elementi siano configurabili come specificazione dei livelli essenziali (e quindi, opportunamente specificati dalla norma secondaria), va rilevata una non perfetta sovrapponibilità tra le previsioni del DM 70/2015 e le macro aree di offerta individuate dal Piano sanitario nazionale 1998-2000, vigente al momento dell'entrata in vigore del comma 169. Da allora, tra l'altro è noto che il ruolo di "quadro generale di riferimento" del Piano sanitario nazionale sia andato attenuandosi e ha perso cogenza, culminando nella sostituzione di tale Piano dai c.d. Patti per la salute, ovvero accordi, cooperativi e negoziali, anch'essi formalmente di durata triennale, che, tuttavia, più che veri e propri strumenti di pianificazione, si limitano a ripartire le risorse economiche destinate alla sanità e risultano inidonei a svolgere un ruolo centrale nell'applicazione del mandato costituzionale della tutela della salute. Ciò è confermato anche dalla circostanza che l'ultimo Patto stipulato risale al triennio 2019-2021, precedente, quindi, alla crisi pandemica ed al programma di investimenti del PNRR, rivelando, così, una grave criticità di programmazione (nonché di reazione alle esigenze sopravvenute, tra cui: pandemia, transizione climatica, etc.), il che rende lecito dubitare della sua concreta efficacia ed effettività.

ISSN 2036-7821

Costituzione assegna al legislatore statale un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di una *adeguata uniformità di trattamento* sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto …»[29].

A tale proposito, la Corte ribadisce che l'esigenza di uniformità è garantita dalla *trasversalità* della determinazione degli standard (seppur sempre, almeno formalmente, *strutturali* e *qualitativi*) dei livelli essenziali, in quanto «[s]i tratta, dunque, "non tanto di una "materia" in senso stretto, quanto di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle»[30]. In detta sentenza, la Corte si pronuncia unicamente su uno specifico standard del DM 70/2015, ovvero la riduzione dei posti letto, piuttosto che sulla natura, organizzativa o meno degli standard fissati dal decreto. È interessante rilevare che, in quell'occasione, la Corte riconduce la fissazione dello standard censurato alla potestà legislativa concorrente in materia di tutela della salute (e, come tale, lo dichiara illegittimo in quanto disciplina di dettaglio), piuttosto che alla potestà esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni (in quanto la *riduzione* dei posti letto non tende «a garantire un minimum intangibile della prestazione, ma ad imporre un tetto massimo alla stessa»[31], e come tale non può ritenersi specificazione dei livelli essenziali)[32].

Successivamente, la sentenza n. 192/2017, pur riconoscendo che «[l]a competenza statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost., in linea di massima, concerne la fissazione del livello *strutturale* e *qualitativo* delle prestazioni; e *solo in circostanze eccezionali*, segnatamente quando ricorrano imperiose necessità sociali, *può spingersi oltre*…», specifica, subito dopo, che «la deroga alla competenza legislativa delle Regioni, in favore di quella dello Stato, è ammessa nei limiti necessari ad *evitare che, in parti del territorio nazionale, gli utenti debbano assoggettarsi ad un regime di assistenza sanitaria inferiore, per quantità e qualità, a quello ritenuto intangibile* dallo

[29] Corte cost., sent. n. 125/2015, cons in diritto punto 4.1 (enfasi aggiunta).

[30] Corte cost., sent. n. 125/2015, cons in diritto punto 4.1. Confermato in Corte cost., sent. n. 192/2017, cons. in diritto punto 6.3.

[31] Corte cost., sent. n. 125/2015, cons in diritto punto 4.1.

[32] Come noto, è controversa la sovrapponibilità tra *essenzialità* e *minimalità* dei livelli. In argomento, *ex multis*, A. Police, *Federalismo "asimmetrico" e dequotazione dell'eguaglianza: le fragili fondamenta della cittadinanza amministrativa*, in *Diritto dell'economia*, 2002, pp. 489 ss.; C. Tubertini, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bologna, 2008; R. Balduzzi, *Livelli essenziali di assistenza vs. livelli minimi*, in G. Barberis, I. Lavanda, G. Rampa, B. Soro (a cura di), *La politica economica tra mercati e regole*, Rubettino, 2005; R. Balduzzi, *Il Servizio sanitario nazionale tra razionalizzazione delle strutture e assestamento normativo (riflessioni sulla legge 30 novembre 1998, n. 419)*, in *Quaderni regionali*, 1998, n. 1, pp. 941 ss.

ISSN 2036-7821

Stato»[33].

L'esigenza di uniformità è, di nuovo, ribadita nella sentenza n. 231/2017[34], in cui, vale la pena notare che, in presumibile controtendenza rispetto alla precedente decisone n. 125/2015, la Corte questa volta riconduce la fissazione degli standard ad opera del DM 70/2015 (per lo meno quello famigerato relativo alla riduzione dei posti letto) nell'alveo delle competenze *ex* art. 117, comma 2, lett. m), Cost.; negandone, quindi, l'inquadramento (che pure sembrava stabilito nella sentenza n. 125/2015[35]) nella potestà concorrente sulla tutela della salute[36]. Tale conclusione, accanto alla (ri)conferma, da parte della Corte, che la competenza relativa alla definizione dei livelli essenziali è funzionale alla garanzia dell'eguale godimento delle prestazioni sul territorio nazionale sembra assumere un ruolo (potenzialmente?) assorbente rispetto all'autonomia organizzativa riservata alle Regioni, sia nell'ambito della potestà concorrente in materia di tutela della salute, sia nella (dovuta?) esclusione di standard organizzativi dalla fissazione dei livelli essenziali.

Infatti, man mano che gli standard di definizione dei livelli essenziali raggiungono un sempre più alto grado di specificazione qualitativa, strutturale, tecnologica e quantitativa risulta sempre più difficile distinguere –in concreto– i limiti tra la potestà statale concorrente sulla tutela della salute e quella esclusiva sulla determinazione dei livelli essenziali, con la conseguente compressione degli spazi di autonomia organizzativa che il riformato Titolo V intendeva promuovere.

Ciò sembra confermato anche dalla previsione di una "nuova" base giuridica (in aggiunta al comma 169) per la definizione degli standard dei livelli essenziali. Si tratta dell'art. 1, comma 274, l. 30 dicembre 2021, n. 234 (*breviter*, comma 274) il quale prevede, adesso esplicitamente, la fissazione di standard *anche organizzativi*, oltre che quantitativi, qualitativi, tecnologici e omogenei per l'assistenza territoriale. Il comma

---

[33] Corte cost., sent. n. 125/2015, cons in diritto punto 4.1 (enfasi aggiunta).

[34] La *questio* riguardava, ancora una volta, la riduzione dei posti letti –già prevista dalla *spending review* del 2012– imposta per mezzo del DM 70/2015 e giudicata illegittima nella sent. 125/2015 (per cui, la Corte configura la violazione del giudicato costituzionale, da parte della norma contestata). Questa volta, la riduzione dei posti letto veniva stabilita per mezzo della art. 1, comma 541, lett. a), l. 28 dicembre 2015, n. 208. Nella relativa pronuncia, la Corte cost. inquadra questa –e altre norme contestate– all'interno di un medesimo «contesto normativo» (cons. diritto punto 6), determinato dall'adeguamento della normativa italiana sull'orario di lavoro del personale sanitario alla disciplina eurounitaria. Nel caso specifico, la generale complessità dei rapporti tra le potestà normative di Stato e Regioni nel settore sanitario è ulteriormente esasperata sia dal concorso di altre materie occasionalmente rilevanti (*i.e.*, ordinamento civile), sia dalla circostanza che le ricorrenti, essendo province autonome, autofinanziano integralmente con risorse proprie i rispettivi servizi sanitari.

[35] Sent. n. 125/2015, cons. in diritto punto 4.1 («Secondo la giurisprudenza di questa Corte la ridefinizione del numero dei posti letto fruibili va ricondotta alle materie della "tutela della salute" e del "coordinamento della finanza pubblica"»).

[36] In argomento, D. Servetti, *Livelli essenziali, standard ospedalieri e riduzione dei posti letto: note a margine Giurisprudenza italiana della sentenza della Corte n. 231 del 2017, rileggendo la n. 125 del 2015*, in *Corti supreme e salute*, 1/2018, pp. 59-76.

ISSN 2036-7821

274 è specificatamente indicato tra le basi giuridiche dell'attuale DM 77/2022[37] che sviluppa ulteriormente (sempre tramite la definizione di appositi standard) il "modello" per lo sviluppo dell'assistenza territoriale dell'SSN e fissa, altresì, specifici standard anche in tema di telemedicina (inclusa, anch'essa, nella rete di sevizi a rendere a carico dell'SSN).

Di fronte a tali sovrapposizioni (*rectius*, confusioni) tra competenze esclusiva e concorrente (a cui si aggiunge anche l'influenza delle disposizioni europee), la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale ha dovuto riconoscere che quando le disposizioni impugnate incidono simultaneamente su una pluralità di competenze tra loro inestricabilmente connesse, non si riesce a far prevalere una potestà piuttosto che un'altra[38]. L'unico modo di "ricomporre" tale intreccio è ricorrere all'interpretazione conforme per trovare, ove possibile, un adeguato bilanciamento tra le esigenze unitarie (inclusa la garanzia dei livelli) e le prerogative delle Regioni[39]. In altre parole, l'imperativo di uniformità delle prestazioni ha assunto una rilevanza –e una complessità– tale da sembrare in grado di "fagocitare" la portata (*rectius*, la legittimità) della differenziazione organizzativa delle Regioni in ambito sanitario.

5. Autonomia organizzativa e Piani di rientro sanitari.

In tema di "tenuta" dell'autonomia organizzativa regionale in ambito sanitario, è opportuno sottolineare come su di essa incidono i c.d. Piani di rientro sanitari, ovvero «i programmi operativi di riorganizzazione, di riqualificazione o di potenziamento del Servizio sanitario regionale, di durata non superiore al triennio»[40]. Occorre, innanzitutto, sfatare il mito (qualora esista) della natura "straordinaria" di tali Piani, smentita –nei fatti– dal gran numero di Regioni (dieci)[41] assoggettate ai

[37] Decreto del Ministro della salute 23 maggio 2022, n. 77, Regolamento recante la definizione di modelli e standard per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale, G.U. Serie Generale 22 giugno 2022, n. 144.

[38] Sent. n. 231/2017, cons. in diritto punto 9.4 («le disposizioni impugnate incidono, simultaneamente, su una pluralità di competenze statali, regionali e provinciali, tra loro inestricabilmente connesse, nessuna delle quali si rivela prevalente, ma ciascuna delle quali concorre alla realizzazione del disegno delineato dall'intervento legislativo. Le disposizioni impugnate, come si è detto, sono riconducibili a una pluralità di competenze spettanti al legislatore statale, anche in via esclusiva, come in materia di LEA e "ordinamento civile", o concorrente, come in materia di "tutela della salute" e "coordinamento della finanza pubblica"»).

[39] Nel caso specifico (sent. 231/2007), la soluzione viene individuata nell'interpretazione conforme, alla cui stregua le norme censurate sono legittime a patto di interpretarle come non vincolanti l'autonomia di spesa di enti che provvedono integralmente con entrate proprie al finanziamento dei rispettivi servizi sanitari.

[40] Così l'art. 1, comma 180, l. 30 dicembre 2004, n. 311, che formalmente introduce i Pini di rientro sanitari nell'ordinamento. Tuttavia, già l'art. 19-*ter*, d.lgs. n. 502/1992 (introdotto dal d.lgs. 229/1999) sanciva la possibile limitazione dell'autonomia regionale in materia sanitaria, prevedendo l'intervento dello Stato allorquando si presentassero disomogeneità qualitative nell'erogazione dei servizi e delle carenze strutturali di tipo finanziario. In argomento, A. Patanè, *I piani di rientro sanitari. Studio sulle questioni costituzionali sottese all'applicazione dell'Accordo tra Stato e Regione per garantire la tutela della salute*, 2a ed., Pisa, 2024.

[41] Lazio, Abruzzo, Liguria, Campania, Molise, Sicilia, Sardegna, Calabria, Piemonte e Puglia.

ISSN 2036-7821

Piani, dal ridottissimo numero di Regioni (tre)[42] che hanno completato con successo il percorso di rientro e dalla durata (sostanzialmente *sine die*) dei Piani[43]. Applicandosi, quindi, a quasi la metà delle Regioni italiane (sebbene con una tragica concentrazione nelle regioni del Mezzogiorno), per periodi –nella maggior parte dei casi– quasi ventennali, la portata di questo strumento –evidentemente– riverbera, in modo sufficientemente ampio, nello spazio, e lungo, nel tempo, da meritare un inserimento strutturale nell'analisi (seppur necessariamente limitata, nell'ambito di questo breve contributo) della "tenuta" organizzativa regionale in ambito sanitario.

Come noto, i Piani di rientro sono accordi provvisti –in allegato– di programmi operativi dettagliati, stipulati tra i Ministri della salute e dell'economia e delle finanze con le singole Regioni in *deficit*, con l'obiettivo di aumentare l'efficienza delle sanità regionali tramite la razionalizzazione delle risorse (*rectius*, il taglio della spesa) e –significativamente ai fini del presente contributo– la *riorganizzazione* dei rispettivi servizi sanitari regionali[44]. Per quanto applicati a realtà regionali difformi, è possibile rintracciare un contenuto, comune a tutti i Piani di rientro, che stabilisce: (i) la riorganizzazione della rete ospedaliera (e il contenimento della relativa spesa), soprattutto in ordine all'equilibrio tra offerta pubblica e offerta privata accreditata; (ii) il contenimento della spesa farmaceutica e (iii) la diminuzione della spesa per il personale[45].

Gli specifici di tale *riorganizzazione* sono sanciti da norme (previste negli accordi operativi allegati) il cui elevato grado di dettaglio (che riecheggia il centralismo degli atti di indirizzo e coordinamento, seppur ritenuti superati dalla riforma del Titolo V[46]) e la vincolatività implicano la pressoché totale *soppressione* dell'autonomia organizzativa delle Regioni soggette ai Piani di rientro. Tra l'altro, gli effetti dirompenti dei Piani di rientro non si limitano all'autonomia organizzativa, ma impongono altresì una significativa riduzione *anche* delle competenze legislative delle Regioni assoggettate ai Piani, per cui è previsto l'obbligo di eliminare ogni provvedimento legislativo regionale in contrasto con quanto previsto dal Piano, incluse –senza sorpresa, dato l'obiettivo di "rimodulazione" della spesa– le iniziative volte ad ampliare la portata dei servizi erogati. Una volta sottoscritto, il Piano vincola

[42] Liguria, Sardegna e Piemonte.

[43] Il Lazio dal 28 febbraio 2007, l'Abruzzo dal 6 marzo 2007, la Liguria dal 6 marzo 2007 al 10 arile 2010, la Campania dal 13 marzo 2007, il Molise dal 21 marzo 2007, la Sicilia dal 31 luglio 2007, la Sardegna dal 31 luglio 2007 al 31 dicembre 2010, la Calabria dal 17 dicembre 2009, il Piemonte dal 29 luglio 2010 a marzo 2017 e la Puglia dal 29 novembre 2010.

[44] Significativa è anche la relativa attività di controllo su quanto effettivamente realizzato dalle Regioni attraverso il sistema nazionale di verifica SiVeAS.

[45] A. Patanè, *I piani di rientro sanitari*, cit., pp. 62 ss.

[46] A. Patanè, *I piani di rientro sanitari*, cit., pp. 106 ss. (citando E. Castorina, *La riforma del Titolo V della Costituzione: Quadro riassuntivo e aspetti problematici della legge costituzionale 18 ottobre 2001*, in *Annuali del Seminario Giuridico*, n. 3/2003, pp. 26 ss.).

ISSN 2036-7821

la Regione (come pure lo Stato) anche in caso di modifica della rispettiva maggioranza.

La Corte costituzionale si è più volte pronunciata sugli (eventuali?) confini del coordinamento statale in ambiti di competenza legislativa concorrente (tutela della salute e contenimento della spesa pubblica) in presenza di Piani di rientro, sancendo la prevalenza del principio di coordinamento della finanza pubblica (e l'elevato grado di dettaglio dei Piani) sull'autonomia organizzativa regionale dei servizi sanitari[47]. Conseguentemente, la Corte ha precluso, alle Regioni sottoposte a piani di rientro, la possibilità di effettuare spese per erogare prestazioni *extra* rispetto ai livelli essenziali, ovvero incrementare non solo le *prestazioni* in essi non rientranti[48], ma anche la *popolazione degli utenti* che possono usufruire dei livelli essenziali[49].

I Piani di rientro (e i relativi effetti) sono certamente il risultato di una ripartizione di competenze che si presta (troppo?) facilmente a sovrapposizioni (*rectius*, confusioni) tra "centro" e "periferia"; essi sono altresì il risultato di un assetto costituzionale che sancisce, accanto a diritti proclivi alla spesa (*i.e.*, il diritto alla salute), anche principi orientati alla razionalizzazione delle risorse finanziarie (*i.e.*, il pareggio di bilancio e il limite imposto all'autonomia finanziaria delle Regioni, ma anche la competenza legislativa concorrente sul coordinamento della finanza pubblica), a loro volta espressione di orientamenti sovranazionali e giudizi finanziari di natura (spesso non giuridica, ma quasi sempre) altamente cogente.

In questo delicato (*rectius*, fragile) assetto costituzionale, i Piani di rientro concretizzano l'attività di bilanciamento tra il diritto alla salute (la cui vocazione universalistica è già "limitata" a mezzo di una "mera" garanzia dei livelli essenziali) e il principio del contenimento della spesa, raggiungendo un equilibrio che sacrifica *in toto* l'autonomia organizzativa regionale in ambito sanitario in virtù delle esigenze economico-finanziarie[50]. Per quanto tale equilibrio possa risultare "economicamente pragmatico" o, addirittura "politicamente auspicabile" (se si ritiene di addossare la *totalità* delle responsabilità di una cattiva gestione sull'inadeguatezza della politica regionale)[51], risultano altresì evidenti le frizioni con il principio autonomistico e il generale assetto costituzionale.

6. Telemedicina, tra standard tecnologici e standard organizzativi.

L'attuale DM 77/2022, "prendendo in prestito" la locuzione del comma 169, fissa

[47] *Ex multis* tra le più recenti, Corte cost., sent. n. 193/ 2007 (richiamando sentt. nn. 98/2007 e 36/2005) e sentt. nn 217/2020, 220/2020 e 221/2020.

[48] Da ultimo, Corte cost., sent. n. 104/2013.

[49] Corte cost., sentt. nn. 190/2022, 142/2021, 36/2021 e 166/2020. Da ultimo, Corte cost., sent. n. 134/2023.

[50] In generale sull'arretramento della tutela dei diritti di fronte agli imperativi economico-finanziari, J. Esteve Pardo, *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Madrid, 2023.

[51] In argomento, G. Pastori, *Autonomia e responsabilità nel sistema sanitario*, in *Scritti scelti*, vol. II, Napoli, 2010, pp. 717 ss.

ISSN 2036-7821

«standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all'assistenza territoriale». Tuttavia, va rivelato che, al contrario del precedente decreto del 2015, il DM 77/2022 rintraccia, altresì, una nuova e ulteriore base giuridica, ovvero il già menzionato comma 274, il quale prevede, esplicitamente, la possibilità di fissare standard *anche organizzativi*.

Invero, al di là del titolo formale del decreto, (almeno) taluni degli standard in esso fissati possono presumibilmente ricondursi al *genus* delle scelte organizzative[52]. Il confine, già presumibilmente incerto, tra, da una parte, standard *organizzativi* (teoricamente rientranti nell'autonomia organizzativa delle Regioni) e, dall'altra, standard *qualitativi*, *strutturali*, *tecnologici* e *quantitativi* (definibili dallo Stato, come sancito dalla normativa e dalla stessa giurisprudenza costituzionale), diventa ancora più flebile con la progressiva *digitalizzazione* della sanità che tende ad affievolire (ulteriormente) le eventuali distinzioni tra standard *organizzativi* (di competenza delle Regioni?) e standard *tecnologici* (di legittima specificazione dei livelli essenziali già dal comma 169). La telemedicina –a cui il DM 77/2022 dedica particolare attenzione[53]– in questo senso, è un caso paradigmatico sia del confine (labile) tra standard *tecnologici* e standard *organizzativi*, sia dell'effettiva legittimità della portata di differenziazione organizzativa regionale in ambito sanitario.

La telemedicina può essere definita come una pratica medica caratterizzata dalla presenza non contestuale medico-paziente, la cui interazione è, dunque, mediata da sistemi di comunicazione digitale. Lo sviluppo della telemedicina costituisce un importante obiettivo della missione salute del PNRR. Oltre che per gli auspicati benefici in termini di maggiore efficacia ed efficienza, l'impegno per lo sviluppo e la diffusione della telemedicina si spiega anche come possibile propulsore della sanità territoriale, in quanto appare, infatti, particolarmente idonea sia a garantire servizi in aree fortemente disagiate (ad es., piccole isole[54]), sia a valorizzare il ruolo della casa come primo luogo di cura. Altrettanto significative sono, inoltre, le promesse della telemedicina in termini di risparmio per la spesa sanitaria pubblica[55].

---

[52] Tale conclusione è supportata dal testo stesso del DM 77/2022 che nell'All. 2 (di valore prescrittivo, ai sensi dell'art. 1 dello stesso DM) fissa specifici standard organizzativi, titolati come tali. Gli standard indicati nel DM sono per lo più di derivazione europea e derivanti da specifici obiettivi PNRR.

[53] Già timidamente accennata dal precedente DM 70/2015. In argomento, si vedano F. Cimbali, *La governance della sanità digitale*, spec. pp. 91 ss.; F. Aperio Bella, *L'accesso alle tecnologie innovative nel settore salute tra universalità e limiti organizzativi (con una postilla sull'emergenza sanitaria)*, in *P.A. Persona e amministrazione*, vol. 1/2020, pp. 219-245; V. Fanti, *Intelligenza artificiale e diritto amministrativo: prospettive, limiti, pericoli*, in *Diritto e processo amministrativo*, 4/2022, pp. 1001-1014.

[54] F. Saitta, *La tutela della salute nelle isole minori: il punto della situazione*, in *Sanità pub e priva.*, 2017, 5 ss.

[55] In argomento, si veda, M. Campagna, *Linee guida per la telemedicina: considerazioni alla luce dell'emergenza covid-19*, in *Corti supreme e salute*, 3/2020, pp. 599-618; E. Caruso, *Il rapporto pubblico e privato nel servizio sanitario: tra oscillazioni e fibrillazioni*, in S. Buoso, A. Passaro (a cura di), *Organizzazione e lavoro in sanità*, Torino, Giappichelli, 2023; L. Ferraro, *La telemedicina quale nuova (e problematica) frontiera del diritto alla salute*, in *Diritto dell'informazione informatica*, 2022; F. Giglioni, *L'organizzazione territoriale per il presidio del diritto alla salute*, in *Costituzionalismo.it*,

ISSN 2036-7821

Nonostante lo sviluppo di questa forma di assistenza conosca, quindi, un'importanza crescente[56], la sua base normativa è ancora principalmente fondata proprio sul DM 77/2022, oltre che su relative indicazioni nazionali[57] e linee guida[58] emanate dal Ministero della Salute. In particolare, le linee guida definiscono la telemedicina in termini di: (a) televisita; (b) teleconsulto/teleconsulenza; (c) telemonitoraggio; e (d) teleassistenza[59]. Obbiettivo delle attuali previsioni sembra essere principalmente quello di fornire regole per l'erogazione della telemedicina nel contesto di un generale ripensamento dell'organizzazione dell'SSN in chiave più *digitale*, ma sembrerebbe anche sempre più *centralizzata*, in nome della garanzia dell'uniformità.
E infatti, l'effettiva possibilità (*rectius*, legittimità) di differenziazione organizzativa sembra travolta dall'imperativo di uniformità nell'erogazione del servizio, come suggerito, tra l'altro: dalla non derogabilità degli standard fissati dal DM 77/2022; dal monitoraggio dell'Agenas –con cadenza semestrale– sull'effettiva implementazione degli standard da parte delle Regioni; e ancora, dall'obiettivo (del PNRR) di creare una piattaforma nazionale (c.d. "infrastruttura centrale") per la telemedicina che permetta proprio di superare la frammentarietà (*rectius*, la differenziazione regionale) nell'erogazione della teleservizio sul territorio attraverso la validazione ed il monitoraggio delle soluzioni implementate nelle diverse Regioni.

2/2020.; A.M. Sandulli (a cura di), *L'assistenza domiciliare integrata*, Napoli, 2021. Per un'analisi divulgativa, The Economist, *Can artificial intelligence make health care more efficient?*, 27 marzo 2024.

[56] In sede europea, vige il Regolamento UE n. 2021/252 denominato EU4Health, che però sul punto ha un limitato carattere vincolante. Su questa base si ricava che la telemedicina è a tutti gli effetti un sistema riconosciuto di erogazione dei servizi sanitari, che deve essere però inteso come integrativo del metodo tradizionale. In altre parole, la telemedicina non deve sostituire il rapporto tradizionale medico-paziente, ma integrarlo per potenziare l'efficacia quando ricorrono talune condizioni. Sugli aspetti comparati della telemedicina, si veda la sezione monografica della rivista European Review of Digital Administration & Law (ERDAL), Volume 4, Issue 1, 2023, dedicata alla telemedicina, a cura di M.B. Andreu Martínez, V. Molaschi, O. Renaudie.

[57] Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni di telemedicina, approvato nella seduta del 28 ottobre 2020 e poi adottato, con Accordo in Conferenza Stato Regioni del 17 dicembre 2020 (Repertorio atti n. 215/CSR).

[58] Decreto del Ministero della Salute del 21 settembre 2022, Approvazione delle linee guida per i servizi di telemedicina - Requisiti funzionali e livelli di servizio. G.U. Serie Generale 2 novembre 2022, n. 256.

[59] La "limitazione" a queste sole quattro categorie, invero, sembra alquanto riduttiva delle (ben più vaste) opportunità promesse dalla telemedicina in senso lato, quale uso degli strumenti della sanità digitale. Ad esempio, sotto il profillo dell'uso della sanità digitale (e relativi strumenti) come propulsore di una maggiore efficienza dei medici, va evidenziato che da lungo tempo l'impiego della robotica in campo chirurgico ha ampliato le frontiere dell'efficienza medico-umana, valorizzando e talvolta perfino espandendo il sapere e la tecnicità individuali, permettendo di compiere manovre altrimenti impossibili per l'anatomia umana; un esempio per tutti è il robot Leonardo, su cui si segnala un bell'articolo divulgativo che ben descrive l'operatività che intercorre tra esso e il Dott. Pier Giulianotti: D.T. Max, *Paging Dr. Robot*, in *The New Yorker*, 23 settembre 2019. Inoltre, le prospettive attualmente offerte dalle nuove tecniche di digitalizzazione riguardano anche l'eventuale (*rectius*, progressiva) sostituzione, a vantaggio dell'intelligenza artificiale, nella medicina diagnostica e nella biomedicina, con particolare riferimento alla ricerca e sviluppo di farmaci. Su questo e altri aspetti della sanità digitale in senso lato, si rimanda alla rubrica Technology Quarter della rivista The Economist, edizione del 30 marzo 2024, dedicato alla sanità digitale.

ISSN 2036-7821

Il caso della telemedicina, quindi, rivela un'*accelerazione* della tendenza accentratrice in ambito organizzativo, che coinvolge –in modo ancora più esplicito rispetto al passato– *anche* aspetti organizzativi; stridendo, quindi, con l'assetto costituzionale delineato dalla riforma del Titolo V e (presumibilmente, almeno in parte) con la giurisprudenza della Corte costituzionale. Inoltre, proprio il caso della telemedicina segnala anche l'*innalzamento* del livello (adesso europeo) presso cui sono definiti gli standard (*anche* organizzativi) che danno concretezza al diritto alla salute[60]; il che non può che suscitare dubbi sull'effettivo coinvolgimento delle Regioni e la relativa possibilità di adempiere al mandato costituzionale loro assegnato.

7. Telemedicina, tra valutazione di adeguatezza e principio di appropriatezza.

Nonostante l'acclarato imperativo di uniformità, un elemento relativo alla telemedicina adombra qualche possibile criticità proprio in merito all'effettivo (e uniforme) godimento dei diritti. Le già menzionate linee guida, infatti, subordinano l'uso della telemedicina, da parte dei pazienti, ad una valutazione di eleggibilità che va *oltre* la tradizionale valutazione degli aspetti clinici di competenza del medico, per comprendere anche l'ulteriore valutazione (non specificato a giudizio di chi) di eleggibilità «tecnologica e culturale», atta a verificare sia l'*idoneità tecnologica* del paziente, sia la *dotazione tecnologica* di cui dispone[61].

Ovvero, si prospetta la possibilità che, in concreto, la telemedicina sarà usufruibile *esclusivamente* dai cittadini provvisti di adeguata *idoneità* e *dotazione tecnologica*, elemento che già di per sé presenta taluni profili di criticità in relazione proprio alla tanto attenzionata esigenza di uniformità, specialmente se si considera, come sembra lecito presumere, che la maggior parte degli utenti *inidonei* sarà collocata nelle Regioni più socialmente svantaggiate, possibilmente quelle del Mezzogiorno (che sono anche quelle maggiormente sottoposte a Piani di rientro)[62].

---

[60] Il che pone il problema della possibile discrasia –tra diritto nazionale e diritto unionale– nell'interpretazione degli istituti. Per un'analisi in questo senso, relativa all'istituto delle concessioni, B. Giliberti, *Contributo alla riflessione sulla natura giuridica delle concessioni di pubblico servizio*, in *PA Persona e amministrazione*, 1/2018, pp. 111-124.

[61] Linee guida, All. A, Sez. 1 («Affinché un assistito possa usufruire dei servizi di telemedicina … quest'ultimo deve risultare *eleggibile dal punto di vista* clinico, *tecnologico, culturale* e di autonomia o disponibilità di un caregiver, qualora necessario […]. […] è necessario valutare se l'assistito è "arruolabile" per questa tipologia di prestazioni. L'eleggibilità clinica è a giudizio insindacabile del medico, che, in base alle condizioni cliniche e sociali del paziente, valuta se proporre al paziente i servizi di telemedicina (ad esempio, una visita di controllo in modalità televisita). *Saranno, inoltre, valutate sia l'idoneità che la dotazione tecnologica di cui il paziente dispone* (es. smartphone con caratteristiche adeguate all'istallazione di specifiche app per la televisita), e la capacità di utilizzo degli appositi kit per la telemedicina. In quest'ultimo caso può anche essere necessario un sopralluogo per verificare le caratteristiche fisiche, impiantistiche ed igieniche del domicilio del paziente. Contestualmente andranno verificati gli aspetti connessi con la digital literacy del paziente e/o del caregiver al fine di valutare l'appropriatezza dei dispositivi e il grado di autonomia nell'uso») (enfasi aggiunta).

[62] Sulla necessità di (ri)pensare il tema della (dis)eguaglianza, L.R. Perfetti, *Eguaglianza vs. disuguaglianze: l'eguaglianza come «compito della Repubblica», la fondazione dell'eguaglianza nei diritti e le contrastanti evoluzioni*

ISSN 2036-7821

In altre parole, la valutazione di eleggibilità per l'uso dei servizi di telemedicina rischia, nel suo funzionamento concreto, di andare in direzione opposta a quell'esigenza di uniformità territoriale nell'erogazione delle prestazioni sanitarie verso cui si è sempre di più indirizzata la giurisprudenza della Corte costituzionale e in cui si muove anche il PNRR, il quale stabilisce come "priorità trasversale" proprio la riduzione dei divari territoriali[63]. In altre (e più generali) parole, la valutazione di eleggibilità, potrebbe concretamente aggravare i (già forti) divari (territoriali, e non solo) che esistono, e persistono da tempo nel comparto sanitario, inasprendo proprio le diseguaglianze sostanziali da rimuovere *ex* art. 3, comma 2, Cost.

Tali criticità, tra l'altro, risultano ulteriormente aggravate dalla mancata individuazione della figura professionale che, valutando l'idoneità tecnologica, agisce, di fatto, da *gatekeeper* nell'erogazione dei servizi in telemedicina.

Si può rilevare che la valutazione di eleggibilità riecheggia un elemento originariamente considerato rilevante per la determinazione dei livelli essenziali, ovvero l'*appropriatezza* delle prestazioni, che già l'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 502/1992 di riordino della disciplina in materia sanitaria individua come uno dei principi costitutivi dei livelli essenziali[64]. Secondo tale principio di appropriatezza, i responsabili della fornitura delle prestazioni sono chiamati a scegliere le modalità di erogazione che possano meglio garantire l'efficacia della loro resa a beneficio dei pazienti.

In altre parole, il principio di appropriatezza sottende(va) proprio la rilevanza dell'autonomia organizzativa (e del relativo carattere democratico) nell'erogazione dei servizi sanitari, legittimando la conclusione che le prestazioni incluse nei livelli essenziali potessero ricevere un'applicazione differenziata (secondo

---

dell'ordinamento repubblicano, in *P.A. Persona e* amministrazione, 2/2021, pp. 13-60. Sulla necessità di (ri)definire il rapporto tra cittadini e amministrazioni, in modo da valorizzare il potere pubblico come strumento di attuazione degli inderogabili doveri di prestazione a favore della collettività, M. Monteduro, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2/2020, pp. 543-596. Il successivo volume (1/2021, pp. 395-469) della stessa rivista ospita vari contributi "in dialogo" con quello di Monteduro, tra cui si spec., S. Torricelli, *Tra persona e persone, discutendo con Massimo Monteduro su doveri e diritti*, pp. 395-406; M.C. Cavallaro, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: appunti sul saggio di Massimo Monteduro*, pp. 407-425; A. Cassatella, *Pluralismo costituzionale e doveri dell'amministrazione (in dialogo con Massimo Monteduro)*, pp. 427-447.

[63] In argomento, M.C. Cavallaro, *Divario territoriale, coesione sociale e tutela dei diritti*, cit.; G. De Giorgi Cezzi, *Regioni e politiche europee di coesione*, in *Nuove Autonomie* 1/2024, pp. 293-302. Sull'imprescindibilità di riorganizzare le pubbliche amministrazioni centrali e regionali al fine di ridurre il divario economico, sociale e amministrativo, S. Amorosino, *Politiche di coesione, strutture amministrative e Mezzogiorno*, in *PA Persona e amministrazione*, 1/2019, pp. 63-69.

[64] «Il Servizio sanitario nazionale assicura … i livelli essenziali e uniformi di assistenza definiti dal Piano sanitario nazionale nel rispetto dei principi della dignità della persona umana, del bisogno di salute, dell'equità nell'accesso all'assistenza, della qualità delle cure e della loro *appropriatezza* riguardo alle specifiche esigenze, nonché dell'economicità nell'impiego delle risorse» (enfasi aggiunta).

ISSN 2036-7821

appropriatezza)[65]. Diversamente, la valutazione di adeguatezza non valorizza le competenze e l'autonomia delle Regioni, bensì amplifica le differenze (*rectius*, le diseguaglianze tecnologiche, culturali e di dotazione), tra gli utenti. Vero è, quindi, che la valutazione di eleggibilità (e il suo carattere presumibilmente appropriato) sembra introdurre un elemento di discontinuità verso una (almeno potenziale) maggiore disomogeneità nell'erogazione delle prestazioni di telemedicina; tuttavia, suscita molti dubbi il rischio che tale disomogeneità finisca per ricalcare *non* l'apprezzamento dell'autonomia organizzativa delle Regioni, quanto piuttosto l'inasprimento delle diseguaglianze sostanziali degli utenti.

8. Gli effetti (di lungo termine?) del PNRR per l'autonomia organizzativa.

La tendenza verso la definizione di standard di natura *sostanzialmente organizzativa* che tendono a comprimere (eccessivamente?) l'autonomia organizzativa delle Regioni in ambito sanitario è visibilmente accelerata nel DM 77/2022, non solo per la natura –presumibilmente organizzativa– di taluni standard (anche relativi alla telemedicina) in esso contenuti; ma anche per le basi giuridiche su cui è stato emanato, ovvero il già menzionato comma 274 che –diversamente dal comma 169 e in parte in controtendenza con la giurisprudenza costituzionale– prevede esplicitamente la possibilità di fissare standard anche organizzativi per l'assistenza territoriale.

Nonostante la possibilità concretizzata dalla copertura normativa del comma 274, va rilevata una certa (apprezzabile) attenzione, da parte del DM 77/2022, il quale, almeno nel titolo, evita il richiamo formale agli standard organizzativi. L'art. 1 del DM 77/2022 fa, infatti, riferimento alla sola fissazione di «standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all'assistenza territoriale»[66]. Tuttavia, per quanto apprezzabile, tale attenzione al titolo *formale* degli standard, non ne muta il carattere *sostanzialmente* organizzativo, circostanza che denota l'accelerazione della fissazione di standard anche di questa natura e la conseguente compressione dell'autonomia organizzativa delle Regioni.

Inoltre, le premesse del DM 77/2022 rivelano anche come la definizione di tali

[65] Salvo che risulti palese l'impiego improprio di una terapia In particolare, si tende a distinguere l'*appropriatezza clinica* (che concerne la valutazione delle prestazioni mediche e si commisura alla capacità di un certo intervento di stabilire il migliore livello possibile tra i benefici arrecati e i rischi corsi) dall'*appropriatezza organizzativa* (che valuta un complesso maggiore di elementi in cui si mettono in relazione il benessere dei pazienti con l'efficienza dell'impiego dei fattori produttivi e dell'uso delle risorse). In argomento, Corte cost., sent. n. 282/2002; E. Menichetti, *Le pratiche terapeutiche nel nuovo assetto costituzionale: la tutela della salute tra principi fondamentali e livelli essenziali (osservazioni a margine della sentenza Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282)*, in *Amministrazione in cammino*, 26 novembre 2002.

[66] A tale proposito, la dottrina ha suggerito che la frequente "comparsa e scomparsa" degli standard organizzativi nelle varie bozze del DM 77/2022 sarebbe sintomatica di un'incertezza definitoria. F. Palumbo, *Dopo gli standard ospedalieri, gli standard territoriali*, cit., 283 (richiamando, sul punto, R. Balduzzi, *Gli standard (e il modello) dell'assistenza sanitaria territoriale*, cit.).

ISSN 2036-7821

standard (anche organizzativi) sia sempre più "spostata" a un livello superiore a quello nazionale, ovvero quello europeo. Infatti, le premesse del DM 77/2022 richiamano la necessità di individuare standard relativi alle strutture sanitarie dedicate (oltre che all'assistenza territoriale, anche) «al sistema di prevenzione in ambito sanitario, ambientale e climatico», un ampliamento di obiettivi taciuto sia dal comma 169, che dal comma 274 e che risulta riconducibile esclusivamente al PNRR (specificatamente, M6C1-1[67])[68].

Il che non può che suscitare perplessità non solo (e non tanto) riferibili alla possibilità di rinvenire una base giuridica opportuna ed adeguata per il DM 77/2022, ma (soprattutto) per la necessità di (re)inquadrare i temi classici dell'analisi giuspubblicista (tra cui, appunto, l'effettiva portata dell'autonomia organizzativa delle Regioni e il rapporto tra "centro" e "periferia") tenendo conto dell'effetto (probabilmente non transitorio e perdurante anche oltre il 2026) dei meccanismi che si sono scatenati in seguito al "cigno nero" della pandemia da covid e dei (ri)assetti istituzionali demandati dalla gestione delle ingenti risorse del PNRR[69]. In particolare tenuto conto dell'esigenza di uniformità, tanto sentita nell'ambito delle prestazioni sanitarie, non sembra (più) possibile prescindere da un dibattitto sulla perequazione territoriale e il superamento *effettivo*[70] dei divari di cittadinanza che, al di là degli impegni *formali*, esistono e continuano, tragicamente, a persistere[71].

[67] La M6C1-1 prevede la Riforma 1: Definizione di un nuovo modello organizzativo della rete di assistenza sanitaria territoriale) che prevede la definizione di standard strutturali, organizzativi e tecnologici omogenei per l'assistenza territoriale e il sistema di prevenzione salute ambiente e clima e l'identificazione delle strutture ad essa deputate, che intende perseguire una nuova strategia sanitaria, sostenuta dalla definizione di un adeguato assetto istituzionale ed organizzativo.

[68] A questo proposito, sembra opportuno ricordare che il Trattato di Lisbona ha riorganizzato il riparto di competenze tra Unione e Stati membri, sancendo la «salute umana» tra le materie in cui l'Unione ha competenza solo per le azioni di sostegno agli Stati membri. Si veda, generalmente, G. Strozzi - R. Mastroianni, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, 2019, pp. 72 ss.

[69] Secondo quanto già auspicato da N. Lupo, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi.it*, 12 gennaio 2022.

[70] Sull'effettività del diritto amministrativo, G. Corso, M. De Benedetto, N. Rangone, *Diritto amministrativo effettivo*, Bologna, 2022.

[71] A. Barone, *Il tempo della perequazione: il Mezzogiorno nel PNRR*, in *P.A. persona e amministrazione*, 2/2021, pp. 7-11; A. Barone, F. Manganaro, *PNRR e Mezzogiorno*, in *Quad. cost.*, 2022, pp. 148 ss. Si rimanda anche al contributo, firmato dai Direttori della rivista P.A. persona e amministrazione, *Diseguaglianze territoriali insostenibili e doveri perequativi inderogabili*, 9 aprile 2021.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

The environmental transition in Canada: a widespread structural breakdown?

di Michele Karaboue

(Ricercatore presso l'Università degli Studi di Foggia e Dottore di Ricerca in Diritto Comparato e Processi di Integrazione presso la Seconda Università degli Studi di Napoli)

Sommario

1. Introduction. 2. Climate variability and Canada's energy strategy. 3. Judicial involvement: continuous appeals and mitigation strategies. 4. Intensifying disputes over environmental initiatives. 5. Concluding reflections and insights.

Abstract

The urgency of addressing climate change has become a paramount challenge for the international community, necessitating a radical reevaluation of energy sourcing and consumption. This article examines Canada's recent environmental transition policies, particularly since the ratification of the Paris Agreement in 2016, under Prime Minister Justin Trudeau's leadership. The analysis highlights the complex dynamics of Canadian federalism, where conflicts between the federal government and provinces – especially those reliant on fossil fuels – have intensified. Key judicial decisions, including the Supreme Court's affirmation of the federal carbon tax's constitutionality, illustrate the ongoing legal battles that shape the governance of climate policies. Additionally, provincial legislative initiatives, such as Alberta's Sovereignty Act and Saskatchewan's First Act, reflect a growing anti-federal sentiment and assert the need for local autonomy in environmental matters. Ultimately, this study underscores the critical need for coordinated efforts in climate action and the equitable allocation of resources, while navigating the intricacies of federal and provincial powers amid escalating environmental crises.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduction.

The urgency of addressing climate change has emerged as one of the most formidable and pressing challenges confronting the international community, rendering inescapable the necessity for a profound rethinking of how energy is sourced, consumed, and managed. In recent decades, the relentless deterioration of the environment, marked by the increasing frequency and intensity of extreme climatic events, has compelled national governments across the globe to adopt ever more assertive and ambitious policies aimed at mitigating the catastrophic impacts of global warming. This once predominantly environmental issue has now transformed into a full-fledged global crisis, one that intricately intertwines with economic, social, and political dimensions on an unprecedented scale.

International institutions, social movements, and the scientific community have coalesced around the imperative of immediate action, offering a unanimous voice of urgency: the actions deferred today will result in consequences far more severe and irreversible in the future. It is within this context that the energy transition—coupled with the imperative to reduce greenhouse gas emissions—has emerged as one of the most significant challenges of our time, a challenge that no longer admits delay or procrastination[1].

Yet, the adoption of such radical and transformative measures, aimed at confronting the existential threat posed by climate change, is not without substantial repercussions for the institutional and constitutional frameworks of individual nations[2].

Indeed, as is often the case with structural reforms that demand deep and rapid changes, the ramifications of this global transition vary considerably from one system of governance to another[3]. Thus, within this multifaceted context, the question arises as to how the ecological transition will affect systems of governance, especially in federations where the balance of power between national and subnational governments can either facilitate or obstruct decisive action.

This reflection takes on heightened significance when one turns to the recent experience of Canada, a country that, in recent years, has intensified its commitment to environmental transition policies. Canada, long recognized for its vast natural

[1] D. RAGONE, *Federalismo canadese e transizione ambientale: verso una crisi di sistema?*, in *federalismi.it*, no. 22, 2024, pp. 259-260.

[2] M. BENSON, C. BODAS, R. R. DAS, *Sustainable Development and Canada's Transitioning Energy Systems*, SUSTAINABILITY, 2024, p. 2213 ff.

[3] D. RAGONE, *Federalismo canadese e transizione ambientale: verso una crisi di sistema?*, cit., 259-260. The effects are profoundly shaped by the political configuration, the division of powers, and the constitutional peculiarities inherent to each nation. In particular, the ecological transition's far-reaching impact on governance structures is a subject of growing relevance and complexity, particularly in countries characterized by intricate forms of federalism. In these nations, the distribution of powers between federal and regional entities presents both opportunities and challenges in the implementation of coherent and effective environmental policies.

resources and the unique challenges posed by its geography and energy-intensive economy, has emerged as a particularly intriguing case study in this global endeavor. The year 2023 marks a pivotal juncture in this process, as the country has witnessed a genuine acceleration of governmental initiatives aimed at reducing its ecological footprint and fostering a sustainable energy transition.

Since the autumn of that pivotal year, a series of notable developments has unfolded, involving not only the federal government but also the provincial authorities and, increasingly, the Supreme Court[4].

The interplay between these various levels of governance has underscored the critical role of Canadian federalism in shaping, and at times complicating, the adoption and implementation of these far-reaching environmental policies. The distinctive dynamics of Canadian federalism—where jurisdictional boundaries between federal and provincial governments are often contested—have proven crucial in determining the trajectory of the nation's environmental transition. These dynamics have made Canada a particularly compelling example of how environmental transitions can reverberate through a country's constitutional architecture, influencing not only policy outcomes but also the broader institutional balance of power.

In this light, the Canadian case offers rich insights into the broader question of how federal systems can navigate the complex terrain of environmental reform, highlighting the intricate interplay between law, politics, and the urgent demands of climate action.

2. Climate variability and Canada's energy strategy.

In recent years, Canada has witnessed a marked and profound increase in the recognition of the urgent necessity to undertake decisive and far-reaching actions in the global fight against climate change. This growing awareness has not only permeated public discourse but has also found its way into the very heart of political agendas, with the issue ascending to a position of paramount importance[5]. This shift

[4] Although Parliament had already rejected a motion on the carbon tax at the beginning of October 2023, it was, in fact, a subsequent intervention by the Supreme Court just a few days later (Reference re Impact Assessment Act, 2023 SCC 23) that significantly escalated tensions between the federal government and the provinces. The Court's ruling, which declared parts of the federal environmental impact assessment system unconstitutional, was interpreted by the petitioning provinces as a green light to intensify their defense of legislative powers and to continue their systematic opposition to the central government's environmental policies. This ruling, viewed by many as a pivotal moment, not only sharpened the confrontation between different levels of government but also encouraged the provinces to further entrench their resistance against federal green initiatives, highlighting the fragile balance of power within Canada's federal system. For an analysis M. DOELLE, *The Federal Environmental Assessment Process: A Guide and Critique*, Markham, 2008.

[5] S. IMAI, *Consult, consent, and veto: international norms and Canadian treaties*, M. COYLE & J. BURROWS (eds.), *The Right Relationship*, Toronto, 2017; A. J. SINCLAIR & A. P. DIDUCK, *Public participation in Canadian environmental assessment: Enduring challenges and future directions*, K. S. HANNA (ed.), *Environmental Impact Assessment: Practice*

ISSN 2036-7821

is vividly reflected in the numerous First Ministers' conferences, wherein the transition to clean and renewable energy sources, the enhancement of environmental protections, and the need for a comprehensive transformation of industry have consistently occupied a central and prominent place in the deliberations. It is within these high-level discussions that the urgent need to confront the mounting environmental crisis has been brought to the fore, elevating the ecological transition to a matter of national concern[6].

Nevertheless, at the core of the political conflict lies a persistent tension regarding the precise timing and manner in which these innovations ought to be implemented, thus rendering the entire transition process a deeply controversial and divisive issue within the Canadian political landscape[7].

In this complex and charged context, a pivotal moment in Canada's environmental history was marked by the ratification of the Paris Agreement on climate change, which was formally approved by the House of Commons on the 5th of October, 2016. This momentous decision saw a substantial majority of 207 votes cast in favor and 81 against, underscoring a decisive shift in national policy and public sentiment[8]. The vote, emblematic of a new era, represented a watershed moment for Canada, with the leadership of Prime Minister Justin Trudeau signaling a clear and resolute departure from the ambivalence and contradiction that had characterized the environmental policies of the preceding administration. In Prime Minister's vision, environmental stewardship was not merely an aspirational ideal but a central tenet of governance, woven into the fabric of his government's overarching policy framework[9].

Prior to this historic juncture, Canada had relied heavily on its vast and diverse array of mineral and energy resources, which had long formed the bedrock of its economic foundation. The iron mines of Labrador and Quebec, the rich nickel deposits in

---

and Participation, Toronto, 2016, pp. 65-95; A. J. SINCLAIR & A. P. DIDUCK, *Public involvement in EA in Canada: A transformative learning perspective*, ENVIRON. IMPACT ASSESS. REV., 2001, pp. 113-136.

[6] On this point, see amplius D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale – Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022; D. AMIRANTE & S. BAGNI (eds.), *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene. Values, Principles and Actions*, London-New York, 2022; J. R. MAY & E. DALY, *Environmental Constitutionalism*, Cheltenham, 2016. With reference to Italy, R. BIFULCO, *Ambiente e cambiamento climatico nella Costituzione italiana*, RIV. ASS. IT. COST., n. 3, 2023; L. SALVEMINI, *Il nuovo diritto dell'ambiente tra recenti principi e giurisprudenza creativa*, Turin, 2022.

[7] For a general overview on this topic see M. BENSON, *Sustainable Development and Underexplored Topics in Canada's Energy Transition*, in *Highlights of Sustainability*, 2024, pp. 184-204. But also S. GRASSIE, *Canada and the Global Pact for the Environment. A Strategic Legal Analysis*, J. ENVIRONM. L. & PRACT., 2019; T. MEREDITH, *Assessing environmental impacts in Canada*, in B. MITCHELL (ed.), *Resource and Environmental Management in Canada: Addressing Conflict and Uncertainty*, Toronto, 2004, pp. 467-496.

[8] The Paris Agreement then entered into force the following month (Nov. 4, 2016) through the fulfillment of thecondition of ratification by at least 55 countries, which accounted for at least 55 percent of global greenhouse gas emissions.

[9] M. BENSON, C. BODAS, R. R. DAS, *Sustainable Development and Canada's Transitioning Energy Systems*, cit., p. 2213 ff.

ISSN 2036-7821

Ontario and Manitoba, the substantial uranium reserves in Ontario and Saskatchewan, and the abundant potash resources of Saskatchewan, alongside the copious oil and natural gas fields in the western provinces, collectively constituted the principal pillars of the Canadian economy. Perhaps the most emblematic of this reliance was the extensive exploitation of Alberta's oil sands, a resource that, while immensely valuable from an economic standpoint, has garnered global attention as one of the most environmentally damaging and polluting sources of fuel. The extraction and refining of oil from these sands have raised profound ethical and environmental concerns, positioning Canada at the center of a heated international debate on the moral responsibilities of energy producers in the era of climate change[10].

However, to forsake this considerable wealth of energy resources is no straightforward task, for it is inextricably intertwined with economic, social, and political realities. The transition away from an economy deeply rooted in such resource exploitation presents formidable challenges, particularly in regions where the livelihoods of countless communities are intricately connected to these industries[11].

In light of the prevailing global scenarios and the intensifying pressures for an ecological transition, it becomes increasingly evident that maintaining an economic model predicated on the continued exploitation of fossil fuel resources would be manifestly incompatible with any proactive approach to combating climate change. The realities of the climate crisis demand not merely incremental adjustments but a fundamental rethinking of Canada's energy paradigm. It was with this recognition in mind that, during the debate surrounding the ratification of the Paris Agreement, Prime Minister Trudeau made a significant and symbolic announcement. He declared that, beginning in December 2018, the federal government would impose a tax of $10 for every ton of carbon dioxide emitted in provinces that had not yet adopted a similar form of taxation on greenhouse gas emissions. This carbon tax, intended not only as a financial mechanism but also as a signal of the government's serious commitment to climate action, was designed to increase by $10 per ton each year until it reached a cap of $50 per ton by the year 2022[12].

---

[10] D. RAGONE, *Federalismo canadese e transizione ambientale: verso una crisi di sistema?*, cit., pp. 271-272.

[11] M. BENSON, C. BODAS, R. R. DAS, *Sustainable Development and Canada's Transitioning Energy Systems*, cit., p. 2213 ff. The process of shifting toward a more sustainable economic model raises fundamental questions about regional equity, economic restructuring, and the social contract, especially in areas that stand to lose the most from the decline of traditional energy sectors. For these regions, the potential disruption carries with it the specter of job losses, community destabilization, and profound economic shifts, thus complicating the national dialogue around climate action.

[12] D. RAGONE, *Federalismo canadese e transizione ambientale: verso una crisi di sistema?*, cit., p. 272. At the time of Trudeau's pronouncements, only Nova Scotia and Saskatchewan still had no form of Co2 taxation, while Alberta and British Columbia had introduced a carbon tax applied to gasoline, diesel, natural gas, and propane, Ontario

This bold and transformative policy initiative occurred in sharp contrast to developments unfolding in the United States, where Donald Trump – who would soon assume the presidency – publicly declared his intention to revitalize the coal industry and expressed vehement opposition to the Paris Agreement. While the Trump administration's rhetoric and policies seemed to signal a retreat from climate commitments, the Canadian government, in a starkly divergent trajectory, committed itself to phasing out coal in favor of cleaner, more sustainable technologies[13].

Nevertheless, the unfolding of this ambitious program was not without considerable internal resistance. Almost immediately, a robust opposition arose from provinces that are more reliant on coal-fired electricity generation, particularly those for whom coal remains an integral component of their local economies. These provinces, perceiving the federal policies as a direct threat to their economic vitality, organized against the measures, thereby setting the stage for a conflict that transcended traditional partisan divisions. Indeed, the confrontation that ensued was not merely a matter of Liberals at the federal level clashing with Conservative-led provincial governments; it delved into the very heart of the Canadian political system itself. The dispute touched upon fundamental constitutional questions concerning the delineation of legislative powers between federal and provincial authorities, as well as deeper ideological debates about the future of Canada's development model and the economic sustainability of certain regions[14].

Thus, the energy transition in Canada emerges as one of the most formidable and consequential challenges facing the nation's future. It calls for a delicate balancing act, requiring careful negotiation between competing interests and a genuine commitment to fostering equitable solutions that account for the diverse needs and perspectives of all Canadians. The ability of the Canadian government to successfully navigate these complexities will be crucial in determining not only the country's

---

had taken steps to encourage businesses to reduce their environmental impact, and Quebec had joined California in the cap-and-trade carbon market, setting emission limits (caps) within which industries were allocated emission permits that could be bought and sold through periodic auctions (trades).

[13] Canada's ambition to significantly reduce its greenhouse gas emissions and position itself as a global leader in environmental stewardship was underscored by its pledge to source 90% of its electricity from sustainable means by 2030—a target that reflects both the scale of the challenge and the depth of the country's commitment to a greener future. See R. R. DAS, M. MARTISKAINEN, G. LI, *Quantifying the prevalence of energy poverty across Canada: estimating domestic energy burden using an expenditures approach*, in *The Canadian Geographer*, 2022, pp. 416-433. See also M. RIVA, S. K. MAKASI, P. DUFRESNE, K. O'SULLIVAN, M. TOTH, *Energy poverty in Canada: Prevalence, social and spatial distribution, and implications for research and policy*, in ENERGY RES. & SOC. SCI., 2021, p. 81 ff.

[14] For a general analysis J. BORROWS, *Canada's Indigenous Constitution*, University of Toronto Press, 2010. The complexities of this matter are further amplified by the necessity to balance local economic pressures with ecological responsibilities. Regions that have long depended on resource extraction and fossil fuel industries face profound uncertainties as the national agenda shifts toward sustainability. The challenge of transitioning to a green economy involves not only technological advancements but also social considerations, as communities grapple with the potential loss of jobs and economic stability associated with the decline of traditional industries.

environmental policies but also its broader position on the global stage as a leader in the fight against climate change. In the years to come, Canada's approach to the ecological transition will serve as a defining test of its political will, its federal architecture, and its capacity to reconcile the imperatives of economic growth with the existential demands of environmental stewardship[15].

3. Judicial involvement: continuous appeals and mitigation strategies.

At this stage, the following paragraph highlights the intricate interplay between constitutional law, regional autonomy, and national environmental objectives. The path forward, as envisioned by the courts, is one of collaboration, where both provincial and federal authorities are called upon to navigate the complexities of governance in the pursuit of a sustainable and equitable future.

In this context, the rift between certain provinces and the federal government's choices regarding the environmental transition has given rise to a series of legal challenges, parliamentary conflicts, and legislative initiatives, all driven by the determination of the affected territories to advance what they consider to be a fundamental struggle for regional autonomy. The courts, consequently, have found themselves at the very heart of this broader conflict, tasked with navigating the intricate constitutional tensions that have emerged[16].

In Ontario, for instance, the political landscape underwent a significant shift following the change in government from Liberal to Conservative in June 2018. In response, the newly established provincial administration moved swiftly, enacting Regulation 386/18[17] in early July of that same year. This regulation effectively revoked Ontario Regulation 144/16, which had governed the cap-and-trade system in the province, marking a dramatic departure from the previous government's approach to carbon pricing. Simultaneously, on August 2, 2018, a legal challenge was announced before the Ontario Court of Appeal, contesting the constitutional legitimacy of the federal carbon tax. Proponents of the challenge argued that the tax constituted an undue infringement upon provincial jurisdiction, particularly as it was applied "only in those provinces that have not exercised their own jurisdiction in

[15] D. RAGONE, *Federalismo canadese e transizione ambientale: verso una crisi di sistema?*, cit., p. 272. See also P. FITZPATRICK & A. J. SINCLAIR, *Multi-Jurisdictional Environmental Assessments in Canada. Practice and Participation*, K. S. HANNA (ed.), *Environmental Impact Assessment*, Oxford, 2016, pp. 182-197.

[16] *Ibid.*

[17] Meanwhile, the aim of the measure was to discontinue green programs funded through the cap-and-trade system, but it represented, above all, a political manifesto that led the spokeswoman for the Minister of Environment and Climate Change to declare that the revocation of Regulation 144/16 in fact implied that «the Ontario government is making it clear that it is not taking climate action, and is effectively withdrawing from Canada's national climate change plan without a planof their own», as reported in M. ALTOMARE, *Le sfide politico-istituzionali del governo Trudeau nel contesto delle complicate relazioni internazionali*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, n. 2, 2018.

ISSN 2036-7821

a way that the federal government thinks they should." On October 11, 2019, the Ontario Court of Appeal ruled that Regulation 386/18 had been illegitimately enacted, as it had been approved in contravention of Ontario's Environmental Bill of Rights (EBR)[18].

However, while the court declared the regulation invalid, it did not mandate the restoration of the previous cap-and-trade system, nor did it seek to redefine the conditions under which greenhouse gas emission permits could be bought and sold.

Concerns over the constitutionality of the federal Greenhouse Gas Pollution Pricing Act (GGPPA), enacted on June 21, 2018, to establish binding «minimum national standards» for emissions pricing across all provinces and territories, further deepened the legal discourse[19].

The Saskatchewan Court of Appeal took up this issue, and on May 3, 2019, a closely contested decision was rendered, with a majority of three judges to two holding that the GGPPA was «not unconstitutional either in whole or in part»[20].

In contrast, the dissenting judges voiced a vigorous defense of provincial autonomy, arguing that the legislation represented an overreach of federal authority and encroached upon provincial prerogatives. These dissenting opinions emphasized the need for provinces to retain greater latitude in determining their own processes for emissions reduction and environmental transition. Chief Justice Richards, in addressing the gravity of the issue, remarked that »the facts presented to the court confirm that climate change caused by anthropogenic greenhouse gas (GHG) emissions is one of the great existential issues of our time«. His statement underscored the collective acknowledgment among all parties that limiting such emissions was a matter of pressing national importance[21].

On June 28, 2019, the Ontario Court of Appeal reached a similar conclusion regarding the constitutional validity of the federal carbon tax. In a decision rendered by a majority of four judges to one, the court ruled that the federal government possessed the authority to enact the tax in relation to matters of "national concern" under the "Peace, Order, and Good Government" (POGG) clause of the Canadian Constitution. This decision reaffirmed the central government's capacity to legislate

[18] The Ontario provincial government was challenged that there was no public consultation process prior to the issuance of the regulation, while the Conservatives countered that the election outcome had rewarded a pledge made during the campaign to cancel the cap-and-trade system and that it could be considered that as a public consultation. Si veda M. ALTOMARE, *I nuovi scenari politici dopo il voto federale: la formazione del Governo liberale di minoranza e la questione del separatismo delle Province occidentali*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, n. 3, 2019.

[19] D. RAGONE, *Federalismo canadese e transizione ambientale: verso una crisi di sistema?*, cit., p. 273.

[20] *Ibid*. The majority ruling affirmed the federal government's authority to impose such measures under its constitutional powers, seeing it as consistent with the division of powers that grants the central government authority over matters of national concern.

[21] See on this point *Saskatchewan et al. v. Canada re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, 2019 SCKA 40.

ISSN 2036-7821

in the interest of addressing an issue that transcends provincial boundaries and requires a unified national response[22].

The definitive legal resolution came on March 25, 2021, when the Supreme Court of Canada rendered its judgment, affirming the constitutionality of the federal carbon tax under the POGG clause. In a landmark decision, the Supreme Court, with a majority ruling of six judges to three, dismissed the appeals from Ontario and Saskatchewan, solidifying the federal government's authority to address climate change as a matter of national concern. The court argued that the central government had successfully demonstrated how establishing robust, minimum national standards for greenhouse gas pricing to reduce emissions was «of sufficient concern to Canada as a whole that it warrants consideration in accordance with the national concern doctrine»[23].

This ruling carried profound constitutional implications, marking a decisive moment in the ongoing conflict between federal and provincial authorities over the scope of jurisdiction in environmental matters. Yet, despite the affirmation of federal authority, the court sought to temper the growing tensions by invoking the spirit of cooperative federalism. In its judgment, the Supreme Court underscored that «Parliament and the provinces» could and should exercise their respective prerogatives in environmental matters harmoniously. This appeal to cooperative federalism reflected a broader vision in which both levels of government would work together, in the interest of a shared objective, to mitigate the environmental risks posed by significant projects and to pursue a collective response to the global climate crisis[24].

4. Intensifying disputes over environmental initiatives.

[22] This determination was made to establish minimum national standards, thereby preventing any one province from failing to contribute to this collective effort. On the point M. ALTOMARE, *L'epilogo della vicenda SNC-Lavalin sullo sfondo dei possibili scenari del voto di ottobre*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, n. 2, 2019. Even in the contentious dissenting opinion of Justice Grant Huscroft, it became clear that the allocation of powers concerning how to address climate change represents a pivotal aspect of contemporary federalism. He remarked, «Federalism concerns seem arid when the country is faced with a major challenge like climate change. As long as something gets done, it may seem unimportant which level of government does it. But federalism is no constitutional nicety; it is a defining feature of the Canadian constitutional order that governs the way in which even the most serious problems must be addressed, and it is the court's obligation to keep the balance of power between the levels of government in check».

[23] *Ontario v. Canada re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, 2019 ONCA 544. The ruling further emphasized that provinces are not equipped to tackle the problem in the same manner, and a «failure to include one province in the scheme would jeopardize its success in the rest of Canada». The court also attempted to mitigate the implications of the ruling through a form of moral suasion, asserting that the GGPPA exerts a limited impact on provincial jurisdiction, as it only intervenes when a province's taxation is deemed insufficient and does not encompass the entire regulatory framework surrounding greenhouse gas emissions, but rather focuses specifically on the pricing mechanism. *Reference re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, 2021 SCC 11.

[24] D. RAGONE, *Federalismo canadese e transizione ambientale: verso una crisi di sistema?*, cit., pp. 274-275.

ISSN 2036-7821

The declaration of unconstitutionality of the Impact Assessment Act[25] was swiftly embraced by Alberta's conservative government as a momentous political triumph, one that transcended the specific legalities of the ruling and resonated deeply within a broader strategy of opposition against the environmental policies of the Trudeau administration. To many in Alberta, a province whose economic foundation has long been intertwined with the fortunes of the fossil fuel industry, the federal government's environmental agenda was perceived not merely as a policy divergence, but as an existential threat to the very core of its development and prosperity. This legal victory, therefore, became emblematic of a broader ideological struggle, representing a significant blow against a central authority increasingly viewed as out of touch with the needs and aspirations of the province[26].

This simmering discontent towards a federal system perceived as disproportionately accommodating the unique circumstances of Quebec, while neglecting the particular concerns of other provinces, especially those in the West, has fostered, since the preceding autumn, a wave of provincial legislative activism. This activism is seen by its proponents as a legitimate means of countering what they regard as the persistent intrusions of the federal government into areas of provincial jurisdiction. Saskatchewan, also governed by a conservative majority, was the first province to give voice to this sense of grievance, which has come to be known as "Western alienation"[27]. On November 1, 2022, the provincial government introduced Bill 88, formally titled "An Act to assert Saskatchewan's exclusive legislative jurisdiction and to confirm the autonomy of Saskatchewan, but succinctly referred to as the Saskatchewan First Act. This legislative initiative, aimed at reasserting the province's sovereignty, passed its second reading on November 28, 2022, and successfully concluded its final reading on March 16, 2023, notwithstanding opposition from various quarters, including Indigenous communities[28].

---

[25] Generally, for an in-depth analysis on the Impact Assessment Act, M. DOELLE & A. J. SINCLAIR, *The new IAA in Canada: From revolutionary thoughts to reality*, ENVIRONM. IMPACT ASSESSMENT REV., 2019; A. EHRLICH & W. ROSS, *The significance spectrum and EIA significance determinations*, IMPACT ASSESS. PROJECT APPRAIS, 2015, pp. 87- 97.

[26] A. FIORENTINO, *Un bilancio di fine anno: le difficoltà del Governo Trudeau, le vulnerabilità del sistema democratico e le tensioni tra centro e periferie*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, n. 3, 2023, p. 21 ff.

[27] D. RAGONE, *Federalismo canadese e transizione ambientale: verso una crisi di sistema?*, cit., pp. 275-276.

[28] *Ibid*. See also, for a general overview on Indigenous communities and environmental law D. MCGREGOR, *Mino-Mnaamodzawin. Achieving Indigenous Environmental Justice in Canada*, in *Environment & Society*, 2018, where the author highlights the emergence of the *Anishinaabe* philosophy referred to as *mino-mnaamodzawin* ("living well" or "the good life"), common to several Indigenous epistemologies, that considers the critical importance of mutually respectful and beneficial relationships among not only peoples but all human relations (including all living things and many entities not considered by Western society as living, such as water and Earth itself). See also M. PAPILLON & T. RODON, *Proponent-indigenous agreements and the implementation of the right to free, prior, and informed consent in Canada*, ENVIRON. IMPACT ASSESS. REV., 2017, pp. 216-224.

ISSN 2036-7821

The anti-federal sentiment underpinning the *Saskatchewan First Act* is unmistakable, particularly in its preamble, which underscores the notion that the addition of Section 92A to the *Constitution Act* in 1982 had ostensibly fortified Saskatchewan's "exclusive legislative jurisdiction" over its natural resources and economy[29].

The preamble critiques the Federation's stance, accusing the federal government of overstepping its constitutionally defined prerogatives, thereby causing undue economic harm and generating uncertainties for both residents and businesses. It culminates with a bold declaration, asserting that Saskatchewan shall never again accept a position of inferiority within Confederation and will demand its rightful status as an equal partner.

The first part of the Saskatchewan First Act is divided into two primary sections. The initial section serves to reaffirm provincial competencies and emphasizes the necessity of providing "certainty" regarding the inapplicability of federal encroachments on matters constitutionally reserved for the province. The second section, following what appears to be a harmless rephrasing of Sections 92 and 92A, introduces the more contentious issue of interjurisdictional immunity[30].

However, this second part raises significant constitutional doubts. The proposed amendments to both the Constitution of Saskatchewan and the Constitution Act would require adherence to the procedure outlined in Section 43 of the Constitution, necessitating resolutions from both the federal Parliament in Ottawa and the provincial legislature. Moreover, the interventions concerning the interjurisdictional immunity doctrine and the constitutional amendments seem fragile, as they appear to encroach upon functions typically reserved for the judiciary. By seeking to redefine the scope of federal and provincial powers, the act risks overstepping its legislative mandate and usurping the authority of the courts to mediate jurisdictional disputes[31].

Further complicating the landscape, the act establishes the Economic Impact Assessment Tribunal (EIAT), tasked with evaluating the economic repercussions of federal initiatives. This tribunal aligns with the provinces' prerogative to scrutinize the economic implications of federal legislation within their own borders, yet its

[29] *Ibid.*

[30] It seeks to apply this doctrine to provincial jurisdiction «to the same extent» as it applies to federal jurisdiction, essentially positing that matters falling within the "core content" of provincial powers should enjoy the same protections from federal interference. On the argument see A. FIORENTINO & C. SPINIELLO, *La morte della Regina riapre il dibattito sulla monarchia, mentre si riaccendono tensioni nei rapporti centro-periferia e il Québec è travolto dallo "Tsunami Caquiste"*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, n. 3, 2022, pp. 6-7.

[31] N. BANKES, A. LEACH, M. OLSZYNSKI, *Playing Games with the Constitution: The Saskatchewan First Act*, in http://ablawg.ca, 2022. The authors, specifically, on the subject of separation of powers recall *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, (par. 28-29).

ISSN 2036-7821

creation only amplifies the friction between provincial assertions of autonomy and federal authority[32].

Simultaneously, Alberta introduced its own assertive measure, Bill 1, formally titled the Alberta Sovereignty within a United Canada Act. This legislative initiative, rapidly approved by the provincial legislature, has been widely criticized as an attempt to usurp the role of the courts in arbitrating jurisdictional conflicts. The Alberta Sovereignty Act represents a defiant response to what the province perceives as federal overreach and, more broadly, the existential threat posed by the green transition to Alberta's economic lifeblood – the fossil fuel industry. Under this act, the Premier may propose a motion to adopt a resolution identifying any federal law deemed unconstitutional and delineating the provincial actions to be undertaken in defiance of such laws. Once the Legislative Assembly has debated and voted upon the resolution, the provincial Cabinet reviews the proposed actions and determines the appropriate course[33].

The debate in the Legislative Assembly culminates in a vote, and if approved, the Cabinet reviews the proposed actions[34]. The objectives of this measure, as articulated by its proponents[35], are to establish a legal framework that enables Alberta to reject federal laws considered detrimental to the province's interests.

However, this assertion of provincial authority has not gone unchallenged. Critics, particularly within the scientific and legal communities, have raised alarm over what they perceive as a direct assault on the very concept of federalism itself[36]. By claiming the power to disregard federal laws, Alberta stands accused of undermining the balance of powers within the Confederation and infringing upon the judiciary's role in resolving disputes over jurisdiction[37]. While some initially speculated that

[32] D. RAGONE, *Federalismo canadese e transizione ambientale: verso una crisi di sistema?*, cit., p. 276.

[33] N. BANKES, A. LEACH, M. OLSZYNSKI, *Playing Games with the Constitution: The Saskatchewan First Act*, cit.

[34] The law includes in the provincial entities subject to this obligation: provincial public bodies, Crown corporations, Alberta Health Services, post-secondary institutions, school boards, municipalities and police departments, as well as a broad conception of entities that receive funding from the province of Alberta to provide a public service. In contrast, there is no similar constraint to comply with these guidelines for individuals and private companies.

[35] D. RAGONE, *Federalismo canadese e transizione ambientale: verso una crisi di sistema?*, cit., pp. 276-277. In the author's opinion, the text was initially even more unbalanced in favor of the provincial executive before the deletion in the amendment phase of a measure that allowed it to "bypass" the Assembly.

[36] E. MACFARLANE, *Alberta's Sovereignty Act passes after amendments – yes, it's still garbage*, 2022, in https://emmettmacfarlane.substack.com/p/albertas-sovereignty-act-passes-after. Last visited September 26, 2024. The measure is criticized as allowing the Alberta government to «to order provincial entities to flout or even violate federal law» and gives the provincial level not only the power to find a federal initiative unconstitutional, but also the power to act on that belief, realizing a direct attack on the very idea of federalism and the entire division of powers.

[37] J. UNGER, *Environmental Rights in Alberta: Substantive Environmental Rights*, Publication of the Environmental Law Centre's Environmental Rights Program, 2016. Available at https://elc.ab.ca/wp-content/uploads/2016/12/EBR_MOD-1_SubstantiveEnvironmental-Rights-in-Alberta.pdf. Last visited September 26, 2024.

ISSN 2036-7821

the Alberta Sovereignty Act might be little more than a symbolic gesture, subsequent events have proven this assumption to be unfounded. The aggressive posture adopted by the Alberta government, along with its willingness to invoke the act in response to federal initiatives, suggests that the province is intent on using this legislative tool to assert its autonomy in meaningful and potentially far-reaching ways[38].

Thus, the unfolding drama of provincial-federal relations in Canada, epitomized by the Saskatchewan First Act and the Alberta Sovereignty Act, lays bare the growing tensions within the Confederation. As provinces increasingly challenge what they perceive to be federal encroachments, the delicate balance of power enshrined in Canada's federal system faces unprecedented strain[39].

5. Concluding reflections and insights.

This analysis cannot hope to fully encompass the immense complexity of the institutional initiatives and jurisprudential interventions that have shaped environmental policies and the energy transition in Canada. Nevertheless, it strives to illustrate how the issue has now ascended to the status of a critical theme, perceived as central not only to the country's environmental future but also to the stability of the federal pact and the broader constitutional architecture. These structures are now under unprecedented strain, a result of the intensifying conflict between the central government and those provinces most vulnerable to both the economic and climatic repercussions of transitioning away from a fossil fuel-dependent economy. Recent parliamentary debates have revealed that the momentum towards mitigation and the deceleration of processes zealously pursued by the Trudeau government has garnered support beyond the conservative opposition, as evidenced by motions approved by the New Democratic Party. This growing consensus across party lines underscores the gravity of the issue and the complexities of balancing environmental imperatives with the economic realities faced by key regions of the country.

This contribution has concentrated on the ramifications of environmental transition and the fight against climate change on Canada's federal system. However, it is essential to broaden the scope of the discussion to incorporate two fundamental and intertwined questions that are inevitably implicated in this debate. The first of these

[38] B. POWELL, *Environmental rights in Alberta: an annotated environmental bill of rights for Alberta*, 2018. Available at https://elc.ab.ca/wpcontent/uploads/2018/03/ELC-Annotated-EBR-March-2018.pdf. Last visited September 26, 2024.

[39] D. RAGONE, *Federalismo canadese e transizione ambientale: verso una crisi di sistema?*, cit., p. 278. The resolution of these conflicts will have profound implications for the future of Canadian federalism, as the provinces assert their autonomy in the face of a central government determined to implement its vision of a greener, more sustainable future.

ISSN 2036-7821

pertains to the effectiveness of the global fight against climate change. It has become manifestly clear that uncoordinated national policies, coupled with excessive disparities between nations and even continents, jeopardize global progress, threatening to unravel the hard-won achievements of the most proactive states. The interdependence of nations, and the transnational nature of both the causes and consequences of climate change, necessitate the pursuit of multi-level solutions. This imperative is not a call for top-down global governance but rather for a meticulously coordinated effort among states and the various actors involved[40]. In this regard, the Paris Agreement and the ongoing United Nations Climate Change Conferences hold great significance, even though the practical consequences of these international accords often vary greatly depending on the internal cohesion of participating nations, their territorial vastness, and the nature of their political regimes, whether they be democratic or authoritarian. The ability to undertake decisive political responsibilities differs markedly, and this diversity shapes both the adoption and implementation of climate measures[41].

The second overarching question raises an existential inquiry that is as old as the concept of federalism itself: to whom should resources be allocated? This question is no less pressing today than it has been in prior epochs of history, from the gold mines of California to the coal and steel reserves of Alsace-Lorraine. A succinct yet potent answer emerges: so long as the federal pact remains robust, with an inextricable intertwining of benefits and burdens among regions, resources can be fairly distributed. However, when crises erupt or imbalances become too pronounced, the entire federal structure risks fracturing under the strain[42].

This is a danger acutely felt in the contemporary Canadian context. The western provinces, which had long tolerated what they perceived as the "favorable" treatment accorded to Quebec, are now asserting that this system of federalism has become fundamentally inequitable. In their eyes, federal environmental policies, particularly those aimed at phasing out the fossil fuel economy, are no longer merely inconvenient; they are seen as intolerable and branded as an existential threat to their way of life.

More specifically, the ongoing clash over the federal government's green policies has engendered various attempts to coordinate political and institutional responses. The conservative movement, both at the federal and provincial levels, has demonstrated a

[40] G. POGGESCHI, *La lotta al cambiamento climatico da Massachusetts v. EPA (2007) sino a oggi. Un modello per il diritto comparato dal sistema federale statunitense?*, in DPCE, n. 4, 2021, p. 1023. Clearly, certain aspects already fall under the discipline of an international environmental law. See L. RAJAMANI & J. PEEL (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021.

[41] D. RAGONE, *Federalismo canadese e transizione ambientale: verso una crisi di sistema?*, cit., pp. 281-282.

[42] For a comprehensive overview, see E. LEES & J. E. VIÑUALES (ed. by), *The Oxford Handbook of Comparative Environmental Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

ISSN 2036-7821

notable degree of alignment, although this coordination has become even more pronounced in the collaboration between provinces acting in an explicitly anti-federal capacity. Alberta and Saskatchewan, for instance, have not only passed and activated new legal instruments within mere days of each other, but they have also united in challenging federal legislation in the courts, even garnering support from Ontario. This provincial solidarity represents a significant and growing challenge to the authority of the federal government[43].

At present, the federal government's strategy of "minimizing" tensions appears to have borne little fruit in quelling the rising tide of provincial defiance. Prime Minister Trudeau has deliberately refrained from responding to provocative statements and outright constitutional breaches, notably choosing not to directly confront the *Alberta Sovereignty Act* or invoke the rarely used federal power of disallowance. Even in the wake of last October's Supreme Court ruling on the Reference re *Impact Assessment Act*, the government offered only muted commentary, committing itself to minimal regulatory adjustments and, with measured tones, indicated that no further departures from its environmental agenda were anticipated, despite the political upheaval triggered by discussions surrounding partial exemptions to the carbon tax over a three-year period.

To conclude, one might argue that this cautious approach – marked by a reluctance to escalate confrontation with defiant provinces – has its merits in preserving the fragile unity of the Confederation in the short term.

However, it also raises important questions about the long-term viability of such a strategy. By opting for minimal responses and avoiding direct confrontation, the Trudeau government risks allowing the fissures within the federal system to deepen. The steadfast refusal to challenge provincial laws that openly contravene federal authority could be seen as tacitly emboldening those provinces to push the limits of their autonomy even further, thereby threatening the cohesion of the federal pact.

Furthermore, the strategic decision to sidestep invoking the disallowance power, despite its constitutional validity, may ultimately weaken the central government's ability to enforce national standards on issues of paramount importance, such as climate change.

In sum, while the Trudeau government's attempts to maintain a delicate balance between federal authority and provincial autonomy have thus far managed to prevent outright rupture, the growing assertiveness of certain provinces signals a potential unraveling of the federal system if these tensions are not addressed more decisively.

As Canada navigates the complex and evolving landscape of environmental transition, it will need to find new ways to reconcile the divergent interests of its

[43] D. RAGONE, *Federalismo canadese e transizione ambientale: verso una crisi di sistema?*, cit., p. 282.

ISSN 2036-7821

provinces while upholding its commitments to a sustainable future. The challenge lies not only in addressing the immediate political and economic concerns raised by the provinces, but also in ensuring that the federal system itself remains robust enough to withstand the pressures that are certain to intensify in the years ahead.
Without a more concerted and coordinated approach to these challenges, the very stability of the Canadian federation may be imperiled, with consequences that extend far beyond its borders.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Quali sono i limiti legittimi all'incapacità a contrarre con la P.A. di fronte ad un illecito sovranazionale?

di Raffaele Caroccia

(Professore a contratto di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II")

Sommario

1. L'ordinanza n. 3838/24 del Consiglio di Stato tra profili fattuali e posizione dei Giudici di prime cure e delle parti; 2. Il quesito sottoposto alla CGUE; 3. Le misure amministrative repressive adottate dalle Istituzioni europee e nazionali a partire dal 2014 nei confronti della Russia e dei suoi cittadini ed il loro trattamento secondo la giurisprudenza italiana; 4. Una possibile soluzione al problema interpretativo.

Abstract

The contribution will present a first comment on the order no. 3838/24 of the Council of State, with which the Administrative Court of Appeal urged the Court of Justice to correctly define the boundaries of the ban on public administrations from contracting with entities of Russian nationality or subject to the direction of the latter. In order to arrive at a proposed solution, the administrative instruments introduced at European and national level to combat Russian aggression against Ukraine will be analyzed and - also based on the latitude of the latter - an attempt will be made to propose an answer to the question raised by the Council of State.

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

ISSN 2036-7821

1. L'ordinanza n. 3838/24 del Consiglio di Stato tra profili fattuali e posizione dei Giudici di prime cure e delle parti.

Il Giudice amministrativo d'appello ha, con il provvedimento qui in commento, inteso sollevare un quesito pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea.

Al Giudice del Lussemburgo è stato chiesto di fornire la corretta interpretazione dell'art. 5 *duodecies*, I c., lett. c) del Regolamento UE 833/2014, come modificato dal Regolamento UE 2022/576[1].

La disposizione ha introdotto un particolare profilo di incapacità a contrarre con la P.A. a carico di cittadini russi, soggetti giuridici russi o il cui capitale appartenga per più della maggioranza a cittadini russi o che siano collegati a cittadini russi o sotto l'influenza o il controllo di entità russe (sempre in modo diretto ed indiretto ed anche con riferimento a subappaltatori ed ausiliari), siano essi o meno coinvolti nelle attività belliche contro l'Ucraina.

La conseguenza di una simile situazione è l'impossibilità sia di allacciare nuovi rapporti con la P.A. che di proseguire con quelli in essere, ad eccezione di quelli contrattualizzati prima del 9 aprile 2022.

Il caso, da cui è gemmata l'ordinanza, riguarda l'aggiudicazione della concessione decennale del servizio bar e piccola ristorazione interno agli Uffizi, a Palazzo Pitti ed al Giardino di Boboli a Firenze.

E' intuibile l'elevato valore dell'affidamento, solo se si pensa all'importanza artistica prima e turistica poi dei luoghi in cui si svolge.

L'operatore secondo classificato ha contestato, per quanto qui interessa, che il primo graduato (una s.r.l.) avrebbe dovuto essere escluso dal procedimento selettivo in quanto:

a. due dei tre membri del consiglio d'amministrazione erano cittadini russi;

b. uno dei consiglieri russi era anche presidente ed amministratore delegato della società ed amministratore unico pure della società socia al 90% dell'aggiudicataria (un'altra s.r.l.).

Ciò avrebbe dimostrato un'influenza dominante sull'aggiudicataria da parte di

[1] La disposizione recita: "*1. È vietato aggiudicare o proseguire l'esecuzione di qualsiasi contratto di appalto pubblico o di concessione rientrante nell'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici, nonché dell'articolo 10, paragrafi 1 e 3, dell'articolo 10, paragrafo 6, lettere da a) a e), e dell'articolo 10, paragrafi 8, 9 e 10, e degli articoli 11, 12, 13 e 14 della direttiva 2014/23/UE; dell'articolo 7, lettere da a) a d), dell'articolo 8 e dell'articolo 10, lettere da b) a f) e da h) a j), della direttiva 2014/24/UE; dell'articolo 18, dell'articolo 21, lettere da b) a e) e da g) a i), e degli articoli 29 e 30 della direttiva 2014/25/UE; e dell'articolo 13, lettere da a) a d), da f) a h) e j), della direttiva 2009/81/CE, a o con:*

a) un cittadino russo, una persona fisica residente in Russia o una persona giuridica, un'entità o un organismo stabiliti in Russia;

b) una persona giuridica, un'entità o un organismo i cui diritti di proprietà sono direttamente o indirettamente detenuti per oltre il 50 % da un'entità di cui alla lettera a); oppure

c) una persona fisica o giuridica, un'entità o un organismo che agisce per conto o sotto la direzione di un'entità di cui alla lettera a) o b), compresi, se rappresentano oltre il 10 % del valore del contratto, subappaltatori, fornitori o soggetti sulle cui capacità si fa affidamento ai sensi delle direttive sugli appalti pubblici".

ISSN 2036-7821

cittadini russi, benché le due società coinvolte fossero entrambe di diritto italiano e nel loro capitale non figurassero soggetti collegati allo Stato russo.
Il ricorso di prime cure è stato respinto dalla sez. I del T.A.R. Toscana con sent. del 25 maggio 2023, n. 508.
L'*iter* argomentativo, con cui i primi Giudici hanno respinto questo motivo di ricorso, parte dal presupposto che il divieto derivante dal Regolamento europeo colpisce solo le società controllate da una persona fisica o giuridica russa e non quelle sottoposte ad influenza dominante di un cittadino russo.
L'interpretazione del Regolamento è infatti ancorata alla definizione di direzione, negli esatti termini previsti nell'art. 2497 cod. civ.[2].
Come noto, la disposizione codicistica fa riferimento al controllo ed alla direzione tra più persone giuridiche all'interno di un medesimo gruppo societario e, invece, le esclude in riferimento alle attività del soggetto gestore od amministratore della società[3].
Ciò ha permesso di non ritenere presente in prime cure una situazione di direzione e, conseguentemente, la causa di esclusione.
Essa non è giudicata operante, perché:

---

[2] "*1. Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.*

2. Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio.

3. Il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento.

4. Nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario".

[3] In tema di direzione e controllo ci si limiterà a qualche non esaustiva indicazione bibliografica, data la mole di contributi sul tema ed il carattere commercialistico dell'argomento, che esula dalle competenze dell'estensore della presente nota: C. ANGELICI, *Direzione e coordinamento: casi e questioni*, in *Giur. comm.*, 2022, p. 951 ss.; G. B. PORTALE, A. CETRA, *Società semplice controllante di società di capitali e attività di direzione e coordinamento*, in *Riv. soc.*, 2021, p. 1085 ss.; P. PETTITI, *Direzione e coordinamento, interesse e controllo analogo*, *ibidem*, 2020, p. 1082 ss.; P. MONTALENTI, *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza*, in *Giur. comm.*, 2016, p. 111 ss.; G. SALATINO, *L'attività di direzione e coordinamento: nozione, "punti di equilibrio", parametri di "liceità" e di "dannosità", e altre questioni inerenti la responsabilità*, in *Riv. not.*, 2015, p. 1331 ss.; L. A. BIANCHI, *Problemi in materia di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 420 ss.; F. FIMMANÒ, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. not.*, 2012, p. 267 ss.; M. PRESTIPINO, *La responsabilità risarcitoria della persona fisica capogruppo*, in *Giur. comm.*, 2011, p. 105 ss.; P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, p. 279 ss.; P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 317 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, *ibidem*, 2003, p. 765 ss.; A. NIUTTA, *La nuova disciplina delle società controllate: aspetti normativi dell'organizzazione del gruppo di società*, *ibidem*, p. 780 ss.; R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, p. 661 ss.

ISSN 2036-7821

a. i cittadini russi non detengono quote né dell'aggiudicatario, né della persona giuridica socia di quest'ultimo;
b. la coincidenza di amministratore non è ritenuta sintomatica di un rapporto di direzione tra le due persone giuridiche.
Il percorso ermeneutico si chiude con la sottolineatura della natura eccezionale del divieto – particolarmente limitativo della libertà d'impresa - derivante dal Regolamento, che non è quindi sottoponibile ad un'interpretazione estensiva.
Pertanto, esso dovrebbe ricorrere solo in caso di diretta composizione del capitale sociale o di altri vincoli da cui discenda "*l'influenza dominante di entità russe*".
Dal termine entità sono dunque escluse le persone fisiche.
Di conseguenza, il divieto non opera quando - come nel caso che ha occupato i Giudici di prime cure - sono coinvolte società di diritto italiano con soci non russi, a prescindere dalla nazionalità degli amministratori.

2. Il quesito sottoposto alla CGUE.

Dalla lettura dell'ordinanza qui in commento traspare come il Consiglio di Stato trovi non del tutto persuasiva la lettura restrittiva della causa di incapacità a contrarre operata dal T.A.R.
Sostanzialmente, il Giudice d'appello si interroga se nel termine entità possa essere ricompresa anche una persona fisica.
In tale ipotesi, è evidente che la prima graduata sarebbe sottoposta alla direzione di un cittadino russo e, di conseguenza, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.
Evidenziata la portata della censura (capace di risolvere immediatamente in senso favorevole alla seconda classificata la lite), il Giudice rimettente ricorda che, ai sensi dell'art. 215 TFUE[4], il Consiglio - a seguito di una precedente decisione che preveda l'interruzione di rapporti economici e finanziari con Paesi terzi - può deliberare a maggioranza qualificata, su proposta congiunta della Commissione e dell'Alto Rappresentante per la Politica Estera e la Sicurezza, misure necessarie per rendere effettivo il blocco.
Si tratta, in buona sostanza, di disposizioni restrittive, che rendono impossibile l'avvio o la prosecuzione di attività economiche nel territorio dell'Unione Europea.
Siamo davanti a ciò che anche nel linguaggio comune viene definito embargo.
Nel 2022 si è arrivati ad un blocco indiscriminato a carico dei cittadini o di società

[4] "*1. 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.*
2. 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.
3. Gli atti di cui al presente articolo contengono le necessarie disposizioni sulle garanzie giuridiche".

ISSN 2036-7821

russi, inibiti a svolgere appalti e concessioni pubblici in ciascuno Stato membro.
Tanto è avvenuto in forza del Regolamento 2022/576, che ha ampliato il novero di divieti originariamente contenuti nel Regolamento 2014/833.
Quest'ultimo atto aveva introdotto le prime sanzioni a carico della Russia a seguito dell'annessione della Crimea (su queste misure si tornerà *amplius infra* § 3).
Il Consiglio di Stato evidenzia un aspetto che forse (sia consentita la notazione dubitativa) i Giudici di prime cure non avevano posto nella necessaria considerazione.
In relazione alle società di capitali, l'ordinamento italiano prevede che la gestione spetti esclusivamente agli amministratori[5], cui competono appunto la rappresentanza generale e l'amministrazione delle società[6].
Il concetto di direzione, previsto all'art. 2497 cod. civ. e richiamato nella sentenza appellata, va interpretato anche alla luce delle disposizioni in materia di amministrazione societaria.
Peraltro, a questo primo elemento, il Consiglio di Stato aggiunge il richiamo anche all'art. 2497 *sexies* cod. civ., secondo il quale si presume - salvo prova contraria - la direzione ad opera dell'ente tenuto al consolidamento dei bilanci o esercente un controllo.
Un'ispezione a più ampio raggio del quadro ordinamentale in materia di poteri di gestione societaria renderebbe, quindi, non del tutto inverosimile un'interpretazione sostanzialista ed estensiva del divieto portato dal Regolamento europeo.
Al contrario, sia i primi Giudici che l'aggiudicataria hanno identificato la *ratio* della causa di esclusione nello "*impedire il finanziamento delle attività di guerra della Russia, e dunque* (essa, ndr) *guarda al soggetto che beneficerebbe dell'aggiudicazione del contratto pubblico, al beneficiario effettivo dell'aggiudicazione*".
Dunque, secondo questa ermeneusi conterebbe la nazionalità dei soli soci e non degli amministratori.
Tanto anche in coerenza con le indicazioni interpretative provenienti dalla Commissione[7] e dalle raccomandazioni del Consiglio in materia di attuazione effettiva delle misure adottate in ambito di politica estera e sicurezza comune dell'UE[8].
Esse renderebbero la restrizione operativa solo in favore di soggetti coinvolti nello sforzo bellico russo, "*restando irrilevante il soggetto che amministra la società quando il capitale non sia russo*".

[5] Art. 2380 *bis* cod. civ.
[6] Art. 2475 e 2475 *bis* cod. civ.
[7] Il riferimento nelle difesa dell'appellata e nell'ordinanza in commento è alle risposte alle FAQ fornite dalla Commissione, che aveva escluso la ricorrenza del divieto nel caso di una società tedesca con amministratore russo.
[8] Il rinvio è al documento aggiornato al 27 giugno 2022.

ISSN 2036-7821

Vi sarebbe, quindi, una differenza tra attività di gestione – che spetta agli amministratori – ed attività di direzione, di competenza delle persone giuridiche socie in un gruppo societario.
Ciò renderebbe non operativa la causa di esclusione nel caso *de quo*.
Tale linea interpretativa viene fatta propria anche dalla difesa erariale.
Secondo quest'ultima, inoltre, il divieto opererebbe solo in presenza di un'*holding* con al vertice una persona fisica, fattispecie che non risulta nel caso in esame.
Esclusivamente in tale ultima ipotesi la persona fisica avrebbe un potere non di gestione, ma di direzione.
Al contrario, l'interpretazione dell'appellante muove da un diverso inquadramento teleologico, secondo cui le misure del Regolamento avrebbero una finalità tale da dover essere astratte dal significato che precisi termini del diritto societario hanno nei singoli ordinamenti degli Stati membri.
Questo perché lo scopo della disposizione europea è rendere possibile un blocco quanto più ampio possibile delle relazioni commerciali ed economiche con lo Stato russo ed i suoi cittadini, frustrato da un'interpretazione della norma basata sui diritti nazionali ragionevolmente differenti tra loro.
Alla luce del fatto che non è implausibile che il soggetto che si avvantaggi della concessione sia l'amministratore delle due società e dell'ampio contenuto della lett. a) della disposizione, che si riferisce a cittadini russi, persone fisiche, giuridiche ed entità o organismi stabiliti in Russia, la tesi è che la norma vada interpretata nella maniera che ne rende più largo possibile lo spettro applicativo.
Questo dovrebbe comprendere la località di stabilimento, la proprietà e l'agire "*per conto o sotto la direzione*".
Sostanzialmente, l'ultimo caso dovrebbe essere una sorta di clausola di chiusura destinata a coprire le evenienze per cui non sono sufficienti le prime due fattispecie.
Esso, dunque, si riferirebbe a tutte le situazioni di fatto o di diritto, da cui deriverebbe un'influenza da parte di un soggetto fisico o giuridico di nazionalità russa su un altro operatore giuridico.
Quindi, il riferimento all'art. 2497 cod. civ. non sarebbe calzante ai fini interpretativi del divieto, anche perché la disposizione riguarda una fattispecie in materia di responsabilità.
Il rinvio al diritto interno comporterebbe poi il rischio di rendere la misura restrittiva non ugualmente efficace in tutto il territorio dell'UE.
Di fronte a queste due possibili linee ermeneutiche, il Consiglio di Stato ritiene di non poter sciogliere il contrasto interpretativo e di deferire, appunto, la questione al Giudice del Lussemburgo[9].

[9] Eccone il contenuto testuale: "*se la disposizione di cui all'art. 5-duodecies, lett. c) del regolamento (UE) n. 833/2014, introdotta dal regolamento (UE) n. 576/2022, in materia di misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che*

ISSN 2036-7821

Nel frattempo, viene disposta la sospensione del giudizio d'appello.

3. Le misure amministrative repressive adottate dalle Istituzioni europee e nazionali a partire dal 2014 nei confronti della Russia e dei suoi cittadini ed il loro trattamento secondo la giurisprudenza italiana.

La reazione dell'UE all'invasione russa si è articolata attraverso plurime misure[10].
Esse hanno portato all'applicazione di sanzioni ai danni di soggetti pubblici o privati, al blocco di canali di propaganda, alla protezione ed all'accoglienza dei profughi, all'assistenza finanziaria all'Ucraina, all'acquisto ed alla fornitura di armi al medesimo Stato[11], allo sviluppo di capacità industriali comuni in tema di armamenti, ed all'avvio di un procedimento di revisione delle regole giuridiche per l'assegnazione di appalti per la realizzazione e lo sviluppo di beni nel campo della difesa[12].
Il tutto è avvenuto abbracciando una concezione giuridica, secondo cui nell'attuale assetto della comunità internazionale le aggressioni armate illegittime permetterebbero di superare una rigida neutralità tra i contendenti[13], e dopo aver

---

destabilizzano la situazione in Ucraina, nella parte in cui stabilisce il divieto di aggiudicare appalti e concessioni o di proseguire contratti con "una persona fisica o giuridica, un'entità o un organismo che agiscono per conto o sotto la direzione di un'entità di cui alla lettera a) o b) del presente paragrafo, compresi, se rappresentano oltre il 10 % del valore del contratto, subappaltatori, fornitori o soggetti sulle cui capacità si fa affidamento ai sensi delle direttive sugli appalti pubblici", si interpreta nel senso che il divieto si applica ad una società di diritto italiano con sede nel territorio nazionale, partecipata da società italiana e con soci persone fisiche non cittadini russi, ma della quale due componenti su tre del consiglio di amministrazione sono cittadini russi e uno dei quali, presidente e amministratore delegato dello stesso consiglio di amministrazione, è anche amministratore unico della società controllante al 90%". Sul rinvio pregiudiziale si rinvia per tutti a F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020.

[10] Si vedano: E. PAGANO, *The perspectives of the common security and defense policy: from the Strategic Compass to EDIS*, in *Iura&Legal Systems*, 2024, p. 58 ss.; A. RUFFO, *La difesa europea (PSDC) e la Costituzione italiana alla prova della Bussola Strategica 2022*, in *www.federalismi.it*, 2024; F. GASPARI, *Profili costituzionali della Difesa comune europea*, in *Costituzionalismo.it*, 2023; A. GIURICKVIC DATO, *L'Unione europea di fronte alla crisi ucraina*, in *www.federalismi.it*, 2023; M. VELLANO, A. MIGLIO (a cura di), *Sicurezza e difesa comune dell'Unione Europea*, Milano, 2022; C. CELLERINO, *La difesa europea dinanzi alla guerra in Ucraina tra "autonomia strategica" e vincoli strutturali: quali prospettive per la Difesa comune?*, in *Il Dir. Un. Eu.*, 2021, p. 5 ss.; C. SBAILO (a cura di), *Difesa europea. Quali prospettive*, in *www.federalismi.it*, 2019 (numero speciale).

[11] In modo tragicamente ironico, le risorse per l'acquisto di armi sono veicolate dallo Strumento Europeo per la pace, istituito con Decisione PESC/2021/509 del Consiglio del 22 marzo 2021. George Orwell nel suo romanzo 1984 immaginava lo slogan "*La guerra è pace*"; pare che le istituzioni europee lo abbiano attuato.

[12] M. ANZALDI, *Il defence procurement europeo alla luce del nuovo scenario geo-politico*, in *Il dir. dell'ec.*, 2022, p. 1 ss. Attualmente, il quadro legislativo in materia è costituito dalla dir. 2009/81/CE e dal d. lgs. 208/2011.

[13] Pertanto, attualmente nell'ordinamento italiano dall'art. 11 Cost. non deriverebbe più per principio una posizione pacifista, anzi esso renderebbe legittimi comportamenti di neutralità benevola, di non belligeranza o di cobelligeranza, con l'ulteriore possibilità di adottare contromisure anche collettive a tutela dell'aggredito; su questo tema si veda almeno G. DE VERGOTTINI, *Ripudio della guerra e neutralità alla luce dell'articolo 11 Cost.*, in *www.federalismi.it*, 2024, anche per i rinvii bibliografici, cui *adde*: M. BENVENUTI, *Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina*, in *Osservatorio AIC*, 2022, p. 12 ss.; M. IOVANE, *Il conflitto ucraino e il diritto internazionale: prime osservazioni*, *ibidem*, p. 6 ss.; M. CARTABIA, L. CHIEFFI, *Articolo 11*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *La Costituzione italiana. Principi fondamentali. Diritti e doveri dei cittadini. Commento agli artt. 1-54*, Torino, 2006, p.

ISSN 2036-7821

oltrepassato (comprensibili) resistenze nazionali, le quali avevano portato in passato ad evitare una messa a fattor comune di competenze centrali degli Stati - come quelle che afferiscono alla difesa - connotate da un'obiettiva peculiarità.
Accanto a questi interventi – anche particolarmente innovativi, ma necessariamente emergenziali – si è rivitalizzato un ambito alquanto negletto delle politiche UE, quello teso alla realizzazione di un sistema di difesa e sicurezza comuni tra gli Stati Membri[14] (c.d. PSDC, parte dell'originario secondo pilastro dell'architettura istituzionale c.d. PESC), pur presente nei Trattati sin dal 1992.
Tale direzione di sviluppo, dopo il fallimento del tentativo di istituzione della Comunità Europea di Difesa avviato nel 1952 ed abortito nel 1954, era rimasta ai margini del progetto europeo, sia per la presenza dell'ombrello protettivo della NATO, sia perché le istituzioni continentali avevano preferito un approccio da *soft power* alle questioni internazionali.
Infine, si riteneva anche che i mezzi militari tradizionali non fossero più adeguati a contrapporsi a minacce asimmetriche (terrorismo, attacchi *cyber*), caratterizzanti il nuovo millennio ed assai diverse da quelle collegate ad una guerra guerreggiata.
La storia si è, però, incaricata di smentire l'illusione sulla sua fine.
Anche l'UE ha così adottato documenti – quali la Bussola Strategica per la Sicurezza e la Difesa[15] – idonei a costruire strumenti giuridici per fronteggiare una situazione bellica tradizionale[16], anche sulla spinta delle crisi continue degli ultimi anni.
Nell'ambito della reazione delle istituzioni europee all'illecito costituito dall'invasione russa all'Ucraina un ruolo centrale occupano in prima battuta i provvedimenti contro singoli soggetti parte dell'*élite* governativa di Mosca, coloro che sono chiamati nel linguaggio quotidiano oligarchi[17], e che sono stati inseriti in una lista nera[18] contenuta in un allegato al già citato Regolamento del 2014, oggetto di plurimi aggiornamenti e contenente anche i motivi della sanzione.
Rispetto a questi ultimi si è inteso procedere ad una serie di misure di prevenzione patrimoniale, che hanno portato alla sottrazione, senza una condanna e con carattere tendenzialmente non definitivo, ai loro danni di cespiti patrimoniali sul presupposto

267 ss. Da un punto di vista positivo, si rinvia invece a l. 145/2016, che ha definito – in attuazione del predetto art. 11 Cost. - le condizioni a cui l'Italia può partecipare a missioni internazionali.

[14] La Politica di sicurezza e difesa comune (PSDC) è prevista all'art. 42, § 1 TUE, secondo cui le iniziative in questo ambito sono a carattere volontario e sempre imputabili agli Stati, che devono decidere all'unanimità tranne le eccezioni previste all'art. 31, § 2 TUE. Oggi è agli Stati che appartengono le forze armate.

[15] Esso è stato adottato dal Consiglio Europeo il 25 marzo 2022.

[16] Si tratta soprattutto di attività volte a realizzare miglioramenti nella capacità di produzione di armamenti.

[17] J. IACOBONI, G. PAOLUCCI, *Oligarchi*, Bari, 2021.

[18] Nel gergo giudiziario e mediatico è invalso l'uso dell'espressione "listati" per descrivere questi soggetti. Ci si avvarrà della stessa anche in questo scritto, dopo aver notato che questo neologismo è l'ennesimo della serie di termini che descrive in modo sintetico i destinatari di misure ablatorie (diffidati, daspati) e che esiste un termine più sorvegliato e risalente, proscritti.

ISSN 2036-7821

che detti beni fossero di origine illecita[19].
Si è attivata, cioè, una *actio in rem*[20], quella che è stata definita da parte della dottrina una "*guerra economica*" sostitutiva dell'azione militare[21].
Accanto a questo primo contenuto le misure sanzionatorie sempre verso i medesimi soggetti hanno avuto ad oggetto anche il divieto di viaggio nel territorio degli Stati membri.
Vi sono poi state sanzioni economiche, sia ai danni di alcune banche russe che dei cittadini russi, a cui è stato vietato di detenere nelle banche europee depositi di importo superiore ad € 100.000,00.
Altre misure più specifiche hanno portato al divieto di collaborazione nei settori della ricerca, al blocco delle operazioni in alcuni settori (il più importante dei quali è quello energetico), al divieto di trasmissione di alcuni operatori radiotelevisivi[22].
A ben vedere, i soggetti statali e le loro forme associative rivendicano in tal modo a sé e per i loro fini il monopolio legittimo della violenza al loro interno, in conseguenza di uno stato di "turbolenza" internazionale.
Pertanto, il potere amministrativo ed il suo esercizio ritornano ad essere strumenti utilizzati per uno scopo "politico", separando amici e nemici[23].
Ma – lasciando in disparte considerazioni filosofiche - torniamo al tema più direttamente oggetto del presente contributo.
Da ultimo, tra le misure in discorso nel 2022 è stata introdotta una causa di esclusione generalizzata (cioè, senza riferimento ai soli listati) dalla partecipazione ai procedimenti di gara a carico sia di persone fisiche e giuridiche russe che di soggetti riconducibili alla direzione di tali entità.
Come anticipato, tali strumenti amministrativi sono stati introdotti attraverso successivi emendamenti del Regolamento adottato nel 2014 dopo l'invasione della Crimea, il cui ambito di applicazione è stato ampliato sia da un punto di vista oggettivo che soggettivo.

---

[19] Sull'istituto si vedano: R. BARBERINI, *Il congelamento dei beni degli oligarchi*, in *Questione giustizia*, 2022; 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, p. 1201 ss.; D. FONDAROLI, F. SGUBBI, *Congelamento di beni senza frontiere. Il caso Ucraina*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, p. 314 ss. Più in generale sulle sanzioni internazionali si rinvia ad A. BULTRINI, F. GIUMELLI, C. PORTELA, M. SOSSAI (a cura di), *International Sanctions in Practice: an Interdisciplinary Perspective*, Torino, 2024.

[20] Si veda per una valutazione critica di questo istituto almeno A. M. MAUGIERI, *Le tipologie sanzionatorie: la prevenzione patrimoniale, la legittimità della confisca di prevenzione come modello di "processo" al patrimonio tra tendenze espansive e sollecitazioni sovrannazionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, p. 559 ss.

[21] D. FONDAROLI, F. SGUBBI, *Congelamento cit.*, p. 321

[22] Su misure di tale tipo si è già espressa la giurisprudenza europea; si veda *Russia Today France* c. Consiglio dell'Unione europea, sentenza 27 luglio 2022 del Tribunale dell'Unione europea, *Grande Chambre*, causa T 125/22, per un commento alla quale si rinvia ad A. CIOFFI, *Giurisdizione amministrativa e libertà*, in *Dir. Amm.*, 2024, p. 223 ss. ed alla bibliografia ivi citate.

[23] Evidente nelle due frasi, che precedono la nota, l'eco di sistematizzazioni di ascendenza weberiana e schmittiana. Per una loro messa a punto si veda R. ARON, *Teoria dell'azione politica*, Venezia, 2023.

ISSN 2036-7821

Il Giudice amministrativo italiano ha delineato in maniera assai attenta i caratteri delle misure qui in esame, quando di competenza delle Amministrazioni italiane[24].
Ciò con riferimento – evidentemente prima dell'ordinanza in commento – ai provvedimenti afflittivi a carico degli oligarchi.
Nella giurisprudenza amministrativa, è stato evidenziato che:
- le misure sanzionatorie in analisi hanno una base giuridica negli artt. 29 e 215 TFUE, che prevedono una doppia decisione del Consiglio. La prima, adottata nell'ambito della PESC, riguarda il contenuto delle misure sanzionatorie, la seconda – che di norma ha la forma del Regolamento – ne stabilisce l'ambito e le modalità di applicazione. Da questo meccanismo non residua discrezionalità nell'azione degli Stati;
- il Regolamento n. 2014/269 sottopone a misura ablatoria i beni riferibili con un criterio di appartenenza, che può essere formale o sostanziale, ai listati;
- la medesima fonte impone che gli Stati stabiliscano una disciplina delle sanzioni applicabili alla violazione del Regolamento e adottino tutte le misure necessarie per l'applicazione del medesimo, nel rispetto dell'autonomia procedurale dei singoli membri;
- le misure sono uno strumento di reazione ad un illecito internazionale, rappresentato dalla violazione della norma di diritto cogente di rispetto della sovranità territoriale di uno Stato, situazione che facoltizza ai danni dell'aggressore una reazione collettiva anche da parte del non aggredito;
- siamo cioè di fronte a contromisure, atti di autotutela astrattamente illeciti che divengono leciti in conseguenza di una violazione di una norma riconosciuta da tutta la comunità internazionale;
- da un punto di vista del diritto interno, esse si traducono in provvedimenti sfavorevoli per il destinatario, hanno natura preventiva e cautelare e sono a carattere tendenzialmente temporaneo e con finalità sanzionatoria (intesa, però, come reazione ad un illecito internazionale e non come reazione ad un comportamento proprio del soggetto inciso). I loro destinatari indiretti sono i soggetti collegati allo Stato aggressore, che traggono vantaggi dall'illecito internazionale[25]. I provvedimenti sono definiti, con dizione recepita dal diritto UE ed atecnica[26], "*congelamento*" [27];

---

[24] T.A.R. Roma, sez. II, sent. 27 giugno 2022, n. 8669, su cui si veda L. CUPAIOLI, *Il congelamento dei beni*, in *www.amministrativ@mente.it*, 2024, p. 708 ss.

[25] Tanto valeva prima della generalizzazione operata nel 2022 con la causa di esclusione oggetto dell'ordinanza di rimessione.

[26] L. CUPAIOLI, *Il congelamento cit., passim* definisce, con argomentazioni condivisibili, il congelamento come estraneo sia al sequestro sia alla confisca sia alla sanzione. Probabilmente, è opportuno tenerlo distinto da provvedimenti analoghi previsti nell'ordinamento nazionale, al fine di valorizzarne la specifica finalità ritorsiva ad un illecito sovranazionale. Solo l'atto disposto dall'Autorità nazionale in attesa della decisione di soggetti sovranazionali sarebbe un sequestro classico; gli altri costituiscono, in termini lessicali e giuridici, la traduzione dell'istituto del *freezing*.

ISSN 2036-7821

- in particolare, in diritto italiano rileva l'istituto dell'art. 1, lett. c) d. lgs. 109/2007[28];
- sempre in diritto interno, l'attività istruttoria ed il potere dispositivo delle misure sono in capo ad un organo istituito presso il M.E.F. e denominato Comitato di sicurezza finanziaria, il quale si avvale del Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di Finanza e dell'Unità di informazione finanziaria della Banca d'Italia[29]. Il Comitato propone al Ministro l'attuazione delle misure ablatorie sui beni designati, prevede misure cautelari che riguardano soggetti non ancora listati a livello sovranazionale ma individuati in sede nazionale, formula alle istituzioni sovranazionali proposte di inserimento nelle liste nere;
- sui provvedimenti di quest'organo è competente il Giudice italiano, se non hanno carattere automatico (caso in cui il sindacato è delle Autorità giudiziarie unionali), ma sono frutto di autonomi accertamenti disposti dalle Amministrazioni statali, che ad esempio hanno esteso la misura ad un bene formalmente appartenente ad un soggetto non listato, ma sostanzialmente ad altra persona collegata a quest'ultimo e sanzionata;
- procedimenti di questo tipo – coerentemente con le deroghe indicate all'art. 7 l. 241/90 – non prevedono l'obbligo della comunicazione di avvio del procedimento, una volta ricevuta la quale è assai verosimile che il destinatario farà di tutto per liberarsi del suo patrimonio;
- la tutela non è quindi legittimamente esperibile in sede procedimentale, ma solo in giudizio dopo l'emanazione del provvedimento;
- tale riduzione della partecipazione è proporzionata e coerente con il fine dell'attività amministrativa qui in rilievo;
- è anche legittimo che la P.A. ampli il novero dei sanzionati, se accerta che i beni siano indirettamente detenuti da questi ultimi per il tramite di soggetti "compiacenti" o loro collegati da rapporti familiari e patrimoniali;
- tanto in applicazione del criterio di appartenenza sostanziale, previsto nella normativa europea;
- nell'attività istruttoria di verifica della titolarità del bene vigono sia il tradizionale

---

[27] Esso è definito: "*il divieto, in virtù dei regolamenti comunitari e della normativa nazionale, 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*".

[28] Detta fonte ha recepito la disciplina europea (Dir. 2005/60/CE), originariamente finalizzata al contrasto del terrorismo internazionale con sanzioni analoghe a quelle qui in discorso. Questo tipo di provvedimenti sono sottoposti alla giurisdizione del G.A., con competenza funzionale del T.A.R. capitolino, ai sensi dell'art. 135, c. 1, lett. m) c.p.a.

[29] Il Comitato era, ai sensi dell'art. 3 d. lgs. 109/2007, originariamente competente ad impedire l'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose per il finanziamento del terrorismo nel quadro delle iniziative ONU dopo l'attacco terroristico dell'11 settembre. A tale attribuzione è stata aggiunta nel 2017 anche l'applicazione delle sanzioni qui in discorso, una volta che l'UE ha iniziato ad applicarle in modo autonomo e senza copertura da parte del Consiglio di sicurezza delle NU. La gestione dei beni oggetto di misura è di competenza dell'Agenzia del Demanio.

ISSN 2036-7821

principio inquisitorio che la possibilità della P.A. di avvalersi di tutte le possibili fonti di prova, anche di tipo aperto ed al di fuori del catalogo dei mezzi istruttori procedimentali di cui alla l. 241/1990;
- il Giudice nazionale ritiene, infatti, legittimo che le informazioni alla base dei provvedimenti di congelamento possano essere reperite anche attraverso la rete informatica o la stampa, le quali si affiancano ai tradizionali strumenti dell'istruttoria amministrativa individuati – in modo non tassativo – all'art. 6, lett. b) l. 241/1990;
- a parziale temperamento dell'ammissibilità delle fonti aperte, i dati ivi contenuti possono essere utilizzati se provengono da soggetti qualificati che li mettono a disposizione del pubblico nell'esercizio di un'attività professionale, se le fonti sono effettivamente controllabili in modo critico e diffuso da parte della collettività, se contengono dati rilevanti, se non sono smentite da fonti analoghe o qualificate[30];
- dalle fonti aperte si può ricavare un contenuto indiziario della sussistenza dei presupposti del provvedimento - non accertabili con i tradizionali strumenti istruttori in possesso della P.A. alla luce di circostanze difficili da verificare[31] - che il sanzionato potrà contestare in giudizio.
A ragione dei criteri interpretativi fatti propri dal G.A., non stupisce che nessuno dei provvedimenti di congelamento sia stato annullato[32].

4. Una possibile soluzione al problema interpretativo.

In disparte da ogni considerazione sulla durezza "draconiana" dell'attuale impianto sanzionatorio - che forse è conseguenza del fatto che la sua versione originaria non ha consentito di raggiungere gli obiettivi immaginati da parte della UE all'inizio del conflitto – è utile fare qualche riflessione conclusiva per proporre un'interpretazione della causa di esclusione, nel tentativo di "anticipare" la posizione del Giudice del Lussemburgo.
Il punto di partenza è costituito da una presa d'atto: il Regolamento non può essere validamente interpretato alla luce del diritto interno, pena una forte riduzione del suo ambito di operatività.
Per giustificare tale conclusione - solo all'apparenza "brutale" - è utile una ricognizione del tessuto normativo statale.
Si impone, però, l'analisi di un elemento di natura preliminare: non è ravvisabile avverso questi atti un difetto assoluto di giurisdizione (ed è francamente positivo che

[30] Le caratteristiche minime, che permettono l'utilizzabilità delle fonti aperte, sono state già individuate da Trib. UE, sez. V, sent. 31 maggio 2018, in T-461/16.
[31] Le circostanze che abilitano l'uso delle fonti aperte sono identificate nella presenza di schermi sui beni (bandiera estera dell'imbarcazione) o sulle persone (residenza extraeuropea) e nella mancata collaborazione dello Stato russo alle attività di accertamento in conseguenza proprio delle sanzioni.
[32] Come evidenzia L. CUPAIOLI, *Il congelamento cit.*, p. 731.

ISSN 2036-7821

il punto non sia posto in questione nei giudizi amministrativi di cui *supra*)[33].
E' evidente che anche in queste vicende deve essere garantito il sindacato giurisdizionale, dato che la partecipazione procedimentale è impossibile.
Di conseguenza, non è invocabile l'esenzione dal vaglio giudiziario derivante dalla natura dell'atto, che – per quanto collegato al rispetto di obblighi internazionali ed incidente nel campo delle relazioni tra Stati e loro organizzazioni - non è politico[34], ma di alta amministrazione al pari (ad esempio) della decisione di estradizione[35].
Quando anche si ritenesse la sanzione espressione politica, a ragione del suo carattere afflittivo e del tipo dei beni giuridici su cui opera, coperti da un vincolo giuridico costituzionale il quale predetermina o limita il potere, sarebbe comunque

[33] Tale considerazione vale per l'ordinamento nazionale e per quelle UE; il riferimento è a Corte giustizie UE, sent. 18 luglio 2013 in C.548/10, C-593/10 e C-595/10 (c.d. Kadi II), ove – in relazione ai regolamenti che applicavano misure del Consiglio di Sicurezza dell'ONU contro soggetti sospettati di fiancheggiare il terrorismo internazionale – si afferma *"l'assenza di immunità giurisdizionale degli atti dell'Unione che attuano misure restrittive decise a livello internazionale"*.

[34] Su tale sfuggente categoria si vedano: M. G. PULVIRENTI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico. Riflessioni per un percorso ricostruttivo*, in *Nuove Autonomie*, 2023, p. 1199 ss.; G. MONTEDORO, *L'atto politico*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023;V. GIOMI, *L'atto politico della prospettiva del Giudice amministrativo: riflessioni su vecchi limiti e auspici di nuove aperture al sindacato sul pubblico potere*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 21 ss.; C. CUDIA, *Considerazioni sull'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 621 ss.; M. MACCHIA, *Le decisioni politiche: è configurabile una categoria autonoma?*, in R. URSI, M. RENNA (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021, p. 56 ss.; A. LOLLO, *Atto politico e Costituzione*, Napoli, 2020; N. VICECONTE, *Le categorie (residuali) dell'atto politico*, in *Giur. cost.*, 2020, p. 0395B ss.; M. INTERLANDI, *Il principio di separazione tra politica ed amministrazione: una "storia difficile"*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2018; F. BLANDO, *Fine dell'atto politico?*, in *Nuove Autonomie*, 2015, p. 84 ss.; F. BILANCIA, *Ancora sull'"atto politico" e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 1163 ss.; D. MESSINEO, *Atti politici, Stato di diritto, strumenti di verifica della giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 717 ss.; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, *ibidem*, 2012, p. 329 ss.; F. G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2011; A. ROMANO TASSONE, *"Atto politico" e interesse pubblico*, in A. CONTIERI, F. FRANCARIO, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica ed amministrazione*, Napoli, 2010, I, p. 311 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti "di alta amministrazione"*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 121 ss.; V. FANTI, *L'"atto politico" nel governo degli enti locali*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, p. 441 ss.; T. KLITSCHE DE LA GRANGE, *L'atto politico (e il "politico")*, in *Giust. civ.*, 2008, p. 517 ss.; M. PERINI, *Atto politico e atto di governo (postilla di aggiornamento)*, in *Enc. giur., ad vocem*, Roma, 2007; D. VAIANO, *Gli atti politici*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2005, p. 207 ss.; P. FORTE, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, 2005; L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo*, Milano, 1961; P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959; E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Arch. dir.* pubbl., 1937, p. 265 ss.; T. MARCHI, *A proposito della distinzione tra atti politici e amministrativi*, Padova, 1905. In relazione al panorama giurisprudenziale, si rinvia ad una sentenza recentissima, Cons. st., sez. VI, sent. 15 luglio 2024, n. 6358, dove si legge la seguente definizione di atto politico: "*gli atti politici costituiscono espressione di libertà (di azione politica) che spetta, sulla base della Costituzione, ai supremi organi decisionali dello Stato per la soddisfazione di esigenze unitarie e indivisibili a questo inerenti e sono liberi nella scelta dei fini, diversamente dagli atti amministrativi che, anche ove connotati da assai ampia discrezionalità (si pensi ai c.d. atti di alta amministrazione), devono comunque rispettare i limiti e le finalità poste dalla legge e, pertanto, sono soggetti al sindacato giurisdizionale di legittimità imposto dall'art. 113 Cost.*".

[35] Su tale tipo di provvedimento – qualificato anch'esso come atto di alta amministrazione – è ammesso il sindacato giurisdizionale nei limiti della legittimità proprio a ragione dell'oggetto specifico, che lede interessi individuali. Si veda, da ultimo, Cons. st., sez. III, sent. 4 aprile 2024, n. 3095.

ISSN 2036-7821

sempre possibile il sindacato giurisdizionale. Questo anche a ragione dell'evoluzione del principio di separazione dei poteri a seguito della prevalenza delle istituzioni di garanzia su quelle di governo e del pieno riconoscimento dell'effettività della tutela; siffatto sviluppo rende assai limitata la ricorrenza di ipotesi, in cui si assicuri l'immunità dei provvedimenti dal controllo giudiziario[36] anche nel caso in cui si accetti la concreta ricorrenza di un atto politico.

La libertà valutativa – propria delle decisioni politiche – è stata, infatti, inquadrata in una complessa rete di principi (anche costituzionali) e di parametri, che governano il suo esercizio e permettono la sua valutazione in sede processuale[37].

Tanto in forza della terzietà riconosciuta al Giudice, costituzionale o comune; tale posizione istituzionale permette di scardinare l'*auctoritas*, che impediva in una logica tradizionale il sindacato sugli atti nei quali si esprimeva e fa sì che il principio di separazione dei poteri receda di fronte a quello di giustiziabilità[38].

Anche l'apparato sanzionatorio europeo e derivato – per quanto convincentemente inquadrabile come complesso di atti di alta amministrazione più che di atti politici – è, quindi, sottoposto al sindacato giurisdizionale.

E' questo un nuovo concetto "costituzionale" di politico, a cui gli Stati e le loro organizzazioni che affermano la loro natura di comunità di diritto non potranno abdicare, specialmente se la loro azione è basata sulla negazione di tale qualità ai loro analoghi, che si affermano e vogliono restare nel novero degli "*Stati di potenza*"[39].

Torniamo ora all'interpretazione nel merito della causa di esclusione oggetto delle presenti note.

Va ricordato che tutte le cause di esclusione automatica hanno alla loro base un illecito non solo direttamente imputabile alla società o ai suoi amministratori, ma oggetto di un accertamento – più o meno stabile – ad opera di organi amministrativi o del potere giudiziario[40].

In questo caso, invece, l'esclusione è conseguenza della sola nazionalità del sanzionato[41], appartenente ad uno Stato con cui la UE ha rapporti – per usare di

---

[36] Questa immunità giurisdizionale è positivizzata dall'art. 7, I c., c.p.a., a norma del quale: "*non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico*", su cui si veda almeno G. DE GIORGI CEZZI, *Aboliamo l'art. 7 comma 1 del Codice del processo amministrativo? Limiti e autolimiti del giudice amministrativo e sostenibilità dei procedimenti di generazione delle conoscenze in ordine ai fatti. I casi dell'eccesso di potere, dell'atto politico e dei poteri non ancora esercitati*, in *www.federalismi.it*, 2018.

[37] Questo è l'orientamento del Giudice delle leggi (si veda, *ex multis*, C. Cost., sent. 5 aprile 2012, n. 81, su cui F. BILANCIA, *Ancora cit.*), recepito dalla Corte di legittimità (si veda Cass. civ., SS. UU., sent. 28 giugno 2013, n. 16305).

[38] Conclusione cui perviene, in modo convincente, C. CUDIA, *Considerazioni cit.*, p. 635.

[39] C. Cost., sent.10 maggio 1999, n. 172.

[40] Il riferimento è al contenuto dell'art. 94 d. lgs. 36/2023.

[41] L. CUPAIOLI, *Il congelamento cit.*, p. 722-723, sottolinea come il testo normativo possa dare l'impressione che "*si stia colpendo dei soggetti in ragione della nazionalità, in violazione del principio espresso dal brocardo nullum crimen, nulla poena sine lege*".

ISSN 2036-7821

nuovo la neo-lingua orwelliana – non sereni.

A fronte di tale statuto ontologico della causa di esclusione, va fatto uno sforzo ermeneutico per tentare l'interpretazione del punto oggetto di rinvio, partendo dai motivi per cui il riferimento alla legge nazionale desta insoddisfazione.

L'interesse preso in considerazione dall'ordinamento italiano, in caso di direzione[42], si appunta sulla tutela dei terzi che vengono in contatto con la società etero-diretta più che sulla garanzia della capogruppo, la cui protezione non è ritenuta coercibile[43].

Infatti, quest'ultima:

a. non può chiedere di eseguire in via giudiziaria i suoi poteri di direzione, nel caso che la società diretta tenda a sfuggirli;

b. è, invece, chiamata a rispondere in sede risarcitoria dell'abuso dei suoi comportamenti, che massimizzano gli interessi imprenditoriali propri o di terzi (quali, ad esempio, i soci) a scapito di quelli della società diretta ed in assenza di un vantaggio compensativo.

L'ordinamento dà, quindi, rilevanza e fornisce protezione da azioni poste in essere in violazione del canone di buona fede, di cui i principi di corretta gestione societaria possono essere qualificati quali corollari[44].

L'istituto opera all'interno del fenomeno dei gruppi societari[45], è accompagnato da specifici obblighi pubblicitari[46] e risulta bilanciato dalla previsione di un diritto di recesso[47].

Alle disposizioni codicistiche si affiancano discipline specifiche in materia bancaria ed assicurativa, dove l'esercizio della direzione assume le vesti dell'obbligatorietà[48].

Peraltro, sempre in relazione alla peculiarità del caso sottoposto ora all'esame del Giudice del Lussemburgo, detto rapporto di direzione può correre – almeno secondo parte della dottrina - esclusivamente tra soggetti di diritto diversi dalle persone

---

[42] E' il caso di precisare che la direzione ha una natura verticale, cioè presuppone la presenza di una linea gerarchica tra gli enti, mentre il coordinamento ne ha una orizzontale, cioè presuppone una potenziale equiordinazione dei soggetti parte della relazione, situazione che si supera in forza di accordi contrattuali.

[43] C. ANGELICI, *Direzione cit.*

[44] Ciò ha portato parte della dottrina – S. MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, p. 713 ss.; ID. *La responsabilità contrattuale in senso debole*, *ibidem*, 2011, p. 121 ss. – ad ipotizzare che in questo caso viene risarcito un interesse al rispetto in un ragionevole lasso di tempo di regole di condotta, consistenti nella correttezza procedimentale della società dirigente nei confronti dell'ente diretto, elemento che appunto rende debole o *quasi ex contractu* la responsabilità in discorso e la avvicina – secondo la dottrina cui si sta facendo riferimento – alla lesione all'interesse legittimo.

[45] Ciò porta R. SACCHI, *Sulla responsabilità cit.*, ad affermare che: "*La responsabilità da direzione e coordinamento è considerata "il problema principale del fenomeno del gruppo" dalla relazione illustrativa della riforma delle società di capitali realizzata con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*". Va ricordato che ai sensi dell'art. 18, c. 6 d.l. 78/2009 lo Stato è escluso dall'applicazione dell'art. 2947 cod. civ.

[46] Art. 2947 *bis* cod. civ.

[47] Art. 2947 *quater* cod. civ.

[48] Il riferimento è agli artt. 60 e ss. TUB ed agli artt. 82 e ss. Codice delle assicurazioni private.

ISSN 2036-7821

fisiche[49].

Tale caratteristica dell'ordinamento italiano avrebbe sicuramente un carattere tranciante dell'operatività della disposizione europea rispetto alla fattispecie già all'esame del Consiglio di Stato (come rilevato dai Giudici di prime cure).

Una simile preclusione non è, però, unanime in dottrina.

Chi ritiene che l'attività di direzione possa essere imputata a persone fisiche[50] precisa - nell'affrontare il tema anche con riferimento ai collegamenti tra questa disciplina e quella del fallimento - che ciò avviene, in quanto le persone giuridiche non possono che agire attraverso soggetti fisici, i quali in questo modo diventano solidalmente responsabili con esse.

Inoltre, si aggiunge che alle prime risulta imputata in modo obiettivo l'attività, ai secondi gli atti secondo il normale criterio di imputazione che non può prescindere dal riscontro di un coefficiente soggettivo.

Un'ulteriore diversa interpretazione valorizza le indicazioni derivanti dalla giurisprudenza precedente alla riforma del diritto societario, la possibilità che i patti parasociali disciplinanti le modalità di esercizio congiunto di influenza dominante su una S.p.A. possano essere conclusi anche da individui, e le previsioni settoriali in materia di responsabilità di persona fisica controllante per un'impostazione assai liberale del problema, che comunque viene ricondotto al riscontro di una situazione fattuale senza eccessive possibilità di astrazione[51].

Alla luce di tali considerazioni, pertanto, è stato ritenuto possibile configurare un rapporto di direzione "*grazie al fatto che una medesima persona riveste il ruolo di amministratore delegato "forte" in due (o più) società indipendenti, dirigendole e coordinandole in tal modo*"[52].

Questa conclusione è in linea anche con l'elaborazione giurisprudenziale più recente, che ai fini dell'affermazione della responsabilità della persona fisica *holder* ne valorizza comportamenti specifici, come la spendita del nome negli atti, l'esistenza di una stabile organizzazione o il rilascio di garanzie fideiussorie[53].

La direzione da parte di una persona fisica viene, dunque, presa in considerazione dall'ordinamento in questo solo ambito ed esclusivamente ove essa sia esercitata in modo scorretto e costituisca così fonte di responsabilità e di perdita dei benefici dell'autonomia patrimoniale perfetta[54].

---

[49] P. MONTALENTI, *Direzione cit.*

[50] F. FIMMANÒ, *Abuso cit.*; R. SACCHI, *Sulla responsabilità cit.*

[51] M. PRESTIPINO, *La responsabilità cit.*

[52] L. A. BIANCHI, *Problemi cit.*

[53] Cass. civ. sez. I, sent. 6 marzo 2017, n. 5520, dove si afferma anche la non sovrapponibilità in relazione all'*holder* persona fisica tra la responsabilità derivante da direzione e quella ai fini fallimentari.

[54] Per una recente proposta di inquadramento giurisprudenziale si veda Cass. civ., sez. III, sent. 1° giugno 2021, n. 15276, § 4.10, ove si legge che la responsabilità qui in esame "*trae origine da un'attività dell'ente di direzione distinta rispetto a quella che viene ordinariamente svolta attraverso l'esercizio dei comuni diritti che derivano ai soci (anche*

ISSN 2036-7821

E' peraltro anche prevista un'estensione sussidiaria della responsabilità, in quanto – almeno per l'esecuzione – opera il beneficio della preventiva escussione dell'impresa diretta a vantaggio di quella dirigente[55].

In effetti, sembra che il concetto di direzione sia soprattutto collegato alla finalità dell'azione risarcitoria; di conseguenza, pare molto complesso trarre da questa disposizione indicazioni ermeneutiche non solo a carattere più generale, ma anche idonee a chiarire potenzialmente il senso di espressioni utilizzate da un diverso ordinamento.

Pare che - a ragione di tale uso specifico del concetto nel nostro quadro giuridico - il riferimento al cod. civ. poco si presti per definire la nozione presa in considerazione dal diritto europeo.

D'altra parte anche in un fenomeno qual è l'*in house* rispetto al controllo analogo ed alla direzione ricorre un senso proprio e tipico del diritto UE, che consiste nel dominio totale ed incondizionato dell'Ente socio sull'*in house provider*[56].

Nel caso delle sanzioni, il profilo che dovrebbe far scattare la reazione dell'ordinamento pare essere collegato all'esercizio in fatto di influenza determinante sulla società, situazione economica o fattuale rispetto alla quale la sola analisi giuridica non pare risolutiva.

Se tale è la *ratio* alla base della disciplina UE, allora il problema si sposta sulla differente possibilità di procedere ad un'interpretazione estensiva di una norma sanzionatoria o limitativa della libertà imprenditoriale.

---

di maggioranza) dalla mera partecipazione al capitale sociale, e che … richiede l'attuazione di condotte continuative e sistematiche, eventualmente tradotte anche in atti negoziali, dirette alla adozione ed imposizione di soluzioni organizzative ed imprenditoriali a livello strategico di "gruppo di imprese" … estrinsecandosi, pertanto, in una vera e propria attività progettuale e di pianificazione degli obiettivi, che si realizza attraverso l'adozione di soluzioni operative che impongano una sinergie complessiva alle diverse attività economiche di produzione e servizi svolte sul mercato dalle singole società etero dirette, e rispetto alle quali attività economiche, per l'appunto, quella di direzione e coordinamento compiuta dall'ente controllante, viene a distinguersi e mantenere una propria autonoma individualità".

[55] Altra dottrina – G. SALATINO, *L'attività cit.* – ritiene che nell'istituto in discorso opererebbe un accollo *ex lege* e che pertanto, l'unico onere di creditori e soci della società diretta prima di agire nei confronti della capogruppo sarebbe richiedere l'adempimento anche solo in via stragiudiziale alla prima.

[56] Per usare l'espressione di sintesi proposta da F. FIMMANÒ, *Abuso cit.* Sul fenomeno dell'*in house* – altro tema a cui sono state dedicate intere biblioteche – ci si limiterà in questa sede al rinvio agli scritti più recenti e significativi: B. G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, p. 1283 ss.; A. VALZER, *Controllo analogo, governance e responsabilità nelle società in house*, in *Riv. soc.*, 2020, p. 1027 ss., che si segnala per un interessante parallelismo in termini di questioni sia organizzative che risarcitorie tra fenomeno della direzione societaria ed *in house*, il quale si connota - a differenza del primo - per la legittima, parziale traslazione del governo societario al di fuori della società e per la diretta responsabilità decisoria dell'Ente socio con possibile esenzione di quella degli amministratori; M. ANTONIOLI, *L'in house providing tra funzione e struttura: controllo analogo congiunto, partecipazione "pulviscolare" ed eterodirezione della società*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, p. 599 ss.; G. CAIA, *Le società in house: persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *Giur. comm.*, 2020, p. 457 ss.; A. ROMANO TASSONE, *La società "in house" dall'"eccezionale eccezionalità" alla "anomala normalità"*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, p. 397 ss.; R. URSI, *Il cammino disorientato delle c.d. società in house*, in *Dir. ec.*, 2014, p. 557 ss.; G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti "in house": ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 77 ss.

ISSN 2036-7821

Sembra che possa essere questo l'aspetto, che sarà di maggior interesse per il Giudice europeo, avvezzo all'uso di criteri più sostanziali che formali nell'esame dei casi sottoposti alla sua cognizione.

Ciò che si può dire - in termini generalissimi - è che, in caso di situazione patologica (concretantesi nella sottrazione agli amministratori dei poteri di gestione, nella creazione di una pluralità di forme giuridiche rispondenti di fatto alla volontà di un singolo o nella creazione di un pregiudizio per opera dell'*holder*, sia esso o meno socio), la soluzione deve comportare che il divieto di partecipazione in discorso scatti, benché esso possa essere escluso solo formalmente.

Tale considerazione si rafforza alla luce di due diverse, recenti ordinanze di rimessione pregiudiziale alla Corte del Lussemburgo, disposte dal T.A.R. del Lazio[57].

Questi due provvedimenti – sempre nell'ambito dello scrutinio di legittimità delle sanzioni adottate dagli organi UE e dalle Amministrazioni nazionali, stavolta nei confronti di soggetti russi listati – hanno sollevato dubbi sulla (im)possibilità di congelare risorse conferite in *trust*, di cui il soggetto listato era rispettivamente beneficiario e disponente attraverso contratti, che prevedono l'impossibilità di disporre e di godere del bene per tutto il periodo di durata delle sanzioni[58].

Da questo punto di vista, il Giudice italiano ritiene possibile che il conferimento dei beni in un *trust* non comporti lo spossessamento effettivo con effetto traslativo della proprietà, ma "*una semplice intestazione, a titolo gratuito, dei beni a scopo segregativo*".

Sostanzialmente, l'intestazione fiduciaria può venire utilizzata con finalità elusive ed anche la giurisprudenza nazionale – soprattutto in ambito fiscale – la ritiene sprovvista di effetti dispositivi, in quanto il *trustee* "*è tenuto solo ad amministrarlo ed a custodirlo* (*scilicet*, il bene), *in regime di segregazione patrimoniale, in vista del suo ritrasferimento ai beneficiari del trust*"[59].

Se questa è la corretta funzione dell'istituto, per il Giudice rimettente risulta possibile interpretare in modo sostanziale la disciplina europea, ritenendo che la stessa intenda colpire sia situazioni di proprietà tradizionale, sia situazioni ibride, in cui vi sia una dissociazione tra proprietà e godimento del bene in capo appunto al *trust* e soggetto listato.

Questo perché nel secondo caso resiste, comunque, un legame significativo di associazione[60] tra il *trust*, la *res* ed il sanzionato originario.

Una simile interpretazione estensiva postula la comunanza di scopi tra proprietario formale e sostanziale ed il coordinamento tra loro per raggiungerli e permette di

[57] Il riferimento è a T.A.R. Roma, sez. II, ord. 11 aprile 2023, n. 6256 e ord. 8 maggio 2024, n. 9124.

[58] I provvedimenti ablatori trovano la loro fonte giustificatrice nell'art. 2 Reg. UE n. 2014/269.

[59] Cass. civ., sez. III, sent. 28 ottobre 2021, n. 30430.

[60] Il concetto di associazione si trova nella disposizione del Regolamento citato. D. FONDAROLI, F. SGUBBI, *Congelamento cit.*, p. 318 notano che siamo di fronte ad "*una tanto letterale quanto infelice traduzione del termine associated impiegato nella versione inglese*", con possibilità di estensione assai ampia delle misure.

ISSN 2036-7821

estendere il congelamento anche a beni formalmente non detenuti dal soggetto listato.
La presenza della figura dell'associato nel Regolamento depone per la possibilità di procedere ad una sua interpretazione estensiva anche per colpire situazioni di fatto, le quali consentano un controllo o una disponibilità del bene a favore del sanzionato.
Tale conclusione è coerente con la *ratio* della disposizione europea, che – secondo il Giudice capitolino – consiste nel "*reagire efficacemente nei confronti delle azioni che minacciano la sovranità dello Stato ucraino, creando disagio nei confronti di soggetti per i quali l'Unione Europea ha ritenuto, a vario titolo, che abbiano appoggiato le strategie volte all'usurpazione dell'integrità politica e territoriale dell'Ucraina*".
Il *trust* sarebbe un istituto che permetterebbe di aggirare la sanzione e, pertanto, il suo uso andrebbe verificato da un punto di vista degli effetti sostanziali: infatti, il beneficiario è il titolare sostanziale dei beni o – veniamo al punto che più ci interessa – il soggetto che li controlla.
In entrambe le ipotesi sarebbe legittima la sanzione, tanto in proposta applicazione della nozione di controllo che deriva dalla giurisprudenza europea, secondo cui essa va individuata nella "*possibilità, conferita da diritti, contratti o altri mezzi, di esercitare un'influenza dominante*"[61].
Sostanzialmente, l'interpretazione caldeggiata dal T.A.R. capitolino utilizza categorie sostanziali e tende a superare gli schermi giuridici.
Inoltre, essa valorizza – a differenza di quanto avvenuto in prime cure nel caso da cui è scaturita l'ordinanza oggetto della presente nota – una concettualizzazione europea della nozione di direzione.
Non pare che si possa conseguire un effetto ampliativo analogo, per quanto detto in precedenza, invocando l'estensione di responsabilità prevista dall'art. 2497, 2 c. cod. civ., che reprime casi specifici di abuso non dipendenti da una qualifica formale.
La norma interna, se *in parte qua* non può essere utilizzata per interpretare la disciplina europea, può comunque dare indicazioni utili sulla circostanza che il nostro ordinamento non è insensibile a vicende, che - pur non avendo un sostrato formale - rappresentano un elemento di pregiudizio sostanziale.
Allora, forse in conclusione l'analisi deve spostarsi sulla consapevolezza e sull'effettività dell'attività di direzione e sui benefici che essa permette di conseguire quali basi legittimanti l'esclusione .
Tale criterio duplice – di natura sia psicologica che materiale – potrebbe essere valorizzato al fine di interpretare la causa di esclusione, rispetto alla quale sembra che non possano operare né automatismi, né meccanismi presuntivi anche a ragione della natura "indefinita" del rapporto di direzione[62].

[61] C.G.U.E., sez. IV, sent. 4 marzo 2020, n. 10.
[62] A. PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili cit.*

ISSN 2036-7821

Anche per tale motivo un approfondimento istruttorio è necessario.
Questo proprio a ragione dell'impostazione della norma destinata a colpire soggetti o entità genericamente russi e del suo carattere di ostacolo alla libertà di esercizio di attività imprenditoriali, la cui promozione resta il *proprium* genetico dell'ordinamento UE.
Un simile suggerimento è in linea con un indirizzo ben noto anche al giurista pratico, secondo il quale eventuali clausole ambigue degli atti di gara vanno interpretate nella maniera da consentire una più ampia apertura alla concorrenza, in omaggio al principio del c.d. *favor partecipationis*[63].
Ciò che si propone in questa sede non è altro che la mutuazione di una simile prospettiva ermeneutica anche nell'analisi di atti legislativi e provvedimentali, che comportino comunque un ostacolo alla partecipazione in forza di concetti non ben definiti.
Può spettare solo all'istruttoria procedimentale prima e processuale poi dare loro un senso definito caso per caso.
Chi scrive ritiene, cioè, che nel caso di specie il G.A. non potrà in modo autonomo ritenere sussistente la causa di esclusione, ma dovrà se del caso acquisire in via istruttoria le valutazioni del Comitato sul punto, sollecitandolo perché - alla luce dei suoi strumenti di indagine - verifichi in concreto l'esistenza di una relazione di direzione; questo anche perché il Giudice non ha i poteri di approfondimento tipici della P.A., che nel contesto in discorso è connotata anche da un'elevatissima specializzazione.
Nell'applicazione della norma da parte delle istituzioni nazionali si dovrà, pertanto, dare una precisa dimostrazione dell'esistenza di un'eventuale "logica di gruppo" in esecuzione della quale i soggetti sottoposti a possibile divieto si muovono in rapporto alle entità russe o, addirittura, della riconducibilità definitiva a queste ultime dell'attività dell'impresa diretta, o nel suo concreto operare, nella sua programmazione o nei suoi frutti, con sostanziale svuotamento delle competenze degli amministratori e dei soci e conseguente conduzione dell'attività a vantaggio dell'entità dirigente[64].
Questo, secondo l'idea che la direzione sia una situazione dinamica, che vada oltre l'esercizio di diritti sociali, o da cui sorga la nascita di una situazione di potere effettivo e sistematico (sia esso di base fattuale o giuridico-formale) all'interno della

[63] Per tutti si rinvia a Cons. st., sez. V, sent. 9 gennaio 2024, n. 295, secondo cui: "*In presenza di clausole ambigue o di dubbio significato della lex specialis delle procedure di evidenza pubblica, in ossequio al principio del favor partecipationis – che sottende anche l'interesse pubblico al massimo dispiegarsi del confronto concorrenziale, inteso all'individuazione dell'offerta maggiormente vantaggiosa e conveniente per l'Amministrazione appaltante – deve privilegiarsi l'interpretazione che favorisca l'ammissione alla gara piuttosto che quella che la ostacoli*".

[64] Si dovrà cioè verificare la presenza di un abuso della personalità giuridica, al ricorrere del quale potrà scattare la sanzione. In casi fisiologici, invece, il velo della stessa non sarà strappato.

ISSN 2036-7821

gestione di più attività di impresa coordinate verso uno scopo unitario[65].
E' logico che ciò imporrà ai procedimenti un'istruttoria molto rigorosa condotta d'ufficio sugli aspetti centrali dell'operato dei soggetti, anche perché non solo non esiste una definizione univoca di direzione, ma essa può apprezzarsi esclusivamente in forza di elementi fattuali e non di un'analisi giuridico-formale.
Un simile aggravio pare opportuno per controbilanciare la limitazione alle garanzie partecipative, in modo legittimo assolutamente poco coerenti con provvedimenti sanzionatori come quelli qui in discorso[66], e sottolinea la necessità della pienezza dell'istruttoria come valore per la P.A. per arrivare alla migliore decisione possibile, cioè a quella presa in considerazione di tutti gli elementi di fatto e di diritto.
Ovviamente, ad un'istruttoria particolarmente approfondita deve corrispondere anche una motivazione adeguata e diffusa sul perché un soggetto costituisca la *longa manus* dell'altro.
Resta inteso che la P.A. non dovrà dimostrare (per restare al caso oggetto dell'ordinanza di rimessione) oltre ogni ragionevole dubbio la presenza di un'attività di direzione, ma potrà limitarsi ad evidenziare gli elementi che ne rendano probabile al 50,1% l'esistenza.
Solo così si permetterà al G.A. un sindacato effettivo.
Il livello di attenzione, da cui dovranno essere connotati - sia nel loro farsi che nel loro contenuto - i provvedimenti in discorso, costituirà infatti anche la migliore garanzia possibile in sede giurisdizionale, con possibilità di recupero di eventuali aspetti di non piena chiarezza attraverso ordinanza istruttorie.
Dato che l'eccesso di potere acquista centralità nella contestazione di simili decisioni amministrative, diverrà solo in questo possibile con *chance* di successo contestare le figure sintomatiche del difetto di motivazione, del difetto di istruttoria e del travisamento dei presupposti di fatto o di diritto.
Altrimenti, la P.A. godrà in modo improprio di un ampio margine di insindacabilità[67], rischio acuito da un certo *self restraint* del G.A. nel censurare le scelte del Comitato[68].

---

[65] P. MONTALENTI, *Direzione cit.*

[66] La necessità che anche queste vicende restino connotate da garanzie sia in fase procedurale che processuale è sottolineata con forza (ed in modo condivisibile) da L. CUPAIOLI, *Il congelamento cit.*, § 4, p- 724-733. L'Autore si mostra particolarmente attento alla pericolosità della disciplina e propone che il privato partecipi al procedimento. Non si ritiene di poter accogliere questo suggerimento, benché animato da un condivisibile spirito garantista: in questi casi, la partecipazione comporta il rischio dell'evaporazione dei beni sottoponibili a congelamento e dell'inutilità della misura.

[67] Il pericolo di una simile deriva è evidenziato da L. CUPAIOLI, *Il congelamento cit.*, p. 732, che propone come rimedio il riferimento ai parametri elaborati dal Giudice europeo sulla fondatezza e non sulla mera verosimiglianza dei motivi alla base del *listing* approfondimento che permette un esame anche nel merito delle scelte delle Istituzioni.

[68] Particolarmente significativa di tale atteggiamento è T.A.R. Roma, sez. II, sent. 22 marzo 2023, n. 5011, inerente ad una misura di congelamento adottata in esecuzione di quanto disposto dal Consiglio di sicurezza

ISSN 2036-7821

Ma proprio questo pericolo deve essere scongiurato al fine di distinguere tra Stato di diritto e Stato di potenza.

ONU. In questo caso, nemmeno la morte del listato è stata ritenuta sufficiente a far venir meno la sussistenza dell'interposizione.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Tanto rumore per nulla? E se il referendum sulla legge in tema di autonomia differenziata (n.86 del 2014) fosse costituzionalmente illegittimo?

di Fabrizio Giulimondi

(Preside del Collegio di scienze giuridiche di Lublino della Nicolaus Copernicus Superior School di Varsavia)

Sommario

1. Overture – 2. Autonomia differenziata – 3. Antecedenti ordinamentali- 4. Funzione legge 86/2024- 5. Ripercussioni ordinamentali- 6. Riflessioni dubitative sul referendum – 7. Conclusioni

Abstract

The reform of Title V implemented by Constitutional Law 3/2001 has, among other things, introduced the so-called "differentiated autonomy" with the radical amendment of Article 116 of the Constitution. After years of procedural "experiments" that have seen many Regions (including, primarily, Lombardy, Veneto and Emilia-Romagna) request the activation of Article 116, paragraph 3, of the Constitution, Parliament has recently approved Law 86/2024 regulating in detail the procedure that Regions with ordinary statutes must follow to obtain additional competences (all those with concurrent legislative power and some of those with exclusive legislative power of the State). The political and institutional debate that arose following the approval of the law is leading to the request for its repeal by referendum, promoted through the collection of signatures and at the instigation of five Regions. This publication first carefully analyses what differentiated autonomy is, why the promulgation of law 86/2024 was reached and, finally, what the repercussions are on the dual regional system, comparing the Italian one with the Spanish one, and then addresses the issue of the probable constitutional illegitimacy of the possible abrogative referendum of the law in question..

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

ISSN 2036-7821

1. Overture.

Il diritto è certo (o tale dovrebbe essere), la politica girovaga ed in eterna contraddizione con se stessa.

Materia del contendere: la legge 26 giugno 2024, n. 86[1] (legge c.d. Calderoli), recante disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario, ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione.

I partiti di opposizione e le Regioni - a statuto ordinario e speciale[2] - guidate dagli stessi, sono mobilitati (i primi) per la raccolta di 500,000 firme (numero, invero, già superato) per la celebrazione del referendum abrogativo della cennata legge e (le seconde) per la richiesta di detta indizione[3].

L'obiettivo della presente ricerca è verificare se questo eventuale referendum sia costituzionalmente legittimo oppure sia ascrivibile, seppur in via implicita, nell'ambito di applicazione dell'art. 75, comma 2, Cost. e, pertanto, fra le ipotesi di sua esclusione. Per approdare nel modo più rigoroso possibile a questa verifica occorre analizzare i seguenti quattro passaggi.

Il primo: cosa sia l'autonomia differenziata, introdotta nel 2001 in Costituzione.

Il secondo: quali antecedenti ordinamentali abbiano condotto alla legge sulla autonomia differenziata.

Il terzo: quali ripercussioni ordinamentali comporti tale novella.

Il quarto, e centrale: se il referendum abrogativo della normativa in esame sia costituzionalmente legittimo.

2. Autonomia differenziata.

---

[1] Pubbl. in GURI, s. g., n.150 del 28.06.2024, entrata in vigore il 13.07.2024.

[2] Le Regioni a statuto speciale non sono in nulla coinvolte dalla legge 86/2024, bensì sono interessate dai cambiamenti introdotti dalla riforma del Titolo V della Costituzione, in forza dell'art. 10 l. cost. n. 3 del 18.10.2001 ("*Sino all'adeguamento dei rispettivi statuti, le disposizioni della presente legge costituzionale si applicano anche alle Regioni a statuto speciale ed alle province autonome di Trento e di Bolzano per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite*"), norma che consente alle Regioni a statuto speciale di chiedere la fruizione delle modifiche – se migliorative- introdotte dalla citata legge costituzionale, in particolar modo, dell'art. 116, comma 3, Cost, così come introdotto dall'art. 2 l.cost.3/2001, qualora compatibile con i propri statuti regionali.

[3] Segnatamente Campania, Puglia, Sardegna, Toscana e Emilia-Romagna, ai sensi dell'art. 75, comma 1, Cost, stanno collaborando per la richiesta congiunta del referendum: Il Consiglio campano, nella seduta dell'8.07.2024, ha approvato due delibere (n. 1 e n. 2 del 2024) riguardanti rispettivamente una richiesta di referendum per l'abrogazione totale e una per l'abrogazione parziale della legge 86/2024; i Consigli regionali delle altre quattro Regioni hanno approvato richieste analoghe: l'Emilia-Romagna le deliberazioni n. 185 e 186 del 10.07.2024, pubbl. in BUR n. 234 del 15.07.2024; la Toscana le deliberazioni n. 48 e n. 49 del 16.07.2024, pubbl. in BUR n. 37 del 22.07.2024; la Sardegna le mozioni n. 7 e n. 8, approvate nella seduta del 17.07.2024; la Puglia le deliberazioni n. 127 e 128 del 23.07.2024 (non ancora pubblicate); altresì, Campania, Puglia, Sardegna e Toscana hanno presentato in aggiunta ricorso alla Corte per conflitto di attribuzioni, a mente dell'art. 127, comma 2, Cost., sempre avente ad oggetto la legge 86/2014: Campania, D.g.r. n. 403 del 25.07.2024; Toscana, D.g.r. n. 923 del 29.07.2024; Puglia, D.g.r. n.1121 del 5.08.2024; Sardegna, D.g.r. del 21.08.2024 (cfr. Camera dep., Doc.parl., Autonomie territoriali e finanza locale, *Le Regioni e l'autonomia differenziata*, 29.08.2024, in "https://temi.camera.it/leg19/temi/19_tl18_regioni_e_finanza_regionale.html".

ISSN 2036-7821

La legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3, ha modificato, riformulato ed integrato il Titolo V della Costituzione, legge costituzionale entrata in vigore dopo lo svolgimento del referendum confermativo del 7 ottobre 2001 che validò quanto stabilito dal Parlamento (maggioranza centro-sinistra; Governo Amato 25 aprile 2000 - 11 giugno 2001) con il 64,2% di voti favorevoli e il 35,8% contrari.

L'art. 2, l. cost. 3/2001, ha operato una sostituzione dell'art. 116 Cost. – costituito originariamente da un solo comma che riconosceva la qualifica di Regioni a statuto speciale alla Sicilia, alla Sardegna, alla Valle d'Aosta, al Trentino-Alto Adige e al Friuli-Venezia Giulia – con un testo composto da tre commi, di cui il terzo ha introdotto la c.d. autonomia differenziata: "*Ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo alle lettere l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s), possono essere attribuite ad altre Regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 119. La legge è approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata*".

La disposizione è volta a dare la possibilità alle Regioni a statuto ordinario di poter legiferare e gestire in chiave amministrativa e finanziaria materie rientranti fra quelle a potestà legislativa concorrente, di cui all'art. 117, comma 3, Cost., e quelle afferenti alla organizzazione della giustizia di pace (art. 117, comma 2, lett. l, Cost.), alla istruzione (art. 117, comma 2, lett. n, Cost.) e alla tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali (art. 117, comma 2, lett. s, Cost.).

Nel primo caso (art. 117, comma 3, Cost) la Regione potrà legiferare ed amministrare in via esclusiva su materie di potestà legislativa concorrente Stato-Regione.

Nelle ipotesi di cui art. 117, comma 2, lett. l), limitatamente alla organizzazione della giustizia di pace, e lett. n) ed s), la potestà legislativa esclusiva passa da quella dello Stato a quella della Regione.

La Regione che chiede la c.d. autonomia differenziata, laddove la riceva, vede accresciute in modo considerevole le proprie competenze.

La Regione, pertanto, deve "dimostrare" di essere in grado di poter supportare questo ingigantimento di carico di lavoro, in termini di efficienza, risorse umane, strutture, esperienza, *know how*, capacità gestionale, organizzativa, finanziaria ed amministrativa, qualità della classe dirigente, nel rispetto dei principi costituzionali (ex art. 118 Cost) di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione, e unionali di sussidiarietà e proporzionalità (ex art. 5, par.3, TUE e protocollo n. 2). Il problema non riguarda certamente l'incremento del numero di leggi che il Consiglio regionale dovrà approvare, ma il ragguardevole aumento delle materie di propria competenza

ISSN 2036-7821

(venti[4] appartenenti alla potestà legislativa concorrente ex art 117, comma 3, Cost; tre ascrivibili alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, di cui all'art. 117, comma 2, lett. l) limitatamente alla organizzazione della giustizia di pace, lett. n) e lett. s), Cost.).

L'art. 116, comma 3, Cost. non regola partitamente la procedura che origina dalla volontà della Regione di vedersi attribuite alcune ulteriori responsabilità, terminando con la loro effettiva assegnazione, ma dispone soltanto alcune prescrizioni di ampio respiro sui momenti fondamentali del procedimento:

1) *"iniziativa della Regione interessata"*: come?
2) *"sentiti gli enti locali"*: come?
3) *"con legge dello Stato, approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di una intesa fra lo Stato e la Regione interessata"*: il Parlamento è vincolato a fare propria l'intesa? Può emendarla? Può non approvarla? Che natura ha l'intesa? È simile allo strumento previsto dall'art. 8, comma 3, Cost. per le confessioni religiose acattoliche, oppure è altra cosa? Il disegno di legge è presentato dal Governo o dalla Regione interessata o da entrambi?

Questo vuoto di disciplina di una specifica procedura che chiarisca le puntuali modalità affinché una Regione ottenga maggiori competenze (concorrenti e/o afferenti alla potestà esclusiva dello Stato) è stato riempito dalle dinamiche ordinamentali realizzatisi in questi ultimi anni.

3. Antecedenti ordinamentali.

Le Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna[5] hanno fatto da nave scuola in merito all'applicazione dell'art. 116, comma 3, Cost.

---

[4] Rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni; commercio con l'estero; tutela e sicurezza del lavoro; istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; professioni; ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi; tutela della salute; alimentazione; ordinamento sportivo; protezione civile; Governo del territorio; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; ordinamento della comunicazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; previdenza complementare e integrativa; coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali; casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale.

[5] Per un *excursus* articolato e *funditus* sulle questioni sul tappeto riguardanti la volontà rafforzativa della propria autonomia normativa, amministrativa, gestionale, organizzativa e finanziaria, da parte di alcune Regioni, cfr. C.Tubertini, *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord: una differenziazione solidale?*", in AA.VV., "Secessionismi. Autonomismi. Federalismi. Frammenti di una rosa olografica, Contributi alle Giornate di studio, Università G.D'Annunzio, Chieti/Pescara, 28.02.-2.03.2018", G.Bellomo, M.Ferrara, F.Masci, M.Salerno (cur.), in "Federalismi", 2018, 7, pp. 318-335; D.Girotto, *L'autonomia differenziata delle Regioni ordinarie: possibilità e limiti*, *ibidem*, pp. 336-350; E.Catelani, *La tutela dei diritti sociali fra Europa, Stato e Autonomie locali. I rischi della differenziazione*, *ibidem*, pp. 29-52.

ISSN 2036-7821

La prima già aveva provato ad ottenere più spazi di autonomia anche se il vero tentativo è stato compiuto a seguito della introduzione della autonomia differenziata con la riforma del Titolo V della Costituzione nel 2001.
Il 3 aprile 2007[6] il Consiglio regionale della Lombardia approva una risoluzione che impegna il Presidente della Giunta regionale ad avviare un confronto con il Governo in questa direzione.
L'iniziativa lombarda per una maggiore autonomia, dopo una lunga interruzione dovuta alle criticità incontrate nel confronto con il livello nazionale, si riavvia nel 2013, sfociando nel 2015 nell'approvazione di quattro Deliberazioni del Consiglio Regionale[7], di cui quella numerata 638 è espressamente finalizzata alla promozione del referendum consultivo per "sondare" la comunità lombarda sulla volontà delle Istituzioni regionali di ottenere maggiore autonomia.
Il 24 luglio 2017 il Presidente della Giunta della Lombardia firma il Decreto n. 745[8] di indizione del referendum che si svolgerà il 22 ottobre 2017, insieme a quello veneto.
Anche il Veneto ha vissuto una stagione travagliata nel tentativo di ricevere maggiori competenze da dover gestire in sede normativa, amministrativa e gestionale.
Con la risoluzione n. 44, presentata il 5 ottobre 2012 e approvata in data 28 novembre 2012, il Consiglio regionale del Veneto, in forza della deliberazione n. 145, ha incaricato il Presidente della Giunta e del Consiglio regionale di avviare urgentemente le relazioni con le Istituzioni della UE e dell'Onu per garantire una consultazione referendaria "*al fine di accertare la volontà del popolo veneto in ordine alla propria autodeterminazione sino alla dichiarazione di indipendenza*"[9].
Successivamente, l'Assemblea veneta ha approvato due leggi regionali: la l.reg. 19 giugno 2014, n. 15 ("Referendum consultivo sull'autonomia del Veneto")[10] e la l.reg. 19 giugno 2014, n. 16 ("Indizione del referendum consultivo sull'indipendenza del Veneto")[11]. Impugnate entrambe, sono state oggetto della decisione della Consulta n.

[6] Regione Lombardia, D.c.r. 3.04.2007, n. VIII/367, "*Risoluzione concernente l'iniziativa per l'attribuzione alla regione Lombardia di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, Cost*.", pubbl. in BUR, s.o., n. 17 del 23.07.2007.

[7] Regione Lombardia, D.c.r. 17.02.2015, nn. 635/636/637/638, rispettivamente "*Ordine del giorno concernente la realizzazione del referendum consultivo con modalità elettroniche di voto*"; "*Ordine del giorno concernente l'avvio del confronto con il Governo per definire l'intesa per ottenere ulteriori forme e condizioni di autonomia e individuazione delle materie oggetto del confronto*"; "*Ordine del giorno concernente le materie oggetto dell'intesa tra lo Stato e Regione Lombardia*" e "*Indizione di referendum consultivo concernente l'iniziativa per l'attribuzione a Regione Lombardia di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione*", pubbl. in BUR, s.o., n. 9 del 24 .02.2015.

[8] Pubbl. in Regione Lombardia, BUR, s.o., n. 30 del 27.07.2017.

[9] V.https://www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=28554&dpath=document&dfile=19012015175402.pdf&content=ITALIA%2BVENETO%2B1%2E1%2Brisoluzione%2B44%2Bdel%2B2012%2Bconsiglio%2Bregionale%2Bveneto%2Bindipendenza%2B%2D%2Bregioni%2B%2D%2Bdocumentazione%2B%2D%2B.

[10] Pubbl. in Regione Veneto, BUR, s.o., n. 62 del 24 giugno 2014.

[11] Pubbl.in Regione Veneto, BUR, s.o., n. 62 del 24 giugno 2014.

ISSN 2036-7821

118/2015[12] che ha dichiarato costituzionalmente illegittima la seconda normativa e quattro quesiti su cinque della prima. Il primo quesito[13] della legge 15 del 2014 è stato ammesso dalla Consulta – consentendo così il voto consultivo referendario del 22 ottobre 2017 – poiché esso, riproducendo il testo dell'art. 116, comma 3, Cost., deve essere interpretato nel senso che le "*ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia*" si possono applicare solo alle materie previste dallo stesso art. 116, comma 3, Cost. Il referendum, di conseguenza, non viola alcuna disposizione neanche dal punto di vista procedurale, in quanto viene a collocarsi "*in una fase anteriore ed esterna*" rispetto all'iter ivi previsto, che potrà svolgersi inalterato dopo la sua celebrazione. Quest'ultima è avvenuta – come poc'anzi detto -, insieme al referendum lombardo, il 22 ottobre 2017, convocato dal Presidente della Giunta veneta con decreto del 24 aprile 2017, n. 50[14].

A seguito della favorevole conclusione dei due referendum lombardo-veneti[15], il Governo si è adoperato per elaborare un testo condiviso, istituendo un tavolo per addivenire ad una intesa fra esso stesso e i rappresentanti delle Regioni coinvolte, che nel frattempo erano divenute tre, aggiungendosi l'Emilia-Romagna, Regione che ha seguito un percorso diverso, particolarmente articolato ma privo della fase referendaria.

L'Assemblea dell'Emilia-Romagna ha approvato la Risoluzione n. 5321 del 3 ottobre 2017,[16], che impegnava la Giunta a prendere iniziative per la stipula di un accordo con il Governo volto ad ottenere da quest'ultimo maggiori competenze entro il perimetro delimitato dal terzo comma dell'art. 116, Cost; la volontà di maggiore autonomia è stata confermata e rafforzata con la Risoluzione assembleare n. 5600 del 14 novembre 2017[17]. Il Presidente della Giunta regionale emiliano-romagnola ed il Presidente del Consiglio hanno sottoscritto una Dichiarazione di intenti il 18 ottobre 2017[18] in preparazione dell'avvio del negoziato avvenuto il 9 novembre 2017.

---

[12] Corte cost., sent., n. 115 del 29.4.2015-25.6.2015, Criscuolo (Pres.), Cartabia (est), pubbl. in GURI, s.spec., n. 150 del 1.7.2015.

[13] "*Vuoi che alla Regione del Veneto siano attribuite ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia*?" (ex. art.2, comma 1, n.1), l.reg. 15/2014, V. nt.10).

[14] Pubbl. in Regione Veneto, BUR, s.o., n. 52 del 26 maggio 2017.

[15] Veneto: favorevoli 97,6%, contrari 1,9%; Lombardia: favorevoli 95,29%, contrari 3,95%.

[16] "*Risoluzione per l'avvio del procedimento finalizzato alla sottoscrizione dell'Intesa con il Governo per il conseguimento di 'ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia' ai sensi dell'articolo 116, comma terzo, della Costituzione*", pubbl. in Regione Emilia-Romagna, BUR, s.o., n.279 del 18.10.2017.

[17] "*Risoluzione per impegnare la Giunta a proseguire, anche alla luce del lavoro avviato con la Regione Lombardia, nel percorso di individuazione degli oggetti di differenziazione ai sensi dell'art. 116 Cost., a definire, mediante un confronto nelle Commissioni assembleari, eventuali ulteriori competenze, nonché a rassegnare all'Assemblea, con cadenze periodiche, gli esiti del negoziato con il Governo, ottenendo il mandato definitivo dall'Assemblea prima della sottoscrizione finale*", pubbl. in Regione Emilia-Romagna, BUR, s.o., n. 320 del 29.11.2017.

[18] V. https://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato9104456.pdf.

ISSN 2036-7821

Gli accordi fra le tre Regioni ed il Governo sono stati firmati in data 28 febbraio 2018[19], non portando però ad alcunché poiché la XVII legislatura era al suo tramonto[20].

È opportuno sottolineare che anche altre Regioni a statuto ordinario (ricordando che quelle a statuto speciale non sono coinvolte dalla legge 86/2024) hanno compiuto iniziative – ognuna con modalità l'una diversa dall'altra - volte ad "attivare" l'art. 116, comma 3, Cost., anche se sono rimaste ad una forma embrionale.

Come riporta un dossier del febbraio 2019[21] del servizio studi del Senato, sette Regioni (Campania, Liguria, Lazio, Marche, Piemonte, Toscana e Umbria) «*hanno formalmente conferito al Presidente l'incarico di chiedere al Governo l'avvio delle trattative per ottenere ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia*»; mentre altre tre Regioni (Basilicata, Calabria e Puglia) hanno «*assunto iniziative preliminari (consistenti nell'approvazione di atti di indirizzo) senza tuttavia giungere ad una formale approvazione di un mandato*».

Entrata in vigore la legge 86/2024, anche Lombardia, Veneto, Piemonte e Liguria hanno avviato interlocuzioni al riguardo[22].

Soffermiamoci ancora sul periodo antecedente alla ideazione, approvazione e pubblicazione della normativa in parola.

Alla luce delle vicende che hanno riguardato la Lombardia, il Veneto e l'Emilia-Romagna, ma anche le altre Regioni menzionate nel dossier parlamentare, appare evidente che ogni Regione ha interpretato in modo autonomo il percorso più efficace per usufruire dell'art. 116, terzo comma, Cost. Come già messo in luce, questa disposizione, come altri dettami costituzionali, detta per grandi linee i passaggi che debbono essere rispettati per addivenire al risultato proposto dal Legislatore, abbisognando di una o più leggi ordinarie per specificare i dettagli delle procedure e delle regole cui ottemperare.

---

[19] V. https://www.affariregionali.it/comunicazione/notizie/2018/giugno/autonomia-differenziata-accordi-preliminari-con-le-regioni-emilia-romagna-lombardia-e-veneto.

[20] Il neo nominato Presidente del Consiglio, prof. Giuseppe Conte, durante il suo discorso programmatico tenuto il 5.06.2018 dinnanzi al Senato della Repubblica in sede di conferimento della fiducia, si è espresso a favore di "*negoziati tra Stato e Regioni*", precisando che sarà fatto "*di tutto per assecondare e non ostacolare questi processi in atto e la possibilità per alcune regioni di conseguire un regime di maggiore autonomia, tanto più che questi percorsi hanno una base di legittimazione in istituti di democrazia diretta*", in https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=18&id=1067706&part=doc_dc-ressten_rs.

[21] Senato della Repubblica, Servizio studi, *Il processo di attuazione del regionalismo differenziato*, dossier, febbraio 2019, n.104, in "https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01103442.pdf#page=7".

[22] Come emerso durante l'informativa del Ministro per gli Affari regionali e le Autonomie, sen. Roberto Calderoli, durante il Consiglio dei ministri del 26.7.2024, concernente l'attuazione della legge n. 86 del 2024 in tema di autonomia differenziata, in "https://www.governo.it/it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-90/26307".

ISSN 2036-7821

4. Funzione legge 86/2024.

La legge 86/2024 adempie a questa funzione: individuare organi, tempistiche, pareri e atti endoprocedimentali, obblighi preliminari da seguire, direttive da rispettare per giungere al lido indicato dal disposto costituzionale: l'attribuzione di nuove competenze all'interno di un determinato perimetro costituzionale.

L'art. 2 ("Procedimento di approvazione delle intese fra Stato e Regione")[23] e l'art. 3[24] ("Delega al Governo per la determinazione dei LEP ai fini dell'attuazione

[23] Art. 2 ("Procedimento di approvazione delle intese fra Stato e Regione"), l. 86/2024: "1. L'atto di iniziativa relativo alla richiesta di attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, è deliberato dalla Regione, sentiti gli enti locali, secondo le modalità e le forme stabilite nell'ambito della propria autonomia statutaria. L'atto è trasmesso al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro per gli affari regionali e le autonomie che, acquisita entro sessanta giorni la valutazione dei Ministri competenti per materia e del Ministro dell'economia e delle finanze, anche ai fini dell'individuazione delle necessarie risorse finanziarie da assegnare ai sensi dell'articolo 14 della legge 5 maggio 2009, n. 42, avvia il negoziato con la Regione richiedente ai fini dell'approvazione dell'intesa di cui al presente articolo. Decorso il predetto termine, il Presidente del Consiglio dei ministri o il Ministro per gli affari regionali e le autonomie avvia comunque il negoziato che, con riguardo a materie o ambiti di materie riferibili ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 3, è svolto per ciascuna singola materia o ambito di materia. Ai fini dell'avvio del negoziato, il Presidente del Consiglio dei ministri o il Ministro per gli affari regionali e le autonomie tiene conto del quadro finanziario della Regione. Prima dell'avvio del negoziato il Presidente del Consiglio dei ministri o il Ministro per gli affari regionali e le autonomie da lui delegato informa le Camere e la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano dell'atto di iniziativa. 2. L'atto o gli atti di iniziativa di ciascuna Regione possono concernere una o più materie o ambiti di materie e le relative funzioni. Al fine di tutelare l'unità giuridica o economica, nonché di indirizzo rispetto a politiche pubbliche prioritarie, il Presidente del Consiglio dei ministri, anche su proposta del Ministro per gli affari regionali e le autonomie o dei Ministri competenti per materia, può limitare l'oggetto del negoziato ad alcune materie o ambiti di materie individuati dalla Regione nell'atto di iniziativa. 3. Lo schema di intesa preliminare negoziato tra Stato e Regione, corredato di una relazione tecnica redatta ai sensi dell'articolo 17 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, anche ai fini di cui all'articolo 9, è approvato dal Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per gli affari regionali e le autonomie. Alla riunione del Consiglio dei ministri partecipa il Presidente della Giunta regionale interessata. 4. Lo schema di intesa preliminare di cui al comma 3 è immediatamente trasmesso alla Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, per l'espressione del parere, da rendere entro sessanta giorni dalla data di trasmissione. Dopo che il parere è stato reso dalla Conferenza unificata e comunque decorso il relativo termine, lo schema di intesa preliminare è immediatamente trasmesso alle Camere per l'esame da parte dei competenti organi parlamentari, che si esprimono con atti di indirizzo, secondo i rispettivi regolamenti, entro novanta giorni dalla data di trasmissione dello schema di intesa preliminare, udito il Presidente della Giunta regionale interessata. 5. Il Presidente del Consiglio dei ministri o il Ministro per gli affari regionali e le autonomie, valutato il parere della Conferenza unificata e sulla base degli atti di indirizzo di cui al comma 4 e comunque una volta decorso il termine di novanta giorni, predispone lo schema di intesa definitivo al termine di un ulteriore negoziato, ove necessario. Il Presidente del Consiglio dei ministri, ove ritenga di non conformarsi in tutto o in parte agli atti di indirizzo di cui al comma 4, riferisce alle Camere con apposita relazione, nella quale fornisce adeguata motivazione della scelta effettuata. Lo schema di intesa definitivo è trasmesso alla Regione interessata, che lo approva secondo le modalità e le forme stabilite nell'ambito della propria autonomia statutaria, assicurando la consultazione degli enti locali. Entro quarantacinque giorni dalla data della comunicazione dell'approvazione da parte della Regione, lo schema di intesa definitivo, corredato di una relazione tecnica redatta ai sensi dell'articolo 17 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, anche ai fini del rispetto dell'articolo 9, comma 1, su proposta del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, è deliberato dal Consiglio dei ministri. 6. Con lo schema di intesa definitivo, il Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro

ISSN 2036-7821

per gli affari regionali e le autonomie, delibera un disegno di legge di approvazione dell'intesa, che vi è allegata. Alla seduta del Consiglio dei ministri per l'esame dello schema di disegno di legge e dello schema di intesa definitivo partecipa il Presidente della Giunta regionale interessata. 7. L'intesa definitiva, dopo l'approvazione del Consiglio dei ministri, è immediatamente sottoscritta dal Presidente del Consiglio dei ministri e dal Presidente della Giunta regionale. 8. Il disegno di legge di cui al comma 6, cui è allegata l'intesa, è immediatamente trasmesso alle Camere per la deliberazione, ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione.".

[24] Art. 3 ("Delega al Governo per la determinazione dei LEP ai fini dell'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione"), l. 86/2024: "1. Ai fini dell'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, per l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (LEP), il Governo è delegato ad adottare, entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi, sulla base dei principi e criteri direttivi di cui all'articolo 1, commi da 791 a 801-bis, della legge 29 dicembre 2022, n. 197. 2. I decreti legislativi di cui al comma 1 sono adottati su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, di concerto con i Ministri competenti e previa acquisizione del parere della conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281. Gli schemi di ciascun decreto legislativo sono successivamente trasmessi alle Camere per l'espressione dei pareri da parte delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per i profili finanziari, che si pronunciano entro il termine di quarantacinque giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale il decreto legislativo può essere comunque adottato. Ove il parere delle Commissioni parlamentari indichi specificamente talune disposizioni come non conformi ai principi e criteri direttivi di cui al presente articolo, il Governo, qualora non intenda conformarsi ai pareri parlamentari, trasmette nuovamente i testi alle Camere con le sue osservazioni e con eventuali modificazioni, corredate dei necessari elementi integrativi di informazione e motivazione. Le Commissioni competenti per materia e per i profili finanziari possono esprimersi sulle osservazioni del Governo entro il termine di venti giorni dall'assegnazione, decorso il quale il decreto legislativo può essere comunque emanato. 3. Nelle materie di cui all'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, i LEP sono determinati nelle materie o negli ambiti di materie seguenti: a) norme generali sull'istruzione; b) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali; c) tutela e sicurezza del lavoro; d) istruzione; e) ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi; f) tutela della salute; g) alimentazione; h) ordinamento sportivo; i) governo del territorio; l) porti e aeroporti civili; m) grandi reti di trasporto e di navigazione; n) ordinamento della comunicazione; o) produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; p) valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali. 4. I decreti di cui al presente articolo definiscono le procedure e le modalità operative per monitorare l'effettiva garanzia in ciascuna Regione dell'erogazione dei LEP in condizioni di appropriatezza e di efficienza nell'utilizzo delle risorse, nonché la congruità tra le prestazioni da erogare e le risorse messe a disposizione. Per ciascuna delle Regioni che hanno sottoscritto intese ai sensi dell'articolo 2, in relazione alle materie o agli ambiti di materie oggetto di intesa, l'attività di monitoraggio è svolta dalla Commissione paritetica di cui all'articolo 5, comma 1, sulla base di quanto previsto dalle rispettive intese. La Commissione paritetica riferisce annualmente sugli esiti del monitoraggio alla Conferenza unificata. 5. La Conferenza unificata, sulla base degli esiti del monitoraggio effettuato ai sensi di quanto previsto dal comma 4, adotta, sentito il Presidente della Regione interessata, le necessarie raccomandazioni alle Regioni interessate al fine di superare le criticità riscontrate. E' in ogni caso fatto salvo l'esercizio del potere sostitutivo del Governo ai sensi dell'articolo 120, secondo comma, della Costituzione. 6. Il Ministro per gli affari regionali e le autonomie trasmette una relazione annuale alle Camere sull'esito delle procedure di monitoraggio di cui al presente articolo. 7. I LEP possono essere aggiornati periodicamente in coerenza e nei limiti delle risorse finanziarie disponibili, anche al fine di tenere conto della necessità di adeguamenti tecnici prodotta dal mutamento del contesto socioeconomico o dall'evoluzione della tecnologia, con decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta dei Ministri competenti, di concerto con il Ministro per gli affari regionali e le autonomie e il Ministro dell'economia e delle finanze. I decreti di cui al primo periodo sono adottati solo successivamente o contestualmente all'entrata in vigore dei provvedimenti legislativi che stanziano le occorrenti risorse finanziarie. Sugli schemi di decreto è acquisito il parere della Conferenza unificata, da rendere entro venti giorni, decorsi i quali gli stessi schemi di decreto sono trasmessi alle Camere per il relativo parere da parte delle

ISSN 2036-7821

dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione"), legge 86/2024, sono paradigmatici in tal senso e tracciano in modo stringente e dettagliato il selciato da calpestare.

Mi sia consentita una ovvietà: la legge 86/2024 non fornisce alcun soffio vitale alla c.d. autonomia differenziata - introdotta con la riforma del Titolo V nel 2001 –, limitandosi a dettare una serrata procedura per sciogliere i nodi su *qui, quid, ubi, quo pacto, quare, quo modo, quando* acquisire le nuove attribuzioni. Il Legislatore ha risposto in tale stregua ai quesiti posti qualche pagina fa.

È la Regione, previa consultazione degli Enti locali secondo le modalità stabilite dal proprio Statuto, a deliberare la richiesta per ottenere ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia. Preliminarmente occorre raggiungere una intesa fra la Regione e il Governo, con una puntuale individuazione da parte del Legislatore delle figure istituzionali a ciò vocate e delle tempistiche degli atti, inclusa l'attività consultiva, da compiere.

Lo schema di intesa base può essere fatto oggetto di emendamenti ad opera della Conferenza unificata e delle Commissioni parlamentari competenti, per poi essere approvato dal Consiglio regionale e, divenuto definitivo[25] con la firma del Presidente della Giunta regionale, fatto proprio dal disegno di legge presentato dal Governo. Il disegno di legge governativo unitamente alla intesa definitiva ad esso correlato vengono presentati al Parlamento per l'esame. I due rami potranno approvarli a maggioranza assoluta (o non approvarli) ma solo nella loro interezza, senza poter esercitare alcuna azione emendativa, avendola già portata avanti nella fase preliminare, istruttoria e valutativa.

Uno o più decreti legislativi provvederanno al trasferimento di funzioni e risorse, previa, però, obbligatoria determinazione dei L.E.P. (Livelli Essenziali delle Prestazioni), di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., sempre in virtù di decreti

---

Commissioni parlamentari competenti per materia e per i profili finanziari, che deve essere espresso nel termine di trenta giorni, decorso il quale i decreti possono essere adottati. 8. Sulla base delle ipotesi tecniche formulate dalla Commissione tecnica per i fabbisogni standard, secondo le modalità di cui all'articolo 1, commi 793 e 796, della legge 29 dicembre 2022, n. 197, i costi e fabbisogni standard sono determinati e aggiornati con cadenza almeno triennale con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri. 9. Nelle more dell'entrata in vigore dei decreti legislativi di cui al presente articolo, ai fini della determinazione dei LEP, continua ad applicarsi l'articolo 1, commi da 791 a 801-bis, della legge 29 dicembre 2022, n. 197. 10. E' fatta salva la determinazione dei LEP e dei relativi costi e fabbisogni standard, svolta ai sensi dell'articolo 1, commi da 791 a 801-bis, della legge 29 dicembre 2022, n. 197, alla data di entrata in vigore dei decreti legislativi di cui al presente articolo. 11. Qualora, successivamente alla data di entrata in vigore della legge di approvazione dell'intesa, in materie oggetto della medesima, i LEP, con il relativo finanziamento, siano modificati o ne siano determinati ulteriori, la Regione e gli enti locali interessati sono tenuti all'osservanza di tali LEP nel rispetto dell'articolo 119, quarto comma, della Costituzione.".

[25] Le intese possono durare fino a 10 anni e essere rinnovate o revocate dallo Stato, ma con un preavviso di almeno 12 mesi.

ISSN 2036-7821

legislativi ed entro ventiquattro mesi, al fine di garantire *standard* minimi dei servizi che incidono sui diritti civili e sociali su tutto il territorio nazionale.

5. Ripercussioni ordinamentali.

L'impatto dell'immissione della autonomia differenziata nella dimensione relazionale fra lo Stato e le Regioni non è di poco momento, in quanto muterà - e radicalmente- il consolidato regime del c.d. "regionalismo duale".

Il c.d. "regionalismo duale" come lo abbiamo conosciuto sino alla introduzione del terzo comma dell'art. 116 della Costituzione, in realtà, non esiste più.

La demarcazione fra Regioni a statuto ordinario e Regioni a statuto speciale è sempre più eterea, per dirla con il Pastore, "in crisi"[26], avvicinandosi, invero, al modello regionale più propriamente spagnolo, di tipo "differenziato", "asimmetrico". L'art. 116, comma 3, Cost. condivide le regole dell'ordinamento ispanico dove ciascuna delle diciassette comunità autonome, sulla base di un ampio ventaglio di possibilità offerte dal proprio statuto, può decidere quali competenze attivare e quali no, secondo un meccanismo detto, con una metafora domestica, "del vassoio dei formaggi" (*tabla de quesos*). Il "caffè per tutti" (*cafè para todos*) del regionalismo duale esiste solo sulla carta. Nel tempo si verrà a creare un sistema che vedrà le Regioni a statuto ordinario sempre più differenziate l'una dall'altra in termini di competenze legislative ed amministrative; le stesse Regioni a statuto speciale, a traino dell'art. 10 della l. cost. 3/2001 e dell'art.116, comma 3, Cost., potranno ampliare i propri ambiti di attribuzione compatibilmente con le proprie prescrizioni statutarie: non esisteranno più Regioni a statuto ordinario e speciale ma venti regioni tutte "asimmetricamente speciali". Permarrà la differenza dovuta alla fonte di diritto contenente le prescrizioni statutarie: legge costituzionale per le Regioni a statuto speciale e ordinaria a procedura rinforzata per quelle a statuto ordinario.

6. Riflessioni dubitative sul referendum.

Ora possiamo passare finalmente alla carne viva della questione oggetto di questo breve studio.

Parimenti a quanto poc'anzi detto, formazioni politiche e Consigli regionali stanno operando per chiedere al corpo elettorale di esprimersi in sede referendaria, ex art. 75 Cost, in senso abrogativo, totale o parziale, della legge 86/2024.

La domanda che lo scrivente si pone è la seguente: siffatto referendum è costituzionalmente legittimo o è da ritenere inammissibile rientrando fra le esclusioni

[26] Cfr. F.Pastore, *La crisi del modello duale di regionalismo in Italia*, in AA.VV., "Secessionismi. Autonomismi. Federalismi" cit, pp. 284-298.

ISSN 2036-7821

implicite frutto della interpretazione estensiva data dal Giudice delle leggi in seno alla casistica tassativa (*numerus* clausus) contenuta nell'art. 75, comma 2, Cost.?[27].
In primo luogo occorre chiedersi cosa potrebbe cambiare qualora fossero accolti dalla maggioranza dei votanti i quesiti eventualmente proposti dal Comitato referendario: la rimozione anche totale della legge contestata porterebbe alla contestuale abrogazione della c.d. autonomia differenziata? La risposta è laconica: no, in quanto l'autonomia differenziata è prevista da una norma costituzionale e la sua cancellazione può essere realizzata solo e soltanto rispettando l'art. 138 Cost.
Il referendum che si ha in animo di promuovere non porterebbe affatto al risultato sperato, ossia di togliere cittadinanza al regionalismo differenziato, laddove rimarrebbe in piedi la norma primaria che lo prevede, che, invero, è una norma super-primaria.
Ancora. V'è una ricca giurisprudenza della Corte costituzionale – particolarmente approfondita dal Martines e dal suo discepolo Silvestri[28] - che individua i limiti impliciti alla ammissibilità della sottoposizione di una legge a referendum popolare ex art. 75, comma 1, Cost. In particolar modo la decisione n. 16 del 2-7 febbraio 1978[29] costituisce una sorta di *summa* dei limiti ultronei a quelli esplicitati ex art. 75, comma 2, Cost., limiti che interessano *pleno iure* le nostre riflessioni*:"(la Corte) in particolare, ha*

[27] Art. 75, comma 2, Cost: "*Non è ammesso il referendum per le leggi tributarie e di bilancio di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali*.".

[28] Cfr. T.Martines, *Diritto costituzionale*, G.Silvestri (cur.), Milano, Giuffrè, 2024, 17ma ed., pp. 342-346.

[29] Corte cost., sent., n. 16 del 2-7.02.1978, Rossi (Pres.), Paladin(est), pubbl. in GURI, s.spec., n. 38 del 8.2.1978; questo *arrêt* non ha subito alcun *overruling,* anzi la giurisprudenza costituzionale negli anni successivi non ha fatto altro che consolidare tale linea ermeneutica, integrandola con altri rilievi interpretativi comportanti la inammissibilità del referendum abrogativo in variegate tipologie di casi normativi: "*I casi in cui non è ammesso il referendum abrogativo sono dunque un numerus clausus … La giurisprudenza della Corte ha però esteso il novero dei controlli, e con la sentenza n. 16 del 1978, ha statuito che i requisiti di ammissibilità non siano soltanto quelli strettamente coincidenti con le categorie di leggi che il secondo comma dell'art. 75 sottrae espressamente al referendum abrogativo, ma che «esistono valori di ordine costituzionale, riferibili alle strutture oppure ai temi delle richieste referendarie, da tutelare escludendo i relativi referendum, al di là della lettera dell'art. 75, secondo comma, cost.». … La Corte costituzionale ha, poi, fissato delle regole di ammissibilità, delineando una categoria di vizi 'interni' alla formulazione dei quesiti, ritenendo di non ammettere di volta in volta i quesiti ritenuti incompleti, o disomogenei, o inefficaci ed ha effettuato un controllo in ordine alla omogeneità del quesito referendario, e segnatamente alla matrice razionalmente unitaria*" (cfr. P.Adami, *Referendum e ruolo della Corte costituzionale*, in "Questione Giustizia", 30.3.2022, pp. 2ss., pubblicazione cui prestare particolare attenzione per la puntuale panoramica giurisprudenziale costituzionale *in subiecta materia*; cfr. anche, in particolar modo in materia di legislazione elettorale, T.Martines, *Diritto costituzionale* cit., pp.343-344: "*La Corte … ha dichiarato l'inammissibilità della richiesta quando i quesiti sono privi di «chiarezza», «semplicità e coerenza», «non razionalmente unitari» o mancanti di «omogeneità o coerenza ed univocità» o di «una evidente finalità intrinseca» (o – come anche la Corte si esprime - «privi di evidenza e univocità del momento teleologico») ovvero sono, ancora, di «dubbio significato»; quando «creando disorientamento», risultano privi «di quella chiarezza, che assicura l'espressione di un voto consapevole» e, infine, quando «l'assenza di manifesta e chiara alternativa impedisce che il voto dei cittadini si renda con quella consapevolezza nella scelta, che è irrinunciabile requisito di un atto libero e sovrano di legiferazione popolare negativa» o quando «l'accoglimento della richiesta referendaria darebbe spazio ad una normativa priva di una intrinseca ratio unitaria*» (come capofila V. Corte cost., sent., n. 13 del 12-24.01.2012, Quaranta (Pres.), Cassese (est), pubbl. in GURI, s.spec., n. 4 del 25.01.2012).

ISSN 2036-7821

ritenuto inammissibile la richiesta:… b) quando la legge abbia una 'rilevanza' o 'copertura' costituzionale in quanto dotata di una peculiare forza passiva che la sottrae all'abrogazione; c) quando la richiesta concerne disposizioni legislative a contenuto costituzionalmente vincolato in quanto strettamente connesse a disposizioni costituzionali di cui riproducono i contenuti o alle quali danno attuazione nel solo modo costituzionalmente consentito."[30]

La legge c.d. Calderoli disciplina puntualmente la tempistica, le Istituzioni pubbliche e gli organi ordinamentali coinvolti, gli atti amministrativi e legislativi specificamente da compiere, gli obblighi da porre in essere per addivenire alla attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. Questa legge nulla aggiunge a quanto stabilito nel disposto della norma costituzionale, strutturandosi semplicemente come prescrizione ancillare di natura procedimentale a quest'ultima. Senza questa normativa l'autonomia differenziata rimane in piedi essendo prevista da un articolo della Costituzione, depotenziata, però, nella propria realizzazione non essendo chiaro il cammino che le Regioni debbano intraprendere per ottenere le ulteriori competenze. Di conseguenza, la legge 86/2024 è necessaria per il compiuto compimento della autonomia differenziata ex art. 116, comma 3, Cost. La legge di cui si tratta costituisce la *longa manus* operativa della norma costituzionale che è resa grandemente inefficace senza la prima. I tentativi da parte di alcune Regioni - come prima messo in luce – provano la loro difficoltà e la varietà degli sforzi da esse messi in campo per fruire dell'art. 116, comma 3, Cost. La confusione era evidente ed il diritto esercita proprio il ruolo di spazzare via la confusione regnante nelle vicende umane. Il compito del diritto è dare certezza e soluzioni chiare che uniformino in modo equo e razionale le risposte alle problematiche, specie se di natura ordinamentale.

Possiamo correttamente affermare che la legge 86/2024 possiede una 'rilevanza' o 'copertura' costituzionale? Oppure, in alternativa, possiamo ben acclarare che tale normazione ha contenuto costituzionalmente vincolato in quanto strettamente connessa alla disposizione costituzionale 116, comma 3, Cost., di cui ne riproduce contenuti o ne fornisce attuazione?

Seppur non previsto esplicitamente nel dettato dell'art.116, comma 3, Cost., il richiamo alla necessità di una legge parlamentare è implicito nella stessa formulazione testuale, in quanto senza un "chiarimento" in sede legislativa si lascerebbe spazio ad ogni tipo di interpretazione comportamentale-procedimentale, come, d'altronde, i fatti nel recente passato hanno ampliamente provato. La legge 86/2004 costituisce il braccio operativo della norma costituzionale, non aggiungendo né togliendo alcunché in termini sostanziali a quanto disposto da quest'ultima. Il contenuto è vincolato in quanto la legge è obbligata a rispettare perimetri e parametri costituzionali, dando loro una accessibilità tramite chiare, uniformi e minuziose

[30] Cfr. T.Martines, op.cit., p. 343.

ISSN 2036-7821

regole procedurali. La legge 86/2014 non è altro che la mera attuazione "giusprocessualistica" dell'art. 116, comma 3, Cost., e ne riceve da questo una copertura costituzionale. Un referendum avente ad oggetto questa legge sarebbe una sorta di suo utilizzo in frode alla Costituzione, in ragione del fatto che invece di tentare di abrogare l'art. 116, comma 3, Cost., seguendo correttamente l'iter stabilito dall'art. 138 Cost., surrettiziamente si colpirebbe la sua "legge operativa" con il referendum, offuscando artatamente il vero obiettivo dei promotori: la cancellazione dell'autonomia differenziata. Questa operazione è del tutto costituzionalmente illegittima essendo in pieno contrasto con l'art. 138 Cost., unico strumento adoperabile per espungere l'autonomia differenziata dall'ordinamento giuridico.

*7. **Conclusioni**.*

Precipitato logico-giuridico di quanto sin qui argomentato risulta essere il consistente dubbio sulla ammissibilità di una consultazione referendaria sulla legge 86/2024.

Attendiamo l'autorevole valutazione della Consulta sui quesiti – ex art. 2, legge cost. n. 1 dell'11 marzo 1953[31] - che il Comitato referendario e le Regioni hanno presentato.

[31] Art. 2 l.cost. n. 1 dell'11.3.1953 ("Norme integrative della Costituzione concernenti la Corte costituzionale"): "*Spetta alla Corte costituzionale giudicare se le richieste di referendum abrogativo presentate a norma dell'art. 75 della Costituzione siano ammissibili ai sensi del secondo comma dell'articolo stesso*".

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La transizione ecologica attraverso le Comunità Energetiche Rinnovabili: tra principi di diritto ambientale e nuove strategie politiche europee

di Luca Di Procolo

(Dottorando di ricerca in Diritto Amministrativo presso l'Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale)

e Jiada Domanico

(Dottorando di ricerca in Diritto Amministrativo presso l'Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale)

Sommario

1. Le Comunità Energetiche Rinnovabili nel prisma dei principi di tutela ambientale; 2. Le Comunità Energetiche Rinnovabili come strumento di sviluppo per la transizione ecologica; 3. La natura giuridica delle Comunità Energetiche Rinnovabili e i vari modelli di costituzione: tra schemi privatistici e pubblicistici. Un nuovo meccanismo di applicazione del principio di sussidiarietà; 4. L'impatto della Comunità Energetiche Rinnovabili nel processo di rivoluzione dei mercati verso la *circular economy*; 5. Conclusioni.

Abstract

With the reflections contained in the following contribution, the authors intend to examine the phenomenon of ecological transition through the instrument of renewable energy communities. In particular, in the first part of the contribution the relevance that the principles that govern the matter of Environmental Law have assumed for several years in the context of European policies aimed at achieving a "new sustainable development". The second part of this work focuses, however, on the critical aspects that currently concern the subject of Renewable Energy Communities, in relation to the legal nature of the same as well as the implications deriving from the application of private or public models of constitution. The potential antinomies with the legislation on public contracts will therefore be highlighted as well as the subsumability of the model within the framework of shared administration schemes with horizontal subsidiarity.

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

ISSN 2036-7821

1. Le Comunità Energetiche Rinnovabili nel prisma dei principi di tutela ambientale.

I sempre più evidenti effetti dei cambiamenti climatici hanno imposto, come noto, l'implementazione di azioni eurounitarie a tutela del clima e dell'ambiente: Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, l'Accordo di Parigi, il Green Deal, Horizon Europe e il Next Generation EU, sono solo gli ultimi esempi della risposta comunitaria[1] per accelerare la transizione energetica al fine di limitare gli effetti negativi del cambiamento climatico e realizzare un modello di sviluppo equo e sostenibile[2].

In questo quadro, cercare di individuare una o più regole generali, o meglio ancora, i principi e le costanti di sistema in ragione e in forza dei quali le politiche di contrasto al cambiamento climatico siano adeguatamente supportate da una base giuridica e materiale che ne costituisca un'adeguata *ratio* fondativa, implica ricostruire un sistema delle fonti del diritto per la tutela "dell'ambiente". Tale compito, tuttavia, non è di semplice realizzazione. La dottrina e la giurisprudenza, difatti, manifestano incertezze nel definire se si consideri l'ambiente un bene oggetto di specifica disciplina giuridica o se si tratti di un valore ed un fine trasversale a tutti i diversi settori del diritto[3]. Invero, la definizione stessa di "ambiente" nella sua dimensione

---

* Nonostante il presente elaborato sia il frutto delle riflessioni di entrambi gli autori, la dott.ssa Domanico ha curato i paragrafi 2,3 e 4, il dott. Di Procolo il par. 1 e le conclusioni;

[1] Nel quadro d'insieme della lettura in materia, cfr., per tutti, L. PINESCHI, *I principi del diritto internazionale dell'ambiente: dal divieto di inquinamento transfrontaliero alla tutela dell'ambiente come Common Concern, in Trattato di diritto dell'ambiente, vol. I, cit., 93 ss. e* O. PORCHIA, *Le politiche dell'Unione europea in materia ambientale, ivi, 153 ss*

[2] La letteratura scientifica sul punto risulta essere copiosa. A titolo meramente esemplificativo e non esaustivo si segnala A. MOLITERNI, *Transizione ecologica, ordine economico e sistema amministrativo*, in *Riv. dir. comp.*, 2022, 2, 395; A. ZAGARELLA, *La transizione ecologica nel PNRR tra 'climate change' e 'do not significant harm'*, in *Dir. pubbl. eur.* – Rassegna online, 2022, 2, 71; F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Diritto amministrativo*, 2021, 4, 779; A. MOLITERNI; A. MARTINI, *Amministrazione in transizione: riflessioni sulla transizione ecologica e sull'organizzazione amministrativa al suo servizio*, in *Riv. Quad. dir. Amb.*, 2021, 3, 150; E. CHITI, *Introduction to the Symposium: Managing the Ecological Transition of the European Union*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2021, 1, 9; S. LAZZARI, *La transizione verde nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza «Italia Domani», in Riv. quad. dir. amb.*, 2021, 1, 198. F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future,* in *Riv. quad. dir. amb*. 2010, 0,20.

[3] Il dibattito in dottrina è ricco di spunti. Si rimanda ai principali manuali e trattati di diritto dell'ambiente per una ricostruzione approfondita: B. CARAVITA, *Diritto Pubblico dell'Ambiente;* A. ANDRONIO – M. CECCHETTI – S. GRASSI (a cura di), *Ambiente e diritto*, Voll. I-II, 1999; AMIRANTE D. (a cura di), *Diritto ambientale e Costituzione*, 2000; M. CECCHETTI, *Princìpi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, 2000; G. DI PLINIO – P. FIMIANI, *Princìpi di diritto ambientale*, 2008; P. DELL'ANNO – E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente: Princìpi generali*, 2012; S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, 2012; R. FERRARA – M.A. SANDULLI, *Trattato di diritto dell'ambiente. Vol. I: Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno* (a cura di R. FERRARA e C. E. GALLO), Milano, 2014; Vol. II: *I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente* (a cura di S. GRASSI e M.A. SANDULLI), Milano, 2014; Vol. III: *La tutela della natura e del paesaggio* (a cura di A. CROSETTI), Milano, 2014; PENNASILICO M., *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014; A. CROSETTI – R. FERRARA – F. FRACCHIA – N. OLIVETTI RASON, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, 2018; R. ROTA, *Lezioni di diritto dell'ambiente*, Roma, 2018; L. SALVEMINI, *I princìpi del diritto dell'ambiente*, Torino, 2019; N. LUGARESI, *Diritto dell'ambiente*, Milano, 2020; P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, Padova, 2021; R. FERRARA – F. FONDERICO – A. MILONE, *Casi di diritto dell'ambiente*, Torino, 2021; S. NESPOR – L. RAMACCI, *Codice dell'ambiente*, Milano, 2022; G. DI FIORE, *Ecologia integrale tra valori etici e principi giuridici,* Napoli, 2018

ISSN 2036-7821

giuridica risulta di difficile inquadramento. Si tratta di una definizione complessa, trasversale e multi-referenziale[4]. In un contesto così articolato, la necessità di ricorrere ai "principi" diventa esigenza strutturale per contribuire alla ricostruzione del sistema ed inquadrare correttamente la materia.

Invero, secondo la prevalente Dottrina[5], i principi del diritto comunitario ambientale si possono distinguere in principi procedurali, atti ad indicare le regole di azione e il relativo *modus procedendi*, e in principi di carattere sostanziale.

Per quel che maggiormente interessa in questa sede, con riferimento al primo tipo, gli enunciati fondamentali in materia dettati dal Trattato sull'Unione europea sono, in prima istanza, rinvenibili nell'art. 3, par. 3 secondo il quale «*si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente*». Tale obiettivo, già contenuto negli articoli 2 del Trattato UE e CE e 6 del Trattato CE, viene ribadito in una prospettiva globale laddove si enuncia che l'Unione definisce e attua politiche comuni e azioni ed opera per assicurare un elevato livello di cooperazione in tutti i settori delle relazioni internazionali al fine di «*contribuire all'elaborazione di misure internazionali ... volte a preservare e migliorare la qualità dell'ambiente e la gestione sostenibile delle risorse naturali mondiali, al fine di assicurare lo sviluppo sostenibile*». In buona sostanza, pur essendo già presente nelle fonti di diritto primario precedenti, il riferimento allo sviluppo sostenibile, nel nuovo Trattato, ne esce consolidato, con una sostanziale estensione della portata non più limitata al mercato ed alle attività economiche. Ne emerge, pertanto, una visione omnicomprensiva del principio che include anche gli aspetti sociali ed ambientali.

Rilevanti sono anche le statuizioni del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, laddove ci si riferisce espressamente alla «*politica dell'Unione in materia ambientale*», stabilendo altresì il c.d. "principio di integrazione", mediante la formula secondo la quale «*le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile*». In tal senso è significativo che «*la disposizione intitolata alla «Tutela dell'ambiente» sia stata costruita avendo cura di*

[4] Su questo specifico punto si riporta testualmente quando affermato da S. GRASSI, in L*a tutela dell'ambiente nelle fonti internazionali, europee ed interne,* Roma, pag. 4, 2022: *il carattere multi referenziale e trasversale degli interessi ambientali rende impossibile ridurre la prospettiva giuridica negli schemi classici dei diritti e dei doveri: ci si trova di fronte ad una disciplina giuridica che non riconosce un oggetto definito di tutela, bensì un valore ed un obiettivo collettivo di per sé non definibile a priori, non riducibile quindi alla formula delle posizioni soggettive attive; ma piuttosto riconducibile all'individuazione di doveri di solidarietà e di responsabilità che esigono interventi strategici ed articolati*.

[5] Sul punto si rinvia a: P. DELL'ANNO – E. PICOZZA, *Trattato di Diritto dell'ambiente pp 164 e ss;.*; P. SANDS, P*rinciples of International Environmental*, *Cambridge*, 2003, p. 732; G. CORDINI, *Ambiente (Tutela dell') nel Diritto delle Comunità Europee*; B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, *Il Mulino*, 2005; P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Giuffrè, 2004.

ISSN 2036-7821

confermare che quest'ultima non può prescindere dall'approccio "per politiche", ovvero, in sintesi estrema, da un approccio che richiede la indispensabile mediazione della legislazione e dell'amministrazione prima di consegnare gli interessi meritevoli di tutela nelle mani dei giudici. Tale approccio, peraltro, trova innegabile quanto consolidata conferma anche nell'ordinamento interno, non solo sulla base del diritto di matrice pretoria progressivamente elaborato dalla giurisprudenza costituzionale nel corso di oltre un trentennio, ma oggi anche in base agli enunciati testuali introdotti nella Carta costituzionale con la revisione del 2022[6]».
Invero, tra i principi ambientali specifici della materia, su cui è fondata la politica dell'Unione, l'art. 191[7] del Trattato sul funzionamento dell'UE indica, primo tra gli altri, il principio di precauzione[8].
Nonostante i numerosi riferimenti di diritto positivo, permanevano molti dubbi sul significato preciso da attribuire al principio di precauzione nell'ordinamento internazionale[9]. In particolare, non era pacifico se il principio in questione assuma o meno i caratteri tipici di una norma giuridica cogente e, più specificamente, la natura e il valore di un principio di diritto internazionale generale in grado di assoggettare gli Stati ad adottare definiti comportamenti indipendentemente dagli accordi che essi abbiano stipulato.
Solo recentemente, grazie sia al contributo della Dottrina[10] e della Giurisprudenza[11], non sembra possibile dubitare del fatto che «*il principio di precauzione costituisca non*

[6] Per un maggior approfondimento circa la differenza tra l'approccio istituzionale per politiche e l'approccio istituzionale per situazioni giuridiche soggettive si rinvia a M. CECCHETTI, *Diritto ambientale e conoscenze scientifiche tra valutazione del rischio e principio di precauzione*, in Federalismi, pagg.21-22-23, numero 24/2022.

[7] I primi due commi, della disposizione in esame così recitano: "1. *la politica dell'Unione in materia ambientale contribuisce a perseguire i seguenti obiettivi: salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente; protezione della salute umana; utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali; promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici.*

2. La politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga".

In tale contesto, le misure di armonizzazione rispondenti ad esigenze di protezione dell'ambiente comportano, nei casi opportuni, una clausola di salvaguardia che autorizza gli Stati membri a prendere, per motivi ambientali di natura non economica, misure provvisorie soggette ad una procedura di controllo dell'Unione.

[8] Tra i contributi sul principio di precauzione cfr. G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione nel diritto pubblico*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, p. 1075 e ss.: F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e «qualità» dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2005, p. 1673 e ss.; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, 2005; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Giuffrè, 2006;

[9] Circa il Dibattito dottrinario sviluppatosi intorno alla effettiva cogenza o meno del diritto in parola si rimanda a M.CECCHETTI, *Diritto ambientale e conoscenze scientifiche tra valutazione del rischio e principio di precauzione*, in *federalismi, n. 24/2022, pagg. 28 e ss.*

[10] Sul punto, si veda A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, p. 30 e M.CECCHETTI, *Diritto ambientale e conoscenze scientifiche tra valutazione del rischio e principio di precauzione*, in *federalismi, n. 24/2022, pag. 32*

[11] Così Tribunale CE, Seconda Sezione ampliata, 26 novembre 2002, in cause riunite T-74/00 e altre, *Artegodan GmbH* e aa. c. *Commissione delle Comunità europee*, punto 184. In termini pressoché identici si è espresso lo stesso

ISSN 2036-7821

solo un presupposto di legittimazione ma anche un vero e proprio parametro di validità per tutte le politiche e azioni europee in materia di ambiente, salute e sicurezza e che, pertanto, anche in forza dell'efficacia trasversale del principio di integrazione delle esigenze di tutela dell'ambiente in tutte le politiche e azioni dell'Unione, si configuri ormai come parametro generale di legittimità della funzione normativa esercitata dalle istituzioni dell'Unione[12]».

Altro principio basilare della tutela ambientale è il principio di prevenzione. Scopo primario di tale principio è quello di evitare il rischio stesso che si verifichino danni all'ambiente. Si riconducono perciò a tale principio tutte le norme in tema di pianificazione ambientale nonché quelle in cui sia previsto di autorizzare previamente la realizzazione di un'opera o lo svolgimento di attività potenzialmente nocive per l'ambiente.

Infine, bisogna menzionare anche il principio «*chi inquina paga*» il quale costituisce l'affermazione sul piano giuridico di un principio economico secondo cui i costi dei danni causati all'ambiente gravano sui soggetti responsabili degli inquinamenti. Esso nasce nell'ordinamento comunitario con una valenza preventiva e solo successivamente assume una connotazione risarcitoria. Finalità del principio è, pertanto, quella di disincentivare le attività e tutti i comportamenti che incidono negativamente sull'ambiente e, viceversa, incentivare le scelte ambientalmente virtuose quali ad esempio quelle delle imprese che investono in tecnologie pulite. Campo di applicazione privilegiato per tale principio è dunque il settore dei c.d. strumenti economici o volontari di tutela dell'ambiente. Alla luce delle considerazioni che precedono, è possibile affermare che da un'interpretazione ermeneutica delle disposizioni sin qui menzionate, le quali non esauriscono sicuramente il novero dei principi di carattere sostanziale in materia ambientale, le esigenze ambientali costituiscano oramai elemento imprescindibile nella definizione ed attuazione di tutte le altre politiche comunitarie con evidenti (e positive) ripercussioni nel diritto interno al nostro Paese.

È in questo quadro positivo che si innestano le azioni e gli interventi comunitari in materia di transizione ecologica e di efficientamento energetico.

2. Le Comunità Energetiche Rinnovabili come strumento di attuazione degli obiettivi di transizione ecologica.

Nell'ambito della strategia di politica energetica finalizzata alla lotta ai cambiamenti climatici varata dall'Unione Europea, sono stati posti agli Stati membri una serie di

---

Tribunale CE nella successiva sent. 21 ottobre 2003, in *causa T-392/02, Solvay Pharmaceuticals BV c. Consiglio dell'Unione europea*, punto 121; Tribunale UE, Sez. VIII, 27 aprile 2022, nelle cause riunite *T-710/21, T-722/21 e T-723/21, Ro.Ro. e altri c. Parlamento europeo.*

[12] M.CECCHETTI, *op. cit, Diritto ambientale e conoscenze scientifiche tra valutazione del rischio e principio di precauzione*, in *federalismi, n. 24/2022*

ISSN 2036-7821

obiettivi tra cui, la "Rivoluzione verde e transizione ecologica" contenuti all'interno della Missione 2 del *Next Generation EU*.[13]

Lo scopo principale di queste azioni è attenuare l'impatto economico e sociale derivante in parte dalla pandemia ed in parte dai più recenti conflitti che intessano la Russia e l'Ucraina anche in termini di restrizioni di approvvigionamento energetico per i Paesi europei e dei relativi costi di inflazione. Tali azioni[14] rientrano in un più ampio disegno normativo tracciato già dal *Clean Energy for All Europeans package* e dall'Accordo di Parigi del 2019, ratificato dalla Commissione Europea, in forza del quale, tutti i soggetti firmatari si impegnano a conseguire gli obiettivi di un'economia a basse emissioni di carbonio entro il 2050.

Tra gli strumenti individuati per il perseguimento della transizione ecologica figurano le Comunità Energetiche Rinnovabili (di seguito, Cer), regolamentate, per la prima volta, dal *Renewable Energy Directive* e *Internal Electricity Market Directive* (note anche come Direttive RED II e IEM).[15]

La normativa europea[16] definisce le CER come *soggetti giuridici* costituiti, in maniera democratica e *volontaria*, da un insieme di persone fisiche, piccole e medie imprese

---

[13] F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'Agenda Onu 2030*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022, 243; T.E. FROSINI, *Profili costituzionali della sussidiarietà in senso orizzontale*, in Riv. giur. mezz., 2000, 15 ss.; F. GIGLIONI, *Il diritto pubblico informale alla base della riscoperta delle città come ordinamento giuridico*, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 1, 3; C. IAIONE, *La collaborazione civica per l'amministrazione, la governance e l'economia dei beni comuni*, in *G. Arena, C. Iaione*, Roma, 2015; id. *L'età della condivisione: la collaborazione fra cittadini e amministrazioni per i beni comuni*, Roma 2015, 55; id. G. IACOVONE, L. GIANI, *Città, reti sociali e rigenerazione urbana: una prospettiva normativa*, in *Settimo Rapporto sulle città. Chi possiede la città? Proprietà, poteri, politiche*, urban@it, Bologna 2022, 253.

[14] Si v. l'art. 194, par. 1) TFUE in forza del quale la promozione delle forme di energia da fonti rinnovabili rappresenta uno degli obiettivi della politica energetica dell'Unione.

[15] B.G. MATTARELLA, *Il problema della povertà nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 2, 359; id. *La tutela contro la povertà in Italia*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2020, 11, 283; M. MAZZUCATO, *Missione economia: una guida per cambiare il capitalismo*, Bari 2021; M. MELI, *Autoconsumo di energia rinnovabile e nuove forme di energy sharing*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 3, 633; R. MICCÙ, M. BERNARDI, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in *Federalismi.it*, 2022, 4, 603; A. MOLITERNI, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *Riv. Quad. Dir. Amb.*, 2020, p. 32 ss.; id. A. MOLITERNI – S. PELLIZZARI, *La riserva di attività economiche alle comunità di lavoratori o utenti*, in S. Cassese (a cura di), *La Costituzione dimenticata*, Milano, 2021, p. 243 ss.; id. *Antitrust e ambiente ai tempi del Green Deal: il caso dei "sustainability agreements"*, in *Giorn. dir. amm*, 2021, p. 354 ss.; id. Il *Ministero della transizione ecologica: una proiezione organizzativa del principio di integrazione?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, p. 439 ss. *Transizione ecologica, ordine economico e sistema amministrativo*, in *Riv. dir. comp.*, 2022, 2, 395; L. M. PEPE, *Il diritto dell'energia fondato sui principi. La transizione ecologica come giustizia energetica*, in *Rivista Giuridica Ambiente Diritto.it*, 2021, 4; A. PERSICO, *Le comunità energetiche e il ruolo sussidiario delle pubbliche amministrazioni*, in *AmbienteDiritto.it*, 2022, 2, 3 ss.; V. PEPE, *Le "comunità energetiche" come nuovi modelli di sviluppo sostenibile*, ivi, 2022, 3, 1 ss.

[16] L'art. 2, par. 16) della Direttiva RED II, definisce la comunità energetica un soggetto giuridico: "*a) che, conformemente al diritto nazionale applicabile, si basa sulla partecipazione aperta e volontaria, è autonoma ed è effettivamente controllato da azionisti o membri che sono situati nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili che appartengono e sono sviluppati dal soggetto giuridico in questione; b) i cui azionisti o membri sono persone fisiche, PMI o autorità locali, comprese le amministrazioni comunali; c) il cui obiettivo principale è fornire benefici*

ISSN 2036-7821

e/o enti locali, ivi incluse le amministrazioni comunali, gli enti di ricerca e formazione, gli enti religiosi e quelli del terzo settore nonché le amministrazioni locali che scelgono di unirsi per autoprodurre energia pulita e condividerla tra loro.
Si tratta di un innovativo paradigma diffuso di produzione energetica che rivoluziona le forme di *governance* sinora conosciute nei mercati di settore rendendo protagonista – nell'ambito di una possibile compartecipazione tra pubblico e privato - il consumatore/produttore (cd. *prosumer*) e consentendo tra l'altro di attribuire all'energia la configurazione di bene comune offre vantaggi in termini di risparmio, crescita ed occupazione, e si propone come mezzo di contrasto dei cambiamenti climatici e della povertà energetica, nell'ottica di una transizione sostenibile per l'ambiente e per la coesione sociale.[17] Queste nuove forme di cooperazione possono dunque rappresentare un punto di riferimento nel cambio di rotta di una politica ambientale, sociale ed economica europea e nazionale sempre più dirottata verso un percorso di decarbonizzazione delle fonti di produzione energetiche.
Sempre con riferimento all'inquadramento normativo le direttive europee RED II e IEM[18] sono state recepite all'interno del nostro ordinamento, in un primo momento, con l'emanazione del Decreto Legge n. 162/2019 (cd. Decreto *Milleproroghe*), convertito in Legge n. 8/2020, e poi con i Decreti Legislativi nn. 199 e 210 del 2021.
Il percorso di recepimento della normativa comunitaria all'interno dell'ordinamento nazionale ha avuto uno sviluppo non così sollecito rispetto ad altri Stati membri *early adopters* anche in considerazione della complessità della disciplina in materia di energia che, nel diritto italiano, si dirama in una tutela multilivello.
Si consideri in primo luogo che, in forza del riparto di competenze legislative declinato dalla Carta costituzionale[19], l'enunciazione dei requisiti di partecipazione alle comunità energetiche è riservata alla potestà legislativa esclusiva statale configurando un principio fondamentale della materia «*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia finalizzato a garantire in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale la più ampia possibilità di partecipare a una CER, in attuazione di quanto disposto dal legislatore europeo*»[20].

---

ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi azionisti o membri o alle aree locali in cui opera, piuttosto che profitti finanziari."

[17] G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 1, 5 ss.; S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in *Federalismi.it*, 2006: A. SCIORTINO, *La transizione energetica e le sfide alla democrazia, Lettera AIC*, 2022, 11; F. SILVESTRI, D. LEPORE, F. SPIGARELLI, L. RUBINI, *Transizione ecologica nel PNRR: alcune riflessioni sui processi di cambiamento e innovazione,* in *L'industria, Rivista di economia e politica industriale*, 2022, 3, 403; G. TROPEA, *Spinte gentili per la pubblica amministrazione?*, in *Dir. econ.*, 2022, 1, 31 ss.

[18] Direttive 2018/2001/UE e 2019/944/UE

[19] Sul punto, si v, F. DE LEONARDIS, *La Consulta tra interesse nazionale e energia elettrica*, in *Giur. cost., 2004*, 1; id. *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni,* in *Diritto amministrativo*, 2021, 4, 779.

[20] Corte Costituzionale n. 48/2023.

ISSN 2036-7821

Sotto un secondo profilo hanno inciso i diversi interventi regolamentari delle Autorità di settore competenti oltre che la decretazione del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica (di seguito, MASE) cui spetta l'ultima parola in materia di meccanismi incentivanti, determinando una ulteriore stratificazione normativa anche a livello di fonti secondarie che rende più gravoso l'iter autorizzatorio per i potenziali fruitori.

Come in parte si è detto, dapprima è stata introdotta una disciplina di carattere transitorio prevista dall'art. 42-*bis*, del cd. Decreto *Milleproroghe* con l'obiettivo di regolare una prima fase sperimentale di configurazione delle CER che comprendeva impianti alimentati a fonti rinnovabili di potenza non superiore a 200 kW ciascuno ed un perimetro di aggregazione degli impianti limitato a quelli facenti capo alla stessa cabina di trasformazione secondaria.

Tuttavia, nella prassi la costituzione di nuove comunità energetiche ha faticato a prendere abbrivio pertanto il legislatore nazionale onde agevolarne lo sviluppo, in tempi relativamente brevi, è intervenuto rendendo meno stringenti i requisiti di ammissione ai benefici dell'autoconsumo comune. Sono stati così elevati i limiti dimensionali da 200 kW massimo a 1 MW per singolo impianto e eliminato il limite di perimetro della cabina secondaria, esteso, invece, alla cabina primaria; inoltre, è stato ammesso l'utilizzo di impianti appartenenti a comunità energetiche create con le regole precedenti permettendo alle nuove comunità energetiche di usufruire del 30% della potenza complessiva derivante da impianti già esistenti.

In attuazione delle disposizioni dei Decreti Legislativi nn. 199 e 210 del 2021 ha assunto rilievo anche il Testo Unico Integrato per l'Autoconsumo Diffuso (di seguito, TIAD) adottato da ARERA che si aggiunge alle precedenti delibere sui Sistemi semplici di produzione e consumo e sui Sistemi di distribuzione chiusi, promulgate in ottemperanza ai Decreti Legislativi citati.

Con tale atto normativo da un lato si è inteso regolamentare i requisiti, le modalità e le procedure per l'accesso all'erogazione del servizio per l'autoconsumo diffuso[21], aggiornando il quadro normativo in materia e semplificando alcune procedure, dall'altro lato, sono state confermate alcune delle disposizioni precedenti, come le definizioni delle diverse configurazioni per l'autoconsumo nonché il diritto nella scelta del proprio fornitore di energia elettrica da parte di tutti i soggetti coinvolti.

Da ultimo, completano il quadro i Decreti Ministeriali MASE[22] che definiscono i meccanismi di incentivazione e concessione dei contributi per la costituzione delle CER al fine di rendere più appetibile l'accesso al modello di condivisione degli oneri e delle responsabilità derivanti dalla *circular economy*. In particolare, è riconosciuto un

[21] Sia esso inteso come autoconsumo collettivo, comunità energetiche rinnovabili (CER), comunità energetiche di cittadini (CEC) e autoconsumatori individuali.

[22] Decreto Ministeriale n. 414 del 2023 (cd. Decreto *CER*) e Decreto Ministeriale n. 22 del 2024.

ISSN 2036-7821

contributo a fondo perduto fino al 40% dei costi ammissibili, finanziato dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, per le comunità con impianti a fonti rinnovabili, anche abbinati a sistemi di accumulo di energia, realizzati nei Comuni sotto i 5.000 abitanti, per uno sviluppo complessivo di 2 GW; è altresì prevista una tariffa incentivante sull'energia rinnovabile prodotta e condivisa su tutto il territorio nazionale[23].

Per quanto riguarda invece i Comuni con una popolazione inferiore ai 5.000 abitanti, il contributo a fondo perduto arriva fino al 40% dei costi ammissibili in relazione all'investimento effettuato per realizzare un nuovo impianto o per potenziarne uno esistente.[24]

Ad affiancare gli utenti che intendano entrare a far parte di una Comunità o di costituirne una *ex novo* vi sarà il Gestore Servizi Energetici (GSE) quale autorità preposta alla regolamentazione della misura, mettendo a disposizione documenti, guide informative e canali di supporto sul proprio sito istituzionale.

Quanto esaminato rappresenta in astratto la cornice normativa che disciplina l'istituto delle Comunità Energetiche Rinnovabili il cui *iter* attuativo è ancora in corso di definizione. Occorre chiedersi se tale modello sia destinato in concreto al successo auspicato a livello europeo, posto che dall'esperienza fino ad oggi registrata i numeri di costituzione e adesione alle Comunità Energetiche, per quanto siano in crescita, non sembrano ancora sufficienti al perseguimento effettivo degli ambiziosi obiettivi posti dall'Agenda 2050[25].

3. La natura giuridica delle CER e vari i modelli di costituzione: tra schemi privatistici e pubblicistici. Un nuovo meccanismo di applicazione del principio di sussidiarietà?

Al centro del dibattito si pone il tema della natura giuridica delle Comunità Energetiche atteso che la disciplina sovranazionale - come è fisiologico per la fonte normativa adottata (direttiva europea) - non indica uno schema tipico costitutivo, rimettendo ai singoli Stati membri piena discrezionalità nell'individuare la qualificazione più conforme al diritto interno. Tuttavia all'ampio margine di libertà riservato al legislatore nazionale è corrisposta una lacuna normativa che si è sostanziata nella mancanza di indicazioni puntuali sui modelli organizzativi da adottare lasciando l'operatore economico in uno stato di incertezza tale da

[23] L'incentivo tariffario varia in base alla capacità dell'impianto installato e consiste in una componente fissa (60 €/kWh) unita a una parte variabile in relazione al prezzo zonale. La capacità finanziabile degli impianti è limitata a 5 GW in totale, con una scadenza fissata entro la fine del 2027.

[24] La Tariffa incentivante è fissa per 20 anni ed è riconosciuta sulla quota parte di energia elettrica condivisa. È composta da una parte fissa più una parte variabile. Si rivolge a tutto il territorio nazionale, dal piccolo comune alla città metropolitana e la potenza massima agevolabile è di 5 GW entro il 31 dicembre 2027.

[25] Basti considerare che al 30 giugno 2023 in Italia le Comunità Energetiche in esercizio sono complessivamente 35 per una potenza prodotta pari a 1,5 MW circa di energia da fonte fotovoltaica.

ISSN 2036-7821

scoraggiare la diffusione delle Comunità Energetiche auspicate nei programmi europei.

Invero, come in parte si è detto, il quadro definitorio somministrato dalle Direttive 2001/2018 e 944/2019 lascia inferire che la costituzione di dette Comunità - letteralmente "*forme di cooperazione tra cittadini o attori locali*" (v. considerando n. 44 della Direttiva 944/2019 cit.) - possa avvenire mediante un'aggregazione di persone fisiche e giuridiche con la possibilità di includere anche enti locali, che svolgono la propria attività all'interno di uno specifico territorio e con lo scopo principale di offrire ai suoi membri o al territorio in cui opera, benefici ambientali o sociali.[26]

Se ne ricava dunque (al di là dei limiti di scopo in funzione socio ambientale e non lucrativa) una ampia libertà di forma giuridica per costituire le CER che possono assumere le sembianze ad esempio di "*associazione, cooperativa, partenariato, organizzazione senza scopo di lucro o piccole o medie imprese, purché tale soggetto possa esercitare diritti ed essere soggetto a obblighi in nome proprio*" (sempre considerando n. 44).

Partendo dalla componente prevalentemente privatistica della soggettività della comunità, la prassi sino ad oggi consolidata dimostra un reiterato ricorso al binomio del modello delle associazioni non riconosciute o delle cooperative, pur essendo astrattamente ipotizzabile un più ampio ventaglio eterogeneo di soluzioni come: l'associazione "riconosciuta"; la società cooperativa *benefit* e la cooperativa di comunità; il consorzio o le società consortile *ex* artt. 2602 e 2615-*ter* del codice civile, le fondazioni *sub specie* di fondazione di partecipazione ovvero, da ultimo, l'impresa sociale.[27]

Le ragioni che orientano il privato su tali modelli risiedono essenzialmente nella maggior flessibilità garantita, sia sul piano dei costi e degli oneri gestionali, che sul piano organizzativo, non essendo le associazioni non riconosciute assoggettate a stringenti regole di vigilanza lasciando, di conseguenza, maggiore margine all'autonomia statutaria (anche in relazione ai criteri di ripartizione degli incentivi riconosciuti dal GSE).

Destano particolare interesse e presentano più profili critici le Comunità eterogenee in cui è prevista la partecipazione degli attori locali per le quali occorre individuare quale sia lo schema di soggettività giuridica in cui sussumere tale "aggregazione

[26] C. PINELLI (a cura di), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Firenze, 2012; id. I *dilemmi della povertà*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2020, 11, 283. cfr. C. PINELLI, C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli 2021; P. RANCI, *Una crisi da usare bene. Appunti per aggiornare la politica dell'energia*, in *Astrid* – Rassegna, 2022, 18, 3-4.

[27] G. MACDONALD, *Il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica con l'apertura del Terzo Settore*, in *Terzjus*, 2023; G. FERRI, *Il diritto commerciale e la povertà*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2020, 11, 245; A. FICI, *Diritto dell'Economia sociale. Teorie, tendenze e prospettive italiane ed europee*, Napoli 2016, 18.

ISSN 2036-7821

mista" tra pubblico e privato nell'ambito della gestione del sistema di distribuzione di energia.

Occorre premettere intanto che ai fini della partecipazione delle Pubbliche Amministrazioni alle Comunità Energetiche si è soliti distinguere tra la cd. partecipazione diretta (o *top down*), in cui è la stessa parte pubblica a dar vita alla CER, dall'ipotesi della cd. partecipazione indiretta (o *botton up*), attraverso l'adesione ad una comunità già costituita dai privati. In questa seconda ipotesi, l'apporto pubblico potrà assumere diverse forme: ad esempio, supportando la Comunità nell'individuazione dei territori in cui promuovere lo sviluppo degli impianti ovvero dando in concessione d'uso parti di edifici pubblici per la realizzazione degli impianti o nella concessione in godimento di impianti già esistenti ma non ancora entrati in esercizio.

Il fenomeno dell'ingresso della componente pubblica nella partecipazione ha aperto il dibattito della dottrina (probabilmente con maggior clamore laddove si verta in ipotesi di costituzione *top down*) in ordine alle apparenti antinomie insorgenti tra la normativa europea in materia di CER e le regole imposte (nel caso in cui si opti per il modello societario) dal Testo Unico delle Società Pubbliche (di seguito, TUSP)[28] con il correlato regime di aggravi procedurali in campo di acquisto, gestione o alienazione delle azioni, vigilanza, trasparenza e monitoraggio, nonché le disposizioni del codice dei contratti pubblici con i noti meccanismi di evidenza pubblica per la scelta del contraente.[29]

Partendo dall'assoggettamento del modello energetico alle regole della contrattualistica pubblica, preme preliminarmente incardinare il discorso su due binari.

Occorre infatti distinguere il rapporto di partecipazione dell'ente pubblico al contratto associativo dal rapporto di servizio che a valle si instaura tra i membri della CER e la Pubblica Amministrazione medesima[30]. Mentre il primo profilo resta estraneo al raggio di applicazione del codice dei contratti pubblici (v. art. 13 e Allegato I.1 D.Lgs. n. 36/2023) non potendo la scelta dell'ente pubblico di partecipare alla comunità sussumersi nel quadro dei contratti commutativi a titolo oneroso; il secondo aspetto relativo ai rapporti contrattuali aventi ad oggetto la

[28] Decreto Legislativo n. 175 del 2016.

[29] Sul tema delle società pubblica si v. H. BONURA, *Le partecipazioni pubbliche*, in B. G. Mattarella-E. D'Alterio (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione*, *IlSole24Ore*, 2017, p. 345 ss.; id. H. BONURA, G. Fonderico, *Brevi note su società pubbliche e libertà d'iniziativa economica delle pubbliche amministrazioni a due anni dall'entrata in vigore del Testo unico*, in V. *Cerulli Irelli-M. Libertini (a cura di), Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, Egea, 2019, p. 81 ss.; id. H. BONURA, M. VILLANI, *Ancora sull'eccezionalità del ricorso all'in house: una possibile rilettura alla luce della giurisprudenza più recente*,, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 3/2020, parte I, p. 18 ss.

[30] Quanto al secondo aspetto entra in rilievo l'art. 14 co. 5, del Decreto Legislativo n. 210/2021 secondo cui «*i membri o soci delle comunità energetiche dei cittadini regolano i loro rapporti tramite un contratto di diritto privato, individuando un soggetto responsabile, ivi inclusi la Comunità stessa, un membro o socio di essa o un soggetto terzo*».

ISSN 2036-7821

somministrazione di energia o la fornitura di servizi accessori in favore dei membri della CER (tra cui anche il soggetto pubblico) vi rientrerebbe in via astratta con il conseguente obbligo di ricorrere all'affidamento tramite gara pubblica.
Tuttavia le regole dell'evidenza pubblica e i principi di libera concorrenza sembrano porsi in contrasto con la natura aperta e democratica del modello partecipativo delle CERe con il vincolo mutualistico che lega la comunità ai propri membri collocando i rapporti interni alla comunità al di fuori delle logiche del mercato[31]. Una soluzione prospettata in dottrina[32] - al fine di giustificare una forma di affidamento diretto - potrebbe rinvenirsi nell'interpretare la normativa unionale sulle CER come derogatoria alle regole dell'evidenza pubblica ovvero nel considerare gli schemi costitutivi delle comunità alla stregua di contratti "esclusi" dall'ambito di applicazione del codice giacché relativi al settore dell'autoproduzione.
Tornando al rapporto associativo PA – comunità nel caso in cui la forma giuridica prescelta fosse quella societaria un ulteriore profilo di contrasto si porrebbe rispetto alle disposizioni normative che governano le forme di coordinamento pubblico privato istituzionalizzate (v. art. 174, comma 4, laddove si precisa che lo schema di cooperazione pubblico privato istituzionalizzata – il cd. "partenariato pubblico-privato di tipo istituzionale" - si realizza attraverso la creazione di un ente partecipato congiuntamente dalla parte privata e da quella pubblica ed è disciplinato dal testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al Decreto Legislativo n. 175 del 2016, e dalle altre norme speciali di settore).
Orbene, se sotto il profilo del tipo societario il legislatore non esclude che le Amministrazioni Pubbliche possano partecipare a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa (v. art. 3 TUSP), va evidenziata una potenziale conflittualità tra il requisito della partecipazione "a porte aperte" della CER e i presupposti normativi necessari per la costituzione delle società a partecipazione mista pubblico-privata.
Difatti, l'art. 7 del TUSP stabilisce che nei casi di partecipazione del socio privato all'atto costitutivo la Pubblica amministrazione sia vincolata all'indizione di procedure ad evidenza pubblica.

---

[31] La partecipazione aperta trova la sua base giuridica nell'art. 22 della Dir. UE/2018/2011, che stabilisce che «*i clienti finali, in particolare i clienti domestici, abbiano il diritto di partecipare a comunità di energia rinnovabile, mantenendo al contempo i loro diritti o doveri in qualità di clienti finali e senza essere soggetti a condizioni o procedure ingiustificate o discriminatorie che ne impedirebbero la partecipazione a una comunità di energia rinnovabile*». *Sul lato del diritto interno il concetto è ribadito all'art. 14, comma 6, lettere a) e b). Sotto il secondo profilo la stessa disposizione al comma 6 lett. d) specifica che scopo principale della CER deve essere «il perseguimento, a favore dei membri o dei soci o del territorio in cui opera, di benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità, non potendo costituire i profitti finanziari lo scopo principale della comunità».*

[32] P.G. NOVARO, *Le comunità energetiche nuova declinazione del paradigma sussidiario*, in *Nuove Autonomie*, n. 3/2022.

ISSN 2036-7821

Per di più l'art. 17 del TUSP richiede che nelle società *de quibus* costituite per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica o di un servizio di interesse generale, come potrebbe essere il caso delle CER, la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al 30% e lo stesso deve essere selezionato mediante procedura ad evidenza pubblica cd. *a doppio oggetto* (sottoscrizione o acquisto di quote societarie da parte del privato e contestuale affidamento del contratto di appalto o di concessione). La durata della partecipazione privata alla società non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione. Lo statuto deve prevedere meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio.

Senonché il carattere di partecipazione libera alla Comunità richiesto dal legislatore dell'UE sembra di ostacolo alla proposizione di un confronto competitivo per l'ammissione di un socio privato alla CER e a fortiori in contraddizione con il requisito di una gara a doppio oggetto per l'individuazione del socio privato atteso che questi o è già stato individuato (nelle ipotesi di costituzione *bottom up*) ovvero dovrebbe avere il diritto di accesso e recesso *ad nutum* dal contratto associativo.

Ancora una volta l'interprete – a fronte del silenzio sul punto da parte della normativa italiana di recepimento - si trova davanti al bivio se applicare le chiare previsioni normative del TUSP ovvero se risolvere il contrasto normativo rilevato sulla scorta del principio di specialità/gerarchia delle fonti considerando la normativa europea sulle CER come idonea a derogare a quella generale di diritto interno che sembra ostare alla piena attuazione degli obiettivi auspicati dall'Unione europea nell'ambito dello sviluppo del modello CER.

Tralasciando dunque per un momento il percorso di individuazione del socio privato attraverso la costituzione di una società mista, tra gli strumenti più adatti – anche a giudizio della prassi applicativa sinora invalsa - a regolare i rapporti tra CER ed il suo membro pubblico (si pensi alla realizzazione e successiva gestione dell'impianto ad energia rinnovabile ovvero alla somministrazione di servizi accessori) trova spazio il partenariato pubblico privato (di tipo contrattuale) regolato dall'art. 174 del codice dei contratti pubblici, che ha il vantaggio per la Pubblica Amministrazione interessata di spostare il rischio operativo relativo alla gestione dell'impianto fotovoltaico in capo al privato.

Se a promuovere la nascita della Comunità energetica sia una Pubblica amministrazione il processo di attivazione della CER potrebbe muovere infatti da una forma di collaborazione con il privato formalizzata con la stipula di un contratto associativo (diverso dal tipo societario) e un contratto di PPP.

Parimenti il privato potrebbe promuovere la CER all'interno di un *Project financing* oppure essere incentivato a presentare offerte da una Amministrazione attraverso una procedura di dialogo competitivo o adottare una forma di gara innovativa come

ISSN 2036-7821

ad esempio un partenariato per l'innovazione quando per esempio le rivoluzioni tecnologiche proposte avessero ad oggetto lo sviluppo di impianti per la produzione di energie da biomasse.[33]

A prescindere tuttavia dallo schema di soggettività giuridica e dall'*iter* costitutivo prescelti, occorre sottolineare come sotto l'egida del meccanismo della *Energy Community* a partecipazione mista promosso dall'UE possono vedersi realizzati moduli di effettiva "amministrazione condivisa" in cui enti locali, imprese e cittadini possono condividere una sinergia diffusa (e si potrebbe azzardare quasi paritaria) funzionale al raggiungimento di benefici ambientali, sociali ed economici.

In altri termini, attraverso il processo compartecipato pubblico privato CER il cittadino entra a far parte direttamente del sistema di *governance* finalizzata al raggiungimento di obiettivi condivisi in materia di energia rinnovabile sul parametro applicativo del principio di sussidiarietà orizzontale predicato dalla Costituzione. Il nesso tra democrazia, cittadinanza e partecipazione che soggiace dietro all'esigenza di sviluppare un apparato organizzativo cooperativo tra pubblico e privato più rispondente alle istanze del mercato globale rispetto al tradizionale assetto fondato sulla dicotomia tra imposizione autoritativa di comportamenti eterodeterminati agli agenti e risposta libera del mercato ai segnali di prezzo, d'altronde rappresenta un fenomeno comune a tutti gli ordinamenti eurounitari dell'età moderna.[34]

---

[33] G. CREPALDI, *Politiche ambientali nei contratti pubblici degli enti locali*, in M. Andreis (a cura di), *I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sopranazionali*, Milano, 2011, p. 195 ss.; *Las formas del partenariado público-privado en el nuevo Código italiano de los contratos públicos y de las concesiones*, in *Contratación Administrativa Práctica*, 2018, p. 1 ss.; G. CREPALDI – R. MICALIZZI, *Eco-sostenibilità e appalti pubblici: la selezione delle imprese e delle offerte secondo i criteri ambientali*, in *Federalismi.it*, 2023; C. CHIARELLO, *Il partenariato per l'innovazione*, in *Giustizia-amministrativa*.it, Fascicolo n. 2, 2016; DE FALCO, *L'utilizzo di fonti di energia rinnovabili come criterio di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa,* in *Dir. pub. comp. eur.*, 2004, p. 889; L. MARRACCINI - G. TERRACCIANO, *Partenariato per l'innovazione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M. A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS, vol. III, Milano, 2019, p. 133 ss.

[34] A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 1, 51 ss.; S. AMOROSINO, *La "dialettica" tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili a tutela dell'ambiente atmosferico*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, 4, 261; L. AMMANNATI, *Una nuova governance per la transizione energetica dell'Unione europea. Soluzioni ambigue in un contesto conflittuale*, in L. Ammannati (a cura di), *La transizione energetica*, Torino 2018; id. *Transizione energetica, "just transition" e finanza*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2022, 1s, 289; F. ANGELINI, *Costituzione al tempo della crisi*, in *Rivista AIC*, 4, 2012; G. ARENA, *Cittadini attivi*, Roma-Bari 2006; G. ARENA, C. IAIONE (a cura di), *L'età della condivisione*, Roma 2015; V. ATRIPALDI, *Il patto costituzionale in Assemblea costituente*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, Milano 1987, 84; id. Il *concetto di partecipazione nella dinamica della relazione* Stato-società, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano 1988, 84; A. BAGNASCO, *Comunità*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, 1992; A. BELTRAN, *Energia e democrazia politica. Qualche spunto storico*, in *Ricerche di storia politica*, 2018, 1, 51 ss.; M. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova 1975, 807 ss.; id. *Diritti Sociali, in Digesto pubbl.*, Torino 2012, 15; A. BERNARDONI, C. BORZAGA, J. SFORZI, *Comunità energetiche rinnovabili. Una sfida per le imprese sociali e di comunità*, in *Impresa sociale*, 2022, 2, 77; C. BEVILACQUA, *Le comunità energetiche tra governance e sviluppo locale*, in *Amministrazione in Cammino*, 2020, 13 ss.

ISSN 2036-7821

4. L'impatto della Cer nel processo di rivoluzione dei mercati verso la circular economy.

Dall'analisi della cornice giuridica di riferimento è emerso dunque come intorno all'istituto delle Comunità Energetiche rimangano ombre e spazi di incertezza in ordine alle procedure di costituzione e gestione di dette organizzazioni, segnatamente, con riguardo all'individuazione delle forme di cooperazione. Le difficoltà operative che disincentivano il soggetto promotore derivano, tra le altre cause, anche dall'impossibilità di perseguire come finalità primaria scopi di lucro nonché di escludere dalla loro partecipazione e costituzione le grandi imprese.

D'altra parte, agli ostacoli sinora evidenziati si affianca l'esigenza di rivoluzionare l'approccio allo sfruttamento della risorsa che come tutti i processi di cambiamento culturale richiedono fisiologicamente tempi relativamente non brevi per la loro realizzazione.

Il passaggio dall'economia lineare a all'economia circolare (di cui il modello CER si fa veicolo) presuppone l'abbandono di una serie di postulati che fino ad oggi hanno connotato i rapporti tra economia, giustizia sociale e sfruttamento delle risorse naturali. Infatti, se da un lato, i nuovi meccanismi della sussidiarietà orizzontale impongono ai singoli operatori di settore di allineare il proprio comportamento alla visione di un mercato orizzontale (onerandoli di maggiori costi di produzione per una ripartizione dei benefici equamente distribuiti), dall'altro lato, tale cambio di paradigma non può che prescindere da un contestuale mutamento delle modalità di regolazione di particolari settori, come appunto, quello energetico.[35]

In tal senso sarebbe opportuno superare i tradizionali sistemi di produzione e di mercato verticale e centralizzato dell'energia, per un verso, attraverso una nuova concezione del bilanciamento dei valori in campo che assicurino un maggiore *favor* alla tutela della giustizia sociale (anche in chiave energetica), rispetto alla preservazione dello sviluppo economico e dei profitti che da esso derivano in capo alle grandi centrali e, per altro senso, mediante un massiccio ricorso a forme di decentramento energetico come quelle attualmente escogitate con il modello Cer.

---

[35] E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in Diritto Pubblico, 2021, 2, 41; B. CARAVITA, *"Taking Constitution seriously". Federalismo e energia nel nuovo Titolo V della Costituzione, Relazione al Workshop "Il federalismo possibile nel settore dell'energia" organizzato dall'Osservatorio sulla politica energetica Fondazione Einaudi), 19 febbraio 2003*, in *Federalismi.it*, 2003.

R. BIFULCO, *La responsabilità giuridica verso le generazioni future tra autonomia dalla morale e diritto naturale laico*, in *Teoria del Diritto e dello Stato*, Napoli 2002, 353; G. RADICATI DI BROZOLO, *Profili di diritto comunitario del mercato dell'energia elettrica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, 2, 431; E.SANNA, *La democrazia di livello cittadino per l'implementazione delle politiche energetiche pulite, rinnovabili e sicure nelle città del futuro (e viceversa)*, in *Rivista DGA*, 2018, 6.

ISSN 2036-7821

Invero, si è detto corso del presente contributo che soprattutto in un'ottica di tutela multilivello vi sia una forte attenzione alle esigenze dello sviluppo sostenibile e alla tutela della risorsa intergenerazionale nell'ambito delle politiche dell'Unione Europea e dei principi che governano il diritto ambientale. In tal senso, ci si auspica che i legislatori nazionali diano in dotazione alle Pubbliche Amministrazioni misure di incoraggiamento più efficaci, atte a guidare il cittadino nel passaggio alla *circular economy* e nella rivoluzione culturale che ad esso è sottesa limitandone i gravosi oneri economici correlati. Il tutto possibilmente in tempi più celeri rispetto a quanto accaduto nella vicenda delle Comunità energetiche, la cui normativa in materia di incentivi sull'energia condivisa è stata oggetto di approvazione solo di recente, ossia a più di quattro anni dal varo delle Direttive europee in materia.

5. Conclusioni.

Come puntualizzato nelle pagine che precedono, il concetto di sviluppo sostenibile ha una valenza estesa ed eterogenea che lo rende capace di "influenzare" l'evoluzione di settori molto diversi tra loro. Il campo di applicazione di tale principio, pertanto, si estende alla tutela dell'ambiente, allo sviluppo sociale ed a quello economico[36].

In un contesto come quello sin qui delineato, il *Clean Energy for All Europeans package* rappresenta un esempio innovativo di attuazione di tale principio. La duplice transizione che il mercato europeo dell'energia sta attraversando è un "indice" da non sottovalutare.

Da un lato il definitivo superamento dell'utilizzo delle fonti rinnovabili energetiche in luogo delle fonti fossili e dall'altro la transizione verso modelli di distribuzione dell'energia diffusi (con i *prosumer* al centro della filiera). Ma non solo. Le comunità energetiche dimostrano di avere anche un aspetto etico e culturale di cui di discute ancora poco (e la cui trattazione sarebbe meritoria di più approfondite riflessioni): il coinvolgimento diretto della comunità sposta l'attenzione sull'energia non come merce e proprietà privata ma "come bene comune urbano[37]".

In questo senso le CER possono diventare laboratori di partecipazione attiva in cui è possibile sperimentare forme innovative di gestione dei "beni comuni". Più nello specifico, la costituzione di un rinnovato tipo di partenariati pubblico-privato-comunità potrebbe rappresentare la base per la strutturazione di un diverso modello di gestione e di *governance* dei beni comuni urbani, potendosi non limitare

[36] Circa la ricostruzione della valenza del principio si rinvia a S. QUADRI, *La componente "inclusiva" dello sviluppo sostenibile*, *op.cit*, in *Diritto e società, III serie, 4/2022, pagg. 687 e ss*

[37] M. BERARDI e G. MURA, *Le comunità energetiche come risorsa per il territorio, 2022*. Per un maggiore approfondimento sulla specifica tematica in argomento si rinvia anche a S. FOSTER, C. IAIONE, *the city as a commons*, in *Yale law and policy review, 2016*.

ISSN 2036-7821

l'esperienza ai bene energetici ma estendendosi anche ad altri settori dei servizi pubblici locali.

Con la transizione energetica la trasformazione delle fonti di produzione – a cui consegue la decentralizzazione del mercato energetico – e l'apertura a nuove forme di "democrazia energetica[38]" vanno di pari passo. Sebbene manchi in letteratura una esplicitazione del concetto di democrazia energetica, la dottrina più recente tende a riconnetterla direttamente alla possibilità per le CER e per gli enti locali di partecipare, insieme alle imprese private, alla produzione e alla fornitura dei servizi energetici[39]. Le CER, rispondendo ai bisogni e alle aspettative dei cittadini riguardo alle fonti energetiche, ai servizi e alla produzione locale, consente a costoro di prendere parte direttamente «alla produzione, al consumo o alla condivisione dell'energia, ma anche al mercato dell'energia elettrica. Si preservano, così, gli spazi di partecipazione prossima, collaborativa e sussidiaria tra i componenti della comunità, e quelli tra i cittadini e le istituzioni[40].

La definizione di questi nuovi modelli di *governance* trova, allora, un'opzione ermeneutica nel principio di sussidiarietà orizzontale previsto dal comma 4, dell'art. 118 della Costituzione, che, da un lato, definisce l'impegno posto a capo di tutti gli enti territoriali di favorire «l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale[41]», dall'altro, è in grado di fornire una veste giuridica a fenomeni sociali non positivizzati[42].

---

[38] La felice espressione "democrazia energetica", sebbene sia sovente richiamata, non viene mai definita, come osserva C. MORRIS, A. JUNGJOHANN, *Energy democracy. Germany's Energiewende to* renewables, 2016. Per un approfondimento sul tema si rinvia a A. BELTRAN, *Energia e democrazia politica. Qualche spunto storico*, in *Ricerche di storia politica-Quadrimestrale dell'Associazione per le ricerche di storia politica*; R.MICCU' e M.BERNARDI, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in *federalismi n. 4/2022*.

[39] A. BELTRAN, *op. cit, "Energia e democrazia politica. Qualche spunto storico"*, in *Ricerche di storia politica-Quadrimestrale dell'Associazione per le ricerche di storia politica*, p. 56 osserva che «*l'idea fondamentale sviluppata a partire dall'esempio tedesco è quella di dare ai cittadini la possibilità di diventare protagonisti e di lottare efficacemente contro il surriscaldamento globale. I nuovi responsabili della transizione energetica possono prendere il potere producendo la loro propria energia invece di dipendere dalle grandi società a tendenza monopolistica. In altri termini, la transizione energetica deve o può essere una transizione politica non meno che tecnologica, verso un surplus di democrazia contro il "totalitarismo" delle grandi società del settore*»

[40] Per uno studio recente del rapporto tra democrazia partecipata e governo locale, anche in chiave comparata, si veda G. PEPE, "*Il modello della democrazia partecipativa tra aspetti teorici e profili applicativi. Un'analisi comparata*", 2020, pp. 40- 49. Si veda, altresì, U. ALLEGRETTI, "*Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Democrazia e diritto*, 2006, fasc. 3, p. 5

[41] Il Consiglio di Stato ha ormai da tempo valorizzato la funzione della sussidiarietà orizzontale, riconoscendole una forza propulsiva che consente lo sviluppo del rapporto tra pubblico e privato anche nella realizzazione di finalità di carattere generale. Si vedano, in tal senso, Cons. Stato, sez. atti normativi, n. 1440/2003 e 1354/2002.

Interessante sul punto è quanto osservato Q. CAMERLENGO, Art. 118, in "*Commentario alla Costituzione*", a cura di BIFULCO-CELOTTO-OLIVETTI, Torino, 2006: «*Se lo Stato di diritto si prefigge l'obiettivo fondamentale di preservare i diritti basilari anche nei confronti dei pubblici poteri e se lo Stato sociale esige interventi pubblici al fine di attenuare il divario economico all'interno della collettività, lo Stato fondato sulla sussidiarietà sociale è una organizzazione politica che*

ISSN 2036-7821

Le comunità energetiche nella veste di iniziative spontanee ed autonome frutto dell'attivismo locale della società civile possono ben essere considerate quali esponenti del fenomeno della cd. «cittadinanza societaria43» che mette bene in evidenza la dimensione relazionale della sussidiarietà orizzontale: «tale fenomeno, infatti, sorto dalla consapevolezza democratica che sempre di più emerge nella società civile, esprime una forma di relazione con i pubblici poteri non riconducibile al modulo formale della cittadinanza partecipativa, costituendo piuttosto quasi una specie di premessa alle forme di partecipazione[44]».

Le comunità energetiche possono, pertanto, rappresentare non solo un "nuovo" modello di *governance* della transizione e dell'efficienza energetica, ma più in generale possono incoraggiare lo sviluppo socio-economico e ambientale del territorio, coinvolgendo i cittadini nella lotta ai cambiamenti climatici e alla povertà energetica, in ossequio alla concreta applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale.

In definitiva, le Comunità Energetiche Rinnovabile rappresentano una pregevole opportunità per contribuire a sviluppare la transizione energetica "giusta" che sia in linea con la normativa eurounitaria e nazionale e che sia attenta anche ai profili economico e sociali dello sviluppo sostenibile.

assegna un ruolo primario reale alle dinamiche sociali, lasciando sullo sfondo i pubblici poteri. In questo senso, si potrebbe parlare di Stato comunitario».

[42] L'orientamento delle CER come "esperimento" di nuovi modelli di sussidiarietà orizzontale è rinvenibile anche in R.MICCU' e M.BERNARDI, *op. cit*, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in *federalismi n. 4/2022*

[43] P. DONATI, La cittadinanza societaria, 2000, Roma-Bari, Laterza.

[44] R.MICCU' e M.BERNARDI, *op. cit*, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in *federalismi n. 4/2022*

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

El gravamen sobre los envases de plástico no reutilizables en el ordenamiento jurírido español

di José Antonio Gutiérrez Escobar

(Profesor Contratado Predoctoral (FPU J.A), con financiación concedida por la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades de la Junta de Andalucía)

Sommario

1. Introducción. 2. El impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables (IEEPNR). 2.1. Naturaleza, finalidad; y ámbito objetivo y de aplicación. 2.2. Hecho imponible. supuestos de no sujeción y exención. 2.3. Devengo del impuesto y contribuyentes. 2.4. Cuantificación del impuesto. 2.5. Gestión del impuesto. 2.6. Infracciones y sanciones. 3. Conclusiones sobre el IEEPNR español. 4. Bibliografía.

Abstract

The proposed work aims to carry out a study of the Special Tax on Non-Reusable Plastic Packaging (IEEPNR) in Spain, a tax incorporated into the Spanish legal-tax system by Law 7/22 Law 7/2022, of April 8, on waste and contaminated soils for a circular economy, as a legislative measure designed to reduce plastic pollution and promote sustainability. The origin of the tax is detailed within the framework of the environmental policies of the European Union and its objectives of reducing plastic waste and promoting a circular economy. As it is an environmental tax with an extra-fiscal purpose, it should contribute significantly to the reduction of plastic waste and the increase in recycling, encouraging companies to use other types of recycled materials in their packaging. Thus, a critical analysis of the legal regime of the IEEPNR is carried out with the aim of knowing the characteristics of this legal instrument and the problems arising from its entry into force in Spain; consequently proposing some possible lines of improvement of the same.

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

ISSN 2036-7821

1. Introducción.

La industria del plástico en Europa comprende a todos los fabricantes de plásticos, transformadores, recicladores y fabricantes de maquinaria. En términos de empleo, la industria de los plásticos, en 2.021, proporciono trabajo a más de 1,5 millones de personas en la UE, suponiendo un incremento con respecto al periodo inmediatamente anterior. Una industria que está conformada por más de 52.000 empresas, la mayoría de ellas pymes, distribuidas por todo el espacio de la UE. Pues bien, todo el potencial que representa la industria del plástico en lo que respecta al desarrollo empresarial y al empleo genera un volumen de negocio, en términos económicos, de más de 400.000 millones de euros de facturación[1].

Concretamente en España, el sector de los plásticos destaca por ser uno de los principales motores industriales de la economía nacional. Entre las magnitudes económicas que genera destacamos su cifra de negocio anual superior a los 31.000 millones de euros, suponiendo entorno al 21% de la industria manufacturera y aproximadamente el 2,7% del PIB[2]. Asimismo, el sector del plástico aúna a más de 3.700 empresas que emplean a más de 100.000 personas[3].

Desde el prisma opuesto, la contaminación derivada del plástico, según la Organización de Naciones Unidas (ONU), ha ido aumentando a un ritmo vertiginoso desde mediados del siglo pasado hasta la actualidad, teniendo una influencia catastrófica en el ámbito de la triple crisis actual que azota el planeta: cambio climático, la pérdida de la naturaleza y la contaminación.

De la necesidad de establecer un equilibrio entre la importancia del empleo de plástico y sus efectos nocivos para el medio ambiente surgió, impulsada por la ONU, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible con tres objetivos esenciales en relación con la reducción del uso de plásticos y el aseguramiento de la sostenibilidad medioambiental: Producción y consumo responsables (ODS 12), Acción por el clima (ODS 13) y Vida submarina (ODS 14).

En la última década, la Unión Europea ha intensificado sus esfuerzos para acometer la crisis medioambiental ocasionada por el empleo excesivo de plásticos, sobre todo

---

* El presente trabajo se ha desarrollado en el seno del Grupo "Investigación y estudio del Derecho Financiero" (SEJ-326), formado al amparo del Plan Andaluz de Investigación y dentro del marco del proyecto de investigación "Análisis y propuestas para una transición justa hacia la economía circular: impacto sobre las empresas y las personas trabajadoras";

[1] Datos obtenidos del informe «Plásticos – Situación en 2022», que analiza los datos más recientes sobre la producción, la demanda, la transformación y la gestión de residuos de plástico en Europa.

[2] RIBES RIBES, A., "La economía circular del plástico: algunas reflexiones sobre el impuesto español", en *Revista de fiscalidad internacional y negocios transnacionales*, núm. 24, 2023 (soporte electrónico: Thomson Reuters).

[3] Datos extraídos del Informe Sectorial del plástico en España elaborado por Equiplast en colaboración con el Centro Español de Plásticos. Información accesible en: https://www.equiplast.com/informe-sectorial-del-plastico-en-espana/ (Última consulta: 15/05/2024).

los no reutilizables. Pues bien, este material, omnipresente en la vida moderna por su bajo costo y versatilidad, ha provocado graves problemas ambientales debido a su persistencia en la naturaleza. Las imágenes de océanos contaminados y fauna afectada han impulsado una creciente conciencia pública y una presión política para tomar medidas inmediatas.

En respuesta, la UE ha implementado diferentes estrategias y normativas orientadas a minorar el uso de plásticos no reutilizables, promover la economía circular y fomentar la sostenibilidad. Entre estas medidas, en el ámbito regulatorio de la Unión Europea (UE) se ha incorporado a la normativa comunitaria la Directiva 2019/904, relativa a la reducción del impacto de determinados productos de plástico en el medio ambiente («la Directiva SUP» o «Directiva de plásticos de un solo uso»), que restringe la venta de determinados productos plásticos, y el impulso a la innovación en materiales alternativos y reciclaje; y, la Decisión UE 2020/2053 del Consejo de 14 de diciembre, que ha fijado una nueva categoría de recursos propios de la Unión basada en contribuciones de los Estados miembros calculadas según los residuos de envases de plástico no reciclados. Como consecuencia de esta disposición, los Estados miembros han de abonar al presupuesto de la Unión, ya desde 2021, una contribución de 0,8 euros por kg de residuo de plástico que no se recicle[4].

Pues bien, cada Estado ha ido implementado distintas medidas y, España cuenta con la «Estrategia Española de Economía Circular, España Circular 2030» que fija las bases para potenciar un nuevo modelo de producción y consumo en el que el valor de productos, materiales y recursos permanezca en la economía el máximo tiempo posible.

En este contexto, el gravamen sobre los plásticos no reutilizables ha emergido como una herramienta clave para disuadir su uso y financiar la transición hacia prácticas más sostenibles. Así, el legislador español a través de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular (en adelante, Ley 7/2022) ha introducido al sistema fiscal dos nuevos tributos que, dadas sus características, fines y fundamentos, responden a la categoría de los denominados «impuestos medioambientales»[5]. En concreto, estos tributos son el Impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables (en adelante, IEEPNR) y el Impuesto sobre el depósito de residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos. Ambos tributos entraron en vigor el día 1 de enero de 2023.

[4] MENDO BUETAS, J., "El impuesto especial sobre envases de plástico no reutilizables (arts. 67 a 83 Ley 7/2022, de 8 de abril)| Parte I", en Carta *tributaria. Revista de opinión*, núm. 96, 2023 (soporte electrónico: legalteca.aranzadilaley.es)

[5] ESCOBAR LASALA, J.J., "El nuevo impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables", en *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, núm. 92, 2022 (soporte electrónico: legalteca.aranzadilaley.es). También los califica como "impuestos medioambientales" FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., "Aspectos medioambientales del nuevo impuesto especial sobre envases de plástico no reutilizables", en *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 3, 2023, p. 199. Entre otros autores.

ISSN 2036-7821

En concreto, el IEEPNR, como medida jurídica que vela por la salvaguarda del medioambiente, en palabras de VAQUERO GARCÍA, se caracteriza por tratarse de un instrumento indirecto o mediato, ya que no persigue la imposición inmediata de las conductas, prohibiéndolas o prescribiendo su límite máximo, sino a través de un incentivo de carácter negativo. Este tipo de incentivo conlleva una carga o un incremento de precio para el productor que no gestiona bien los recursos o incorpora al mercado productos contaminantes, con la idea de limitar sus actividades perjudiciales debido al incremento de costes. Con todo, se pretende provocar la necesidad de adquisición o renovación de inversiones, con motivo del precio elevado que deben soportar si no optan por realizar la conducta beneficiosa[6]. El problema es que los productores terminan repercutiendo el coste a los consumidores de plásticos, que son quien verdaderamente han de decidir si soportan el sobreprecio o exigen otro determinado tipo de productos.

De este modo, la norma apuesta firmemente por un modelo de economía circular que, en el ámbito de los plásticos, hace alusión a aquel sistema cerrado que impulsa la reutilización de productos plásticos, crea valor a partir de los residuos e impide el despacho de plásticos con la condición de recuperables a los vertederos. Por tanto, del adecuado tratamiento de los residuos plásticos es posible obtener recursos que pueden emplearse en la producción de nuevas materias primas plásticas y elaborar productos terminados de plástico, o incluso para generar energía cuando el reciclaje no sea factible[7].

En consecuencia, se impone un cambio de modelo que transmuta de la llamada economía lineal (extraer, fabricar, consumir y tirar) hacia una economía circular, que implica novedosas formas de diseño, de producción y de consumo, y que en lo que respecta al plástico se traducen en el triple objetivo de reducir, reutilizar y reciclar, con el objeto final de suprimir los vertidos.

2. El impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables (IEEPNR)

2.1. Naturaleza, finalidad; y ámbito objetivo y de aplicación.

El Impuesto Especial sobre los Envases de Plástico No Reutilizables es un tributo creado para fomentar la reducción del uso de plásticos de un solo uso e incentivar prácticas más sostenibles en la producción y consumo de envases. Este impuesto forma parte de las políticas medioambientales y fiscales diseñadas para combatir la

[6] VAQUERA GARCÍA, A., "La tributación de los envases de plástico no reutilizables. La relación entre la protección ambiental en la Constitución española de 1978, la economía circular y la fiscalidad", en *Revista jurídica de la universidad de León*, núm. 8, 2021, pp. 10-14.

[7] PATÓN GARCÍA, G., "Impulso a la estrategia de la economía circular mediante la imposición sobre plásticos·, en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, M.L y ORTIZ CALLE, E. (Dirs.), *La transición energética en el cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible y la justicia fiscal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 302.

ISSN 2036-7821

contaminación plástica y sus efectos negativos en el medio ambiente. Pues bien, el mismo presenta su regulación en el capítulo I del título VII de la Ley 7/2022, abarcando desde el artículo 67 al 83, ambos incluidos.

En cuanto a la naturaleza del IEEPNR, se concreta en un tributo de naturaleza indirecta que recae sobre la utilización en el territorio español de envases que, conteniendo plástico, no pueden ser reutilizados, independientemente de si los mismos se presentan vacíos o conteniendo, protegiendo, manipulando, distribuyendo y presentando mercancías (art. 67.1). Evidentemente, hablamos de una utilización que se ha de producir en el territorio de aplicación del impuesto, es decir, aquel que, en virtud del artículo 69.1 de la norma, se concreta en todo el territorio español, sin perjuicio de los regímenes forales del País Vasco y Navarra (art. 69.2). En este sentido, si la utilización tiene lugar fuera de dicho territorio, la norma contiene instrumentos para que los envases no resulten afectados por el impuesto, como veremos posteriormente.

La Ley que regula el IEEPNR, no realiza mención de ningún tipo al hecho de que el gravamen se produzca en «fase única», a diferencia de lo que ocurre con otros tributos semejantes en los que sí se afirma esta condición. Sin embargo, a la vista de la configuración del impuesto, se trata de un impuesto monofásico que se exige solo una vez a lo largo del circuito de producción-comercialización-utilización de los envases sujetos al mismo[8].

Estamos por tanto, ante un tributo que se configura como un impuesto indirecto, monofásico, aplicable en todo el territorio nacional con las particularidades que existan para los regímenes forales del País Vasco y Navarra, y que somete a gravamen tanto la producción de envases de plásticos no reutilizables en el territorio de aplicación, así como las entregas intracomunitarias o sus importaciones; incluso, como veremos, la introducción irregular de los mismos en el territorio de aplicación del impuesto[9]. En general, la propia Ley 7/2022 nos especifica que se trata de un impuesto especial caracterizado dentro del ordenamiento jurídico-tributario por ser, indirectos, reales, objetivos, instantáneos y monofásicos[10].

No debemos olvidar, tal y como comentamos en la introducción, que el IEEPNR responde a la naturaleza de un impuesto medioambiental y por tanto con una clara finalidad extrafiscal que se concreta, a la luz del artículo 67.2 de la Ley 7/2022, en *«el fomento de la prevención de la generación de residuos de envases de plástico no reutilizables, así como el fomento del reciclado de los residuos plásticos, contribuyendo a la circularidad de este material»*. Con este fin, estamos ante un tributo calificado como medioambiental por su firme objetivo extrafiscal, y no circunscrito únicamente a un motivo

[8] ESCOBAR LASALA, J.J., "El nuevo impuesto especial…", cit.

[9] RENIEBLAS DORADO, P., "Análisis del borrador del Impuesto Especial sobre los envases de plástico no reutilizables", en *Carta tributaria. Revista de opinión*, núm. 64, 2020 (soporte electrónico: legalteca.aranzadilaley.es).

[10] MENDO BUETAS, J., "El impuesto especial sobre envases…" , cit.

ISSN 2036-7821

recaudatorio, sino como un mecanismo de política ambiental. Este tipo de impuestos son una de las herramientas usadas tanto a nivel de la UE como de los Estados miembros con la finalidad de lograr los objetivos de política ambiental que recoge el Pacto Verde europeo y que contribuirán específicamente en la disminución y reciclaje de residuos generados, la transición a una economía circular o la reducción de gases de efecto invernadero[11]. También se ha de destacar que no nos encontramos ante un tributo armonizado que España deba obligatoriamente incorporar a su ordenamiento interno por mandato expreso de una Directiva comunitaria.

En lo que respecta al ámbito impositivo, el IEEPNR recae sobre los envases de plástico no reutilizables, ya se presenten vacíos, como si lo hacen conteniendo, protegiendo, manipulando, distribuyendo o presentando mercancías y, en virtud del artículo 68 de la Ley 7/22, lo productos que quedan incluidos dentro del ámbito objetivo del impuesto son: (a) Envases no reutilizables que contengan plástico; (b) Productos plásticos semielaborados cuyo destino sea la obtención de envases a los que se refiere la letra a), tales como preformas o las láminas de termoplástico; y (c) productos que contienen plástico destinados a permitir el cierre, la comercialización o la presentación de envases no reutilizables.

En síntesis, grava aquellos envases diseñados para contener, proteger, manipular, distribuir y presentar mercancías, no concebidos para realizar múltiples rotaciones a lo largo de su vida, junto con los productos plásticos semielaborados que se destinen a la obtención de envases no reutilizables de plástico y los productos plásticos destinados a permitir el cierre, la comercialización la presentación de los envases no reutilizables. En este sentido, se considerarán envases de plástico aquellos envases que, estando compuestos de más de un material, contengan plástico, de forma que se gravarán en función del plástico contenido[12]. Según PATÓN GARCÍA, del análisis del ámbito objetivo del IEEPNR se deduce en cierto modo el objetivo perseguido de evitar el sobreenvasado de plástico y el rediseño de procesos de comercialización y embalaje que permitan el reemplazo de materiales plásticos por otros más sostenibles y respetuosos con el medioambiente[13].

A pesar de la buena voluntad del legislador de ser claro en relación con el ámbito objetivo del impuesto, coincidimos con RENIEBLAS DORADO en que, a efectos prácticos, es muy difícil alcanzar una redacción que dé exactamente claridad a la cuestión y debido a ello las numerosas dudas que están surgiendo respecto de

[11] En España, el art 2.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) ampara la finalidad ambiental de los tributos, de forma que: «*los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución*».

[12] GARCÍA DE PABLOS, J.F., "Los nuevos impuestos sobre residuos y envases de plástico", en *Quincena fiscal*, núm. 11, 2021, p. 10 (BIB 2021\3325).

[13] PATÓN GARCÍA, G., "Impulso a la estrategia de la economía circular…", cit., p. 314.

ISSN 2036-7821

algunos productos, las cuales inevitablemente se están resolviendo mediante consultas vinculantes por la Dirección General de Tributos[14]. Por tanto, en primer lugar, se ha de analizar el uso de un producto y si el mismo entra dentro del ámbito objetivo del IEEPNR, por su uso y por su continente (contiene plástico); y, posteriormente, proceder al pago del tributo[15].

2.2. Hecho Imponible. Supuestos de no sujeción y exención.

En virtud del artículo 72 de la Ley 7/22 constituirá el hecho imponible del IEEPNR, según el caso, la fabricación, la importación o la adquisición intracomunitaria, de los productos contenidos en el ámbito objetivo que hemos descrito *supra*, es decir, los envases que, conteniendo plástico, no sean reutilizables. Asimismo, quedará igualmente sometida a gravamen la introducción irregular de estos productos en el territorio español de aplicación del impuesto. Particularmente, el mismo precepto en su apartado tercero nos indica que tiene lugar una entrada irregular cuando la persona que los posea, comercialice, transporte o utilice, no pueda acreditar correctamente haber realizado su fabricación, importación o adquisición intracomunitaria, o incluso cuando no justifique que los productos han sido adquiridos en territorio español. En este supuesto, se produce un gravamen de una actividad ilícita, no obstante, como bien explica RIBES RIBES, esta situación no plantea demasiados inconvenientes al tratarse de un impuesto medioambiental con una finalidad claramente disuasoria[16].

Como vemos, el IEEPNR ha sido configurado por el legislador de forma muy amplia, puesto que grava tanto a los fabricantes, como a todos aquellos que lleven a cabo adquisiciones intracomunitarias e importaciones de los productos gravados o los introduzcan irregularmente en territorio español. Por tanto, resulta necesario analizar cada supuesto individualmente.

En primer lugar, el artículo 71.1.b) se refiere a la «fabricación» como *"la elaboración de productos objeto de este Impuesto"*. Pues bien, para evitar un posible doble gravamen el propio precepto prevé que no se considerará fabricación la elaboración de envases a partir, exclusivamente, de productos por los que ya se haya tributado por este impuesto -es decir, los plásticos semielaborados destinados a la obtención de envases no reutilizables que contengan plástico, así como los productos de plástico

[14] En lo que se refiere a dudas sobre la sujeción o no al impuesto de algunos productos, por ejemplo mencionamos las siguientes Consultas Vinculantes resultas por la DGT en 2023: V1639-23 y V1640-23 de 9 junio 2023, V1717-23 de 14 junio, V2403-23 de 6 septiembre, V2713-23 de 6 octubre, V2930-23 y V2933-23 de 31 octubre, V3040-23 de 21 noviembre, V3163-23 y V3164-23 de 5 diciembre, V3214-23 de 12 diciembre, V3225-23 de 13 diciembre, V3246-23 de 14 diciembre; entre un largo etcétera.

[15] RENIEBLAS DORADO, P., "Análisis del borrador del Impuesto Especial…", cit.

[16] En cambio, en los impuestos con fines exclusivamente recaudatorios el gravamen de manifestaciones ilícitas podría resultar más controvertido, ya que han de limitarse a gravar manifestaciones de capacidad económica. *Vid* RIBES RIBES, A., "La economía circular del plástico …", cit.

ISSN 2036-7821

destinados a permitir el cierre, la comercialización o la presentación de ese mismo tipo de envases-. Y, en clave contraria, para prevenir que algunos productos queden sin gravar, se incluye como fabricación la incorporación a los envases de otros plásticos que de forma individual no recaen por sí mismos en el ámbito objetivo del impuesto, pero sí tras su incorporación a los envases[17].

En segundo término, para delimitar el hecho imponible «importación», el legislador acoge el concepto que contiene el Reglamento (UE) núm. 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se establece el Código Aduanero de la Unión. Teniendo presente que Ceuta y Melilla no integran el territorio aduanero de la UE, y a la luz de lo establecido en el artículo 71.1c) de la Ley 7/22, se grava como importación la entrada de los productos sujetos en el territorio de aplicación del Impuesto distinto de Ceuta y Melilla. No obstante, si se consideran importaciones las entradas de productos a Ceuta y Melilla procedentes de territorios que no formen parte del territorio de aplicación del impuesto, sean o no países miembros de la UE. En cuanto a las Islas Canarias, se considera importación a los efectos del IEEPNR aquellas entradas de productos que procedan de territorios incluidos en el territorio aduanero de la Unión que no formen parte del territorio de aplicación del impuesto. Como vemos, la norma incorpora una definición de «importación» que podemos calificar de compleja, ya que debe ser ajustada a los distintos regímenes aduaneros y fiscales que rigen en el territorio de aplicación del impuesto (Península y Baleares, Canarias y Ceuta y Melilla).

En relación a la «adquisición intracomunitaria» el artículo 71.1.a) Ley 7/22 la define como «*la obtención del poder de disposición sobre los productos objeto del impuesto expedidos o transportados al territorio de aplicación del impuesto, excepto Canarias, Ceuta y Melilla, con destino al adquirente*», siempre y cuando estos productos provengan de otro Estado miembro de la UE, y ya sean enviados por un transmitente, el propio adquiriente o un tercero en nombre y por cuenta de alguno de estos dos. Se trata, como bien apunta MENDO BUETAS, de un movimiento de circulación intracomunitario de mercancías, cuyo objetivo es poner dicha mercancía a disposición de las personas establecidas en el ámbito de aplicación del IEEPNR[18].

Asimismo, la norma recoge la existencia de operaciones asimiladas a las «adquisiciones intracomunitarias», refiriéndose a aquellas recepciones de envases objeto del impuesto por su propietario en el territorio de aplicación del impuesto, salvo Canarias, Ceuta y Melilla, cuya entrega haya llevado a cabo el mismo

[17] ORTIZ CALLE, E., "El impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables", en PALOMAR OLMEDA, A. y DESCALZO GONZÁLEZ A. (Dirs.), *Estudios sobre la ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 9 (BIB 2022\3408).

[18] MENDO BUETAS, J., "El impuesto especial sobre envases de plástico no reutilizables (arts. 67 a 83 Ley 7/2022, de 8 de abril)| Parte II", en *Carta tributaria. Revista de opinión*, núm. 97, 2023 (soporte electrónico: legalteca.aranzadilaley.es)

ISSN 2036-7821

propietario desde otro Estado miembro. Es decir, la recepción de los envases que su propietario se haya enviado a sí mismo desde otro Estado miembro de la UE, al igual que ocurre en el IVA.

Como último hecho imponible, el legislador también ha decidido incluir la "introducción irregular" de los productos plásticos gravados en el territorio español de aplicación del mismo. En este sentido, como hemos mencionado anteriormente, se entenderá producido este supuesto, cuando se posea, comercialice, transporte o utilice los productos que grava el IEEPNR y no se acredite su fabricación, importación o adquisición intracomunitaria, o cuando no justifique que los productos han sido objeto de adquisición en el territorio español. Todo indica, partiendo de la propia definición que recoge este artículo 72, párrafo segundo, de la Ley 7/22, que el hecho imponible se constituye en la práctica por la *«tenencia irregular»* de cualesquiera envases, incluidos aquellos clandestinamente fabricados (y no «introducidos») dentro del territorio de aplicación del impuesto[19].

Como es propio en los impuestos especiales, la configuración del hecho imponible de forma amplia se completa con la fijación de diferentes supuestos de no sujeción que acotan el mismo. En este caso, el artículo 73 de la Ley 7/22 excluye de gravamen: la fabricación de los productos gravados cuando "*con anterioridad al devengo del impuesto, hayan dejado de ser adecuados para su utilización o hayan sido destruidos"*; la fabricación de los productos destinados a enviarse a un " *territorio distinto al de aplicación del impuesto"*, siempre que se acredite la realidad de la salida; la fabricación, importación o adquisición intracomunitaria de "*las pinturas, tintas, lacas y adhesivos* " que se incorporan a los productos gravados (con la idea de evitar un doble gravamen); y por último, también la fabricación, importación o adquisición intracomunitaria de los envases gravados que, "*pudiendo desempeñar las funciones de contención, protección y manipulación de mercancías*" no están diseñados para ser entregados conjuntamente con estas, en los términos que recoge el artículo 68.1.a)[20]. Estos dos últimos casos responden a supuestos de no sujeción de naturaleza técnica.

En otro orden de cosas, la Ley 7/22 contempla, igualmente, un holgado y heterogéneo elenco de exenciones que, a pesar de producirse el hecho imponible, les exime del cumplimiento de la obligación tributaria principal. De esta forma, la norma diferencia dos tipos de exenciones en función de su modo de aplicación, aquellas operaciones que están exceptuadas de ingresar y, por otro lado, aquellas operaciones que suponen la devolución al adquirente o al consumidor del impuesto previamente abonado.

[19] ESCOBAR LASALA, J.J., "El nuevo impuesto especial…", cit.

[20] MENÉNDEZ MORENO, A., "¡Marchando: otra de ecológicos!: a propósito de los tributos que contempla la ley 7/2022, de residuos y suelos contaminados para una economía circular", en *Quincena fiscal*, núm. 15, 2022, p. 4 (BIB 2022\3062).

ISSN 2036-7821

De acuerdo con el artículo 75 presentamos, de manera sintética, las posibles exenciones a aplicar: En primer lugar, la norma en sus apartados a) y b) establecen la exención de aquellas operaciones gravadas en referencia con los productos comprendidos en el ámbito objetivo del impuesto cuyo destino sea prestar la función de contención, protección, manipulación, distribución y presentación de medicamentos, productos sanitarios, alimentos para usos médicos especiales, preparados para lactantes de uso hospitalario o residuos peligrosos de origen sanitario[21]. Es decir, aquellos envases empleados en el ámbito de la salud (contenedores de medicamentos, productos sanitarios y alimentos para usos médicos) [22].

En segundo lugar, en el apartado c), se establece la exención de aquellas operaciones gravadas relativas a rollos de plástico empleados en las pacas o balas para ensilado de forrajes o cereales de uso agrícola o ganadero.

En tercer lugar, la norma en su apartado d) exime las adquisiciones intracomunitarias de aquellos productos que, previa finalización del plazo para presentar la autoliquidación, se destinen a su envío directo fuera del territorio de aplicación del impuesto, siempre que se cumplan una serie de requisitos. También de aquellos productos que hayan devenido inadecuados para su uso o se destruyan (art. 75, apartado e)[23]. Si el envío, destrucción o inadecuación se producen con posterioridad a la finalización del plazo citado, entonces el criterio para evitar el gravamen del impuesto sobre los mismos sería la deducción prevista en el artículo 80.1 de la norma.

Es curioso que, para el caso de las importaciones de productos con destino a ser reexportados de nuevo en el futuro, sin ser consumidos en el propio territorio de aplicación del impuesto, no existe en la norma exención alguna, por tanto, los importadores han de abonar, en primer lugar, el impuesto devengado con motivo de la importación previa, para posteriormente, solicitar la devolución del impuesto. Esta forma de proceder provoca un impacto económico negativo en estos operadores y, en consecuencia, sería interesante establecer algún supuesto de exención o no sujeción similar al previsto en los casos de fabricación[24] que evite que los importadores deban

[21] Los contribuyentes, en el supuesto del apartado a), que efectúen la primera entrega o puesta a disposición de los productos a favor de aquellos adquirentes que los destinen a este tipo de usos sanitarios, habrán de recabar de estos una declaración previa en la que indiquen el destino de los productos que da derecho a aplicar la exención del impuesto.

[22] RIBES RIBES, A., "La economía circular del plástico …", cit.

[23] Un producto está totalmente destruido cuando no se pueda utilizar como producto; por su parte, un producto es inadecuado cuando han disminuido sus propiedades, que le hacen no apto para aquello que fue concebido, siendo posible su adaptación. En la práctica, el supuesto habitual será que se procede a su destrucción debido a que el producto es defectuoso.

[24] GARCÍA DE VEGA, B. y PALAO BASTARDES, B., "La controvertida aplicación práctica del impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables (IEPNR)", en *Revista Técnica Tributaria*, vol. 2, núm. 141, 2023, p. 289.

ISSN 2036-7821

de abonar el impuesto y les permita utilizar esas cantidades para financiar otro tipo de operaciones, evitando así para ello el posible recurso a la financiación externa.
En cuarto lugar, el artículo 75, apartado g), establece como exentas aquellas operaciones gravadas relativas a los productos plásticos semielaborados (preformas o láminas de termoplástico, entre otros) y a los plásticos destinados a permitir el cierre, la comercialización o la presentación de los envases gravados, cuando no se vayan a utilizar a estos usos o no se destinen a obtener envases gravados[25].
Por último, los supuestos de exención al IEEPNR se completan incluyendo la exención a la importación o adquisición intracomunitaria de los envases gravados, tanto si se introducen vacíos, como si se introducen prestando la función de contención, protección, manipulación, distribución y presentación de otros bienes o productos, siempre y cuando el peso total del plástico no reciclado que contengan dichos envases no exceda de 5 kilogramos en un mes (art. 75 f). En este caso, nos parece acertado por parte del legislador configurar un supuesto de exención que pretende disminuir a ciertos niveles de tolerancia el consumo de este material contaminante[26].
Al amplio catálogo de exenciones al IEEPNR que incluye la Ley 7/22 podrían sumarse algunas otras. En este sentido, a modo de ejemplo, como bien apunta CALVO VÉRGEZ, sería interesante incluir alguna exención para aquellos supuestos en los que el uso plástico responde a un "interés general" (el autor cita como ejemplo los cartones de leche, necesarios por motivos de higiene y salud)[27]. Asimismo, podría ser positivo establecer algún supuesto de exención para pequeños productores o fabricantes que empleen una cantidad mínima de plástico no reutilizable, para no perjudicar a este tipo de operadores que tienen un impacto limitado en el uso de plásticos. En este último caso, se podría fijar un límite de producción anual de plástico no reutilizable, en kilogramos, por debajo del cual estaría exenta del pago del impuesto, en la línea de la exención a la importación o adquisición intracomunitaria (de hasta 5 kg/mes) que acabamos de mencionar.

2.3. Devengo del impuesto y contribuyentes.

En cuanto al elemento temporal del hecho imponible o devengo, el artículo 74 de la Ley 7/22 en cada uno de sus cuatro apartados establece, respectivamente, la regulación del devengo relativa a cada uno de los presupuestos de hecho que

[25] ESCOBAR LASALA, J.J., "El nuevo impuesto especial…", cit.
[26] De ahí la fijación de un umbral máximo de 5 kg/mes para disfrutar de la exención en las adquisiciones intracomunitarias y las importaciones de envases de plástico no reutilizables cuando el peso total del plástico no reciclado contenido en ellos no supere el mismo.
[27] CALVO VÉRGEZ, J., "A vueltas con la creación de un gravamen medioambiental sobre el plástico: situación actual y perspectivas de futuro a nivel comunitario (y estatal)", en *Revista Unión Europea Aranzadi*, núm. 3, 2021, p. 5 (BIB 2021\1184).

ISSN 2036-7821

originan el nacimiento de la obligación tributaria respecto del IEEPNR, es decir, en lo supuestos de fabricación, importación, adquisición intracomunitaria e introducción irregular de los productos plásticos gravados.

En su primer apartado, cuando el hecho imponible se refiere a la «fabricación» de los productos que menciona el artículo 68.1, el devengo se producirá, cuando tenga lugar alguna de los tres supuestos siguientes: (a) la primera entrega o puesta a disposición de los productos fabricados a favor del adquirente en el territorio de aplicación del impuesto; (b) cuando en la fabricación se produzca un cobro anticipado parcial o total del precio de una primera entrega o puesta a disposición[28], en términos similares a los establecidos en la normativa del IVA[29]; y (c) cuando se afloren diferencias negativas en las existencias fabricadas. En este último caso, la norma establece que «*se presumirá, salvo prueba en contrario, que las diferencias en menos de existencias de productos fabricados se debe a que los mismos han sido objeto de entrega o puesta a disposición por parte del fabricante*». En otros términos, la obligación tributaria no surge por la realización material del hecho imponible, sino por la aplicación de una presunción *iuris tantum* de entrega o puesta a disposición respecto de los productos fabricados cuyo destino no esté justificado.

En el segundo apartado del artículo 74 de la Ley 7/22 se dispone que, en los supuestos de «importación» de acuerdo con la normativa aduanera, el devengo coincidirá con el momento en que hubiera tenido lugar el devengo de los derechos de importación con independencia de que dichas importaciones estén o no sujetas a los citados derechos de importación. En consecuencia, se vincula la exacción del impuesto a la legislación aduanera que resulte aplicable, tal y como suele ser habitual en los impuestos indirectos exigibles a la importación[30]. De esta forma, para que se produzca el devengo en los supuestos de importación es requisito previo que se haya devengado la deuda aduanera.

Con respecto al tercer apartado de este artículo 74, si el hecho imponible se refiere a una «adquisición intracomunitaria» el devengo tiene lugar el día 15 del mes siguiente

[28] Como bien apunta MENDO BUETAS, en este caso se produce un «devengo anticipado» ya que este párrafo segundo del art 74.1 establece que: «*si se realizan pagos anticipados anteriores a la realización del hecho imponible, el impuesto se devengará en el momento del cobro total o parcial del precio por los importes efectivamente percibidos*». Por tanto, la norma prevé aquellos supuestos habituales en la industria en los que se producen pagos por anticipado en el instante que se formaliza el pedido al fabricante, al importador o al adquirente intracomunitario. *Vid* MENDO BUETAS, J., "El impuesto especial sobre envases… Parte II" , cit.

[29] Guarda relación con la redacción contenida en el artículo 75 Dos de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA).

[30] En concreto, el IEEPNR aplica la misma regla fijada para el IVA (art. 77 de la LIVA) que, a su vez, coincide con el momento del devengo de los derechos de importación en virtud de la legislación aduanera; pues el artículo 77.2 del Código Aduanero de la Unión, aprobado por el Reglamento (UE) núm. 952/2013, dispone que la deuda aduanera nacerá en el momento de la admisión de la declaración en aduana, es decir, cuando se admita a despacho esta por parte de la Administración tributaria. *Vid* ORTIZ CALLE, E., "El impuesto especial sobre los envases…", cit., p. 11.

ISSN 2036-7821

a aquel en el que se inicie la expedición o el transporte de los productos con destino al adquirente, excepto que con anterioridad se expida la factura por dichas operaciones, en cuyo caso el devengo tendrá lugar en la fecha de expedición de esta. Por tanto, la norma diferencia dos momentos en los que puede producirse el devengo del impuesto, el día 15 del mes siguiente a aquel en el que se inicie la expedición de los productos, y la fecha de la factura, si esta es anterior a la expedición.

En último lugar, el cuarto apartado del precepto aborda el devengo en los supuestos de «introducción irregular de los productos», produciéndose en ese mismo momento de la entrada y, si este no pudiera precisarse, se presume *iuris tantum* que la introducción irregular se produjo en el período de liquidación más antiguo de entre los no prescritos, salvo que el propio contribuyente pruebe que corresponde a otro periodo de liquidación. Coincidimos con algunos autores en que esta previsión implica una garantía para el contribuyente, ya que limita notablemente el plazo ante una posible regularización de la operación y le permite recuperar ese periodo de tiempo transcurrido desde entonces, salvo que se pruebe que dicha introducción se produjo en otro ejercicio -prescrito o no- ya que admite prueba en contra[31].

Por otra parte, en referencia a los sujetos pasivos del IEEPNR, la Ley 7/22 solamente contempla en su artículo 76 a los contribuyentes, entendiendo por estos a las personas, físicas, jurídicas o entes sin personalidad jurídica que realicen la fabricación, importación o adquisición intracomunitaria, así como la introducción irregular, en territorio de aplicación del impuesto, de los productos que forman parte de su ámbito objetivo. En este último caso de introducción irregular es sujeto pasivo quien los posea, comercialice, transporte o utilice.

2.4. Cuantificación del impuesto.

A la cuantificación del IEEPNR hacen referencia los artículos 77 a 81 de la Ley 7/22. En cuanto a la base imponible del IEEPN, según lo dispuesto en el artículo 77 de la norma, se constituirá por la cantidad de plástico no reciclado, expresada en kilogramos, contenida en los productos que forman parte del ámbito objetivo del impuesto y el tipo impositivo será de 0,45 euros por kilogramo (art. 78 Ley 7/22). En estos términos, la cantidad de plástico reciclado contenida en los productos incluidos en el ámbito objetivo del impuesto habrá de ser certificada mediante una entidad acreditada al efecto (art. 77.3). En caso contrario, si no se posee el citado certificado

[31] RIBES RIBES, A., "La economía circular del plástico …", cit. También de esta opinión MANZANO SILVA, E.: "El Impuesto especial sobre envases de plástico no reutilizables (Arts. 67 a 83)", en *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 21, 2022, p. 552.

ISSN 2036-7821

no se podrá deducir la cantidad de plástico incorporado en el proceso de elaboración que proceda de plástico reciclado a efectos de conformar la base imponible[32].

Esta previsión que incorpora la normativa del IEEPNR consistente en excluir de la base imponible del impuesto el plástico reciclado acentúa la naturaleza medioambiental del tributo, ya que incentiva el proceso de reciclado del plástico con la aplicación de un incentivo fiscal en forma de minoración de la base imponible que, en consecuencia, persigue reducir la puesta en circulación de este material en el territorio de aplicación del impuesto[33]. Asimismo, la reducción no presenta límite alguno, de forma que para aquellos envases que utilicen únicamente plástico totalmente reciclado como materia prima no quedarían sometidos a tributación efectiva, al ser inexistente su base imponible[34].

No obstante lo anterior, coincidimos con CALVO VÉRGEZ en que se podría haber aprovechado la oportunidad para establecer en la norma la aplicación de tipos reducidos que discriminaran positivamente la utilización de determinados productos plásticos que puedan tener un menor impacto medioambiental, por ejemplo, atendiendo a su naturaleza biodegradable o en relación al grado de reciclabilidad de los envases[35]; incluso en función de la durabilidad de los mismos. Entendemos que este hecho no se ha producido por la complejidad técnica que derivaría de la aplicación de tipos diferenciados en comparación con el uso de un tipo único que permita simplificar la liquidación del impuesto.

Al hilo de lo que antecede, conviene destacar que el Anteproyecto de la Ley 7/22 en su redacción inicial sólo permitía reducir de la base imponible el producto plástico reciclado proveniente de envases usados en territorio español, lo que, como bien apunta TUR PUCHOL, podía resultar contrario al principio de no discriminación e ir en contra con el derecho de la UE[36]. Finalmente se amplió el beneficio fiscal a todo el plástico reciclado independientemente de su origen y de si ha sido objeto o no de un gravamen previo.

A priori, en lo que se refiere a la base imponible, tipo impositivo y cuota tributaria del impuesto (arts. 77, 78 y 79), parece un tributo que no presenta excesiva complejidad en cuanto a su cálculo, ya que la base imponible está constituida

[32] Sin embargo, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria décima de la Ley 7/2022, durante 2023 se permitió que la cantidad de plástico reciclado contenida en los productos incluidos en el ámbito objetivo del impuesto se acreditara a través de una declaración responsable firmada por el fabricante.

[33] En estos términos se recoge en la Exposición de Motivos de la norma.

[34] ORTIZ CALLE, E., "El impuesto especial sobre los envases…", cit., p. 19.

[35] CALVO VÉRGEZ, J., "A vueltas con la creación de un gravamen…", cit., p. 12.

[36] Concretamente puede considerarse que se protege o incentiva la producción nacional de plástico reciclado. En este sentido, el TJCE en sentencia del 11 de noviembre de 1990 (TJCE 1991, 96) el artículo 110 del TFUE: *"[...] prohíbe gravar los productos de los demás Estados miembros con tributos internos superiores a los que graven los productos nacionales similares o con tributos internos que puedan proteger indirectamente otras producciones"*. *Vid* TUR PUCHOL, T., "El futuro impuesto sobre plásticos no reutilizables", en *Quincena fiscal*, núm. 4, 2021, p. 27 (BIB 2021\1011).

ISSN 2036-7821

únicamente por los kilogramos de plástico que contienen los envases y a los que se le aplica un tipo de 45 céntimos por kilogramo, dando como resultado la cuota tributaria. En cambio, si presentará mayor dificultad determinar cuál es la composición del producto y la cuantificación, en su caso, de plástico reciclado lo que exige realizar ajustes en la magnitud fabricada, importada o adquirida en la UE. Asimismo, el cálculo de la cantidad de plástico que conforma un producto puede presentar algunas complicaciones en los supuestos de importaciones y adquisiciones intracomunitarias, ya que no es fácil conocer la cantidad de plástico no reciclado, especialmente en el caso de envases o embalajes que no todo su contenido sea plástico, ya que también lo productos que incorporen algo de plástico entran dentro del ámbito objetivo del impuesto[37].

Asimismo, el IEEPNR, se incluye en el concepto contraprestación y, por tanto, forma parte de la base imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido, según lo establecido en el artículo 78. Dos. 4º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante IVA). Por tanto, la base imponible de una operación, a efectos del IVA, está constituida por el importe total de la contraprestación, es decir, el precio pagado por el bien o servicio recibido, incluyendo los tributos o gravámenes que recaigan sobre dichas operaciones[38].

Una vez calculada la cuota íntegra del impuesto, el artículo 80 de la norma recoge dos deducciones cuya finalidad es evitar el gravamen sobre envases que se envían fuera del territorio de aplicación del impuesto, que se destruyen o que se reincorporan al proceso de fabricación. Así, por un lado, el artículo 80.1 establece el derecho del contribuyente que realice adquisiciones intracomunitarias a deducirse, en la autoliquidación correspondiente, el impuesto pagado en relación a: productos enviados fuera del territorio de aplicación del impuesto [art. 80.1.a)]; productos que, con carácter previo a su primera entrega o puesta a disposición del adquirente en el territorio de aplicación del impuesto, hayan dejado de ser adecuados para su utilización o hayan sido destruidos [art. 80.1.b)]; y productos que, con posterioridad a la primera entrega o puesta a disposición del adquirente, hayan sido devueltos por este para su destrucción o reincorporación al proceso de fabricación, previo reintegro al mismo de su importe [art. 80.1.c)].

Por otro lado, el artículo 80.2 de la Ley 7/22 permite al fabricante minorarse las cuotas relativas a productos que le han sido devueltos por el adquirente para su destrucción o para su reincorporación al proceso de fabricación. Ha de matizarse que estamos ante un supuesto en el que la destrucción o reincorporación se produce con posterioridad al devengo y por ello, la herramienta para evitar el gravamen de tales envases es la deducción. Si esas mismas circunstancias se produjeran cona

[37] RENIEBLAS DORADO, P., "Análisis del borrador del Impuesto Especial…", cit.
[38] Incluyendo, por tanto, el IEEPNR que se aplica sobre los productos incluidos en su ámbito de aplicación.

ISSN 2036-7821

anterioridad al devengo del impuesto, habría de aplicar el supuesto de no sujeción fijado en el artículo 73.a), tal y como hemos visto anteriormente[39].

En ambos supuestos, la aplicación de la deducción se somete al doble requisito de acreditación tanto de la concurrencia de los hechos descritos como del pago del impuesto. Además, si la cuantía de las deducciones supera el importe de las cuotas devengadas en un periodo de liquidación, el exceso podrá ser compensado en autoliquidaciones posteriores, con el límite de cuatro años desde la finalización del periodo de liquidación en el que se produjo dicho exceso (cfr. art. 80.3). Por otro lado y con independencia de lo anterior, los contribuyentes cuyos importes de deducción excedan de aquel relativo a las cuotas devengadas en el último período de liquidación del año natural podrán solicitar la devolución del saldo existente a su favor en la autoliquidación correspondiente a dicho período de liquidación (art. 80.4).

Por último, se reconoce el derecho a solicitar la devolución del impuesto abonado, conforme al artículo 81 de la Ley 7/22, a los «*importadores de los productos*» que hayan sido enviados por ellos, o por un tercero en su nombre o por su cuenta, fuera del territorio de aplicación del impuesto, que hayan dejado de ser adecuados para su utilización, destruidos u objeto de devolución para su destrucción o reincorporación al proceso de fabricación. Asimismo, también regula el artículo 81 de la norma las devoluciones reconocidas a los «*adquirentes de los productos*» enviados fuera del territorio de aplicación del impuesto, de los productos destinados a servir de envase para medicamentos y demás productos sanitarios, médicos u hospitalarios o de los productos que puedan ser reutilizados; así como las devoluciones reconocidas a los «*adquirentes de productos*» plásticos semielaborados cuando no se destinen a la obtención de los envases integrantes del ámbito objetivo del impuesto relacionados en el artículo 68 de la Ley 7/22, o cuando se destinen a usos reutilizables[40].

2.5. Gestión del Impuesto.

El artículo 82 de la Ley 7/22 se ocupa de fijar las «normas generales de gestión» del IEEPNR. En este sentido, su apartado primero dispone que para las modalidades de hecho imponible "fabricación" y "adquisición intracomunitaria" el IEEPNR se gestiona a través de sistema de autoliquidación, que es el habitual en la inmensa mayoría de los tributos españoles.

Con el objetivo de sincronizar las obligaciones tributarias formales del IEEPNR con las propias del IVA el período de liquidación coincide con el trimestre natural, excepto para aquellos contribuyentes que autoliquiden el IVA con carácter mensual[41].

[39] ESCOBAR LASALA, J.J., "El nuevo impuesto especial…", cit.

[40] MENÉNDEZ MORENO, A., "¡Marchando: otra de ecológicos!: a propósito…", cit., p. 5.

[41] Por razón de su volumen de operaciones u otras circunstancias fijadas en la normativa propia del IVA. Es importante mencionar que el período de liquidación mensual en el IVA se reserva, en primer lugar, a las "Grandes empresas", referidas a aquellos sujetos pasivos cuyo volumen de operaciones exceda de 6.010.121,04 €

ISSN 2036-7821

Los contribuyentes, en los supuestos de fabricación y adquisición intracomunitaria, por ende, deberán presentar por cada trimestre del año natural la correspondiente autoliquidación e ingresar la deuda tributaria, salvo aquellos cuyo período de liquidación a efectos del IVA sea mensual, en cuyo caso la autoliquidación también será mensual. En cambio, para las importaciones, el IEEPNR se liquidará en la forma prevista para la deuda aduanera.

En este escenario, le competerá al Ministerio de Hacienda fijar los modelos, plazos y condiciones para la presentación de las autoliquidaciones previstas para los hechos imponibles "fabricación" y "adquisición intracomunitaria" (art. 82.2)[42]. Al mismo tiempo, los contribuyentes que realicen el hecho imponible del IEEPNR en cualquiera de sus modalidades (fabricación, adquisición intracomunitaria e importación) y que generan la sujeción a este gravamen deberán inscribirse en el Registro territorial del Impuesto sobre los envases de plástico no reutilizables[43], a fin de la constitución de un Censo de obligados tributarios, salvo aquellos que se determine mediante Orden ministerial (art. 82.3)[44].

Asimismo, los fabricantes deberán llevar una contabilidad de los envases y de las materias primas que sean necesarias para su obtención. Esta obligación de llevanza de la contabilidad se realizará a través de un sistema contable en soporte informático, mediante la sede electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (art. 82.4). En particular, los contribuyentes que realicen adquisiciones intracomunitarias llevarán un libro registro de existencias, que deberán presentar ante la oficina gestora conforme al procedimiento y en los plazos que se determinen oficialmente (art. 82.5).

Por su parte, los contribuyentes que realicen importaciones de productos que forman parte del ámbito objetivo del impuesto habrán de consignar la cantidad, expresada en kilogramos, de plástico no reciclado introducida en territorio español; en caso de que el importador se beneficie de la exención prevista en el artículo 75.f), consistente en que la cantidad de envase de plástico no reciclado no excede de 5 kilogramos en

---

durante todo el año natural; y, en segundo lugar, también autoliquidaran con carácter mensual los sujetos pasivos inscritos en el "Registro de Devolución Mensual" para así poder solicitar la devolución del IVA sin tener que esperar a la última autoliquidación del año; en tercer lugar, igualmente las empresas a las que se aplica el "régimen especial del grupo de entidades" presentarán la autoliquidación mensual; y por último, los sujetos pasivos a los que le resulta de aplicación obligatoria el "Sistema de Suministro Inmediato de Información". *Vid* ORTIZ CALLE, E., "El impuesto especial sobre los envases…", cit., p. 22.

[42] Los fabricantes y adquirientes intracomunitarios estarán obligados a la presentación del modelo 592 y a ingresar el importe de la deuda tributaria resultante del mismo. La presentación de este modelo y, en su caso, el pago de la deuda tributaria se efectuará dentro de los 20 primeros días naturales siguientes a aquel en que finaliza el periodo de liquidación que corresponda.

[43] Se exceptúa de esta obligación a los que realicen adquisiciones intracomunitarias en las que el peso total de plástico no reciclado no exceda de 5 kilogramos en un mes natural, resultando obligados cuando superen dicha cantidad, teniendo en cuenta las adquisiciones intracomunitarias realizadas y las que se prevén realizar en el mes natural.

[44] El censo de obligados tributarios sometidos a este impuesto, así como el procedimiento para la inscripción de estos en el Registro territorial se encuentran regulados en la Orden HFP/1314/2022, de 28 de diciembre.

ISSN 2036-7821

un mes, se habrá de dejar constancia de este hecho en la declaración aduanera (art. 82.6).

También prevé la norma en su apartado 7 de este artículo 82 la obligatoriedad para los contribuyentes no establecidos en territorio español de nombrar a una persona física o jurídica como representante ante la Administración tributaria española en relación con sus obligaciones por el IEEPNR, debiendo llevar a cabo este nombramiento con anterioridad a la realización de la primera operación sujeta a gravamen[45]. Este representante estará obligado a inscribirse, con anterioridad a la realización de la primera operación gravada, en el ya mencionado Registro territorial (art. 82.8). Como bien matiza ESCOBAR LASALA, esta previsión solo afecta a importadores y adquirentes intracomunitarios ya que, por definición, un «fabricante» es titular de una fábrica o establecimiento ubicado en el territorio de aplicación del impuesto y, por ello, es siempre un contribuyente «establecido»[46].

Para finalizar con las normas de gestión del impuesto, la Ley 7/22 en su artículo 82.9 prevé una serie de obligaciones derivadas de la realización de ventas o entregas de los productos gravados en el ámbito territorial de aplicación de este. Obligaciones que se concretan, principalmente, en los deberes de repercusión del impuesto.

En este escenario, en primer lugar, en la primera venta o entrega realizar tras fabricar los productos gravados obliga a los fabricantes a repercutir al adquiriente el importe de las cuotas del IEEPNR que se devenguen al realizar dicha venta o entrega. La factura que se expida deberá consignar por separado dicho importe de las cuotas del IEEPNR mencionado, así como la cantidad de plástico no reciclado contenido en los productos (en kilogramos) y si resulta de aplicación algún supuesto de exención, referenciando en su caso el artículo que permita su aplicación. Como vemos, se trata de una obligación que afecta únicamente a los fabricantes ya que, con independencia de la previsión siguiente, no obliga a los primeros adquirentes en territorio español, o a los importadores, de repercutir sobre sus clientes las cuotas del IEEPNR devengadas de la previa adquisición intracomunitaria o importación.

En segundo lugar, para los demás supuestos (si no se actúa como fabricante), previa solicitud del adquirente, quienes realicen las ventas o entregas de los productos gravados habrán de consignar en un certificado, o en las facturas que expidan: El importe del impuesto satisfecho por dichos productos o, si le resultó de aplicación algún supuesto de exención junto con la referencia normativa que conceda el derecho

[45] Los contribuyentes se consideran establecidos en territorio español cuando tengan su domicilio fiscal, un establecimiento permanente o la sede de su actividad económica en España. *Vid* RIBES RIBES, A., "La economía circular del plástico …", cit.

[46] ESCOBAR LASALA, J.J., "El nuevo impuesto especial…", cit.

ISSN 2036-7821

a aplicar dicho beneficio fiscal; así como la cantidad de plástico no reciclado contenido en los productos (en kilogramos)[47].

Por tanto, como bien apunta DE NICOLÁS, no se prevé jurídicamente una repercusión «en cascada» del tributo, hasta llegar al consumidor final. No obstante, el hecho de que no exista previsión normativa expresa para trasladar la cuota tributaria en las ventas que no constituyan una primera entrega, no implica que no vaya a suponer un sobrecoste para los consumidores finales puesto que, como es lógico, se llevará a cabo una traslación económica de dicha carga impositiva a partir de un aumento en los precios de los productos que incluyan este tipo de envases gravados[48].

Como podemos observar, la complejidad técnica del impuesto y las exigencias formales exigidas a los contribuyentes implicará costes de gestión administrativa del IEEPNR que serán muy relevantes para los operadores en general y, particularmente, para aquellos que no hayan podido adaptar a tiempo sus sistemas de procesamiento de los datos exigidos por la norma.

2.6 Infracciones y Sanciones.

Para finalizar el recorrido por la regulación del IEEPNR, la Ley 7/22 dedica el último artículo del Título VII (art. 83) al régimen de infracciones y sanciones aplicable. Pues bien, como regla general, en principio se aplican las disposiciones que sobre infracciones y sanciones se contienen en la Ley General Tributaria (LGT). Por tanto, las infracciones tributarias en este Impuesto se calificarán y sancionarán conforme a lo fijado con carácter general en la Ley 58/2003 y demás normas de desarrollo. Teniendo en cuenta esto, pasamos a analizar las disposiciones especiales que en materia infracciones y sanciones fija la normativa que regula el IEEPNR.

Del análisis del citado articulo 83, en su apartado segundo y tercero, de la Ley 7/22 observamos las siguientes infracciones tributarias con sus correspondientes sanciones: a) La falta de inscripción en el Registro territorial del IEEPNR (siendo de aplicación una sanción pecuniaria fija de 1.000 euros); b) La falta de nombramiento de un representante por los contribuyentes no establecidos en territorio español (también de aplicación una sanción pecuniaria fija de 1.000 euros); c) La falsa o incorrecta certificación por la entidad debidamente acreditada de la cantidad de plástico reciclado, expresada en kilogramos, contenida en los productos que forman parte de su ámbito objetivo (correspondiéndole una multa pecuniaria proporcional

[47] Esta previsión no se aplica cuando el vendedor emita facturas simplificadas que cumplan con el contenido previsto en el art. 7.1 del Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, aprobado por el Real Decreto 1619/2012[47].

[48] Apartado que no podemos abordar en el presente trabajo por motivos de espacio. Por tanto, para el estudio concreto de esta parte nos remitimos al trabajo de DE NICOLÁS, Carlos, "Fiscalidad ambiental sobre los envases de plástico no reutilizables", en *Gaceta fiscal*, núm. 451, 2024 (soporte electrónico: www.gacetafiscal.com).

ISSN 2036-7821

del 50% del importe de las cuotas del Impuesto dejadas de ingresar, con un importe mínimo de 1.000 euros, que podrá incrementarse en un 25% si existe comisión repetida de infracciones tributarias[49]); d) El disfrute indebido por parte de los adquirentes de los productos que forman parte del ámbito objetivo del Impuesto de las exenciones recogidas en el artículo 75.a) y g) de la Ley 7/22 por no ser el destino efectivo de los productos el consignado en las mismas (siendo de aplicación una multa pecuniaria proporcional del 150% del beneficio fiscal indebidamente disfrutado, con un importe mínimo de 1.000 euros); y e) La incorrecta consignación en la factura o en el certificado de los datos a los que se refiere el artículo 82.9 de la citada ley (siendo de aplicación multa pecuniaria fija de 75 euros por cada factura o certificado emitido con la consignación incorrecta de los datos)[50].

En consecuencia, las citadas cinco infracciones específicas se califican como graves, llevando aparejadas las sanciones que expresamente prevé el citado precepto en su apartado 3 y que acabamos de indicar para cada supuesto de infracción.

Por último, el último apartado de este artículo 83 manifiesta que sobre las sanciones descritas puede ser de aplicación las reducciones generales previstas en el artículo 188 LGT, en aquellos casos en los que proceda. En este escenario, destacamos que, en relación al principio de tipicidad, ningún otro supuesto distinto a los previstos legalmente podrá ser sancionable[51].

A raíz de la citada regulación ad hoc coincidimos con MENÉNDEZ MORENO en la idea de que quizás no sea realmente necesario agregar una tipificación expresa de la misma en cada nueva figura impositiva, y que baste con acudir al régimen de infracciones y sanciones de la LGT que es lo suficiente extenso y pormenorizado para dar respuesta a esta cuestión[52]. No obstante, debido a la posible amenaza de fraude y como suele ser habitual en el ámbito de los impuestos especiales de fabricación[53], pensamos que contar con algunos supuestos concretos de infracción con sanción especial que permitan, en situaciones particulares, una tipificación específica no fijada en la Ley General Tributaria puede procurar el necesario efecto disuasorio de la comisión de dicho fraude e incentivar su debido cumplimiento.

---

[49] Se considera producida la comisión repetida de infracciones tributarias cuando el infractor, dentro de los dos años anteriores a la comisión de la nueva infracción, hubiese sido sancionado por resolución firme en vía administrativa por la misma conducta. *Vid* DE NICOLÁS, Carlos, "Fiscalidad ambiental sobre los envases de plástico no reutilizables", en *Gaceta fiscal*, núm. 451, 2024 (soporte electrónico: www.gacetafiscal.com).

[50] CALVO VÉRGEZ, J., "A vueltas con la creación de un gravamen…", cit., pp. 27-28.

[51] La propia Agencia Estatal de la Administración Tributaria reconoce que, en el caso hipotético en que un operador intermedio de la cadena no proporcione la información de un envase de plástico por no habérsela facilitado con carácter previo su proveedor, tal supuesto no podrá ser sancionado a la luz de lo dispuesto en el artículo 83.2.e) de la Ley 7/2022, ya que no se halla tipificado en la norma. *Vid* RIBES RIBES, A., "La economía circular del plástico …", cit.

[52] MENÉNDEZ MORENO, A., "¡Marchando: otra de ecológicos!: a propósito…", cit., p. 6.

[53] ESCOBAR LASALA, J.J., "El nuevo impuesto especial…", cit.

ISSN 2036-7821

3. Conclusiones sobre el IEEPNR español.

Desde nuestro punto de vista y en conexión con la opinión de VAQUERA GARCÍA, el IEEPNR español reúne el contenido mínimo necesario para servir de instrumento jurídico que promueva la protección del medio ambiente, ya que no solo se respetan las medios coherentes de reciclaje y reutilización de los plásticos gravados, sino que se incorpora una motivación adicional para disfrutar de un ahorro fiscal si se llevan a cabo las conductas que promueve la norma. Asimismo, se produce un incremento de las obligaciones formales a las que tiene que hacer frente el contribuyente con motivo de entregar sus productos envueltos o contenidos en los plásticos, por lo que es importante que los elementos de cuantificación sean coherentes con el fin pretendido; de esta manera, si se persigue fomentar la reducción de materiales contaminantes por parte del empresario, es necesario que el coste de estos se fije de forma que le resulte al empresario más rentable invertir en otros materiales menos perjudiciales como puede ser el plástico reciclado, así como el papel o cartón. En caso contrario, se correría el riesgo de que se pagase por el impuesto y se siguiera dañando el medio ambiente, es decir, una auténtica *licencia para contaminar*[54].

Además, entendemos que el IEEPNR cumplirá su finalidad medioambiental si, por una parte, de forma progresiva las arcas del erario público, anualmente, ven reducida su recaudación[55]. Por otra parte, los recursos recaudados deben destinarse a la puesta en marcha de campañas de información a los consumidores y a financiar herramientas que fomenten conductas responsables de consumo, con el objetivo de limitar el abandono de basura plástica y de incrementar el uso de alternativas reutilizables[56]; así como la puesta en marcha de medidas tecnológicas que permitan favorecer la circularidad de los envases. Si embargo, como bien apunta RIBES RIBES, desgraciadamente el gravamen del IEEPNR no presenta este carácter finalista[57].

Centrándonos en el contenido del IEEPNR español son varias las reflexiones finales en aras de una posible mejora regulatoria que, tras el estudio acometido, nos suscita su entrada en vigor.

En primer lugar, a pesar del intento de claridad por parte del legislador en lo que se refiere a la definición del ámbito objetivo del impuesto, a efectos prácticos resulta arduo conseguir una redacción sintética que otorgue claridad a la cuestión. Por ello, es la Dirección General de Tributos el órgano que, hasta la fecha, se está encargando de despejar las numerosas cuestiones dudosas que suscita su aplicación práctica. En este escenario, sería conveniente la aprobación de un Reglamento que desarrolle,

[54] VAQUERA GARCÍA, A., "La tributación de los envases de plástico…", cit., pp. 261-262.

[55] Según los datos que presenta la Agencia Tributaria en su web oficial, el Impuesto Especial sobre los Envases de Plástico No Reutilizables aportó 663 millones a la hacienda pública durante el ejercicio económico correspondiente a su primer año desde su entrada en vigor en 2023.

[56] GARCÍA DE PABLOS, J.F., "Los nuevos impuestos sobre residuos…", cit., p. 24.

[57] RIBES RIBES, A., "La economía circular del plástico …", cit

ISSN 2036-7821

pormenorice y clarifique lo dispuesto en la Ley 7/2022, como mecanismo esencial que aporte seguridad jurídica a los contribuyentes y garantice una correcta aplicación del impuesto.

En segundo lugar, en el supuesto en que se produzcan importaciones de productos cuyo destino sea volver a ser exportados en un futuro y no consumidos en el territorio de aplicación del impuesto, sería interesante establecer algún tipo de exención para este tipo de situaciones con el objetivo de que los importadores no deban abonar el impuesto cuando realicen la importación para después solicitar la devolución con la exportación, ya que les provoca un menoscabo económico al tener que adelantar ese importe y no poder destinarlo para financiar otro tipo de operaciones.

En tercer lugar, al conjunto de las numerosas exenciones que fija la norma para el IEEPNR podrían sumarse algunas otras. Como comentamos anteriormente, CALVO VÉRGEZ apunta en este sentido incluir alguna exención para aquellos supuestos en los que el uso plástico responde a un "interés general", de forma similar a como se plantean para el sector sanitario (cartones de leche, necesarios por motivos de higiene y salud)[58]. Bien, en este sentido nosotros proponemos la incorporación de algún supuesto de exención dirigido a pequeños productores o fabricantes que utilicen cantidades muy reducidas de plástico no reutilizable, con la finalidad de que no suponga una barrera al desarrollo de este tipo de operadores con escaso impacto en la industria plástica. Para ello, se podría fijar un límite de producción anual de plástico no reutilizable, en kilogramos, por debajo del cual estaría exenta del pago del impuesto, en la línea con la exención recogida en el artículo 75.f) de la Ley 7/22 (5 kilogramos en un mes).

En cuarto lugar, en relación con el cálculo de la base imponible, el IEEPNR presenta cierta complejidad para determinar el peso exacto de los plásticos no reutilizables, especialmente cuando los envases incluyen otros materiales, y sobre todo en aquellos supuestos donde los productos sean compuestos, es decir, cuando combinen plástico con otros materiales será aún más difícil desglosar el peso del plástico específico. Asimismo, nos sumamos a la opinión popular de parte de la doctrina en línea con la oportunidad perdida de fijar en la norma tipos reducidos que incentivaran el uso de determinados productos plásticos que pudieran tener un menor impacto medioambiental, por ejemplo, en atención a su naturaleza biodegradable o en relación al grado de reciclabilidad y/o durabilidad de los envases. Medida que tendría un excelente encaje normativo debido al carácter extrafiscal y a la naturaleza medioambiental del impuesto.

Para terminar, es conveniente advertir que el cumplimiento de la obligación tributaria del IEEPNR, incluida la compleja gestión, implica para los operadores un

[58] CALVO VÉRGEZ, J., "A vueltas con la creación de un gravamen…", cit., p. 5.

ISSN 2036-7821

incremento de sus costes de producción y de gestión y, en consecuencia, un más que probable riesgo de que terminen trasladando este sobrecoste económico vía precios de venta a los consumidores finales. Colectivo último que en numerosas ocasiones no tiene la libertad para decidir si desea o no consumir o productos plásticos con mayor o menor impacto negativo sobre el medioambiente. También supone un reto logístico y financiero para la Agencia Tributaria que necesita de mecanismos eficaces para supervisar y controlar el cumplimiento de la obligación tributaria.

4. Bibliografía.

- ARMENTIA BASTERRA, J., "Impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables (y III)", en *Forum fiscal: la revista tributaria de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa*. CISS, núm. 301, 2023 (soporte electrónico: legalteca.aranzadilaley.es)
- CALVO VÉRGEZ, J., "A vueltas con la creación de un gravamen medioambiental sobre el plástico: situación actual y perspectivas de futuro a nivel comunitario (y estatal)", en *Revista Unión Europea Aranzadi*, núm. 3, 2021, pp. 1-28 (BIB 2021\1184).
- DE NICOLÁS, Carlos, "Fiscalidad ambiental sobre los envases de plástico no reutilizables", en *Gaceta fiscal*, núm. 451, 2024 (soporte electrónico: www.gacetafiscal.com).
- ESCOBAR LASALA, J.J., "El nuevo impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables", en *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, núm. 92, 2022 (soporte electrónico: legalteca.aranzadilaley.es).
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., "Aspectos medioambientales del nuevo impuesto especial sobre envases de plástico no reutilizables", en *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 3, 2023, pp. 199-209.
- GARCÍA DE PABLOS, J.F., "Los nuevos impuestos sobre residuos y envases de plástico", en *Quincena fiscal*, núm. 11, 2021, pp. 1-24 (BIB 2021\3325).
- GARCÍA DE VEGA, B. y PALAO BASTARDES, B., "La controvertida aplicación práctica del impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables (IEPNR)", en *Revista Técnica Tributaria*, vol. 2, núm. 141, 2023, pp. 281-290.
- MANZANO SILVA, E.: "El Impuesto especial sobre envases de plástico no reutilizables (Arts. 67 a 83)", en *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 21, 2022, pp. 539-569.
- MENDO BUETAS, J., "El impuesto especial sobre envases de plástico no reutilizables (arts. 67 a 83 Ley 7/2022, de 8 de abril)| Parte I", en Carta *tributaria. Revista de opinión*, núm. 96, 2023 (soporte electrónico: legalteca.aranzadilaley.es)

ISSN 2036-7821

- MENDO BUETAS, J., "El impuesto especial sobre envases de plástico no reutilizables (arts. 67 a 83 Ley 7/2022, de 8 de abril)| Parte II", en *Carta tributaria. Revista de opinión*, núm. 97, 2023 (soporte electrónico: legalteca.aranzadilaley.es)
- MENÉNDEZ MORENO, A., "¡Marchando: otra de ecológicos!: a propósito de los tributos que contempla la ley 7/2022, de residuos y suelos contaminados para una economía circular", en *Quincena fiscal*, núm. 15, 2022, pp. 1-8 (BIB 2022\3062).
- ORTIZ CALLE, E., "El impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables", en PALOMAR OLMEDA, A. y DESCALZO GONZÁLEZ A. (Dirs.), *Estudios sobre la ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular,* Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 1-23 (BIB 2022\3408).
- PATÓN GARCÍA, G., "Impulso a la estrategia de la economía circular mediante la imposición sobre plásticos·, en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, M.L y ORTIZ CALLE, E. (Dirs.), *La transición energética en el cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible y la justicia fiscal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 289-321.
- RENIEBLAS DORADO, P., "Análisis del borrador del Impuesto Especial sobre los envases de plástico no reutilizables", en *Carta tributaria. Revista de opinión*, núm. 64, 2020 (soporte electrónico: legalteca.aranzadilaley.es).
- RIBES RIBES, A., "La economía circular del plástico: algunas reflexiones sobre el impuesto español", en *Revista de fiscalidad internacional y negocios transnacionales*, núm. 24, 2023 (soporte electrónico: Thomson Reuters).
- TUR PUCHOL, T., "El futuro impuesto sobre plásticos no reutilizables", en *Quincena fiscal*, núm. 4, 2021, pp. 1-33 (BIB 2021\1011).
- VAQUERA GARCÍA, A., "La tributación de los envases de plástico no reutilizables. La relación entre la protección ambiental en la Constitución española de 1978, la economía circular y la fiscalidad", en *Revista jurídica de la universidad de León*, núm. 8, 2021, pp. 241-266.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Specificazioni per la prosecuzione degli affidamenti *in house* in caso di aggregazioni societarie. Spunti di riflessione sui rapporti tra giudice nazionale e Corte di giustizia

di Edoardo Giovannelli

(Dottorando di ricerca in Diritto e impresa presso la LUISS "Guido Carli")

Sommario

1. Introduzione. – 2. I fatti di causa. – 3. La soluzione offerta dal Consiglio di Stato. – 4. La giurisprudenza in materia di società miste. – 5. Riflessioni per una lettura della sentenza nel prisma della legalità sostanziale. – 6. Sul vincolo discendente dalla pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia e sui rapporti tra giudice nazionale e giudice europeo. – 7. Cenni conclusivi e questioni aperte.

Abstract

The paper examines a judgment rendered by the Fourth Section of the Council of State concerning in-house public procurement in the field of local public services. Specifically, the Council of State ruled on the conditions under which an in-house public contract can be continued after the termination of the "similar control" resulting from a corporate merger involving the economic operator. The ruling also addressed the binding effect of the preliminary ruling issued under Article 267 TFEU by the Court of Justice and the margin of appraisal left to national courts.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

Con la sentenza n. 9933 del 20 novembre 2023 la quarta sezione del Consiglio di Stato ha offerto la propria interpretazione in merito alla complessa tematica riguardante gli effetti della cessazione dei presupposti per l'affidamento *in house* nel corso dell'esecuzione di un contratto pubblico. Così facendo, i giudici di Palazzo Spada hanno affrontato una questione fino ad ora irrisolta dalla giurisprudenza nazionale, determinandosi in maniera all'apparenza distonica rispetto a quanto sancito dalla Corte di giustizia, all'uopo adita nel corso del medesimo processo tramite un rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TfUe.

In particolare, la sentenza esaminata si sofferma su vari temi di particolare interesse per il diritto dei contratti pubblici e dei servizi pubblici locali, esaminandone plurimi aspetti. Specifica attenzione merita la massima espressa dal Consiglio di Stato secondo la quale, nel contesto di un'operazione di aggregazione, la prosecuzione di un servizio è a certe condizioni legittima ancorché questo sia stato affidato originariamente attraverso il meccanismo dell'*in house providing* e l'amministrazione controllante abbia successivamente dismesso la propria partecipazione nella precedente società *in house* senza procedere con la contestuale acquisizione delle quote dell'ente aggregatore, perdendo di fatto il controllo sul soggetto subentrante nello svolgimento del servizio e, quindi, facendo venire meno il presupposto stesso giustificante l'affidamento *in house*.

Stante il carattere inedito del punto di diritto controverso, è *in primis* su quest'ultimo che ci si intende soffermare in questa sede, pur nella consapevolezza che esso non esaurisce il novero degli aspetti rilevanti e meritevoli di riflessione che la sentenza porta ad emersione.

Fra questi, come si vedrà, la *vexata quaestio* del vincolo, per il giudice nazionale di ultima istanza, discendente da una sentenza interpretativa della Corte di Lussemburgo che sollecita un pensiero sul grado di concretizzazione del dialogo tra giudici nazionali e giudice europeo, da più parti auspicato, oltre che sulle modalità di progressiva composizione "a più fasi" della decisione finale tramite lo strumento del rinvio pregiudiziale.

Per affrontare ulteriori aspetti, non meno importanti, occorrerebbe una trattazione autonoma e, per tale motivo, in questa sede essi saranno esaminati solo liminarmente (ad esempio, la natura di atto pianificatorio o meno della delibera oggetto di contestazione in rapporto agli oneri sulla partecipazione procedimentale gravanti sull'amministrazione).

Tanto premesso, prima di analizzare nel dettaglio le motivazioni della sentenza che qui interessano, occorre fornire una breve ricostruzione dei fatti oggetto della

ISSN 2036-7821

controversia che ha visto contrapposti, da una parte, il comune di Lerici e, dall'altra, la provincia di La Spezia.

2. I fatti di causa.

Il giudizio di appello sul quale è stato chiamato a pronunciarsi il Consiglio di Stato originava da un'impugnazione proposta dinanzi al TAR Liguria dal comune di Lerici avverso una deliberazione della provincia di La Spezia (n. 48 del 6 agosto 2018) recante l'approvazione dell'aggiornamento al piano d'area per la gestione dei rifiuti urbani all'interno del proprio ambito territoriale.

Nel 2005 il comune di Lerici aveva adottato una delibera con la quale aveva disposto l'affidamento diretto della gestione del ciclo integrato dei rifiuti ad una società *in house* denominata Acam s.p.a. (d'ora in avanti "Acam"), con scadenza nel 2028. Assieme ad altri comuni interessati, il comune di Lerici esercitava sulla Acam un c.d. controllo analogo congiunto; inoltre, nel loro complesso i comuni detenevano la totalità della partecipazione societaria sì da soddisfare le condizioni per l'*in house providing*[1]. Nello specifico, la Acam gestiva i servizi affidatile tramite una propria controllata, denominata Acam Ambiente s.p.a. (nel prosieguo "Acam Ambiente").

Successivamente, per fatti estranei al giudizio al cui esito è stata emessa la sentenza in commento, il gruppo Acam era entrato in crisi e nel 2013 aveva dovuto concludere un accordo di ristrutturazione *ex* art. 182 della legge fallimentare, omologato dal tribunale, in virtù del quale era stato ricercato un operatore con il quale concludere un'operazione aggregativa in ossequio a quanto disposto dall'art. 1, co. 611 e 612, della l. 23 dicembre 2014, n. 190, in materia di contenimento della spesa pubblica e di razionalizzazione delle società partecipate. Tale procedura si realizzava conformemente alla disposizione sull'organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali di cui all'art. 3-*bis*, co. 2, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, e ss.mm.ii., prevedendo l'esperimento di una gara pubblica "a doppio oggetto" per la selezione dell'ente aggregatore (il quale avrebbe proseguito l'esecuzione del contratto affidato originariamente alla Acam) che veniva poi individuato nella Iren s.p.a. (in seguito "Iren"), società c.d. *multiutility* a controllo pubblico, quotata in borsa, già operante nella gestione di pubblici servizi. Quest'ultima era perciò priva dei requisiti per essere definita *in house*.

[1] La legittimazione della Acam ad essere destinataria di affidamenti *in house* era fatto pacifico, sussistendo tutti i presupposti individuati dalla Corte di giustizia dapprima con la sentenza *Teckal* (Corte di giustizia Ue, causa C-107/98, *Teckal*, sentenza della Corte, sez. V, 18 novembre 1999), nonché con successivi ed altrettanto celebri arresti (controllo analogo, attività prevalente e integrale partecipazione pubblica nell'ente affidatario). Cfr. Corte di giustizia Ue: causa C-26/03, *Stadt Halle*, sentenza della Corte, sez. I, 11 gennaio 2005; causa C-458/03, *Parking Brixen*, sentenza della Corte, sez. I, 13 ottobre 2005; causa C-340/04, *Carbotermo*, sentenza della Corte, sez. I, 11 maggio 2006; causa C-324/07, *Coditel Brabant SA*, sentenza della Corte, sez. III, 13 novembre 2008; causa C-573/07, *Sea Srl contro Comune di Ponte Nossa*, sentenza della Corte, sez. III, 10 settembre 2009. Tali presupposti erano altresì conformi alle disposizioni contenute nella direttiva Ue n. 2014/24 (art. 12) e nel d.lgs. n. 50/2016 (art. 5).

ISSN 2036-7821

Quindi, nel dicembre 2017, i comuni soci della Acam stipulavano un accordo di investimento con il quale essi si impegnavano a cedere alla Iren le proprie azioni della Acam e ad acquisire una quota corrispondente di azioni della Iren tramite un aumento di capitale riservato.

Il comune di Lerici sottoscriveva il predetto accordo di investimento per la sola parte riguardante la cessione delle azioni della Acam; per l'effetto, a differenza degli altri comuni, esso non risultava tra i partecipanti alla Iren.

Nonostante il venir meno dei presupposti dell'*in house* che avevano giustificato l'originario affidamento senza gara alla Acam, la provincia di La Spezia, divenuta *medio tempore* competente per l'organizzazione dei servizi di gestione dei rifiuti mercé una legge regionale, con la già citata delibera n. 48/2018 decretava l'aggiornamento del piano d'area per la gestione del servizio e, per quanto qui d'interesse, indicava la Acam Ambiente quale gestore per tutti i comuni originari affidanti, ivi incluso il comune di Lerici.

Lamentando l'illegittimità dell'affidamento sopravvenuto per via della mancanza dei presupposti per l'*in house providing*, detto comune impugnava la summenzionata delibera provinciale presso il TAR Liguria; quest'ultimo, con sentenza del 6 novembre 2019, n. 847, rigettava il ricorso e, per l'effetto, confermava la legittimità dell'affidamento impugnato[2].

[2] Nel rigettare il ricorso proposto dal comune, il TAR Liguria ha espresso le seguenti motivazioni.

In primo luogo, sono state rigettate le censure relative alla mancata ricognizione, da parte della provincia, delle statuizioni del comune di Lerici mediante comunicazione di avvio del procedimento, rilevando come l'atto impugnato fosse un atto di pianificazione e, come tale, esentato dall'applicazione delle disposizioni sulla partecipazione al procedimento; a sostegno di ciò il TAR ha aggiunto una riflessione sulla natura vincolata del piano di aggiornamento che, attuando la legislazione regionale, avrebbe avuto un carattere «meramente ricognitivo o di presa d'atto di una situazione esistente […] come "fotografata" anche dalla premessa C […] parte dell'accordo di investimento 29.12.2017 […] cui ha aderito anche il comune di Lerici».

In secondo luogo, è stata respinta la doglianza in ordine al mancato esercizio delle competenze provinciali e all'indebita intromissione nelle competenze esercitate dal comune, per via della conformità della delibera impugnata alla legge regionale n. 1/2014 e, a sua volta, della compatibilità di questa con il d.l. n. 138/2011, art. 3-*bis*, co. 1-*bis*.

In terzo luogo, privo di pregio è stato giudicato il motivo di ricorso con cui è stata contestata dal comune ricorrente l'insussistenza del presupposto del controllo analogo, necessario per la prosecuzione dell'affidamento *in house*. Al riguardo TAR ha statuito che, in ossequio al principio del *tempus regis actum*, le valutazioni di pubblico interesse che soggiacciono all'emanazione di un provvedimento amministrativo si dovrebbero apprezzare «al momento dell'adozione del relativo provvedimento amministrativo» e che la deliberazione del consiglio comunale n. 47/2018 con cui era stata dichiarata l'inefficacia della deliberazione n. 28/2005 di affidamento del servizio alla Acam sarebbe consistita in una revoca *ex* art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990 che, pertanto, operando *ex tunc*, non avrebbe inciso sulla validità dell'originario atto di affidamento con riferimento sia al tempo dell'entrata in vigore della normativa regionale sia all'atto dell'adozione del provvedimento della provincia impugnato.

Infine, la censura secondo la quale la deliberazione della provincia di La Spezia n. 48/2018 sarebbe stata illegittima in quanto discorde rispetto al parere vincolante reso dalla regione Liguria, che avrebbe precluso la prosecuzione dei regimi in economia anche oltre il 2020, è stata dichiarata inammissibile per difetto di interesse

ISSN 2036-7821

Avverso tale pronuncia il comune ha interposto appello, che il Consiglio di Stato ha ritenuto a sua volta di respingere, adducendo le motivazioni che nei seguenti paragrafi si riassumeranno (prima) e commenteranno (poi).

3. La soluzione offerta dal Consiglio di Stato.

Come anticipato nell'Introduzione, la vicenda sottoposta all'esame della quarta sezione del Consiglio di Stato ha interessato anche la Corte di giustizia, in quanto, per dirimere la controversia, la prima ha ritenuto necessario sollevare una questione pregiudiziale per testare la compatibilità con il diritto europeo della normativa nazionale che contemplava il compimento di un'operazione aggregativa nei termini sopra descritti. Segnatamente, con ordinanza dell'11 novembre 2020, n. 7161, il Consiglio di Stato ha interrogato la Corte di giustizia sulla conformità all'art. 12 della direttiva Ue n. 2014/24 (direttiva sugli appalti pubblici) della normativa nazionale in applicazione della quale, in seguito ad un'aggregazione di società di servizi pubblici locali, l'operatore economico scelto come soggetto aggregatore in base a procedure trasparenti poteva proseguire nella gestione dei servizi nel caso in cui: (a) il concessionario iniziale fosse una società affidataria *in house* sulla base di un controllo analogo pluripartecipato; (b) l'operatore economico successore fosse stato selezionato attraverso una pubblica gara; (c) a seguito dell'operazione societaria di aggregazione i requisiti del controllo analogo pluripartecipato più non sussistessero rispetto a taluno degli enti locali che avevano in origine affidato il servizio. Il nucleo della questione, dunque, concerneva il tema delle sorti dell'affidamento *in house* una volta cessati gli originari presupposti, *ergo* il carattere "istantaneo" o "permanente" della fattispecie *in house providing*. Si trattava, cioè, di capire se, alle condizioni anzi descritte, la natura di sostanziale autoproduzione del servizio pubblico potesse legittimamente circoscriversi al momento dell'affidamento o dovesse al contrario perdurare inderogabilmente sino alla scadenza del contratto.

Disattendendo il suggerimento offerto dal Consiglio di Stato nell'ordinanza di rinvio, la Corte di giustizia ha privilegiato una lettura più rigida dell'art. 12 della citata direttiva, sancendo l'incompatibilità con il diritto europeo di una norma o di una prassi nazionale «in forza della quale l'esecuzione di un appalto pubblico, aggiudicato inizialmente, senza gara, ad un ente «in house», sul quale l'amministrazione aggiudicatrice esercitava, congiuntamente, un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, sia proseguita automaticamente dall'operatore economico che ha acquisito detto ente, al termine di una procedura di gara, qualora

sul presupposto che il comune di Lerici non avrebbe avuto in atto una gestione in economia, ma bensì una gestione *in house*, di talché il parere invocato sarebbe stato inconferente nella fattispecie esaminata.

ISSN 2036-7821

detta amministrazione aggiudicatrice non disponga di un simile controllo su tale operatore e non detenga alcuna partecipazione nel suo capitale»[3].

Nonostante ciò, il Consiglio di Stato, cui spetta in ogni caso il pieno accertamento della fattispecie concreta (quest'ultimo fatto esplicitamente salvo dalla pronuncia pregiudiziale), ha giudicato lecita la prosecuzione dell'affidamento in parola, valorizzando la peculiare natura della "gara a doppio oggetto" verso la quale la Corte di giustizia ha mostrato una certa – ingiustificata – indifferenza.

La quarta sezione del supremo consesso ha anzitutto rilevato come, attesa la natura squisitamente pianificatoria (e non affidativa) della delibera impugnata, il possesso, o meno, da parte della Iren, dei requisiti dell'*in house* fosse elemento privo di rilevanza ai fini del giudizio[4]. Tema dirimente, si legge nella sentenza, sarebbe invece la partecipazione del comune di Lerici al capitale della (e all'esercizio del controllo analogo congiunto sulla) Acam al tempo dell'espletamento della gara per l'individuazione dell'ente aggregatore. Proprio a tale circostanza, ossia, al fatto che la dismissione della partecipazione nella Acam era avvenuta dopo lo svolgimento della procedura selettiva, il Consiglio di Stato ha ancorato la validità dell'atto impugnato[5].

Il Consiglio di Stato ha altresì affrontato il problema interpretativo riguardo alla disciplina della successione degli operatori che gestiscono i servizi pubblici locali di cui all'art. 3-*bis*, comma 2-*bis*, del d.l. n. 138/2011, alla luce della normativa comunitaria sugli affidamenti *in house*[6]. Segnatamente, il tema riguardava l'applicabilità dell'art. 3-*bis*, comma 2, del d.l. n. 138/2011, che consente all'«operatore economico succeduto al concessionario iniziale, in via universale o parziale, a seguito di operazioni societarie effettuate con procedure trasparenti, comprese fusioni o acquisizioni, fermo restando il rispetto dei criteri qualitativi stabiliti inizialmente, [di proseguire] nella gestione dei servizi fino alle scadenze previste», al caso di specie. Il comune appellante aveva dedotto che l'applicazione del citato d.l. n. 138/2011 nei modi di cui alla delibera impugnata sarebbe equivalso ad una sostanziale deroga al vigente assetto degli affidamenti *in house* e, conseguentemente, alla violazione sia della normativa europea sia della normativa nazionale attuativa della prima (art. 5 del d.lgs. n. 50/2016 e art. 16 del d.lgs. n. 175/2016).

I giudici di Palazzo Spada, nel giudicare legittima e conforme al diritto europeo la prosecuzione della gestione del servizio da parte della Iren una volta venuti a mancare i presupposti per la gestione *in house* individuati dal d.lgs. n. 50/2016 e dal d.lgs. n. 175/2016, hanno stimato decisiva la circostanza per la quale il passaggio della gestione fosse avvenuto all'esito di gara pubblica e che, al tempo dello

[3] Corte di giustizia Ue, causa C-719/20, *Comune di Lerici*, sentenza della Corte, sez. IV, 12 maggio 2022, par. 62.
[4] Par. 23.3.3 della sentenza.
[5] *Ibidem*, par. 25.5.2.
[6] Tali considerazioni, corrispondenti ai motivi VII e VIII, trattati congiuntamente dal Consiglio di Stato, sono contenute nei parr. 27-30 della sentenza.

ISSN 2036-7821

svolgimento di essa, il comune di Lerici fosse parte della compagine societaria della Acam e partecipasse alle relative decisioni gestionali ed organizzative (ivi compresa, naturalmente, la decisione sull'aggregazione), mentre, al momento della fuoriuscita del comune dalla Acam, la competenza sulla gestione del servizio era già passata alla provincia in forza di una disposizione legislativa regionale[7].

In aggiunta, nonostante la sentenza della Corte di giustizia abbia parlato di «esecuzione di un appalto pubblico […] proseguita automaticamente dall'operatore economico che ha acquisito detto ente»[8], il Consiglio di Stato ha sottolineato come non vi fosse stato alcun automatismo nella prosecuzione della gestione, poiché la gara pubblica di cui si è detto assumeva, quale gara a "doppio oggetto", una duplice connotazione, «essendo finalizzata non solo alla scelta del *partner* commerciale, ma anche alla individuazione del miglior operatore per la prosecuzione della gestione del servizio in base alle condizioni contrattuali precedentemente negoziate»[9].

Rispetto alle doglianze del comune appellante di cui ai motivi secondo e quarto in ordine alla competenza sulla gestione del servizio in discussione, la sentenza ha precisato che le competenze provinciali sarebbero già state avallate dal Consiglio di Stato, ed essendosi formato il giudicato tra le parti, queste sarebbero irretrattabili. Giova a tal proposito segnalare che la controversia ivi esaminata era stata preceduta da un contenzioso tra le medesime parti vertente sulla legittimità dei provvedimenti adottati dal comune di Lerici per affidare in autonomia il servizio di gestione dei rifiuti a un terzo soggetto. Detti atti erano stati annullati dal TAR, con provvedimenti (TAR Liguria – Genova, sez. II, sent. 20 novembre 2019, n. 884, e sent. 6 novembre 2019, n. 845) confermati dal Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 30 ottobre 2020, n. 6655.

Con il terzo motivo di censura l'appellante ha dedotto la violazione delle norme sulla partecipazione procedimentale. Sul punto, il Consiglio di Stato ha confermato quanto stabilito dal giudice di prime cure. Le contestazioni, quindi, sono state ritenute inconsistenti tanto per la natura pianificatoria della delibera impugnata, quanto per l'aver, il comune, ritirato la propria partecipazione dall'ente affidatario in un momento successivo all'adozione dell'anzidetta delibera. Inoltre, il carattere vincolato del provvedimento adottato avrebbe reso superflua la partecipazione al procedimento.

Anche il quinto motivo di appello (par. 25 della sentenza), a mente del quale la delibera provinciale sarebbe stata sfornita dei presupposti di legge poiché, al momento in cui essa è stata adottata, il comune non avrebbe posseduto più quote sociali e avesse intrapreso il procedimento volto al ritiro della delibera n. 28/2005 con la quale era stato disposto l'affidamento *in house* alla Acam, è stato del pari rigettato

[7] Par. 25.5.2 della sentenza.
[8] Corte di giustizia Ue, causa C-719/20, *Comune di Lerici*, *cit.*, parr. 30, 62 e 63.
[9] Par. 29.8 della sentenza.

ISSN 2036-7821

dal Consiglio di Stato. La motivazione in questo caso è stata sviluppata tramite una ricostruzione della scansione temporale degli avvenimenti, dalla quale si evidenzierebbe che «la procedura di gara diretta all'individuazione dell'operatore economico con la quale la società Acam s.p.a. avrebbe dovuto aggregarsi si è conclusa con la deliberazione […] del 23 giugno 2017 (quando pacificamente il Comune di Lerici era ancora socio di Acam s.p.a.)» e che la mancata – successiva – acquisizione delle quote di Iren (individuata a seguito dell'operazione di aggregazione) «non fa venir meno i presupposti per la prosecuzione del servizio». A tale conclusione il Consiglio di Stato è pervenuto escludendo la qualifica dell'azione del comune tesa a ritirare l'atto di affidamento quale annullamento d'ufficio con efficacia *ex tunc*. Del resto, si sottolinea nella sentenza che, applicando il principio del *tempus regis actum*, la delibera con cui il comune aveva originariamente affidato il servizio (direttamente) alla Acam sarebbe stata perfettamente legittima stante il carattere *in house* di quest'ultima.
Quanto al sesto motivo di appello (par. 26 della sentenza), riguardante la violazione delle norme in tema di valutazione ambientale strategica (VAS) e del d.l. n. 138/2001, il Consiglio di Stato ha risolto la questione rilevandone la parziale inammissibilità (per difetto di interesse) e la parziale infondatezza.
Chiariti questi punti, il Consiglio di Stato ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale invocata dall'appellante in merito alla discriminazione tra operatori economici, asserendo, coerentemente con la complessiva *ratio decidendi* della pronuncia, che «ogni operatore economico del settore [era] stato messo in condizione di partecipare alla procedura di gara *de qua*» e che «non [era] ravvisabile alcuna arbitraria discriminazione degli operatori economici e alcuna elusione delle regole del mercato»[10]. Quindi, l'appello è stato rigettato.

4. La giurisprudenza in materia di società miste.

L'alquanto inedita fattispecie posta al vaglio del giudice amministrativo ha suscitato una decisione che presenta tratti profondamente innovativi. Sia nella citata ordinanza di rinvio pregiudiziale, sia nella sentenza, il Consiglio di Stato ha marcato la novità della questione rispetto alla quale non vi sono precedenti in termini. Eppure, anche in considerazione della pregnanza che logiche di coerenza dell'ordinamento paiono assumere nella soluzione fornita dal collegio, l'analogia tra la forma della Iren e quella delle società miste induce a muovere dall'esame di alcuni principi già espressi in via pretoria riguardo a tali figure giuridiche.
Ebbene, pare interessante sottolineare che, con il parere n. 456/2007, la seconda sezione del Consiglio di Stato aveva ritenuto compatibile con il diritto europeo

[10] Par. 30.3.2 della sentenza.

ISSN 2036-7821

l'affidamento a società miste quando si fosse configurato come "affidamento con procedure di evidenza pubblica" dell'attività operativa della società mista al socio privato «tramite la stessa gara volta alla individuazione di quest'ultimo»[11], *ergo* mediante gara a doppio oggetto. Di talché, il Consiglio di Stato aveva rilevato che in tali ipotesi l'attività affidata, senza gara, ad una società mista fosse da considerarsi, in termini sostanziali, come affidata, mediante gara, al *partner* privato, dacché quest'ultima avrebbe avuto ad oggetto non soltanto la qualità di socio, ma anche l'attribuzione dei compiti operativi. La tesi in questione, in più occasioni confermata dal giudice amministrativo[12], è peraltro stata cristallizzata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sent. 3 marzo 2008, n. 1).

Il menzionato orientamento giurisprudenziale ha da tempo trovato riscontro (o, meglio, legittimazione) nelle pronunce della Corte di giustizia. In particolare, nella sentenza *Acoset*[13] il giudice europeo ha ravvisato che nell'affidamento di un contratto per la gestione di un servizio pubblico ad una società mista il rispetto dei principi di concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione sarebbe assicurato dalla previsione di criteri di selezione del socio privato di carattere non solo finanziario, ma anche tecnico e operativo (c.d. doppio oggetto della gara)[14].

Invero, la giurisprudenza considerata si applica ad attività c.d. *extra moenia* e ciò impone una certa cautela prima di farvi applicazione analogica a vicende di diversa matrice. Ciononostante, la circostanza per la quale anche nella controversia devoluta al Consiglio di Stato sia stata svolta una gara, della specie vista sopra, per l'affidamento della qualità di ente privato nella gestione di un pubblico servizio non può essere trascurata. Tanto ciò è vero che la Corte di Lussemburgo, nella sentenza pregiudiziale, ha espressamente affrontato la questione, osservando che l'assenza della provincia dalla struttura proprietaria e di controllo della subentrante Iren non consentirebbe di applicare i principi sull'affidamento espressi nella sentenza *Acoset*.

L'esperimento di una procedura avente i caratteri della gara a doppio oggetto si è rivelata invece centrale per la decisione del Consiglio di Stato, non soltanto per giustificare l'affidamento in sé, ma anche per superare il dissenso della Corte di giustizia.

Alcuni spiragli per una lettura della vicenda nella prospettiva del Consiglio di Stato sono, tuttavia, rinvenibili anche in precedenti arresti della Corte di giustizia. Nella

[11] Cons. St., sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456, par. 8.

[12] Ci si riferisce, in particolare a: Cons. St., sez. VI, sent. 16 marzo 2009, n. 1555; Cons. St., sez. V, sent. 30 settembre 2010, n. 7214 e Cons. St., sez. V, sent. 15 marzo 2016, n. 1028; ma numerose sono state le pronunce, anche dei Tribunali amministrativi regionali, in questo senso.

[13] Corte di giustizia Ue, causa C-196/08, *Acoset*, sentenza della Corte, sez. III, 15 ottobre 2009.

[14] La sentenza è stata commentata da G.F. NICODEMO, *Società miste: il giudice europeo detta le condizioni per l'affidamento diretto*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 2; H. SIMONETTI, *Foro it.*, 2010, 11; D. IMMORDINO, *Servizi pubblici a società miste: le osservazioni della Corte Europea sulla non necessità della doppia gara*, in *www.filodiritto.com*.

ISSN 2036-7821

decisione *ANAV*[15], ad esempio, la Corte ha statuito che, nel caso di apertura di una società *in house* al capitale privato, ad inficiare la legittimità dell'azione sarebbe il consequenziale affidamento di una concessione di servizi pubblici ad una società mista senza procedura concorrenziale giacché, in tal modo, vi sarebbe stato un contrasto con gli obiettivi del diritto comunitario[16]. Donde si intuisce come in tale circostanza l'azione del giudice eurounitario mirasse in primo luogo a presidiare la concorrenza tra gli operatori del mercato. Il caso in commento, in virtù dell'espletamento della gara pubblica per la scelta del socio privato e dell'affidamento del servizio, sembrerebbe sicché perfettamente aderente all'anzidetta logica e allineato alle finalità dei Trattati dell'Ue, tra le quali, in materia di contratti pubblici, la concorrenza pare porsi, dall'interpretazione della Corte di giustizia, al vertice di un'ideale piramide di valori[17].

5. Riflessioni per una lettura della sentenza nel prisma della legalità sostanziale.

L'arresto del Consiglio di Stato può essere analizzato sotto vari profili, tutti meritevoli di approfondimento, in quanto nella motivazione della sentenza sono plurime le ragioni che sottendono alla decisione finale: il fatto che il passaggio della gestione dall'affidataria originaria (Acam) sia avvenuto sulla base di una gara pubblica in ossequio alla disposizione contenuta nella l. n. 190/2014 (art. 1, co. 609, lett. B) sulle successioni nei rapporti di svolgimento dei servizi pubblici locali, ovvero la potenzialmente dirimente circostanza per la quale detta gara fosse "a doppio oggetto", nonché il fattore legato alla competenza gestoria esclusiva della provincia al tempo dell'operazione aggregativa.

In generale, dinnanzi alla questione prospettata, possono darsi due tipologie di approccio: da un lato, si colloca l'approccio "sostanzialistico", apparentemente coerente con la lettera dell'art. 3-*bis* del d.l. n. 138/2011, dalla cui applicazione discende l'assunto per il quale, secondo una concezione della legalità teleologicamente orientata, sarebbe sufficiente un confronto concorrenziale, a qualunque livello e in qualsiasi momento esso avvenga, perché siano rispettate le regole che rispondono ai principi dell'evidenza pubblica nell'affidamento dei contratti pubblici; dall'altro, vi è l'approccio più formalistico che, in nome di una restrittiva applicazione della normativa europea in materia di affidamento di appalti pubblici, non ammette in alcuna variante una deviazione dalle regole di matrice eurounitaria – sviluppate dalla giurisprudenza prima e poi recepite e precisate dal

[15] Corte di giustizia Ue, causa C-410/04, *ANAV contro Comune di Bari*, sentenza della Corte, sez. I, 6 aprile 2006.
[16] *Ibidem*, par. 30.
[17] Cfr. B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti* in house, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 4, p. 1293, che evidenzia come la Corte di giustizia, adita in via pregiudiziale nella causa del comune di Lerici C-719/20, abbia al contrario lasciato «sullo sfondo» le considerazioni relative alla concorrenza.

ISSN 2036-7821

diritto derivato dell'Unione europea – sull'*in house providing*[18] in forza delle quali l'alterazione delle condizioni poste alla base dell'affidamento diretto nel corso dell'esecuzione del contratto comprometterebbe senza eccezione alcuna la prosecuzione dello stesso.

Posto che non soltanto la legislazione unionale ma anche il diritto interno manifesta incertezze riguardo al tema della persistenza dei requisiti per l'affidamento *in house* per tutta la durata del rapporto contrattuale (ma, giova ricordare, in entrambi gli ordinamenti l'*in house providing* è visto quale fattispecie eccezionale e, pertanto, i relativi presupposti sono intesi in senso restrittivo)[19], la prima delle sopracitate prospettive si spiega, nel caso specifico, con la complessiva rispondenza dell'azione della provincia di La Spezia ai principi che presiedono all'affidamento dei contratti pubblici nel diritto dell'Ue e nazionale; la tesi "formalistica", sostenuta dalla Corte di giustizia, enfatizza invece il fatto per cui, all'esito dell'operazione aggregativa, il comune di Lerici avrebbe perso la possibilità di esercitare un controllo analogo congiunto sulla società esercente il pubblico servizio, così facendo contestualmente venir meno uno dei fondamentali presupposti dell'affidamento originario[20].

Nel giudizio pregiudiziale la Corte di giustizia ha privilegiato il rigore imposto dalla concezione formalistica delle norme sui contratti pubblici. Così, per essa l'art. 72 della direttiva n. 2014/24, che ammette una modifica dei contratti senza necessità di una nuova procedura ad evidenza pubblica laddove «all'aggiudicatario iniziale succede, in via universale o particolare, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione della presente direttiva», non potrebbe trovare applicazione perché l'aggiudicazione non iniziale sarebbe stata preceduta da una procedura di gara pubblica. Dal che, è stato osservato come i giudici di Lussemburgo, applicando uno statuto diverso di modifica del contraente a seconda che l'affidamento iniziale

[18] S. CASTELLANA SOLDANO, *Affidamenti* in house *e tutela sostanziale della concorrenza nel diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 4.

[19] Tendenza inequivocabilmente espressa dalla Corte di giustizia e dal giudice amministrativo nazionale (cfr. Cons. St., Ad. plen., sent. n. 1/2008; Cons. St., sez. V, sent. 11 agosto 2010, n. 5620; Cons. St., sez. I, parere del 7 maggio 2019, 1389), che non sembra suscettibile di inversione nonostante il d.lgs. n. 36/2023 (nuovo codice dei contratti pubblici) veda l'istituto con meno sfavore rispetto al passato sotto il profilo dell'onere motivazionale imposto all'amministrazione che opti per una siffatta forma di autoproduzione piuttosto che un meccanismo "ordinario" di eteroproduzione; v. B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti* in house, *op. cit.*, p. 1325 ss.

[20] Solitamente è invece il giudice europeo ad integrare una "legalità sostanziale" comune fatta di principi alla "legalità formale" degli Stati membri: v. F. MERUSI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Diritto pubblico*, 2007, 2, per il quale, in questo modo, l'Unione europea opera un tentativo di costruire un ordinamento federale dal basso per aggirare le resistenze degli Stati a una costruzione di un ordinamento federale.

ISSN 2036-7821

sia stato veicolato da una gara, sembrano voler stimare l'affidamento *in house* alla stregua di un "quasi-contratto" senza farlo assurgere al ruolo di autentico contratto[21].
Di contro, la sentenza del Consiglio di Stato valorizza l'elemento della gara "a doppio oggetto", attraverso la quale sarebbe possibile individuare il miglior operatore cui affidare il servizio, aderendo al primo degli orientamenti dianzi elencati. L'atteggiamento descritto si può giustificare considerando che le regole di derivazione europea concernenti gli affidamenti *in house* sono tese ad escludere l'obbligo di condurre procedure di gara ad evidenza pubblica quando l'amministrazione aggiudicatrice realizza una forma di autoproduzione, seppur valendosi di un ente diverso dal punto di vista giuridico-formale. Logicamente, quindi, la società esercente un servizio pubblico la cui veste giuridica materiale è tale da renderla equiparabile a un ufficio interno alle amministrazioni controllanti può essere titolata a condurre una gara pubblica a doppio oggetto dalla cui sorte determinare la società che subentrerà nella gestione del servizio.
Questa presa di posizione si colloca in controtendenza rispetto alla più recente concezione della legittimazione dell'affidamento diretto agli organismi *in house* riposta sull'appartenenza di quest'ultimo non tanto al settore pubblico latamente inteso ma, più specificamente, all'amministrazione affidante. La sentenza in esame sembra quindi riprendere l'ispirazione originaria dell'affidamento *in house* come concepita nel Libro bianco della Commissione europea del 1998[22], secondo cui gli appalti sì affidati dovevano considerarsi quali appalti «aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione» latamente intesa. Pertanto, la sostanziale appartenenza della Acam alla sfera pubblica la autorizza, al netto della posizione di una delle controllanti, a disporre lo svolgimento della gestione del servizio affidatole. La validazione, nel caso di specie, di una decisione presa dalla società affidataria *in house* (Acam) incaricata altresì di condurre la nota gara a doppio oggetto non sarebbe stata possibile interpretando – restrittivamente – l'affidamento *in house* come svolgentesi squisitamente tra l'ente gestore (comune di Lerici) e l'affidataria[23].
La decisione del Consiglio di Stato si può quindi inscrivere in una cornice, quella dai contorni positivizzati dalla recente riforma del codice dei contratti pubblici, connotata da un significativo recupero della legalità dell'azione amministrativa intesa in senso sostanziale. Da qui l'importanza del principio del risultato che, inevitabilmente, attrae l'attenzione sull'effettiva realizzazione dell'interesse pubblico

[21] V. H. SIMONETTI, *Successione di un nuovo operatore economico nell'esecuzione di un appalto affidato* in house, in *Giurisprudenza Italiana*, 2023, 2, p. 396, secondo cui «se quello derivante da un affidamento *in house* fosse un vero contratto, non dovrebbe avere uno statuto differente dal contratto scaturito invece all'esito di un procedimento ad evidenza pubblica».

[22] Commissione Ce, Comunicazione dell'11 marzo 1990, COM (1998) 143 def.

[23] Per un'ampia ricostruzione del problema, v. B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti* in house, *op. cit.*, p. 1290 ss., che evidenzia le ambiguità e le oscillazioni della giurisprudenza sulla questione.

ISSN 2036-7821

concreto identificato discrezionalmente dall'amministrazione, al contempo ridimensionando il peso e la funzione delle forme applicate per conseguire tale risultato[24].

Nel caso in esame, l'aggiudicazione dell'appalto attraverso la gara pubblica a doppio oggetto e la prosecuzione (senza soluzione di continuità) della gestione del servizio marginalizzano il rilievo per cui l'*iter* giuridico-amministrativo seguito dalle amministrazioni procedenti sconterebbe un vizio logico giacché l'originario affidamento diretto non sarebbe più sorretto dai presupposti di legge.

Nonostante la sentenza in commento sia stata resa su di una controversia con riferimento alla quale erano ancora efficaci le vecchie previsioni riguardo ai contratti pubblici, pare nondimeno utile tentare di inquadrarla nel contesto giuridico del nuovo codice (d.lgs. n. 36/2023), applicabile formalmente alle procedure avviate dopo il 1° luglio 2023[25]. Del resto, in dottrina si è efficacemente rilevato che il traguardo del risultato corrispondente, in base all'art. 1, comma 1, del nuovo testo, all'«affidamento del contratto e [alla] sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo» non è altro che una ulteriore indicazione (o un "*memento*")[26] del modo di interpretare i tradizionali principi di legalità e buon andamento, seguendo il moto meno formalistico al quale le più recenti ricostruzioni dell'azione amministrativa hanno dato il la. Similmente, anche il giudice amministrativo si è più volte valso dei principi enucleati nel codice approvato con d.lgs. n. 36/2023 quale "supporto interpretativo" per risolvere questioni sorte sotto la vigenza del d.lgs. n. 50/2016[27].

Sulla scia di quanto osservato, dunque, la sentenza in annotazione sembra disegnare un assetto di valori coerente con il complessivo – evoluto – sistema dei contratti pubblici: in primo luogo, la prosecuzione nello svolgimento del servizio da parte della Iren si concilia con l'ideale della legalità-risultato assunto nel nuovo codice dei contratti, in cui la soddisfazione degli interessi della collettività è visto quale fine primario indicato dalla legge (in questa prospettiva, la sentenza parrebbe mirare all'obiettivo dell'esecuzione del contratto con la massima tempestività) e, parallelamente, la posizione della provincia è salutata favorevolmente giacché,

[24] Sull'affermarsi del risultato quale parametro del sindacato del giudice amministrativo, cfr. A. POLICE, *Amministrazione di "risultati" e processo amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, 2003.

[25] Sul principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici, cfr. F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Firenze, 2023; A.M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, ne *Il diritto dell'economia*, 2023, 1; G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, in *Astrid rassegna*, 2023, 6; G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 3.

[26] A. POLICE, *Endiadi o Antitesi? Principio di legalità e Principio del risultato nel sindacato del Giudice amministrativo sul potere discrezionale delle P.A.*, Atti del convegno del 16-17 giugno 2023, *Giornate di studio sulla giustizia amministrativa. Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione*.

[27] Così, Cons. St., sez. V, sent. 27 febbraio 2024, n. 1924. Cfr. altresì Cons. St., sez. V, sent. 9 giugno 2023, n. 5665.

ISSN 2036-7821

tramite la gara, si ricerca il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo. Al contempo, l'arresto del Consiglio di Stato valorizza i principi "tradizionali" della legislazione eurounitaria sugli appalti pubblici, specialmente le libertà fondamentali consacrate nei Trattati e la concorrenza nel mercato interno.

Resta infatti attuale, a maggior ragione nella dinamica della controversia in commento, la riflessione svolta dal Consiglio di Stato nel già esaminato parere n. 456/2007 per cui, *mutatis mutandis*, la prosecuzione di un affidamento con apertura – mediante gara – alla partecipazione di privati appare più in armonia con le finalità pro-concorrenziali del diritto europeo di quanto non lo sia una chiusura nell'autoproduzione più rigorosa e formalistica.

Inoltre, la sentenza in commento induce a compiere una disamina della scansione temporale delle decisioni amministrative. Il fattore tempo rileva, cioè, nell'economia della decisione del Consiglio di Stato, almeno secondo un duplice ordine di ragioni.

Il giudice amministrativo, come più volte dallo stesso messo in luce, si sofferma su una valutazione statica della sussistenza delle condizioni che legittimano un affidamento diretto ad un'entità *in house*, scandagliando così puntualmente le condizioni previste dal diritto europeo al tempo dell'affidamento e della nascita del rapporto; da tale momento l'affidamento ha una propria esistenza anche (in parte) avulsa dall'originario rapporto.

Del più, l'elemento temporale è decisivo nella sentenza anche in considerazione all'assenso prestato dal comune di Lerici alla dismissione del proprio pacchetto azionario e al trasferimento delle quote della Acam, affidataria originaria, alla nuova esecutrice, Iren, tramite gara pubblica, esaltando il rilievo per cui il dissenso verso la continuazione dell'affidamento si sia manifestato quando il comune non aveva più la competenza sulla gestione del servizio.

6. Sul vincolo discendente dalla pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia e sui rapporti tra giudice nazionale e giudice europeo.

Quanto visto merita di essere considerato nella prospettiva, solo parzialmente diversa, dei rapporti tra giudice nazionale e Corte di giustizia nella definizione della controversia. Sotto tale profilo, il Consiglio di Stato ha agito con particolare disinvoltura nel rivendicare la propria prerogativa di giudice della fattispecie concreta, addivenendo a un giudizio finale sull'appello in apparente contrasto con le conclusioni rese dalla Corte di giustizia che, come rilevato a più riprese, era stata appositamente adita per risolvere un dubbio interpretativo concernente la compatibilità della normativa nazionale applicabile, *i.e.*, dell'art. 3-*bis*, co. 2, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (e della prassi alla quale veniva ricondotta l'azione della provincia di La Spezia) con il diritto dell'Unione europea in materia di appalti pubblici.

ISSN 2036-7821

Rispetto alla dinamica dei presupposti per la prosecuzione di appalti aggiudicati ad organismi *in house* vengono così alla luce ulteriori temi su cui è opportuno soffermarsi. Su tutti, la questione del vincolo, per il giudice interno, discendente dalle sentenze pregiudiziali *ex* art. 267 TfUe nell'ottica del dialogo tra giudici nazionali e Corte di giustizia per assicurare l'uniformità delle decisioni giurisdizionali nello spazio giuridico europeo, rispetto alla quale il nodo dell'oscillante delimitazione delle competenze dei giudici nazionali e della Corte ricopre un ruolo primario.

Orbene, dall'arresto del Consiglio di Stato emerge con chiarezza l'intenzione di questo di riservarsi l'ultima parola sulla controversia che gli è devoluta, con l'intento di sviluppare i precetti stabiliti dalla Corte in relazione al caso concreto. Il che è in linea generale assolutamente coerente con le finalità dell'istituto del rinvio pregiudiziale, strutturato ai sensi dell'art. 267 TfUe in modo tale da fornire uno strumento d'ausilio al giudice nazionale che nutra un dubbio sull'interpretazione del diritto europeo la cui risoluzione si mostri necessaria per la definizione di una determinata controversia (nonché – ipotesi meno frequente – ove sussista un dubbio riguardante la validità di un atto adottato da istituzioni, organi o organismi dell'Unione secondo le norme che regolano la legittimità degli atti dell'Ue)[28].

Non v'è dubbio che gli accertamenti di fatto e le valutazioni del caso concreto spettino al giudice del rinvio; nonostante ciò, la sentenza è particolarmente significativa se si tiene presente il contesto nel quale la Corte di giustizia e il Consiglio di Stato si sono pronunciati. Nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, infatti, il Consiglio di Stato ha chiesto espressamente alla Corte se l'operazione condotta dalla provincia di La Spezia fosse compatibile con la direttiva Ue n. 2014/24 e, come ampiamente riportato, la Corte di giustizia ha sancito l'incompatibilità dell'operazione censurata con il diritto unionale.

Il Consiglio di Stato ha invece sposato una visione ulteriore e si è risolto nel senso di considerare legittima l'azione della provincia per le ragioni qui più volte rappresentate, che pare vadano ad aggiungersi – e non, come parimenti si potrebbe

[28] Per la distinzione tra gli oneri incombenti in capo ai giudici nazionali in entrambi i casi, *i.e.*, nel rinvio per l'interpretazione del diritto europeo, i giudici non di ultima istanza non sono obbligati a disporre il rinvio che è, invece, obbligatorio per tutti i giudici anche non di ultima istanza quando l'accertamento riguarda l'invalidità degli atti dell'Ue, si veda, L.S. ROSSI, *"Un dialogo da giudice a giudice". Rinvio pregiudiziale e ruolo dei giudici nazionali nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Quaderni AISDUE*, 2022, 4, p. 52, che rinvia, per il rinvio pregiudiziale di interpretazione, a Corte giust. Ue, C-741/19, *Repubblica di Moldova contro Komstroy LLC*, sentenza della Corte, grande sez., 2 settembre 2021, par. 45, e, per il rinvio pregiudiziale volto ad accertare l'invalidità, a Corte giust. Ue, C-314/85, *Foto-Frost*, sentenza della Corte, 22 ottobre 1987; C-311/18, *Data Protection Commissioner contro Facebook Ireland*, sentenza della Corte, grande sez., 16 luglio 2020; C-344/04, *IATA e ELFAA*, sentenza della Corte, grande sez. 10 gennaio 2006.

ISSN 2036-7821

pensare, a sostituirsi integralmente – a quanto rilevato dal giudice del Lussemburgo[29].

Dunque, la sentenza n. 9933/2023, pur motivando circa le ragioni che giustificano il discostarsi dalle conclusioni del giudice europeo, accentua in maniera significativa la piena signoria del giudice amministrativo nazionale sulla decisione del caso concreto. Difatti, in diversi passaggi della pronuncia il Consiglio di Stato ha ribadito con forza l'assenza di automatismi tra la soluzione delle due questioni (eurounitaria e del giudizio *a quo*)[30] e, quindi, la netta divisione delle competenze tra due giudici situati a distinti livelli dell'ordinamento. Il Consiglio di Stato rifugge cioè una visione del rapporto tra giudice nazionale ed europeo improntata alla stretta gerarchia, per confermare una concezione di tale rapporto nell'ottica della collaborazione giudiziaria, nel rispetto delle reciproche competenze[31].

A sostegno della propria soluzione, il Consiglio di Stato ha inteso come dirimente un particolare non analizzato nella sentenza della Corte di giustizia «che non considera un ulteriore elemento di fatto, ovvero che la dismissione del pacchetto azionario da parte del Comune di Lerici è avvenuta inequivocabilmente dopo il perfezionamento dell'operazione di aggregazione (ossia quando il Comune di Lerici era ancora socio di Acam s.p.a.)», da cui ha rilevato, quale conseguenza, «che, al momento dell'espletamento della procedura di gara da parte di Acam s.p.a., il Comune di Lerici non poteva considerarsi estraneo ad Acam s.p.a., cui è subentrata, a seguito di gara pubblica (a doppio oggetto), Iren s.p.a.».

Proprio dall'argomentazione del Consiglio di Stato sul peso degli "ulteriori elementi di fatto" si è indotti a ritenere che il collegio abbia voluto dare seguito al dialogo con la Corte di giustizia piuttosto che alimentare un "conflitto" tra corti, giacché il ragionamento di quest'ultima risulta dalla motivazione resa dal primo in un certo senso completato e non disatteso.

È a tal fine utile notare che, per quanto attiene alla compatibilità del diritto interno con quello europeo, sono stati da tempo condivisi, sia dal Consiglio di Stato, sia dalla Corte di giustizia, i limiti alla vincolatività, per il giudice nazionale, delle pronunce adottate dalla Corte in sede di rinvio. Il principio tendenzialmente accolto prevede che «il giudice nazionale non può discostarsi dall'interpretazione del diritto

[29] Del resto, è indubbio il valore generale e vincolante delle sentenze della Corte per i giudici e le autorità pubbliche degli Stati membri; cfr. E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, II ed., Torino, 2004, p. 101 ss.

[30] Parr. 12, 21.5.3 e 29.4 della sentenza.

[31] Per un ampio sguardo sulla cooperazione tra Corte di giustizia e giudici interni, cfr. A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008, p. 11 ss. Cfr., inoltre, S. SPUNTARELLI, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla cgue nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 3.

ISSN 2036-7821

comunitario da parte della Corte di Giustizia, ma può interpretare il diritto interno per poi valutare la compatibilità con quello comunitario»[32].

Tuttavia, al netto dell'apparente assoluta coerenza della logica decisoria del supremo consesso, parrebbe, invero, residuare qualche perplessità sulla complessiva operazione di rinvio pregiudiziale che ha coinvolto i due giudici (e, correlativamente, qualche spunto per un'azione del giudice nazionale, se possibile, maggiormente rispettosa dello spirito di cooperazione cui si riferiscono i Trattati)[33].

In particolare, nell'ordinanza di rinvio il Consiglio di Stato ha fatto riferimento alla rilevanza della norma unionale per la definizione del giudizio, in aderenza ai criteri posti dalla nota giurisprudenza che ha preso le mosse dalla sentenza *CILFIT* della Corte di giustizia circa l'obbligo di rinvio pregiudiziale per i giudici nazionali di ultima istanza[34] (il problema dell'attualità dei cc.dd. criteri *CILFIT* è da tempo oggetto di ampio dibattito in dottrina, e numerose sono state le proposte per un ripensamento, spesso stimolate dalla parallela vigenza delle norme sulla responsabilità degli Stati, e dei giudici, per la violazione del diritto dell'Unione europea, e non è questa la sede per affrontare un argomento tanto complesso e articolato da necessitare un'apposita trattazione)[35].

---

[32] Cons. Stato, sez. VI, sent. 1 dicembre 2009, n. 7506. Per quanto attiene alla giurisprudenza eurounitaria, v. Corte giust. Ue, causa C-130/93, *Lamaire NV*, sentenza della Corte, sez. VI, 7 luglio 1994; causa C-506/04, *Graham J. Wilson*, sentenza della Corte, grande sez., 19 settembre 2006.

[33] Il riferimento è, in primo luogo, all'art. 4, par. 3, Tue.

[34] Corte di giustizia, causa 283/81, *Srl CILFIT e Lanificio di Gavardo SpA contro Ministero della sanità*, sentenza della Corte, 6 ottobre 1982; nella celebre decisione, la Corte di giustizia ha statuito che «una giurisdizione le cui decisioni non sono impugnabili secondo l'ordinamento interno è tenuta, qualora una questione di diritto comunitario si ponga dinanzi ad essa, ad adempiere il suo obbligo di rinvio, salvo che non abbia constatato che la questione non è pertinente, o che la disposizione comunitaria di cui è causa ha già costituito oggetto di interpretazione da parte della Corte, ovvero che la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi».

Ogni valutazione in ordine alla rilevanza, secondo la giurisprudenza eurounitaria, spetta al giudice nazionale; così, *ex multis*, Corte di giustizia Ue, causa C-145/03, *Eredi di Annette Keller contro Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, sentenza della Corte, grande sez., 12 aprile 2005; causa C-119/05, *Lucchini*, sentenza della Corte, grande sez. 18 luglio 2007; C-11/07, *Eckelkamp*, sentenza della Corte, sez. III, 11 settembre 2008; cause C-165/09, C-166/09 e C-167/09, *Stichting Natuur en Milieu*, sentenze della Corte, sez. I, 26 maggio 2011; causa C-72/14, *X contro Inspecteur van Rijksbelastingdienst e T.A. van Dijk contro Staatssecretaris van Financiën*, sentenza della Corte, sez. II, 9 settembre 2015; causa C-70/20, *Altenrhein Luftfahrt*, sentenza della Corte, sez. IV, 12 maggio 2021.

Sul concetto di rilevanza o pertinenza della questione pregiudiziale, si veda 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*, in *Giustamm*, 2021, 12.

[35] Cfr. N. PIGNATELLI, *L'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale tra primato del diritto comunitario e autonomia processuale degli Stati*, in *Foro it.*, 2012, 3; M.P. CHITI, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa*?, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2012, 5; R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, 2014, 3; R. GRECO, *Corti nazionali e Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2015 1; S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla CGUE: da strumento "difensivo" a mezzo per ridiscutere il sistema costituzionale*, in *federalismi.it*, 2021, 4; L. CECCHETTI, *'Motionless Titan' Has Moved, albeit Softly and with Circumspection: Consorzio Italian Management II*, in *Review of European Administrative Law*, 2022; G. TULUMELLO, *Il rinvio pregiudiziale fra mito e*

ISSN 2036-7821

Su tale versante è da rilevare la parziale contraddizione in cui sembrerebbe essere incorso il Consiglio di Stato nella sentenza in annotazione. Difatti, dapprima esso ha motivato sull'esistenza di un dubbio sull'interpretazione del diritto europeo e sulla rilevanza della questione ai fini della decisione secondo la logica ordinariamente seguita per l'effettuazione del rinvio pregiudiziale[36]. Successivamente, in seguito alla sentenza della Corte di giustizia, che non ha preso in considerazione né la natura di gara a doppio oggetto svolta dalla Acam per realizzare l'aggregazione, né il fatto che la dismissione del pacchetto azionario da parte del comune fosse avvenuta dopo il perfezionamento della stessa, e che, nonostante le apparenti omissioni, ha sancito l'incompatibilità del d.l. n. 138/2011, nella parte che qui interessa, con la normativa Ue, il Consiglio di Stato ha stimato poter risolvere la controversia. La sentenza della Corte di giustizia è stata quindi ritenuta non pienamente rilevante[37] per la decisione del giudizio *a quo* (probabilmente per l'inesatta contemplazione degli elementi fattuali dirimenti); ciononostante, il Consiglio di Stato ha reputato risolto il dubbio interpretativo originariamente nutrito, pur in assenza di una pronuncia della Corte nei termini sollevati[38].

In altre parole, poste le valutazioni "risultatistiche" del Consiglio di Stato sopra esaminate, che nella sostanza meritano di essere condivise, l'interpretazione della Corte di giustizia sulla legittimità, ai sensi del diritto eurounitario, della prosecuzione dell'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti in seguito

---

realtà (brevi note a primissima lettura della sentenza della Corte di Giustizia dell'U.E., Grande Sezione, 6 ottobre 2021 in causa C-561/19, Consorzio Italian Management - Catania Multiservizi SpA/Rete Ferroviaria Italiana), in *Giustamm*, 2021, 10; E. CHITI, *Il Consiglio di Stato e l'obbligo di rinvio pregiudiziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 6.

[36] Cons. Stato, ord. 7161/2020, *cit.*, parr. 4 e 6.

[37] Diverso è il caso in cui il giudizio di rilevanza della norma unionale venga ad essere rimeditato dal giudice nazionale dopo aver conosciuto l'interpretazione data alla norma di diritto Ue dalla Corte di giustizia, per il cui approfondimento si veda S. SPUNTARELLI, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla cgue nella giurisdizione amministrativa*, *op. cit.*, p. 1001, secondo la quale un successivo giudizio di irrilevanza non è in tale ipotesi contraddittorio rispetto al primo.

[38] È già stata evidenziata dalla dottrina amministrativistica la tendenza del giudice amministrativo a fare talvolta un «uso difensivo del rinvio pregiudiziale», soprattutto nell'ottica della responsabilità degli Stati per la mancata applicazione del diritto europeo, v. E. CHITI, *Il Consiglio di Stato e l'obbligo di rinvio pregiudiziale*, *op. cit*, p. 4, e giurisprudenza ivi esaminata, con particolare riferimento a Cons. Stato, sez. IV, sent. 25 gennaio 2022, n. 490, successiva all'ordinanza di rinvio nel giudizio di appello del comune di Lerici, in cui viene manifestata l'incoerenza della giurisprudenza eurounitaria sulle condizioni per il rinvio pregiudiziale da parte dei giudici di ultima istanza che obbligherebbero quest'ultimo, onde evitare il rischio di inadempimento per lo Stato membro di appartenenza, in assenza di precedenti identici risolti dalla Corte, di effettuare il rinvio «anche ove non ritenesse dubbia la soluzione da fornire alla questione pregiudiziale unionale, alla luce del tenore letterale delle pertinenti disposizioni europee rilevanti nel caso concreto, del loro contesto e degli obiettivi perseguiti dalla normativa […], come ricostruibili sulla base dei principi generali del diritto» anche secondo l'interpretazione della Corte.

La lettura coordinata dell'ordinanza di rinvio e della sentenza inducono a ritenere che anche nel caso in esame il rinvio sia stato operato in un'ottica difensiva, essendo chiaro sin dall'origine l'intendimento del Consiglio di Stato sulla definizione del giudizio (v. Cons. Stato, ord. 7161/2020, *cit.*, par. 5).

ISSN 2036-7821

all'aggregazione societaria di cui sono stati parti la Acam e la Iren risulta anche in seguito al rinvio pregiudiziale alquanto in ombra.

Quanto osservato conduce, in conclusione, a riflettere sulle modalità di completamento del dialogo tra corti attuato attraverso lo strumento del rinvio[39], soprattutto quando le conclusioni del giudice nazionale muovano nel senso diametralmente opposto da quello indicato dalla Corte.

All'interno dell'istituto di cui all'art. 267 TfUe la Corte di giustizia ha indicato vari espedienti che possono contribuire a rendere effettivo il dialogo tra corti: specificamente, oltre alla possibilità per la Corte di giustizia di "riformulare" una domanda pregiudiziale, il giudice nazionale ha il potere di effettuare, nel corso dello stesso giudizio, un secondo rinvio pregiudiziale ai giudici di Lussemburgo.

La facoltà di operare un secondo rinvio alla Corte di giustizia è stata infatti riconosciuta da tempo della Corte, sin dalla sentenza *Pretore di Salò*[40], nella quale è stato affermato che «l'efficacia vincolante che le sentenze pregiudiziali hanno nei confronti dei giudici nazionali non osta a che il giudice nazionale destinatario di una siffatta sentenza si rivolga nuovamente alla Corte laddove lo ritenga necessario per la decisione della causa principale», specificando che «il nuovo rinvio può essere giustificato qualora il giudice nazionale si trovi di fronte a difficoltà di comprensione o di applicazione della sentenza, qualora egli sottoponga alla Corte una nuova questione di diritto, oppure qualora egli le sottoponga nuovi elementi di valutazione che possano indurla a risolvere diversamente una questione già sollevata»[41].

Successivamente, in varie occasioni la Corte di giustizia è tornata sull'argomento. Meritevole di menzione è in particolare la sentenza *Consorzio Italian Management*[42], nella quale si è affermato, con riferimento ai giudici nazionali di ultima istanza, che un secondo rinvio pregiudiziale non soltanto è consentito, ma «si impone a un giudice nazionale […] quando esso si trova di fronte a difficoltà di comprensione quanto alla portata della sentenza della Corte»[43]. Inoltre, nella stessa pronuncia è

---

[39] In M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, in *Diritto amministrativo europeo*, II ed., Milano, 2018, p. 525, l'Autore segnala come l'espressione "dialogo" tra le corti nazionali e la Corte di giustizia dell'Unione europea trovi la propria origine in ambito accademico, sebbene il termine abbia poi trovato impiego anche nella giurisprudenza. Ad esempio, nella sentenza c.d. Taricco 2 (Corte giust. Ue, causa C-42/17, *Taricco*, sentenza della Corte, grande sez., 5 dicembre 2017), la Corte di giustizia valorizza il "dialogo" che tramite il rinvio pregiudiziale si instaura tra la Corte e i giudici degli Stati membri per «assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione nonché la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto». A livello nazionale, v. Corte cost., sent. 14 dicembre 2017, n. 269.

[40] Corte giust., causa 14/86, *Pretore di Salò*, sentenza della Corte, sez. V, 11 giugno 1987, parr. 12 e 13.

[41] L'evenienza è stata successivamente confermata dalla Corte di giustizia, v. Corte giust. Ue, causa C-466/00, *Kaba*, sentenza della Corte, 6 marzo 2023, par. 39.

[42] I confini del dialogo, nel giudizio amministrativo, risultano peraltro tuttora incerti; v. G. TULUMELLO, *Il rinvio pregiudiziale fra mito e realtà*, *op. cit*.

[43] Corte giust. Ue, causa C-561/19, *Consorzio Italian Management*, sentenza della Corte, grande sez., 6 ottobre 2021.

ISSN 2036-7821

stato notato che la precedente formulazione di un rinvio pregiudiziale nell'ambito dello stesso giudizio «non mette in discussione tale obbligo qualora permanga, dopo la decisione della Corte, una questione di interpretazione del diritto dell'Unione la cui risposta è necessaria per dirimere la controversia»[44].

Il presente caso rappresenta probabilmente un esempio di "situazione di incertezza" che permane in seguito ad un primo rinvio pregiudiziale e che potrebbe legittimare la proposizione di un secondo rinvio chiarificatore in cui si modifichino gli estremi della domanda pregiudiziale e ove, nella motivazione, si segnalino le ragioni per le quali eventualmente il giudice *a quo* non ha modificato il proprio convincimento a seguito della prima pronuncia della Corte di giustizia.

In concreto, non risultando la sentenza della Corte del tutto risolutiva, il Consiglio di Stato avrebbe avuto la facoltà di chiedere alla stessa se gli ulteriori elementi poi considerati (ossia, nello specifico, il mancato automatismo del passaggio della gestione del servizio dalla Acam alla Iren e l'espletamento di una gara non solo pubblica ma a doppio oggetto per la scelta del *partner* commerciale, oltre alla considerazione per la quale la dismissione delle azioni da parte del comune ha succeduto l'aggregazione) avrebbero realmente potuto impattare sulla risposta della Corte di giustizia tanto da stravolgerne il risultato finale. Difatti, la massima espressa dal Consiglio di Stato per cui spetta al giudice nazionale applicare il principio di diritto sancito dalla Corte di giustizia, se del caso tenendo conto di alcuni aspetti non considerati da quest'ultima, è sicuramente condivisibile purché emerga con chiarezza che, considerando tali altri aspetti, l'interpretazione del diritto Ue debba orientarsi in un determinato senso. Una simile conclusione, come si è cercato di mettere in luce, non pare potersi inferire dai passaggi della sentenza della Corte.

La sentenza esaminata pone sicché in evidenza la necessità che in alcuni frangenti il dialogo tra giudice nazionale e giudice europeo prosegua anche dopo una prima pronuncia della Corte di giustizia, se del caso addivenendo a una decisione a formazione progressiva, nella quale gli organi giudiziari appartenenti a distinti livelli dell'ordinamento europeo si incrocino con l'obiettivo di conseguire una decisione formata in più *step*. Così facendo si consoliderebbe una dimensione ancor più "circolare" delle esperienze giurisdizionali, nell'ambito delle quali lo stesso giudice nazionale, quale diretto conoscitore della controversia, potrebbe fornire al giudice e al diritto europei un significativo contributo alla riflessione[45].

---

[44] *Ibidem*, par. 59.

[45] Quanto indicato non sarebbe una novità nel panorama comunitario, posto che, come è stato fatto notare, il processo evolutivo europeo disegnato dalla Corte di giustizia è duplice, risultando caratterizzato, prima che dall'imposizione agli Stati delle proprie linee decisorie, dall'assorbimento dei principi e istituti da parte degli ordinamenti nazionali maggiormente evoluti. Così A. SANDULLI, *La Corte di giustizia europea e il dialogo competitivo tra le corti*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008, p. 191.

ISSN 2036-7821

7. Cenni conclusivi e questioni aperte.

La sentenza annotata è di particolare rilievo nella misura in cui disvela l'intento del Consiglio di Stato di privilegiare una chiave di lettura degli affidamenti *in house* "risultatistica" e "sostanzialistica" che fino ad ora non aveva trovato spazio.

Ne emerge, quale precipitato, la regola per cui i presupposti dell'*in house providing*, una volta disposto un affidamento diretto, non devono perpetuare incondizionatamente fino alla scadenza del contratto se, in presenza di determinate sopravvenienze, è assicurato il rispetto di alcune condizioni riflettenti i principi che ispirano la regolamentazione dei contratti pubblici[46].

Nel suo complesso la decisione è coerente con gli sviluppi che a livello nazionale hanno interessato l'istituto degli affidamenti *in house*, caratterizzati da un atteggiamento "aperturista" occasionato dalla necessità di una semplificazione degli strumenti di *governance* del PNRR e che si manifesta anche nel nuovo codice degli appalti.

Il Consiglio di Stato ha poi mostrato come, nel rispetto del riparto di competenze, ogni valutazione sull'applicazione dei principi di diritto sanciti dalla Corte di giustizia spetti al giudice nazionale, eventualmente individuando punti critici od omissioni delle sentenze rese in sede di rinvio pregiudiziale che possono influire sul recepimento di tali sentenze nel giudizio *a quo*.

Resta tuttavia da chiedersi in che modo la Corte di giustizia, che si è mostrata alquanto categorica nel respingere la tesi prospettata nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, accoglierà il presente arresto.

Inoltre, come si è evidenziato, nella decisione del Consiglio di Stato hanno rilevato diversi elementi, su tutti il nuovo rapporto amministrativo per la gestione dei servizi in oggetto affidata alla provincia nonché la parziale estraneità dell'atto impugnato (diverso, quindi, da un provvedimento di affidamento) rispetto al cuore del problema sostanziale. Sicché, probabilmente per la mancanza di un completamento definitivo della dialettica con la Corte di giustizia, il Consiglio di Stato non ha indicato quali elementi debbano considerarsi essenziali per la prosecuzione dell'affidamento *in house* in seguito ad aggregazioni societarie, limitandosi a risolvere la complessa controversia senza fornire il quadro di regole generali da applicarsi in futuro.

Queste ragioni inducono a ritenere che la tenuta del principio espresso dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 9933/2023 debba essere valutata alla luce dei prossimi assestamenti ed eventualmente a valle di un intervento ulteriore della Corte di giustizia.

[46] Sulle ragioni della disciplina speciale dei contratti pubblici europea, e sulle correlate finalità, v. M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid rassegna*, 2015, 19.

ISSN 2036-7821

Difatti, l'inedito dialogo costruttivo che potrebbe attivarsi, come si è cercato di mettere in luce, non sembra volersi fondare sullo "scontro" tra posizioni nazionali ed europee, intanto perché la riflessione del Consiglio di Stato appare potersi saldare a quella della Corte giustizia, ed in secondo luogo in quanto il giudice nazionale pone alla base della propria sentenza proprio gli orientamenti giurisprudenziali, il diritto e i principi europei in quella commistione formale e informale che da tempo, perlomeno in questa materia, va costruendo il diritto europeo di settore.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

I principi di digitalizzazione nei contratti pubblici. Le maggiori novità, le criticità e i punti di forza della nuova tecnica legislativa per principi nel *digital*

di Maria Chiara Pollicino

(Avvocata, Dottoranda di ricerca in legalità, culture politiche e democrazia, profilo di diritto amministrativo, presso l'Università degli Studi di Perugia)

Sommario

1. Premessa: la digitalizzazione degli appalti nell'attuale contesto politico, economico e normativo. Gli antefatti storici ai principi del digitale nel nuovo codice. 2. L'importanza dei principi del nuovo codice (non solo dei "super principi"). 3. I principi del digitale: la centralità dell'art. 19 quale norma di sintesi. 4. Un ulteriore caposaldo: la trasparenza. 5. Le procedure automatizzate: un'attuazione del principio di neutralità tecnologica. 6. Conclusioni: riflessioni sulla scelta di una simile tecnica di legislazione nel digitale: i vantaggi e gli svantaggi. Le difficoltà sottese al bilanciamento dei *digital principles.*

Abstract

The paper aims to provide an overview of the principles of digital matters within the framework of the new code of public contracts, adopted in 2023. Once this operation of reconstruction and synthesis is completed, it seeks to answer two main research questions: i) the first concerns what new aspects, if any, exist compared to the previous regulations; ii) what are the advantages and disadvantages of the new discipline.

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa: la digitalizzazione degli appalti nell'attuale contesto politico, economico e normativo. Gli antefatti storici ai principi del digitale nel nuovo codice. Prima di entrare nel vivo dei principi del digitale, è opportuno dare conto dell'*excursus* storico-economico-legislativo che ha portato a considerare il fenomeno della digitalizzazione come un caposaldo della materia dei contratti pubblici, tale da dover ricoprire un ruolo di protagonista anche nell'ambito del nuovo codice. Il perché di tale interesse va rintracciato, in primo luogo, in cause esterne al mondo del diritto. Ci si riferisce alla rapida evoluzione tecnologica, con l'introduzione nel mercato di soluzioni adatte ai contratti pubblici, tra cui le tecnologie basate su *blockchain,* l'intelligenza artificiale, il *Building Information Modeling* (BIM) etc. In secondo luogo, delle ragioni possono essere rinvenute anche all'interno dell'universo giuridico, alla luce dei numerosi sviluppi normativi (legislativi, amministrativi, di *soft law* e giurisprudenziali) che interpretano la digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche come un importante *driver* di modernizzazione e sviluppo economico[1]. Proprio nel descritto contesto, è emerso il concetto di *e-procurement* nel lessico giuridico italiano, definito come l'"ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale" dal codice[2]. La crescente attenzione all'*e-procurement*, che è stata sia registrata che promossa dal Codice, può essere attribuita, in parte, anche all'emergenza sanitaria globale causata dalla pandemia di COVID-19. Il sopraggiungere della pandemia nel 2020 ha innescato molteplici processi di trasformazione a livello istituzionale, sociale, economico e tecnologico. Tra questi cambiamenti, il ricorso diffuso alla telematica da parte della società civile e delle amministrazioni pubbliche è stato notevole (perché necessitato[3], quale rimedio all'adozione delle misure di *lockdown*)[4].

[1] Cfr. D.U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (Il procedimento amministrativo fra diritto UE e tecnologie ICT)* in Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale, a cura di R. Cavallo Perin, D.U. Galetta, Torino, 2020; F. CONTE, *La trasformazione digitale della pubblica amministrazione: il processo di transizione verso l'amministrazione algoritmica*, in www.federalismi.it, 11, 2023.

[2] G. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale, a cura di R. Cavallo Perin, D.U. Galetta, Torino, 2020; L. TORCHIA, *I contratti pubblici e l'e-procurement*, in Lo Stato Digitale, Bologna, 2023.

[3] E. CARLONI, *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica*, in Giorn.Dir. Amm., 2015, n. 2, pp. 148-157.

[4] L'Annual Report di Forum PA del 2021 sembra confermare che la pandemia abbia giocato un ruolo fondamentale nella spinta verso la trasformazione digitale. I dati presentati nel rapporto sono piuttosto eloquenti: solo nel corso del 2020, il numero di identità digitali SPID è cresciuto da 5,4 a 15,4 milioni, le transazioni effettuate tramite PagoPA sono passate da 81,7 a oltre 165 milioni, e l'app IO ha superato i 9 milioni di download. Inoltre, il numero di comuni inclusi nell'Anagrafe nazionale della popolazione residente è aumentato da 5.310 a oltre 7.000, con ben 54,6 milioni di cittadini registrati nell'anagrafe unica. Questa accelerazione è stata percepita anche dalla popolazione, come evidenziato da un'indagine condotta da Forum PA, in cui il 57% degli intervistati ritiene che la pubblica amministrazione sia ora "più orientata al digitale" rispetto al periodo precedente alla pandemia. Inoltre, si è notato un miglioramento nella facilità e nella velocità di accesso ai servizi pubblici. Un fattore chiave di supporto a questo processo di digitalizzazione nella pubblica amministrazione sono stati i numerosi provvedimenti governativi studiati appositamente. Ad esempio, i decreti Cura Italia e Semplificazioni hanno

ISSN 2036-7821

In questo contesto di profonda precarietà, alla luce delle gravi conseguenze prodotte dalla crisi sanitaria, l'Unione europea ha introdotto uno strumento giuridico e finanziario innovativo noto come il Dispositivo di ripresa e resilienza (*Recovery and Resilience Facility* - RFF) nell'ambito del *Next Generation EU* (NGEUOgni Stato membro è stato chiamato a elaborare un Piano nazionale per la ripresa e la resilienza (PNRR), che definisce un pacchetto di riforme e investimenti per il periodo 2021-2026.)[5]. Il PNRR rappresenta il programma di ausili pubblici più significativo per l'Europa dalla Seconda guerra mondiale[6]. Il PNRR dell'Italia, approvato definitivamente il 13 luglio 2021, contiene ambiziosi obiettivi relativi alla transizione digitale dell'amministrazione pubblica, con un'attenzione particolare all' *e-procurement*[7]. Pertanto, non sorprende che, quasi all'unanimità, nei primi commenti che hanno seguito l'approvazione del nuovo codice, venga evidenziata la stretta correlazione tra la nuova disciplina degli appalti e il PNRR[8]. In ogni caso, è importante sottolineare che la digitalizzazione non era una novità neanche prima del PNRR per il settore dei contratti pubblici[9]. Già le ben note direttive europee sugli

apportato significative modifiche al Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD). Inoltre, il decreto Rilancio ha istituito il "Fondo per l'Innovazione Tecnologica e la Digitalizzazione" per promuovere la trasformazione digitale della PA. Non bisogna dimenticare neanche il Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione 2020-2022.

[5] P. CLARIZIA – G. SGUEO, *Lo stato digitale nel PNRR: la digitalizzazione come necessità trasversale*, IRPA, 2021, https://www.irpa.eu/lo-stato-digitale-nel-pnrr-la-digitalizzazione-come-necessita-trasversale/ sottolineano che: «*Il 27% delle risorse del Piano nazionale di ripresa e resilienza sono dedicate alla transizione digitale, sviluppata lungo due assi principali: la banda ultra-larga e la trasformazione della PA in chiave digitale. Altri interventi sono destinati dal Piano all'innovazione digitale di infrastrutture, il fisco, la sicurezza, la sanità pubblica, il turismo e la cultura, il sistema scolastico e la ricerca universitaria. L'Osservatorio avvia con questo post una nuova serie di interventi in cui propone una prima ricognizione dei principali interventi di digitalizzazione del PNRR, del loro impatto sulle amministrazioni, dei tempi di realizzazione e – quando possibile – del confronto con misure analoghe adottate da altri paesi europei. In questo post presentiamo il ruolo della digitalizzazione nell'ambito del Piano*».

[6] M. CLARICH, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in Corr. giur., 8-9, 2021, spec. 1027; F. FABBRINI, *Next Generation EU, Il futuro di Europa e Italia dopo la pandemia*, Bologna, 2022; C. BENETAZZO, *Gli appalti pubblici nel PNRR tra semplificazione e prevenzione della corruzione*, in federalismi.it, 29, 2021, pp. 122 e ss.; R. L. PERFETTI, *Derogare non è semplificare. Riflessioni sulle norme introdotte dai decreti semplificazioni ed in ragione del PNRR nella disciplina dei contratti pubblici*, in Urb. e app., 4, 2022, pp. 441 e ss.

[7] Per approfondire, si veda: N. PARISI, *Il modello internazionale ed europeo di prevenzione della corruzione pubblica*, in La vigilanza e la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative, a cura di A. Cagnazzo, S. Toschei, F. Tuccari, Milano, 2021.

[8] C.F. FERRARI, G. MORBIDELLI, *Codice dei contratti pubblici 2023*, commentato articolo per articolo, Milano 2023; G.F. CARTEI, D. IARIA, *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023; L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Vicenza, 2023.

[9] P. CLARIZIA – G. SGUEO, *Lo stato digitale nel PNRR: la digitalizzazione come necessità trasversale*, Roma, 2021 ove si segnala che, sebbene il tema del digitale non costituisse una novità: *"(c)i sono in particolare tre fattori che hanno inciso più di altri sul ritardo del nostro paese all'appuntamento con il digitale: (1) lo stato dell'infrastrutturazione digitale; (2) l'erogazione dei servizi pubblici digitali; (3) le competenze e la formazione nelle materie tecnologiche. La transizione digitale rappresenta dunque una necessità trasversale che caratterizza ogni aspetto del più importante atto di pianificazione che ha interessato il nostro paese negli ultimi decenni"*.

ISSN 2036-7821

appalti pubblici e i contratti di concessione del 2014, e la normativa nazionale precedente al nuovo Codice contenevano numerose disposizioni dedicate alla digitalizzazione del settore[10].

2. L'importanza dei principi del nuovo codice (non solo dei super principi).

Il nuovo Codice degli appalti pubblici incide profondamente sul quadro previgente[11]. Esso attua un cambio di rotta, *in primis*, dal punto di vista teorico, dettando molteplici principi di ampio respiro e che sembrano, almeno sulla carta, innovativi[12].

I principi[13] permeano tutto l'impianto codicistico: difatti, accanto ai noti super principi (risultato[14], fiducia[15] e accesso al mercato)[16], richiamati nei primi articoli del

[10] Queste normative includono il Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA) per gli affidamenti al di sotto della soglia europea, nonché numerose disposizioni del Decreto Legislativo n. 50/2016 (CCP), specialmente dopo le modifiche apportate dal Decreto semplificazione 2 del 31 maggio 2021, convertito con modifiche dalla Legge n. 108 del 29 luglio 2021. Tra tutte queste disposizioni, vanno menzionate in particolare quelle relative agli strumenti telematici di negoziazione, nonché le disposizioni riguardanti il BIM, l'uso di mezzi di comunicazione elettronici e la trasmissione telematica di avvisi e bandi per la pubblicazione in sede europea e alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

[11] L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Vicenza, 2023: nell'opera citata viene evidenziata, già nell'introduzione, la discontinuità del nuovo codice rispetto al precedente, mettendo in luce la differenza nell'impostazione di fondo orientata, nel caso della precedente disciplina, ad una rigidità e ad un estremo tecnicismo.

[12] Cfr. G. MORBIDELLI, *Introduzione ad un dibattito sui principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici* in Atti del Convegno CESAFIN, Firenze, 14 aprile 2023. A.M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in Dir. econ., 2023, 144; G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato* in Atti del Convegno «*Il nuovo codice degli appalti – La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano*?» Roma, 27 gennaio 2023 disponibili in www.astrid-online.it. In particolare, l'Autore evidenzia che, al contrario del legislatore italiano, quello francese, aveva già recepito tale visione nel Code de la commande publique. Per approfondire ulteriormente relativamente al Code de la commande publique cfr. N. GABAYET, *Les principles du droit des contrats publics en France*, in www.ius-publicum.com, 2019.

[13] Tra i più discussi vi sono i c.d. super principi (cfr. Si veda F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Soveria Mannelli, 2020; A. SAITTA, *I criteri interpretativi: risultato, fiducia e accesso al mercato*, Commentario al nuovo Codice a cura del Sole 24 Ore, 2023). Il primo dei super principi è il principio del risultato, disciplinato all'art. 1, comma 1, del Codice. Il principio del risultato è volto a far sì che l'affidamento del contratto e la sua esecuzione siano effettuati con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. Al citato principio dovrebbero essere sotto-ordinati tutti gli altri. Molti autori, difatti, hanno commentato osservando che, nella vigenza del precedente codice, si riconosceva un'eccessiva importanza ai principi euro-unitari di trasparenza e di concorrenza e non tenendo nella dovuta considerazione l'interesse coessenziale all'esercizio delle funzioni pubbliche, ossia quello di assegnare l'appalto. Il secondo dei super principi che occorre sinteticamente analizzare è il principio della fiducia; esso incarna l'obiettivo di «accentuare e incoraggiare lo spazio valutativo e i poteri di iniziativa delle stazioni appaltanti, per contrastare, in un quadro di rinnovata fiducia verso l'azione dell'amministrazione, il fenomeno della cd. "burocrazia difensiva", che può generare ritardi o inefficienze nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti». L'ultimo dei principi sovrani è quello dell'accesso al mercato; esso contiene, al suo interno, i tradizionali valori della concorrenza, imparzialità, trasparenza, proporzionalità. La dottrina ha sottolineato che quest'ultimo svolge una funzione di tipo complementare rispetto agli altri due, criticando, peraltro, tale scelta legislativa.

Già dalla breve enunciazione dei richiamati principi si rende palese il cambio di rotta, rispetto alla normativa previgente: si tende a rinunciare ad una certa controllabilità dei funzionari delle Stazioni appaltanti al fine di

ISSN 2036-7821

codice e già oggetto di rilevanti e copiose riflessioni dottrinali[17], vi sono ulteriori principi, come quelli sulla digitalizzazione, che si rinvengono nella parte II del libro I, e che meritano, al pari dei primi, attenzione[2].

L'importanza delle norme generali nell'ideazione del nuovo codice emerge anche dalla scelta di topografia normativa: in questo senso la Commissione speciale costituita presso il Consiglio di Stato[14], e poi il Legislatore delegato, hanno collocato le stesse– diversamente da quanto accadeva con il d.lgs. n. 50/2016 – proprio nella prima parte del codice.

L'"investimento" massiccio alla tecnica normativa per i principi costituisce una novità su cui vale la pena indagare.

Le ragioni alla base di tale ampio ricorso ai principi generali si possono ricavare, con buona probabilità, tenendo in considerazione il complesso quadro normativo che ha da sempre caratterizzato il settore della contrattualistica pubblica, denso di regole di dettaglio, nel quale l'esistenza di un sistema solido di principi potrebbe fungere da criterio di orientamento privilegiato del giurista e aiutarlo nella risoluzione delle questioni che sorgono di fronte alla varietà di possibili fattispecie concrete[18]; i

---

garantire una più efficiente svolgimento delle attività di gara, così da promuovere l'ottenimento del risultato (di assegnare il contratto, e così realizzare l'opera o l'acquisto), in base al più ampio margine di discrezionalità riconosciuto alla stazione appaltante.

In questo senso, il nuovo Codice dà prova di un nuovo approccio di legiferare, meno attento ai dettagli tecnici e più conforme al principio, di carattere davvero generale, che permea tutte le aree del diritto. In questo senso, si potrebbe dire che il procedimento amministrativo stia diventando sempre più ispirato ai canoni civilistici, nel qual ambito è affermata la regola della libertà delle forme.

[14] Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 27 febbraio 2024 n. 1924 in www.eius.it. Nella richiamata pronuncia si evidenzia che il principio del risultato sembrerebbe essere sovraordinato rispetto agli altri: «(*l)'art. 1 è collocato in testa alla disciplina del nuovo codice dei contratti pubblici ed è principio ispiratore della stessa, sovraordinato agli altri. Si tratta di un principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse da perseguire attraverso il contratto e che esclude che l'azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni che ostino al raggiungimento dell'obiettivo finale che è: a) nella fase di affidamento giungere nel modo più rapido e corretto alla stipulazione del contratto; b) nella fase di esecuzione (quella del rapporto) il risultato economico di realizzare l'intervento pubblico nei tempi programmati e in modo tecnicamente perfetto*».

[15] E. CARLONI, *Verso il paradigma fiduciario? Il principio della fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici e le sue implicazioni*, in "Diritto pubblico, Rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini", 1, 2024, pp. 131-162.

[16] La Relazione illustrativa al Codice definisce i super principi come essenziali alla luce del rinnovato quadro e ne evidenzia il ruolo di rottura rispetto alla previgente normativa. Più specificamente, si sottolinea *«[…] in questo rinnovato quadro normativo, […] l'innovativa introduzione dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato (la cui pregnanza è corroborata dalla stessa scelta sistematica di collocarli all'inizio dell'articolato) i quali, oltre a cercare un cambio di passo rispetto al passato, vengono espressamente richiamati come criteri di interpretazione delle altre norme del codice e sono ulteriormente declinati in specifiche disposizioni di dettaglio […]* »

[17] F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.giustiziainsieme.it , 8 giugno 2023.

[18] Cfr. G. ROVELLI, Introduzione al *nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice degli appalti pubblici e la loro funzione regolatoria*, in Giustizia Amministrativa, 2023, disponibile al seguente indirizzo IP https://www.giustizia-amministrativa.it/-/158189-23. In particolare, l'Autore evidenzia che: «oggi, più che mai, serve orientarsi con i principi laddove le regole sono diventate talmente tante da far perdere la bussola al migliore dei naviganti. Ed ecco perché il nuovo Codice dei contratti pubblici si apre con i principi».

ISSN 2036-7821

principi, difatti, sono strumenti preziosi sia in sede di interpretazione della norma[19] sia ai fini di risoluzione delle antinomie[20].
La volontà di realizzare una normazione fondata su una gerarchia tra principi e norme di dettaglio emerge nettamente dall'approccio in tema di digitalizzazione dei contratti pubblici. In questo senso, il legislatore ha elaborato, anche in tale ambito, delle norme che contengono una sintesi di quelli che sono i criteri guida del digitale e che, probabilmente, saranno suscettibili di applicazione anche al di fuori dello specifico campo della contrattualistica. Tra le norme più rilevanti si possono richiamare gli articoli 19, 20 e 30 del Codice, rispettivamente rubricati: i «Principi e diritti digitali»; «Principi in materia di trasparenza»; l'«Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici».

3. I principi del digitale: la centralità dell'art. 19 quale norma di sintesi.

Come evidenziato in dottrina, il legislatore del 2023 riconosce alla digitalizzazione un ruolo di protagonista[21], sebbene la parte ad essa dedicata sia entrata in scena in un secondo momento (le norme sulla digitalizzazione sono entrate in vigore il 1° gennaio 2024[22]). L'importanza riconosciuta al digitale si deduce anche dalla scelta topografica: difatti, il legislatore ha collocato i principi che governano quest'ultimo tra le prime norme del codice (nel libro I, parte II). Va considerato, inoltre, che le

[19] Sulla rilevanza ermeneutica dei principi generali si vedano: Modugno, Principi generali dell'ordinamento, in Enciclopedia giuridica Treccani, XXIV, Roma, 1991, pp. 1 ss.; Id., Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali, in Modugno (a cura di), Esperienze giuridiche del '900, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 85 ss.; Irti, Un diritto incalcolabile, Giappichelli, Torino, 2016, p. 62, secondo cui «(e)spliciti o impliciti che siano i principi sono norme di grado superiore, nel senso che non descrivono, appunto perché generali una conchiusa classe di fatti, ma generano "una serie indeterminata di ipotesi, ciascuna delle quali è suscettibile di venire assunta a formare altrettanto fattispecie diverse».

[20] Cfr. Relazione illustrativa della Commissione speciale del Consiglio di Stato «*Nell'ambito di tale sistema, i principi rendono intellegibile il disegno armonico, organico e unitario sotteso al codice rispetto alla frammentarietà delle sue parti, e consentono al tempo stesso una migliore comprensione di queste, connettendole al tutto (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. 7 maggio 2013, n. 13). I principi generali di un settore esprimono, infatti, valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, che hanno una "memoria del tutto" che le singole e specifiche disposizioni non possono avere, pur essendo ad esso riconducibili. I principi sono, inoltre, caratterizzati da una prevalenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica ("nomogenetica") rispetto alle singole norme*».

[21] F. CARINGELLA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?* 2023 in www.giustizia-amministrativa.it e G. NAPOLITANO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in Giornale di diritto amministrativo, 2023, 3, p. 287 e ss.

[22] In realtà, vi sono delle norme la cui entrata in vigore è stata ulteriormente differita. A titolo di esempio, per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro, l'obbligo di ricorrere alle piattaforme certificate si applica a partire dal 1° ottobre 2024. Ancora, è rinviata al 30 giugno 2024 l'entrata in vigore delle norme relative alla verifica dell'autenticità della garanzia fideiussoria, le norme sulla qualificazione delle stazioni appaltanti, le norme sulle sanzioni in caso di omessa trasmissione alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici. Ancora, entreranno in vigore, solo a partire dal 1° gennaio 2025, le disposizioni sull'obbligo di applicazione della metodologia BIM per le gare d'appalto con importo superiore a 1 milione di euro.

ISSN 2036-7821

disposizioni sulla digitalizzazione trovano un ambito di applicazione molto ampio per almeno due ordini di ragioni: in primo luogo, si applicano ad ogni tipologia di contratto di appalto o di concessione, qualsivoglia sia l'importo, tanto nei settori ordinari tanto nei settori speciali; in secondo luogo, riguardano l'intero "ciclo di vita dei contratti pubblici"[23], quindi anche le attività di natura amministrativa non contrattuale nonché la fase esecutiva.

Pertanto, con la novella, tutte le fasi della contrattualistica pubblica sono in digitale, assistendosi così al definitivo tramonto dei cicli di vita misti (in parte cartacei, in parte digitali).

L'enucleazione di principi del digitale è una peculiarità del nuovo codice (ciò non significa, naturalmente, che nel precedente codice del 2016 non vi fossero delle disposizioni in materia di digitalizzazione[24]). Questi ultimi sono molteplici e si rinvengono, oltre che nella prima parte, in diverse collocazioni all'interno del Codice. Ciononostante, una buona sintesi di tutti i principi rilevanti in materia si rinviene all'articolo 19, che apre la parte ad essi dedicata. In questo senso, si può affermare che il 19 sia la più completa norma di sintesi dei vari principi che governano la materia.

Il primo comma dell'art. 19 si riferisce, in primo luogo, ai diritti di cittadinanza digitale[25], che si identificano come l'insieme dei diritti del cittadino all'interno di una società tecnologica. Si tratta di una locuzione già presente nel vocabolario legislativo: difatti, il concetto di cittadinanza digitale o di diritti digitali trovava già prima della novella un addentellato normativo nel codice dell'amministrazione digitale (il c.d. CAD[26]), laddove riconosce il diritto all'accesso e all'utilizzo degli strumenti tecnologici nei rapporti con l'amministrazione.

---

[23] Al ciclo di vita dei contratti pubblici è dedicato l'art. 21 del codice che spiega che per ciclo di vita si intendono le varie fasi cui è sottoposta la contrattualistica pubblica; esse sono: programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione.

[24] Tuttavia, le stesse non ebbero, in verità molta fortuna. Difatti, la digitalizzazione era stata disciplinata precedentemente nel codice del 2016, in materia di "Digitalizzazione delle procedure". Tale disposizione stabiliva che entro un anno dalla data di entrata in vigore del codice precedente, sarebbero state definite, mediante un decreto del Ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione, in collaborazione con il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti e il Ministro dell'Economia e delle Finanze, con l'audizione dell'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) e dell'Autorità Garante della Privacy, ciascuno per i profili di competenza, le modalità di digitalizzazione delle procedure per tutti i contratti pubblici, anche attraverso l'interconnessione per l'interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni. Questa disposizione però fu attuata con notevole ritardo, tramite il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 12 agosto 2021, n. 148.

[25] Invero, il concetto di cittadinanza digitale o di diritti digitali, trovava già un addentellato normativo nel CAD, che riconosce il diritto all'uso delle tecnologie. L'art. 3 prevede che "*Chiunque ha il diritto di usare, in modo accessibile ed efficace, le soluzioni e gli strumenti di cui al presente Codice nei rapporti con i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, anche ai fini dell'esercizio dei diritti di accesso e della partecipazione al procedimento amministrativo, fermi restando i diritti delle minoranze linguistiche riconosciute*". Per approfondire in dottrina si veda G. PASCUZZI, *La cittadinanza digitale*, in il Mulino, Rivista trimestrale di cultura e di politica, 3, 2022, pp. 65-73.

[26] L'art. 3 prevede del CAD prevede che «*Chiunque ha il diritto di usare, in modo accessibile ed efficace, le soluzioni e gli strumenti di cui al presente Codice nei rapporti con i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, anche ai fini dell'esercizio dei*

ISSN 2036-7821

Sempre al primo comma del 19 si rinviene l'affermazione del principio di neutralità tecnologica[27]; esso implica che non bisogna predeterminare la scelta tecnologica che le pubbliche amministrazioni devono compiere, lasciandole libere di scegliere, volta per volta, la tecnologia o il *mix* di tecnologie più adeguate. L'amministrazione è libera di adoperare qualsiasi tecnologia, anche quelle più avanzate, purché ciò avvenga all'interno delle cornici legali poste all'azione amministrativa. Tra queste cornici legali si debbono considerare le ulteriori norme sottese alla realizzazione dell'integrale digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici: *in primis*, i dati che alimentano le piattaforme informatiche utilizzate a tal fine dovranno essere standardizzati[28]; *in secundis*, le piattaforme informatiche utilizzate sono soltanto quelle che ottengano l'autorizzazione da parte dell'Agenzia per l'Italia Digitale (l'Agid).

Il principio di neutralità tecnologica, invero nominato solo nell'ambito dell'art. 19, non rinvenendosi in altre disposizioni del codice, appare in perfetta armonia con uno dei super-principi, il principio del risultato, in quanto tramite lo stesso si sottolinea l'importanza della discrezionalità della amministrazione, la quale deve scegliere lo strumento migliore per realizzare l'obiettivo dell'efficienza.

Inoltre, il principio di neutralità tecnologica trova piena attuazione nella previsione, contenuta nell'art. 30 del nuovo codice, che si occupa dell'uso di procedure automatizzate. Difatti, l'art. 30, come si vedrà in modo più approfondito nel prosieguo, riconosce alla stazione appaltante la possibilità di avvalersi di intelligenze artificiali, andando così a ribadire, ancora una volta, la libertà nella scelta strumentale[29].

---

diritti di accesso e della partecipazione al procedimento amministrativo, fermi restando i diritti delle minoranze linguistiche riconosciute».

[27] cfr. G. CARLOTTI, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in Giustizia amministrativa, Studi e approfondimenti, 2023, https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/carlotti-i-principi-nel-codice-dei-contratti-pubblici-la-digitalizzazione).

[28] B. PONTI, *Tre scenari di digitalizzazione amministrativa "complessa": dalla interoperabilità predicata alla standardizzazione predicata*, in Istituzioni del Federalismo, 3, 2024, pp.599-622. L'autore evidenzia che: «*Il quadro normativo e le opzioni strategiche impostate con il PNRR paiono quindi indirizzare una digitalizzazione complessa (quella, cioè, che attiene alla integrazione tendenzialmente automatizzata delle operazioni di back office) non più solo predicata ma anche concretamente praticabile e praticata. Va però sottolineato che l'adeguamento al paradigma della standardizzazione e dell'interoperabilità non è per le amministrazioni "a costo zero"; esso implica non solo costi diretti (investimenti per infrastrutture, sistemi, software e aggiornamento/adattamento del personale) ma anche una sfida culturale di non poco momento. Sotto questo profilo, la spinta ed il carburante fornito dal PNRR risultano fondamentali: si tratterà quindi di fare in modo di spendere tutte le risorse rese disponibili, ed anche verificare (in corso d'opera) che tali stanziamenti risultino sufficienti allo scopo (e, se del caso, integrarli). Infatti, la trappola dell'invarianza di spesa è sempre dietro l'angolo*».

[29] Ovviamente, le regole sull'utilizzo delle intelligenze artificiali da parte dell'amministrazione sono ulteriormente incise dall'avvento del nuovo regolamento europeo sull'intelligenza artificiale. Il testo del regolamento è disponibile al seguente link: www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0188-AM-808-808_IT.pdf. È stata pubblicata anche la versione in lingua inglese del "corrigendum" (www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138-FNL-COR01_EN.pdf), adottato in base all'art. 241 del regolamento del Parlamento europeo per rettificare errori. In dottrina si veda F. FERRI, *Il giorno dopo la*

ISSN 2036-7821

Ancora, sempre il primo comma menziona la sicurezza informatica e la protezione dei dati personali. Il legislatore, collocando questi valori l'uno accanto all'altro, pone in luce lo stretto rapporto che vi è tra la c*yber security* e la protezione del dato personale, rapporto che emerge anche dalla normativa fondamentale in materia di *privacy*, il GDPR[30]. Sempre con riferimento alla sicurezza informatica, al comma 5 dell'articolo in commento, viene specificato che la stessa deve essere garantita dalle medesime stazioni appaltanti attraverso l'adozione di specifici strumenti tecnici nonché tramite la formazione di personale specializzato. La norma appare di pregio perché mette in luce la necessità non solo della creazione di nuovi strumenti tecnici informatici, ma della formazione di un personale che possa sfruttare tali strumenti. Al secondo comma dell'art. 19, si rinviene un principio che rappresenta una novità rispetto al previgente codice, il principio dello "*once only*", secondo il quale i dati devono essere forniti una sola volta a un solo sistema informativo. Il principio è strettamente connesso al funzionamento dei meccanismi di interoperabilità delle banche dati tra le Pubbliche amministrazioni: i dati forniti ad una certa amministrazione devono essere messi a disposizione delle altre amministrazioni, così alleggerendo l'onere di produzione di documenti/informazioni a carico del cittadino, rendendo più agile l'azione amministrativa. La norma si pone in armonia con le recenti modifiche apportate al Codice dell'amministrazione digitale. Al riguardo, in attuazione del PNRR, si è previsto, con l'art. 50 ter del Codice dell'amministrazione digitale, lo sviluppo di una piattaforma che renda possibile l'interoperabilità, Piattaforma Digitale Nazionale Dati (PDND). Gli enti, dunque, come esplicitato dal comma 4, dovranno farsi carico di realizzare l'interoperabilità, modificando i propri regolamenti interni. Ciò avrà luogo principalmente, da un punto di vista tecnico, tramite la creazione di interfacce operative, le c.d. API.

4. Un ulteriore caposaldo: la trasparenza.

L'art. 19 stesso richiama anche il valore fondamentale della trasparenza, che, tuttavia, trova migliore e specifica disciplina, come si vedrà tra un attimo, negli articoli seguenti.

La trasparenza[31] è un principio cardine del diritto amministrativo[32] che implica la conoscibilità e la comprensibilità da parte dei cittadini di tutto ciò (dati, informazioni

rivoluzione: prospettive di attuazione del regolamento sull'intelligenza artificiale e poteri della Commissione europea, in Quaderni AISDUE, 2, 2024.

[30] Tale stretto legame tra la disciplina della *privacy* e *cyber security*, consacrata in numerose norme del GDPR, è ulteriormente confermato dal protocollo di intesa, sottoscritto il 26 gennaio 2022, tra il Garante privacy e Agenzia per la cybersecurity nazionale.

[31] E. CARLONI, Alla luce del sole. *Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, in Diritto amministrativo, 3, 2019, pp. 497 ss. Nonché R. CANTONE-E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione*. Dieci lezioni, Milano, 2018.

ISSN 2036-7821

etc.) che è sotteso all'azione pubblica[33]. Il dato o l'informazione non devono essere solo resi disponibili ma anche presentati in modo tale da essere compresi dal cittadino. La necessità di garantire la trasparenza è particolarmente evidente nell'ambito dei contratti pubblici, settore nel quale sono impiegate consistenti risorse pubbliche. Alla trasparenza il nuovo codice dedica due principali articoli: l'art. 20 e l'art. 28[34].

Un primo profilo di novità della nuova disciplina si rintraccia nel fatto che, mentre il previgente art. 29 faceva riferimento a "tutti gli atti", l'art. 20 menziona "i dati, le informazioni e gli atti". Quindi, l'oggetto dell'attuale norma è più ampio. Un secondo profilo riguarda le modalità di pubblicazione, disciplinate dall'art. 28: la nuova disciplina espressamente prevede che le stazioni appaltanti garantiscano il collegamento della propria Sezione Amministrazione Trasparente alla Banca Dati Nazionale dei contratti pubblici, gestita dall'Anac. Ciò implica che «*il dato "originale" è quello inviato ad ANAC e non più quello indicato, come un tempo, nella predetta Sezione dalla stazione appaltante. In questo modo, incombe sull'ANAC assicurare la tempestiva pubblicazione dei dati ricevuti, con la conseguenza che – per espressa disposizione normativa (art 28 c. 3) – gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono da quella della banca dati ANAC*»[35]. Nell'ipotesi in cui l'amministrazione non proceda alla pubblicazione dei

[32] La trasparenza trova il suo più rilevante riconoscimento nell'ambito del D.lgs. n. 33/2013, c.d. decreto trasparenza, che ne afferma la centralità negli ordinamenti democratici in quanto «*(…) concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione. Essa è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino*». B. PONTI, *Il regime dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria: i tempi, le modalità ed i limiti della diffusione; l'accesso civico; il diritto di riutilizzo*, in B. Ponti (a cura di), La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, Rimini, 2013.

[33] Per approfondire si veda E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza*, Bologna, 2022, p. 12 secondo cui la trasparenza è, al tempo stesso, «*condizione di garanzia dei diritti, parte della buona amministrazione, pilastro dell'anticorruzione, componente di un'amministrazione aperta, presupposto della partecipazione del cittadino*».

[34] Nel codice previgente esisteva già una norma *ad hoc* in materia di trasparenza, l'art. 29, mentre non esisteva nel codice del 2006. Sotto questo profilo, il nuovo codice, dunque, si pone in linea di continuità con il precedente. L'articolo 29 prevedeva, così come modificato dall'art. 53, comma 5, lettera a), sub. 1), legge n. 108 del 2021 che: "Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento e l'esecuzione di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti, ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente" con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Nella stessa sezione sono pubblicati anche i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione con le modalità previste dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Gli atti di cui al presente comma recano, prima dell'intestazione o in calce, la data di pubblicazione sul profilo del committente. Fatti salvi gli atti a cui si applica l'articolo 73, comma 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla pubblicazione sul profilo del committente".

[35] I.VALENTINO, *I nuovi obblighi di trasparenza in materia di appalti: tra legge 190/2012 e nuovo codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 36 del 2023* in Cammino Diritto, Rivista di informazione giuridica, vol.2 del 2024, 22 febbraio 2024.

ISSN 2036-7821

dati, ai cittadini, come nel passato, è riconosciuto il diritto di attivare lo strumento dell'accesso civico, strumento precipuamente volto all'ostensione dei dati nei casi in cui l'obbligo di pubblicazione non è stato assolto. Deve pure tenersi in considerazione che in questa materia trova applicazione l'istituto dell'accesso civico generalizzato[36], esso costituisce il secondo strumento (oltre alla pubblicazione) mediante il quale attuare il principio di trasparenza. Sul punto, è opportuno richiamare la giurisprudenza amministrativa[37] che, sulla disciplina dell'accesso civico generalizzato in materia di appalti, aveva evidenziato «*fermi i divieti temporanei e/o assoluti di cui all'art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e, in particolare, all'esecuzione dei contratti pubblici, non ostandovi in senso assoluto l'eccezione del comma 3 dell'art. 5-bis del d. lgs. n. 33 del 2013 in combinato disposto con l'art. 53 e con le previsioni della l. n. 241 del 1990, che non esenta in toto la materia dall'accesso civico generalizzato, ma resta ferma la verifica della compatibilità dell'accesso con le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, comma 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza*»[38]. Il nuovo codice non solo recepisce e ratifica quanto affermato dall'Adunanza Plenaria, nell'ambito degli articoli 35 e 36, ma va oltre, dettando una puntuale regolamentazione dell'istituto dell'accesso, mezzo essenziale ai fini della tutela della trasparenza, sia delle forme di accesso civico che documentale. In base alla nuova disciplina, l'accesso viene effettuato in modalità digitale attraverso l'acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme. Tale modalità digitale è resa possibile dalla regola della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici secondo cui ogni fase della contrattualistica pubblica deve svolgersi in digitale. La dottrina ha evidenziato la rivoluzione cui è stato sottoposto il diritto di accesso: «*in un ecosistema di approvvigionamento digitale caratterizzato da siffatte declinazioni in termini di trasparenza e pubblicità legale, può affermarsi che si assisterà, probabilmente, ad uno stravolgimento del diritto di accesso: se ogni atto e/o provvedimento sarà accessibile attraverso la BDNCP, non residueranno dubbi e/o incertezze sulla conoscenza degli atti o sulla lesività degli stessi*»[39]. Il comma 2 dell'art. 20 si occupa poi delle comunicazioni e dell'interscambio dei dati. Esso prevede che le comunicazioni e l'interscambio di dati per le finalità di trasparenza e di conoscenza devono rispettare il principio di unicità del luogo di pubblicazione e dell'invio delle informazioni. Tale scelta persegue l'obiettivo di semplificare l'attività

[36] Per approfondire il tema dell'accesso, nelle sue tre forme (accesso documentale, accesso civico, accesso civico generalizzato) si veda F. MERLONI, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 del 2012 e d.lgs. n. 33 del 2013* in B. Ponti (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. Analisi della normativa, impatti organizzativi ed indicazioni operativa*, Santarcangelo di Romagna, 2013.

[37] Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, sentenza n. 9.

[38] Cit. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, sentenza n. 9.

[39] Cit. V. ZICARO, *La digitalizzazione*, in Commentario al Nuovo Codice dei contratti pubblici (a cura di G.F. Cartei e D. Iaria), 2023, p.281.

ISSN 2036-7821

amministrativa, evitando che le pubbliche amministrazioni debbano pubblicare le informazioni sul proprio sito istituzionale per poi andare a comunicare le medesime ad altri soggetti pubblici[40].

5. I principi dettati in materia di procedure automatizzate: conoscibilità e comprensibilità.

L'aver dettato dei principi in materia di procedure automatizzate[41] e, a monte, aver confermato la possibilità del loro utilizzo in modo espresso, rappresenta una assoluta novità nell'ambito del diritto amministrativo italiano, perché, per la prima volta, si va a introdurre una disciplina *ad hoc* relativa alle procedure automatizzate. Ciò viene evidenziato molto esplicitamente nella relazione di accompagnamento del Consiglio di Stato, nella quale si legge che deve essere riconosciuto a tale disposizione «*particolare rilievo per l'ordinamento italiano perché per la prima volta, sebbene nel solo settore di contratti pubblici, sono individuati a livello normativo i principi da rispettare in caso di utilizzo delle procedure automatizzate*»; *tale disciplina «rappresenta un tassello importante che si aggiunge al tema degli algoritmi e dei sistemi di intelligenza artificiale nell'ambito di tutta l'attività amministrativa*»[42]. Inoltre, il nuovo codice, sempre in seno all'art. 30, detta i principi che devono trovare applicazione per le procedure automatizzate e, in particolare, chiarisce che - nell'utilizzo di tali strumenti - le amministrazioni debbano soddisfare i criteri della conoscibilità e della comprensibilità; ciò significa che l'operatore economico deve poter conoscere: i) l'utilizzo o meno di tali strumenti da parte della stazione appaltante; ii) la logica

[40] Cfr. M. FALCONE, *Ripensare il potere conoscitivo pubblico tra algoritmi e Big Data*, Napoli, 2023.

[41] Cfr. art. 30 del nuovo codice dei contratti pubblici che dispone: «*1. Per migliorare l'efficienza le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti, nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia. 2. Nell'acquisto o sviluppo delle soluzioni di cui al comma 1 le stazioni appaltanti e gli enti concedenti: a) assicurano la disponibilità del codice sorgente, della relativa documentazione, nonché di ogni altro elemento utile a comprenderne le logiche di funzionamento; b) introducono negli atti di indizione delle gare clausole volte ad assicurare le prestazioni di assistenza e manutenzione necessarie alla correzione degli errori e degli effetti indesiderati derivanti dall'automazione. 3. Le decisioni assunte mediante automazione rispettano i principi di: a) conoscibilità e comprensibilità, per cui ogni operatore economico ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino e, in tal caso, a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata; b) non esclusività della decisione algoritmica, per cui comunque esiste nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata; c) non discriminazione algoritmica, per cui il titolare mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici. 4. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano ogni misura tecnica e organizzativa atta a garantire che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori, nonché a impedire effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della nazionalità, dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione, delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dei caratteri somatici, dello status genetico, dello stato di salute, del genere o dell'orientamento sessuale. 5. Le pubbliche amministrazioni pubblicano sul sito istituzionale, nella sezione «Amministrazione trasparente», l'elenco delle soluzioni tecnologiche di cui al comma 1 utilizzate ai fini dello svolgimento della propria attività*».

[42] Consiglio di Stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici - III - Relazione agli articoli e agli allegati del Codice dei Contratti Pubblici, Roma, 7.12.2022, pag. 49.

utilizzata dallo strumento. A tal fine, è espressamente disposto che deve essere a disposizione il codice sorgente. Un altro principio richiamato, forse il più importante, è quello della non esclusività della decisione algoritmica: vi deve essere, nel processo decisionale, un contributo umano tale da approvare o, al contrario, disapprovare la decisione automatizzata. Tuttavia, è bene evidenziare che tali principi, nei contenuti, non hanno grande portata innovativa (per esempio, il principio di non esclusività della decisione algoritmica è contenuto espressamente all'art. 22 del GDPR[43]). La norma si pone poi in linea con quanto evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa *ante* codice, secondo cui non vi è, di per sé, una incompatibilità tra l'attività amministrativa e l'uso delle nuove tecnologie, come le procedure automatizzate. Anzi, per converso, la pubblica amministrazione deve poter sfruttare i vantaggi che presentano simili strumenti[44]. Anche la dottrina, dal canto suo, ha rilevato che, in fondo, l'uso delle procedure automatizzate, sebbene porti con sé il legittimo timore del non rispetto di diritti costituzionalmente garantiti, non sia, in fondo, neanche un qualcosa di così innovativo[45]. La possibilità, esplicita, per le stazioni appaltanti di avvalersi delle intelligenze artificiali è una chiara attuazione

[43] Cfr. Corte di Giustizia, C-634/21, c.d. sentenza Schufa, la quale ha ribaldato la precedente giurisprudenza intervenuta sul concetto di "contributo umano".

[44] Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881 secondo cui: «*l'utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima incoraggiata: essa comporta infatti numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano), e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata". Inoltre, sempre in Cons. St., Sez. VI, 4.2.2020, n. 881, conf. TAR Campania, Sez. III, 14.11.2022, n. 7003: "il ricorso alla funzione algoritmica all'interno del procedimento amministrativo non è vietato di per sé, neppure in relazione ai procedimenti caratterizzati da discrezionalità, anche tecnica, a condizione che si rispettino determinati requi- siti, derivanti sia dai principi di diritto interno che dalle norme del diritto europeo*».

[45] Sul punto, vale la pena di richiamare la ricostruzione effettuata da G. MARCHIANÒ, *La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa*, in Il diritto dell'economia, V. 3, 2020, pp. 229-250: «*Nel campo pubblicistico, in pochi anni si è passati dall'amministrazione digitale all'amministrazione che utilizza algoritmi, fino ad arrivare all'intelligenza artificiale e, tale sviluppo, appare ed è sempre più` penetrante nella vita quotidiana sì da creare un allarme giuridico per la temuta possibilità` che vengano a essere violati principi fondamentali del diritto amministrativo. Si osservi che, per le pubbliche amministrazioni italiane, l'uso di algoritmi per l'elaborazione d'in- formazioni utili non dovrebbe essere qualcosa di totalmente nuovo, basti pensare che, nell'ambito del procedimento tributario in tema di controlli amministrativi sui privati, fin dagli anni '70 si è previsto l'utilizzo della "fiscalità` di massa". È venuto così ad affermarsi un modello di accertamento basato su autodichia- razione e sostituto d'imposta, mentre controlli approfonditi di singole posizioni reddituali, residuano su un numero limitato di contribuenti selezionati attraverso sistemi di analisi di rischio. In tale contesto prendono le mosse le recenti esperienze di uso di algoritmi per aumentare l'effettività dei controlli, non solo in funzione repressiva, ma anche per l'impostazione di strategie di supporto alla compliance; si rammenti che, sugli algoritmi, era basato anche il c.d. "redditometro" ora sostituito dal "risparmiometro". Gli algoritmi sono utilizzati, altre- sì, nell'ambito dei controlli sui versamenti dei contributi previdenziali, in parti- colare l'INPS ha avviato nel 2010, un sistema di controlli su imprese selezionate attraverso tecniche di data mining che, tramite algoritmi, elabora le informazioni derivanti dall'incrocio dei dati raccolti da banche, dati interni ed esterni all'INPS. Alcuni algoritmi di data mining sono stati utilizzati dall'INPS anche in funzione "predittiva" per individuare attività` a rischio d'irregolarità` non ancora accertate. Nonostante queste esperienze, il problema è esploso nelle vertenze aventi a oggetto l'applicazione degli algoritmi, ex l. 107/2015, meglio nota come "buona scuola"*».

ISSN 2036-7821

del principio di neutralità tecnologica: non importa quale tecnologia, l'amministrazione è libera, sempre che siano rispettati i citati principi. Tutto quanto rilevato circa la non totale originalità del contenuto dei principi in commento non fa venire meno, in ogni caso, l'apprezzabile sforzo di riordino dei vari criteri e principi anche in tema di procedure automatizzate.

6. Riflessioni conclusive sulla scelta di una simile legislazione nel digitale: i vantaggi e gli svantaggi. Le difficoltà sottese al bilanciamento dei digital principles.

Si è dato atto del riconoscimento, nell'ambito del codice, di tutta una serie di (molteplici ed eterogenei) principi applicabili al digitale. Il legislatore della novella ha inteso, dunque, anche nel settore digitale, in conformità all'architettura dell'intero codice, dedicare ampio spazio ai principi generali. La scelta compiuta si può ritenere vincente sotto certi profili. Innanzitutto, un vantaggio è rappresentato dal fatto che i principi generali, a differenza delle norme di dettaglio, sono più flessibili e con un minor rischio di obsolescenza. Tali caratteristiche sposano delle esigenze pratiche che il governo del digitale sottende. La tecnologia, per definizione, è in continua evoluzione e difficilmente può essere normata mediante disposizioni estremamente dettagliate, specie se la fonte prescelta è primaria e, dunque, per definizione, non può (e non dovrebbe) adeguarsi velocemente e in modo continuo.

Inoltre, la nuova struttura della disciplina in commento appare più adeguata rispetto alla previgente, specie quando si tratta di regolare l'utilizzo di tecnologie particolarmente avanzate perché, maggiormente è complessa la tecnologia, più sarà difficile l'applicazione di regole di dettaglio, anche in virtù della difficoltà di tradurre specifiche conoscenze informatiche o di altre scienze in norme giuridiche[46].

Vi sono, tuttavia, delle perplessità che la nuova disciplina fa emergere. La supremazia dei principi non sempre garantisce l'efficienza o la certezza del diritto. Difatti, i principi del digitale sono molteplici e alcuni sono in aperta contrapposizione e non sempre è (o sarà) semplice un adeguato bilanciamento e ponderazione tra questi. Tale operazione di ponderazione è ancor più complessa se si considera che la novella non sembra aver concepito una gerarchia tra i diversi principi (a differenza di quanto previsto per i super principi, nell'ambito dei quali il principio del risultato sembrerebbe preminente anche alla luce della recentissima sentenza del 2024 del Consiglio di Stato[47]).

Nonostante la menzionata eterogeneità dei principi e le difficoltà di conciliazione degli stessi, esiste un punto fermo: bisogna aumentare la prestazione della pubblica amministrazione, in termini di efficienza, senza, tuttavia, rinunciare alla garanzia dei

[46] L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Vicenza, 2023, p. 201.
[47] Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 27 febbraio 2024 n. 1924 in www.eius.it.

ISSN 2036-7821

diritti, tra cui ricopre un ruolo rilevante la *privacy*. Difatti, il ricorso alle tecnologie non può giustificare la lesione, neanche parziale, di diritti fondamentali. Il nuovo codice, dunque, sotto questo profilo, va a recepire la linea di pensiero esplicitata più volte dalla giurisprudenza amministrativa. Ci si riferisce, in particolare, all'art. 30 che si pone in perfetta linea, rispetto alle pronunce del giudice amministrativo[48], in tema di uso di procedure automatizzate nell'azione amministrativa. L'uso di simili tecnologie, difatti, non può ricoprire il ruolo di un cavallo di Troia per eludere i tradizionali principi che regolano lo svolgimento dell'attività amministrativa.

In conclusione, vale la pena evidenziare che un aspetto innovativo rispetto a quanto già affermato nel passato sembra riguardare il modo stesso di concepire la digitalizzazione: essa viene intesa in senso più dirompente perché si presuppone che la Pubblica amministrazioni "pensi e agisca" in chiave digitale, andando a adattare i propri modelli organizzativi nonché reperendo e formando le risorse umane. Se tale nuovo modo di concepire la digitalizzazione avrà anche dei risvolti pratici lo si scoprirà più avanti: bisogna, infatti, considerare che, al momento, è troppo presto per ragionare in termini più concreti, essendo ancora inesistente una adeguata casistica di applicazione dei principi sopra esposti. In questo senso, solo il fattore tempo e il verificarsi di una casistica adeguata potranno aiutare a colmare il *gap* tra la teoria e la pratica[49].

[48] *Ex multis*, Consiglio di Stato, 8 aprile 2019, sentenza n. 2270.

[49] Cfr. ANAC, *La digitalizzazione degli appalti in Italia: il bilancio dopo i primi quattro mesi*, 20 maggio 2024 in https://www.anticorruzione.it/-/news.20.05.24.bilancio.digitalizzazione. Come emerge da dallo studio a cura di Anac del 20 maggio 2024, in quattro mesi di attività sono stata avviate un milione e seicentocinquantamila procedure di affidamento dei contratti pubblici, cui si applica la nuova disciplina, nonché emerge che sono sessanta le piattaforme digitali certificate che sono effettivamente interoperabili con la Piattaforma dei contratti pubblici Anac.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il potere di riacquisto dei beni nelle aree di sviluppo industriale e la pluralità degli interessi coinvolti

di Piergiuseppe Basile

(Dottore di ricerca in Diritto Amministrativo, Università degli Studi della Campania "*L. Vanvitelli*" – Dipartimento di Scienze Politiche)

Sommario

1. Inquadramento generale della disciplina. 2. L'impatto della cd. autonomia differenziata e della ZES unica per le aree di sviluppo industriale. 3. I presupposti e l'interesse pubblico tutelato. 4. Sulla motivazione. 5. Il "riacquisto" nelle interpretazioni giurisprudenziali. 6. La pianificazione territoriale come presupposto per il riacquisto? 7. Il prezzo e la tutela dei terzi creditori. 8. Conclusioni.

Abstract

The paper analyzes the power to buy back unused industrial areas provided for in art. 63 of Law No. 448/1998. In particular, the purpose of the approach is to consider the interpretations on the subject with special attention to the balance between the public interest in economic development and the forms of participation of private parties in this procedure, in order to delimit the boundaries of the power under consideration.

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

ISSN 2036-7821

1. Inquadramento generale della disciplina.

L'attenzione del legislatore e degli attori pubblici al tema dello sviluppo economico può essere declinato sotto svariate direzioni.

In primo luogo, è noto come lo sviluppo economico sia stato accompagnato nel corso degli ultimi decenni da una serie d'interventi legislativi[1] volti a promuovere la semplificazione[2] normativa, organizzativa e/o procedimentale[3], che richiedono sforzi interpretativi in assenza di un quadro normativo organico[4].

A tal proposito, e nel contesto del presente lavoro, ci si riferisce al percorso di riforme che si afferma con l'introduzione dei consorzi di sviluppo industriale[5] per favorire

[1] Si pensi al d. lgs. 127/2016, attuativo della c.d. Legge Madia, in ordine alla semplificazione in sede di conferenza di servizi che prevede l'introduzione della modalità asincrona di discussione e la modifica dei termini da ordinatori a perentori, nonché il d.l. n. 77/2021 che ha introdotto il co. 2 bis all'art. 20 della l. 241/1990 relativo al ricorso al modello del silenzio assenzo nei procedimenti ad istanza di parte. In ultimo, occorre richiamare il recente art. 1 del Codice degli appalti (d. lgs. 36/2023), il quale prescrive che: «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». In tal modo, è stato rilevato che il risultato costituisce il fine perseguito dalle politiche di semplificazione adottate negli anni con la conseguenza che potrebbe: «*affermarsi allora che quella esigenza di considerazione del risultato amministrativo abbia assunto diversi connotati nel tempo, magari acquisendo nuove espressioni terminologiche. Resta il dato che la considerazione del risultato dell'azione amministrativa, il suo effettivo conseguimento, i relativi tempi necessari costituiscono il fondamento della persistente esigenza di certezza del diritto e di semplificazione amministrativa che si esprime mediante l'evocazione di percorsi procedimentali semplici, certi, dagli esiti affidabili e tempestivi*». Così R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato,* in *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, AA.VV., Napoli, 2023, p. 27. In tema di risultato si cfr. altresì F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, PNRR e contratti pubblici*, in *Dir. Proc. Amm*., n. 2022, 3; nonché G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: principi generali*, in *Gior. Dir. Amm*., 2023, 3,, p. 288; L. R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app*., 2023, pp. 3 e ss., nonché L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. Proc. Amm*., 1998, pp. 299 e ss.; M. IMMORDINO, A. POLICE, *Principio di legalità e amministrazione di risultati, Atti del Convegno (Palermo, 27-28 febbraio 2003),* Torino, 2004. Sul rapporto tra risultato e buon andamento si cfr. altresì M. INTERLANDI, *Danno da disservizio e tutela della persona*, Napoli, 2014.

[2] In generale, in tema di semplificazione, P. LAZZARA, *Il principio di semplificazione del procedimento*, in M. RENNA – F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo,* Milano, 2012, p. 533; S. BATTINI, *Le politiche di semplificazione nell'esperienza italiana*, in *Gior. Dir. Amm*., 2004, p. 450; L. PINELLI, *Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione amministrativa. Possibilità e limiti di un approccio giuridico*, in *Dir. Amm*., 2014, 1-2, p. 355.

[3] In tale contesto, è stato evidenziato che: «*un ostacolo che si frappone tra l'attività delle imprese e lo sviluppo economico del Paese è costituito proprio dalle politiche di semplificazione normativa, le quali hanno spesso seguito un indirizzo frammentario, privo di un disegno complessivo*». Così F. LIGUORI, A. DI MARTINO, *Lo sviluppo amministrativo per lo sviluppo economico: il caso delle Zone Economiche Speciali*, in *Federalismi*, 2024, 3, p. 111.

[4] Come rilevato da R. DIPACE, *Politiche e strumenti amministrativi per lo sviluppo economico*, in *Dir. amm*., 2020, 4, p. 930, l'impatto delle riforme in oggetto non garantirebbe gli effetti sperati in assenza di una programmazione puntuale e di una: «*politica pubblica per obiettivi*».

[5] I consorzi per le arre industriali nel Mezzogiorno sono stati introdotti mediante l'art. 50 del D.P.R. n. 218/1978, T.U. delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno. La disciplina è oggetto è stata successivamente ampliata, al fine di valorizzarne compiti e ruoli, mediante la L. n. 317 del 1991, come modificato dalla L. n. 341 del 1995, nonché dalla L. n. 448 del 2001. La qualifica come enti pubblici economici è stata introdotta dall'art. 36, co. 4, l. 317/1991. Sul punto si cfr. TAR Sardegna-Cagliari, Sez. II, 19.10.2023, n. 779.

ISSN 2036-7821

politiche di agevolazione della crescita economica, per giungere, recentemente, all'introduzione delle cd. Zone economiche speciali[6], tra cui spicca la recente approvazione del d. l. n. 124 del 2023[7], che ha comportato il passaggio dal modello della Zes regionale alla Zes Unica[8] per il Mezzogiorno[9].

Tale processo di riforme, del resto, si colloca nel solco delle politiche di coesione[10] sociale[11] e territoriale[12] del Paese, obiettivo[13] perseguito, almeno nelle intenzioni del

[6] L'origine di tali complessi si deve all'art. 2, da 561 a 563 della l. 24.12.2007, n. 244 (cd. Legge Finanziaria 2008), il quale ha previsto la nascita delle cd. Zone Franche Urbane, finalizzate a: «contrastare i fenomeni di esclusione sociale negli spazi urbani e favorire l'integrazione sociale e culturale delle popolazioni abitanti in circoscrizioni o quartieri delle città caratterizzati da degrado urbano e sociale, e prevedendo specifici fondi e/o contributi per le imprese che sulle are in oggetto attivassero attività economiche».

[7] Convertito con modificazioni dalla L. 13 novembre 2023, n. 162 (in G.U. 16/11/2023, n. 268).

[8] Ci si riferisce, in particolare, all'art. 9, co. 1, del d.l. 124/2023, ai sensi del quale: «per Zona economica speciale (ZES) si intende una zona delimitata del territorio dello Stato nella quale l'esercizio di attività economiche e imprenditoriali da parte delle aziende già operative e di quelle che si insedieranno può beneficiare di speciali condizioni in relazione agli investimenti e alle attività di sviluppo d'impresa. Allo stato, le Regioni interessate alla riforma in oggetto sono Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sicilia, Sardegna».

[9] Sul punto si cfr. F. LIGUORI, A. DI MARTINO, op. cit., pp. 118 e ss.. Inoltre, la materia interseca quanto previsto dagli obiettivi assunti mediante il P.N.R.R., ed in particolare, l'art. 11, co. 1, del d. l. n. 124 del 2023, ha inteso perseguire l'obiettivo di individuare i settori: «da promuovere e quelli da rafforzare, gli investimenti e gli interventi prioritari per lo sviluppo della ZES unica, ivi compresi quelli destinati a favorire la riconversione industriale finalizzata alla transizione energetica». Per un'analisi generale della disciplina di rinvia a G. P. MANZELLA, *Vantaggi e rischi della ZES Unica*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2024, 2, pp. 201 e ss.

[10] In particolare, l'art. 174 TFUE, impone agli attori istituzionali di dedicare attenzione: «alle zone rurali, alle zone interessate da transizione industriale e alle regioni che presentano gravi e permanenti svantaggi naturali o demografici, quali le regioni più settentrionali con bassissima densità demografica e le regioni insulari, transfrontaliere e di montagna».

[11] Le politiche in oggetto, del resto, trovano precisi riferimenti in ambito comunitario. Sul punto si cfr. A. F. DI SCIASCIO, *Le politiche europee di coesione sociale tra amministrazione comunitaria e il sistema degli enti territoriali. Un'introduzione critica*, Torino, 2014. Inoltre, e in generale, è stato evidenziato come: «*la coesione è fenomeno che sotto il profilo logico-sistematico – nella sua duplice accezione di funzione-compito e di funzione-scopo – ha natura e consistenza prima di tutto politica e poi anche socio-economica e territoriale: infatti il processo d'integrazione europea, che ne rappresenta l'obiettivo finale, ha sì avuto inizio dal versante economico, ma riguarda oggi il conseguimento di un'unitarietà politica – ben più complessa e pregnante di quella economica – tra realtà eterogenee tra loro come quelle degli Stati membri le cui disparità di sviluppo, anche interne, sono ben presto apparse non recuperabili attraverso le logiche e gli strumenti di mercato, che anzi hanno spesso contribuito ad acuirle*». Così P. L. PORTALURI, G. DE GIORGI CEZZI, *La coesione politico-territoriale nella prospettiva europea e i suoi riflessi sull'ordinamento amministrativo nazionale*, in G. DE GIORGI CEZZI, P. L. PORTALURI (a cura di), *La coesione politico-territoriale*, Firenze, 2016, pp. 9-10; nonché F. MANAGANARO, *Politiche di coesione*, in B. G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Enciclopedia del Diritto - Funzioni amministrative*, Milano, 2022.

[12] Tra cui occorre riferirsi al tema della digitalizzazione e, in tale ottica, ai sistemi innovativi di rigenerazione urbana e cd. *smart cities*, considerati come elementi che mirano, mediante nuove politiche di pianificazione urbanistica: «*all'innovazione dei servizi pubblici e, inoltre, grazie all'impiego delle nuove tecnologie della comunicazione, della mobilità, dell'ambiente e dell'efficienza energetica, si pone lo scopo di migliorare la qualità della vita dei cittadini, nonché le esigenze di tutti gli attori pubblici e privati (istituzioni ed imprese). Tra i principali capisaldi di questo progetto troviamo, dunque, un'economia che punta sulla produttività utilizzando l'innovazione tecnologica e la piena collaborazione fra pubblico e privato*». Così M. TIBERII, *Strumenti di rigenerazione urbana partecipata, il principio di precauzione e lo sviluppo sostenibile*, in E. BALLETTI, L. FOGLIA (a cura di), *Le dimensioni giuridiche del principio di precauzione*, Napoli, 2023, pp. 9-10. In generale, in tema di rigenerazione urbana si cfr. B. L. BOSCHETTI, *Rigenerazione e legislazione regionale: verso un diritto (del governo del territorio) rigenerativo?*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2022, 2, pp. 63 e

ISSN 2036-7821

legislatore, anche attraverso la recente approvazione della l. n. 86 del 26.6.2024[14], cd. Legge sull'autonomia differenziata[15].

2. L'impatto della cd. autonomia differenziata e della ZES unica per le aree di sviluppo industriale.

Come anticipato, la *ratio* che si cela dietro all'emersione delle aree di sviluppo industriale, e dei relativi consorzi[16], si rinviene nell'interesse dello Stato alla

---

ss; P. URBANI, *Ripensare la città o la città contemporanea? Note a margine*, in *Astrid*, 2021, p. 7; R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *Smart Cities for an Intelligent Way of Meeting Social Needs*, in J.B. AUBY (a cura di), *Le futur du droit administratif. The future of administrative law*, Parigi, 2019, pp. 431 ss.; A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana tra consolidamento dei paradigmi e nuove contingenze*, in *Dir. Amm.*, 2021, 2, pp. 450 e ss.; F. DI LASCIO, *Quali tendenze in corso nella rigenerazione delle città?*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, p. 135; R. DIPACE, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, in *Riv. giur. edilizia*, 2014, pp. 237 e ss.; G. PIPERATA, *Rigenerare i beni e gli spazi delle città: attori, regole, azioni*, in E. FONTANARI, G. PIPERATA (a cura di), *Agenda Re-Cycle. Proposte per reinventare le città, Bologna*, 2017, pp. 23 e ss.; M.G. DELLA SCALA, *Lo sviluppo sostenibile e gli strumenti del governo territoriale tra prospettive di coesione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. amm.*, 2018, 788 ss.

[13] Come rilevato da F. TIGANO, l'obiettivo della coesione riveste: «*un nervo centrale degli interventi posti in essere dall'Unione europea a fini di integrazione, che vanno di pari passo con l'idea secondo la quale l'interlocuzione, a fini di sviluppo sociale, economico e territoriale, non vada limitata agli Stati nazionali, ma debba innervarsi a livello regionale e, attraverso quello, anche a livello locale*». Così in *Le politiche di coesione e il ruolo delle Regioni*, in *Nuove Autonomie*, 2024, 1, p. 305.

[14] Concernente Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma della Costituzione. Come noto, l'attribuzione alla Regioni ordinarie delle forme di autonomia è subordinata alla determinazione dei cd. LEP (livelli essenziali delle prestazioni), nelle materie indicate all'art. 116, co. 3, Cost., da garantire uniformemente sul territorio nazionale. La corretta indicazione degli stessi, tuttavia, non può derivare da alcun processo automatico. Infatti, come chiarito dal Rapporto del 10.10.2023 del Comitato tecnico scientifico con funzioni istruttorie per l'individuazione dei LEP (istituito con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 23.3.2023), occorre distinguere tra Lep quantificabili e non quantificabili. In relazione alla prima categoria, si precisa che vi sono prestazioni standard, legate al territorio, che periodicamente vengono riproposte e, conseguentemente, possono essere direttamente individuabili. Viceversa, sussistono spese legate a prestazioni essenziali che non rientrano in tale categoria e che comportano una differenzazione in ordine alla spesa sostenuta che può variare nel tempo e per l'obiettivo perseguito, tale che: «*non sempre si può arrivare alla determinazione di una prestazione i cui oneri si possano riferire con esattezza ad un certo territorio*». Così L. SALTARI, *Autonomia differenziata, LEP e regioni a statuto speciale*, in *Nuove Autonomie*, 2024, 1, pp. 159 e ss.

[15] In generale, sulla riforma in oggetto, si cfr., tra gli altri, A. POGGI, *Il regionalismo differenziato nella "forma" del d.d.l Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere*, in *Federalismi.it*, n. 2024, 3 (editoriale); N. GULLO, *Autonomia differenziata e interesse nazionale: spunti di riflessione per una ridefinizione*, in *Nuove Autonomie*, 2024, 1, pp. 43 e ss.; R. BIN, *L'autonomia differenziata: politica o burocrazia?*, in *Le Regioni*, 2022, 6, pp. 1153 e ss; G. GARDINI, C. TUBERTINI, *L'amministrazione regionale*, Torino, 2022; A. RUGGERI, *L'autonomia regionale oggi, dal punto di vista della teoria della Costituzione*, in *Diritti regionali*, 2024, 1, pp. 172-217; F. ZAMMARTINO, *La differenziazione dei poteri regionali nella prospettiva del progetto di legge Calderoli: alcuni spunti di riflessione*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, 2023, 2, pp. 112-134.

[16] Ai sensi dell'art. 65 del D.P.R. n. 616/1977, si prevede che: «ferme restando le funzioni amministrative trasferite alle regioni relativamente ai piani regolatori, spettano alle regioni le funzioni amministrative in ordine allo assetto di consorzi per le aree e i nuclei di sviluppo industriale e tutte le funzioni esercitate dallo Stato o da altri enti pubblici, esclusi i comuni e le province, in materia di assetto, sistemazione e gestione di zone industriali e aree industriali attrezzate, e di realizzazione di infrastrutture per nuovi insediamenti industriali, fatte salve le competenze dello Stato ai sensi della legge 2 maggio 1976, n. 183».

ISSN 2036-7821

industrializzazione delle regioni meridionali del Paese[17].

Il fine suddetto, pertanto, era, ed è, perseguito mediante l'allocazione di competenze in capo alle singole Regioni che, attraverso svariati interventi normativi, hanno disciplinato la materia in oggetto, delegando ai Consorzi il compito della gestione delle aree industriali consistente nel supporto alla realizzazione di nuove iniziative imprenditoriali, nel sostegno alla ricerca e all'innovazione tecnologica[18], nonché nel governo del territorio, attesa la competenza in materia di pianificazione territoriale, incidendo altresì in ordine alle opere infrastrutturali necessarie per il funzionamento delle attività economiche insistenti in dette aree.

Nel sistema delle fonti, pertanto, i compiti assunti dai Consorzi, *rectius*, la cornice normativa individuata dalle Regioni e, primo fra tutti, il governo del territorio, sembrerebbero rientrare nell'alveo delle materie di competenza concorrente Stato-Regioni di cui all'art. 117 Cost., co. 3.

Tuttavia, come rilevato, la recente approvazione della cd. Zes Unica, e la regia accentrata dei relativi investimenti individuati dal costituendo Piano Strategico[19], pone notevoli questioni in ordine alle funzioni dei Consorzi per la gestione delle aree di loro competenza, connettendosi, altresì, alla riforma sull'autonomia differenziata.

In particolare, è noto che l'art. 116 Cost., co. 3, stabilisce che la legge ordinaria possa attribuire alle regioni: «*ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia*», sulla base di forme d'intesa tra Stato e Regioni in merito alle materie di cui all'art. 117, co. 3, Cost.[20]

---

[17] Attuata in prima battuta mediante la legge n. 634 del 1957 di rifinanziamento della Cassa per il Mezzogiorno. Per una ricostruzione in chiave storico-politica della questione si cfr. S. ADORNO, R. SALVATORE, *L'industrializzazione squilibrata. La legge n. 634/57: origini, contraddizioni, conseguenze*, in *Riv. giur. Mezz.*, n. 2022, 2, pp. 313-337.

[18] Si cfr., tra le tante, la l. reg. Basilicata n. 41/1998, nonché l. reg. Campania n. 19/2013.

[19] Il piano strategico della ZES unica ha durata triennale e, ai sensi dell'art. 11 del d.l. 124/2023, definisce: «anche in coerenza con il PNRR e con le programmazioni nazionali e regionali dei fondi strutturali europei nonché nel rispetto dei principi di sostenibilità ambientale, la politica di sviluppo della ZES unica, individuando, anche in modo differenziato per le regioni che ne fanno parte, i settori da promuovere e quelli da rafforzare, gli investimenti e gli interventi prioritari per lo sviluppo della ZES unica, ivi compresi quelli destinati a favorire la riconversione industriale finalizzata alla transizione energetica, e le modalità di attuazione. Una specifica sezione del Piano è dedicata agli investimenti e agli interventi prioritari, necessari a rimuovere, in coerenza con quanto previsto dall'articolo 119, sesto comma, della Costituzione, gli svantaggi dell'insularità, nelle regioni Sicilia e Sardegna».

[20] A mente del quale: «sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni; commercio con l'estero; tutela e sicurezza del lavoro; istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; professioni; ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi; tutela della salute; alimentazione; ordinamento sportivo; protezione civile; governo del territorio; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; ordinamento della comunicazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; previdenza complementare e integrativa; coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali; casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; enti di credito fondiario e agrario a carattere

ISSN 2036-7821

Il progetto sull'autonomia differenziata, in base all'articolo 116 della Costituzione, permette alle regioni di chiedere non tanto il trasferimento di intere competenze su blocchi di materie, ma piuttosto l'assegnazione di specifiche funzioni o compiti. Questi ultimi, appartenenti a una delle materie elencate all'articolo 117, co. 2, saranno gestiti dalla regione richiedente, a condizione che a livello nazionale siano definiti i Livelli Essenziali delle Prestazioni (LEP), che riguardano i diritti civili e sociali.
In particolare, tra questi, ai sensi dell'art. 3, co. 3, l. 86/2024, occorrerà indicare i LEP relativi alla materia del governo del territorio, nonché alla tutela della salute, all'ambiente, all'ecosistema e alla biodiversità, materie che incidono in maniera diretta sulle competenze riservate ai Consorzi.
Pertanto, se, da una parte, il legislatore ha stabilito interventi unitari mediante il costituendo Piano strategico della Zes Unica per le aree industriali ricadenti nelle regioni meridionali, dall'altra concede, mediante intese Stato-Regioni, evidenti differenziazioni in ordine a materie e/o funzioni che idealmente dovrebbero essere uniformate.
Una soluzione potrebbe rinvenirsi all'art. 11, co. 1, del d.l. 124/2023, atteso che, nelle intenzioni del legislatore, il Piano strategico per la ZES unica potrebbe individuare: «*anche in modo differenziato per le regioni che ne fanno parte i settori e le attività industriali da promuovere*».
In ogni caso, si assiste a una complessità normativa e gestionale che sembra alimentare un conflitto tra due modelli di *governance* delle aree industriali: da un lato, la ZES Unica, con una regia centralizzata e obiettivi unitari di sviluppo economico; dall'altro, la possibilità per le Regioni di acquisire una maggiore autonomia attraverso l'attuazione dell'art. 116 Cost., co. 3, e il progetto sull'autonomia differenziata. Tale scenario solleva questioni cruciali sull'armonizzazione delle competenze tra Stato e Regioni, specialmente in un contesto in cui la definizione dei LEP diventa centrale per garantire un'equità territoriale e una gestione efficace, anche, delle aree di sviluppo industriale.

3. I presupposti e l'interesse pubblico tutelato.

Da quanto appena, brevemente, esposto, emerge un quadro in cui lo sviluppo economico riveste particolare importanza per gli attori pubblici quali regolatori della materia, e proprio nel contesto appena delineato, s'innesta la disciplina del potere di riacquisto delle aree e dei complessi industriali inutilizzati da parte dei consorzi per lo sviluppo industriale ex art. 63 della l. 448/1998[21].

---

regionale. Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei princìpi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato».

[21] In particolare, la norma afferma che: «1. I consorzi di sviluppo industriale di cui all'articolo 36 della legge 5 ottobre 1991, n. 317, nonché quelli costituiti ai sensi della vigente legislazione delle regioni a statuto speciale, hanno la facoltà di riacquistare la proprietà delle aree cedute per intraprese industriali o artigianali nell'ipotesi in

ISSN 2036-7821

Il potere in parola rappresenta una questione che interseca notevoli interessi, pubblici e privati[22], che attengono, tra gli altri, ad aspetti relativi alle procedure da perseguire e alla tutela della libertà d'iniziativa economica[23].

In particolare, l'analisi proposta si concentra su aspetti specifici non chiaramente definiti dalla normativa, con l'obiettivo di offrire una comprensione più completa e articolata del quadro giuridico applicabile.

In via generale, occorre rilevare che l'art. 63 della l. 448/1998 attribuisce al Consorzio il potere di riacquisto dal privato delle aree e/o degli stabilimenti ricompresi all'interno delle aree di competenza del medesimo ente laddove, alternativamente, il cessionario non abbia realizzato lo stabilimento industriale nel termine di cinque anni dalla cessione o nel caso in cui l'attività sia cessata da un triennio.

In primo luogo, occorre esaminare le problematiche interpretative in ordine al grado di motivazione richiesto per esercitare il potere di riacquisto, ai profili di validità dei piani dei consorzi, nonché alla necessità che l'area sia o meno di proprietà pubblica ed al calcolo del prezzo di riacquisto.

Tali elementi devono essere parametri all'interesse pubblico tutelato[24], rappresentato

---

cui il cessionario non realizzi lo stabilimento nel termine di cinque anni dalla cessione. 2. Gli stessi consorzi di cui al comma 1 hanno altresì la facoltà di riacquistare unitamente alle aree cedute anche gli stabilimenti industriali o artigianali ivi realizzati nell'ipotesi in cui sia cessata l'attività industriale o artigianale da più di tre anni. 3. Nell'ipotesi di esercizio delle facoltà di cui al presente articolo i consorzi dovranno corrispondere al cessionario il prezzo attualizzato di acquisto delle aree e, per quanto riguarda gli stabilimenti, il valore di questi ultimi come determinato da un perito nominato dal presidente del tribunale competente per territorio, decurtato dei contributi pubblici attualizzati ricevuti dal cessionario per la realizzazione dello stabilimento. 4. Le facoltà di cui al presente articolo possono essere esercitate anche in presenza di procedure concorsuali. 5. La Cassa depositi e prestiti è autorizzata a concedere mutui ai consorzi di sviluppo industriale per la realizzazione di infrastrutture industriali e per l'acquisizione di aree e di immobili da destinare agli insediamenti produttivi».

[22] Secondo N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari-Roma, 2016, p. 35, l'approccio adottato dal costituente, la cui natura era sostanzialmente mista viste le influenze di sensibilità politiche diverse tra loro, ha fatto sì che l'art. 41 mettesse in risalto la primazia dell'interesse e dell'utilità sociale rispetto al mercato, considerato come: «*un tutto organico indirizzabile verso fini sociali*». In posizione differente, si osserva come i principi propri del mercato siano stati ben individuati dal costituente, riconoscendone finanche un ruolo di: «*primazia nel mercato*». Così G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, 1, pp. 35 ss.

[23] In relazione ai rapporti tra libertà d'iniziativa economica e limiti imposti dall'interesse pubblico, 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, p. 137; M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 121; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007; F. PIZZOLATO, *La concorrenza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il diritto dell'Economia*, 2010, 2, 3, p. 512; F. De LEONARDIS, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programmata" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *Apertacontrada*, 28.2.2022; R. NIRO, *Commento all'art. 41*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, 2006, Torino, pp. 846-857; G. CAIA, *Governo del territorio e attività economiche*, in *Dir. amm.*, 2003, 707 ss.

[24] Come sostiene T. BONETTI, *Il diritto del "governo del territorio" in trasformazione. Assetti territoriali e sviluppo economico*, Napoli, 2011, la questione della valutazione dell'interesse pubblico tutelato in materia urbanistica s'innesta con l'evoluzione della materia in esame finalizzata a promuovere lo sviluppo economico, oltre che nelle

ISSN 2036-7821

dall'obiettivo di favorire lo sviluppo industriale ex art. 63, co. 5.
In linea generale, infatti, lo sviluppo industriale è perseguito dai Consorzi deputati a garantire, a seguito di idonea programmazione territoriale, l'insediamento dei privati nelle aree di competenza mediante la concessione e/o compravendita delle aree e/o degli impianti a prezzi inferiori di mercato, costituendo uno strumento d'intervento pubblico[25] nell'economia volto a ridurre dei costi per la realizzazione o il reimpiego di complessi industriali[26].
A tal fine, riconoscendo a monte misure economiche quali agevolazioni o corresponsione di contributi a fondo perduto[27], il Consorzio ha il compito di favorire[28]: «*l'insediamento di attività produttive in aree che altrimenti resterebbe depresse, e sostenere lo sviluppo delle potenzialità locali mediante la sinergia tra attività e la loro concentrazione in apposite aree attrezzate*»[29].
Appare, allora, evidente che nelle ipotesi patologiche dettate dalla norma, e pertanto laddove il privato abbia interrotto la produzione per tre anni e/o lo stabilimento non sia stato realizzato nel termine di cinque anni dall'acquisto dell'area, il legislatore

---

aree industriali, anche nei centri cittadini; ID., *Pianificazione urbanistica e regolazione delle attività commerciali nei centri storici*, in *Riv. giur. urb.*, 2017, 3, pp. 386 e ss.

[25] Sotto tale profilo, il tema delle sovvenzioni pubbliche alle attività industriali si scontra, chiaramente, con aspetti connessi al principio di tutela della concorrenza. In particolare, è stato rilevato come non sussista un'autonoma categoria di interventi pubblicistici sul mercato: «*riconducibili nel loro complesso ad una logica di sostegno e di indirizzo finalistico delle attività economiche. Ciò dipende certamente anche dall'assenza, nell'elenco delle materie di cui all'art. 117 Cost., di appigli espliciti che consentano di attribuire rilievo unitario, ai fini in esame, ad una tale 'categoria'*». In questi termini E. BRUTI LIBERATI, *Politica di concorrenza e politica industriale tra unità e differenziazione*, in M. CAFAGNO, F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia. A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana Studi*, Firenze, 2017, p. 161.

[26] Del resto, le prerogative pubbliche volte a valorizzare il ruolo delle istituzioni pubbliche nel mercato, specie in relazione allo sviluppo territoriale, hanno subìto un approccio estensivo dal legislatore. Si pensi al tema dell'*in house providing* e a quanto previsto dalla normativa attuativa del P.N.R.R., ed in particolare all'art. 9 del d.l. 77/2021, conv. con mod. dalla l. 8/2021 (cd. decreto semplificazioni bis), che consente agli enti pubblici di avvalersi di società a prevalente partecipazione pubblica al fine di raggiungere gli obiettivi previsti dal Piano Nazionale, tale da comportare un riconoscimento espresso: «*alle regioni, province autonome e enti locali la facoltà di avvalersi delle società in house statali anche al fine di promuovere progetti di sviluppo territoriale e, dunque, in un ambito d'applicazione non circoscritto soltanto al P.N.R.R., ma anche ad altri fondi europei e nazionali*», così M. TIBERII, *Il fondamento normativo o consensuale dell'in house providing. Note a margine del nuovo Codice e del PNRR*, in *amministrativ@mente*, 2023, 3, p. 1349. Ciò corrisponde a quella finalità che pone al centro della *governance* pubblica dei processi di sviluppo economico l'istituzione pubblica, la quale non deve limitarsi ad intervenire nei mercati esclusivamente nelle ipotesi patologiche, quanto essere: «*in grado di plasmare mercati to create and shape markets e di promuovere lo sviluppo tecnologico*», così M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl*, 2020, 1, p. 161. Sul punto si cfr. altresì G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna 2014, che richiama la necessità di valorizzare la funzione economica della regolazione.

[27] Si cfr. sul punto M. MATTALIA, *L'incentivazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2023, 2, pp. 339 e ss.

[28] In tale contesto, è stato rilevato come lo sviluppo industriale e manufatturiero non sarebbe stato possibile in assenza alle sovvenzioni statali realizzando: «*così un nuovo tipo di intervento pubblico in ambito economico in cui, allo Stato produttore, si affianca uno Stato finanziatore o uno Stato maieutico che aiuta e sostiene lo sviluppo*». In questi termini M. CAFAGNO, F. MANGANARO, op. cit., p. 20.

[29] T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II Quater, 23.10.2019, n. 12198.

ISSN 2036-7821

abbia inteso avallare la facoltà di riacquisto in capo al Consorzio per effetto di quanto disposto dagli artt. 41 e 42 Cost.[30], che sanciscono la facoltà di limitare il diritto di proprietà[31] per fini eminemente sociali[32].

A tal riguardo, non mancano impostazioni ermeneutiche che escludono eventuali contrasti con l'art. 42 Cost.[33], atteso che la norma in oggetto: «*costituisce piena applicazione dello stesso nell'ottica del perseguimento degli interessi prioritari di natura sociale, che possono determinare una limitazione del diritto stesso al fine di favorire lo sviluppo industriale mediante l'attribuzione di concreti strumenti operativi ai soggetti che ne devono agevolare l'attuazione*»[34].

In altri termini, l'interpretazione appena offerta sembrerebbe conformarsi alle conclusioni della giurisprudenza costituzionale che ha sottolineato come l'iniziativa economica sia da considerare: «*una libertà garantita, nella cui protezione si esprime, quale principio generale di ispirazione liberista, la tutela costituzionale dell'attività d'impresa, pur nel rispetto dell'«utilità sociale» con cui non può essere in contrasto*»[35].

Il potere di riacquisto, pertanto, potrà essere esercitato solo in presenza della

---

[30] L'art. 41 Cost., nello stabilire che: «l'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana», è stata considerata come: «*norma [...] indeterminata nel suo nucleo politico centrale, anfibologica, suscettibile cioè di essere sviluppata in due direzioni opposte e sottoposta, in fatto, a particolare tensione da parte delle forze politiche*». Così E. CHELI, *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina*, in *Rassegna di Diritto Pubblico*, 1960, 1, p. 303.

[31] In particolare, la funzione sociale richiamata dall'art. 42 Cost., va ad incidere sulla qualificazione del diritto di proprietà privata: «*in quanto dispone che tale diritto è ordinato a una funzione, dall'altra però è anche disciplina costituzionale del riconoscimento e della garanzia del diritto di proprietà privata, ossia è limite alla legge ordinaria*», così M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà*, in *Politica del diritto*, 1971, p. 472.

[32] Tale valore costituì il momento di sintesi delle diverse posizioni ideologiche e delle diverse sensibilità politiche e culturali rappresentate nell'Assemblea costituente che ha indirizzato la scelta di bilanciare la libera iniziativa economica con interventi non contrastanti con la categoria delle utilità sociali, nella sua veste di criterio, o meglio di valvola di legittimità, nonché riservando alla legge la facoltà d'intervento nell'economia al fine di conseguire, tramite tale libertà, finalità sociali. In tal modo, si è prodotta una forma di rapporti economici che muovevano da una logica: «*non spontanea e naturale*». Tale definizione è stata offerta dal Presidente Ruini in Atti dell'Assemblea costituente, seduta antimeridiana del 13 maggio 1947, Assemblea, 3940, laddove tenne a precisare che una siffatta forma di concorrenza sarebbe: «*non dirò artificiale, ma non spontanea e naturale. Occorrono interventi dello Stato per ristabilire e mantenere la libera economia di mercato*».

[33] Ed in particolare il secondo ed terzo comma, a mente dei quali: «La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale».

[34] Consiglio di Stato, Sez. IV, 29.10.2021, n. 7251.

[35] Quest'interpretazione è stata inaugurata dalla Corte con sentenza 21.1.1957, n. 29, all'interno della quale viene affermato che: «*la libertà economica nella sua fondamentale manifestazione di libertà di iniziativa economica e privata, che si traduce nella possibilità di indirizzare liberamente, secondo le proprie convenienze, la propria attività nel campo economico. A tale libertà la Costituzione pone il limite del pubblico interesse, in quanto l'iniziativa privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, intesa come conseguimento del bene comune*». Corte Cost. 21.1.1957, n. 29.

ISSN 2036-7821

preminente finalità d'interesse pubblico[36], *rectius*, dell'utilità sociale che risiede nell'obiettivo[37] di favorire lo sviluppo industriale[38], da considerarsi come presupposto sostanziale della procedura ablatoria.

4. Sulla motivazione.

Conseguentemente, il bilanciamento degli interessi in gioco incide sul grado di partecipazione del privato al procedimento e sull'onere motivazione in capo al Consorzio.

Sotto quest'ultimo profilo sussistono interpretazioni che richiedono una motivazione puntuale in relazione ai presupposti richiesti dalla norma ed altre che propendono verso una natura quasi vincolata del potere.

In particolare, secondo una posizione estremamente restrittiva[39] grava sul Consorzio un onere motivazionale rafforzato[40].

La tesi in commento muove dall'esigenza di valutare in concreto le condizioni per esercitare il potere di riacquisto, che non possono limitarsi all'astratta presenza dei presupposti individuati dall'art. 63.

A tal proposito, al Consorzio spetta evidenziare come il riacquisto possa essere esercitato esclusivamente in presenza di aree industriali sature e ciò presuppone la

---

[36] Si cfr. sul punto G. BOGNETTI, *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Milano, 1983, p. 269, secondo il quale la: «*produttività delle imprese e dell'apparato produttivo nel suo insieme costituirebbe valore costituzionale primario e meritevole di garanzia, in quanto interesse "sociale" e "pubblico" trascendente lo stesso interesse privato dei singoli imprenditori (in quanto parte di quell'"utilità sociale" contro cui non può svolgersi – ai sensi dell'art. 41 – l'iniziativa economica)*».

[37] Sul punto è stato sottolineato che: «*la Costituzione economica va dunque letta in connessione con il principio di solidarietà – politica, economica e sociale – contenuto nell'art. 2 Cost. e con il principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, secondo comma, Cost. Il principio solidarista contenuto nell'art. 2, norma di riferimento essenziale per quel che concerne la tutela dei diritti fondamentali della persona nella Costituzione italiana, impedisce forme di liberismo prive di contrappesi e impone una forma di Stato sociale che preveda forme di previdenza, assistenza e tutela dei diritti sociali. Il principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, secondo comma, Cost. impone un modello economico basato anche su logiche perequative e redistributive in cui vi sia un'effettiva eguaglianza di opportunità per gli individui*», così F. SCUTO, *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo. Intervento pubblico nell'economia, tutela del risparmio, reddito minimo*, Torino, 2022, p. 6.

[38] Sul punto, è stato evidenziato che, in tale prospettiva, la *ratio* della norma: «*è, infatti, chiaramente, quella di favorire la concreta ripresa dell'attività economico-produttiva negli stabilimenti nei quali essa sia stata dismessa da almeno un triennio*». TAR Lazio-Roma, Sez. II/Bis, 15 maggio 2018, n. 5410,

[39] In tal senso si cfr. S. PERONGINI, *La "facoltà di riacquistare" la proprietà delle aree industriali e artigianali dismesse: ipotesi di provvedimento espropriativo atipico e innominato?*, in *Il for. Amm. CDS*, 2006, 6, p. 2080, il quale sostiene come: «*la dichiarazione di pubblica utilità del riacquisto dovrà essere preceduta da una ricognizione dell'intero comprensorio industriale, volta ad accertare la sua completa saturazione, la persistente destinazione di ogni area alle finalità sue tipiche e l'insufficienza delle aree industriali a disposizione per allocarvi specifici e ulteriori insediamenti produttivi. Occorrerà acclarare che l'intero territorio del piano è stato assegnato, che gli stabilimenti sono stati tutti realizzati, che in tutti si svolgono le attività industriali o artigianali di pertinenza, a esclusione, ovviamente, di quello oggetto del riacquisto, che sussista una domanda inevasa di assegnazione di aree per realizzare altri stabilimenti industriali o artigianali*».

[40] Sotto tale prospettiva, è stato rilevato che: «*diversamente opinando si legittimerebbe una metodologia di comportamento dell'amministrazione, in violazione dei necessari principi di trasparenza, che adotta un provvedimento "al buio"*». Così Consiglio di Stato, Sez. IV, 28.8.2024, n. 7269.

ISSN 2036-7821

necessità, in capo all'ente, di procedere alla ricognizione di tutte le attività industriali attive nel comprensorio e la presenza, altresì, di domande di assegnazione delle aree e/o degli stabilimenti da parte di terzi, elementi che devono essere rappresentati al privato nel procedimento[41].

Viceversa, sussiste una posizione[42] che pone il potere in oggetto come conseguenza necessaria in presenza dei prescritti requisiti di legge ossia: «*la mancata realizzazione dello stabilimento nel termine di cinque anni dalla cessione (primo comma) ovvero la cessazione dell'attività industriale o artigianale, esercitata negli stabilimenti industriali o artigianali ivi realizzati, da più di tre anni (secondo comma)*».

In altri termini, si ritiene che il legislatore abbia già definito le precondizioni per il riacquisto, considerando il ruolo dei Consorzi nel promuovere lo sviluppo industriale quale interesse pubblico da tutelare.

Sotto tale profilo, è stato evidenziato come: «*è il legislatore stesso ad aver compiuto, con la previsione dell'istituto in esame, una valutazione di sussistenza dell'interesse pubblico al riacquisto delle aree non utilizzate, per consentire, nel perseguimento dell'obiettivo dello sviluppo industriale, un proficuo riutilizzo delle aree stesse, ai medesimi fini*»[43].

Accedendo a tale tesi, l'ente in oggetto, nelle ipotesi della presenza dei requisiti di legge, non potrà far altro che riappropriarsi delle aree e/o degli stabilimenti al fine di disporre liberamente del complesso dei beni[44], semplicemente operando una valutazione d'opportunità.

5. Il "riacquisto" nelle interpretazioni giurisprudenziali.

Come è stato evidenziato in precedenza, l'art. 63 della l. 448/1998 prevede che i consorzi possano esercitare la facoltà di riacquisto della proprietà delle aree laddove, alternativamente, il cessionario non abbia realizzato lo stabilimento industriale nel termine di cinque anni dalla cessione o nel caso in cui l'attività sia cessata da un triennio.

---

[41] In particolare, si cfr. Consiglio di Stato, sez. IV - 27/3/2014, n. 1477 che, sul punto, sottolinea come occorra tenere presente che l'interpretazione in oggetto sembrerebbe dare estrema rilevanza alla fase istruttoria del procedimento, atteso che, in giurisprudenza, specie recentemente, è stato evidenziato come il Consorzio debba necessariamente rappresentare al privato, oltre che i presupposti di cui all'art. 63, le ragioni per cui non potrebbero essere accolte le eventuali osservazioni proposte dal privato, motivando dettagliatamente sul punto. La *ratio* che si cela dietro tale impostazione, del resto, muove dall'esigenza di contemperare interessi evidentemente contrapposti sul piano costituzionale, che trovano nella motivazione sia le ragioni di pubblico interesse sottese al provvedimento sia i motivi per cui non possono essere accolte le eventuali osservazioni proposte dal privato nel corso del procedimento.

[42] Consiglio di Stato, Sez. IV, 29.10.2021, n. 7251.

[43] Consiglio di Stato, Sez. IV, 29.10.2021, n. 7251.

[44] In tal senso S. AMOROSINO, *Il potere dei consorzi per lo sviluppo industriale di riacquistare i complessi produttivi inutilizzati*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2007, 1, p. 28, il quale afferma che: «*l'esercizio, da parte del consorzio, della facoltà di riacquisire l'area e i manufatti in questione non abbisogna di puntuale motivazione in ordine alla specifica necessità di disporre proprio di quel certo complesso di beni*».

ISSN 2036-7821

Il tenore letterale delle disposizioni in oggetto parrebbe essere volto a legittimare il ricorso al potere di riacquisto esclusivamente di quelle aree e/o stabilimenti, originariamente transitati nella proprietà del privato tramite cessione del Consorzio.
Tale interpretazione è fatta propria da una parte di giurisprudenza che, sul punto, afferma come la *ratio* della disciplina tenda ad escludere la possibilità di riacquisto per le aree che *ab origine* non risultano essere state cedute al privato dai Consorzi.
In particolare, attraverso un'interpretazione letterale della norma, è stato sostenuto come: «*il termine "riacquisto" indica chiaramente che il soggetto che acquisisce la proprietà delle aree è soggetto che ritorna ad essere titolare delle stesse, riferendosi etimologicamente l'atto del riacquistare al recupero di ciò che in precedenza si era perduto e che dunque apparteneva al soggetto medesimo*»[45].
Pertanto, accedendo alla lettura appena proposta, l'art. 63 in parola non sarebbe applicabile nei casi in cui l'assegnatario abbia acquistato i suoli da terzi, senza averli ottenuti dal consorzio[46].
Tale lettura muove dall'esigenza di evitare un'interpretazione estensiva della norma ai casi in cui i suoli siano stati acquistati direttamente dall'assegnatario e non ceduti dal consorzio.
In particolare, l'estensione dell'applicazione dell'art. 63 ai casi in cui i suoli siano stati direttamente acquistati dall'assegnatario, e non ceduti dal consorzio, non sarebbe giustificata dalla *ratio legis*.
In siffatto contesto, permettere il riacquisto di beni non appartenuti al Consorzio in origine costituirebbe un'interpretazione analogica della norma in commento[47], che non sarebbe ammissibile atteso che la stessa, prevedendo un procedimento di natura ablativa, non potrebbe essere estesa a fattispecie diverse da quelle espressamente previste, conformemente alla riserva di legge costituzionale in materia di modi di acquisto e ablazione della proprietà ex art. 42, co. 2 e 3 Cost.[48].
Viceversa, sussiste una tesi contraria, richiamata anche recentemente[49], che nega

[45] Sul punto, la giurisprudenza ha sottolineato come l'inciso: «*"riacquistare ….le aree cedute" conduce, dunque, necessariamente ad interpretare la disposizione normativa nel senso che la facoltà prevista dall'articolo 63, in favore del consorzio ASI, risulta esercitabile dal medesimo (nel senso del riacquisto delle aree e degli stabilimenti) solo nell'ipotesi in cui sia stato questi originariamente a cedere le aree per intraprese industriali o artigianali*», escludendo finanche l'ipotesi del criterio della prevalenza, assumendosi comunque l'inapplicabilità della disposizione nell'ipotesi in cui, nel caso di specie, solo un terzo dell'area occupata dall'impresa fallita era stata originariamente ceduta dall'ASI. Così Tar Salerno, 794/2005.

[46] S. PERONGINI, op. cit., p. 2073, ha evidenziato che: «*è del tutto evidente che, in tal modo, si fa riferimento al prezzo pagato al consorzio dal concessionario. Sarebbe del tutto illogico fare riferimento a un prezzo diverso, quale, a esempio, quello relativo all'alienazione intercorsa fra due privati. In quest'ultima ipotesi, il prezzo non potrebbe costituire un valido parametro di riferimento, perché non costituirebbe un dato oggettivo, ma un requisito irrimediabilmente alterato dalle condizioni soggettive dei due contraenti e dalla situazione del mercato*».

[47] S. PERONGINI, op. cit., p. 2075.

[48] T.A.R. Latina, sez. I, 24.2.2009 n. 149.

[49] T.A.R. Napoli, Sez, II, 19.6.2024, n. 3835.

ISSN 2036-7821

l'applicazione dell'interpretazione letterale[50] del termine "*riacquisto*" inteso come obbligo del Consorzio di recuperare un bene originariamente di sua proprietà e oggetto di precedente cessione.

In particolare, si sostiene la sostanziale irrilevanza[51] delle modalità di acquisto del bene inserito all'interno della piano industriale, atteso che l'intenzione del legislatore: «*non delinea una vera e propria ipotesi di riscatto del bene in favore del suo originario proprietario, quanto, piuttosto, un procedimento per consentire che l'area, inserita nel piano regolatore consortile e non più utilizzata a fini produttivi, venga rimessa nella disponibilità del Consorzio per una nuova assegnazione, anche se l'acquisto di essa è avvenuto senza un previo intervento del Consorzio*»[52].

Sotto tale profilo, è stato rilevato che al termine riacquisto non è attribuito alcun valore particolare: «*ma assume un ben definito significato, volta per volta differente, solo in ciascun specifico contesto normativo in cui è adoperato. Nella specie, la facoltà di riacquisto ex art. 63, c. 1 presuppone che l'acquisto e/o l'uso del diritto di proprietà dell'area, da parte dell'imprenditore, siano momenti esecutivi del governo consortile del proprio territorio per il sol fatto ed una volta che l'area stessa sia inserita nel relativo piano regolatore consortile, pur se tal acquisto sia avvenuto senza un previo intervento del Consorzio*»[53]

Il riacquisto ad opera del Consorzio, pertanto, sarebbe ammesso indipendentemente dalle modalità di acquisto del privato stante l'esigenza, richiamata in dottrina, di rivitalizzare[54] i complessi industriali dismessi, in una logica di intervento pubblico, indiretto, di sostegno alle attività industriale.

6. La pianificazione come presupposto per il riacquisto?

L'interpretazione che legittima il riacquisto delle aree e/o degli stabilimenti da parte del Consorzio anche nelle ipotesi un cui il privato abbia liberamente provveduto ad acquistare tali beni da terzi muove da un presupposto non richiamato espressamente dalla norma.

In particolare, si sostiene come la facoltà di riacquisto sia possibile a seguito dell'inserimento delle aree all'interno del piano regolatore consortile, che delimita i

[50] In particolare, non si è mancato di rilevare come: «*a parte il fatto che si tratta di una parola cui si suole assegnare una pluralità di significati nel linguaggio comune, sta per certo che nel linguaggio giuridico al verbo " riacquistare" non è attribuita una valenza particolare, spaziando il legislatore dal riacquisto della cittadinanza italiana (articolo 13 della legge 5 febbraio 1992, n. 91) al credito d'imposta per riacquisto di prima casa (articolo 7 della legge 23 dicembre 1998, n. 448), alla rottamazione di veicoli con riacquisto di auto meno inquinanti e al patto di riacquisto nel leaseback (locazione finanziaria di ritorno). In tutte queste ipotesi la parola "riacquisto" non assume affatto un significato univoco ma acquista senso solo all'interno del sistema normativo in cui è collocata*». Così Consiglio di Stato, Sez. VI, 22.3.2010, n. 1637.

[51] T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I, 12 maggio 2021, n. 5583.

[52] T.A.R. Napoli, Sez, II, 19.6.2024, n. 3835.

[53] In questi termini, Cons. Stato, Sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1800. Similmente si cfr. T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I, 12 maggio 2021, n. 5583.

[54] S. AMOROSINO, op. cit., p. 26.

ISSN 2036-7821

nuclei di industrializzazione di competenza dei singoli Consorzi[55].
Da ciò ne consegue l'interpretazione secondo cui: «*ai fini dell'esercizio della facoltà di riacquisto per la mancata attivazione del progetto industriale, non appare rilevante se l'area fosse stata ceduta dal Consorzio o dall'originario proprietario. Quello che conta è che l'area fosse inclusa nel piano di sviluppo industriale*»[56].
Conseguentemente, si sostiene che l'eventuale assenza di previa dichiarazione di pubblica utilità sia del tutto inconferente atteso che l'inclusione delle aree oggetto di riacquisto all'interno del piano regolatore comporta: «*ex lege dichiarazione di pubblica utilità delle opere ivi previste*»[57], legittimando la procedura di riacquisto[58].
Da ciò ne deriva, com'è stato evidenziato[59], che l'interpretazione volta a negare la facoltà di riacquisto delle aree, laddove queste siano state acquistate da terzi e non dal Consorzio, troverebbe applicazione esclusivamente nell'ipotesi in cui l'area oggetto della procedura ablatoria non sia stata mai interessata dalla pianificazione consortile[60] e, conseguentemente, alcuna procedura espropriativa sia stata attivata.
Tuttavia, l'esegesi della giurisprudenza appena rappresentata potrebbe trovare un limite in relazione alla durata dei piani consortili.

---

[55] In tema di pianificazione, in generale, si cfr. P. CHIRULLI, *La pianificazione urbanistica tra esigenze di sviluppo e riduzione del consumo di suolo: la riqualificazione dell'esistente*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2015, 4, p. 592; S. CIVITARESE MATTEUCCI, M. D'ANGELOSANTE, *Governo del territorio e urbanistica*, in L. VANDELLI, F. BASSANINI (a cura di), *Il federalismo alla prova: regole, politiche, diritti nelle Regioni*, Bologna, 2012, p. 171 ss.; F.G. SCOCA, P. STELLA RICHTER, P. URBANI, *Trattato di diritto del territorio*, Torino, 2018; A. BARONE, *Pianificazione urbanistica e principio di proporzionalità*, in E. FERRARI, N. SAITTA, A. TIGANO (a cura di), *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale, Atti del IV Convegno nazionale AIDU*, Milano, 2001, pp. 303 e ss.; P. L. PORTALURI, *Il principio di pianificazione*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 453 e ss.; S. BACCARINI, *Governo del territorio e valori costituzionali*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2014, 6, p. 43; G. SORICELLI, *Il "governo del territorio": nuovi spunti per una ricostruzione sistematica?*, in *Riv. giur. edilizia*, 2016, 6, pp. 662 e ss.

[56] Così T.A.R. Lazio – Roma, Sez. I, 12 maggio 2021, n. 5583.

[57] In questi termini T.A.R. Napoli, Sez, II, 19.6.2024, n. 3835.

[58] In tal senso è stato rilevato che: «*il procedimento disciplinato dall'art. 63 … ha natura espropriativa; tuttavia la sua articolazione ha una struttura del tutto particolare. Infatti, la fase espropriativa, rivolta nel senso più tradizionale a soggetti terzi, rispetta pienamente le garanzie procedimentali di cui al d.P.R. n. 327 del 2001, … Invero, l'inclusione di un'area nel piano regolatore territoriale ed il suo conseguente assoggettamento a vincolo per la realizzazione di un insediamento ASI comportano ex lege dichiarazione di pubblica utilità delle opere ivi previste, facendo quindi sorgere, in capo al Consorzio, i poteri esecutivi in ordine al procedimento espropriativo*». Così Consiglio di stato, Sez. IV, 7.2.2012, n. 664.

[59] S. AMOROSINO, op. cit., p. 27.

[60] Sul punto è stato chiarito come: «*tale facoltà s'inserisce in un disegno più ampio che vede l'acquisto del diritto di proprietà dell'area da parte dell'imprenditore come momento esecutivo di una scelta che prende corpo al momento dell'adozione del piano regolatore delle aree e dei nuclei di sviluppo industriale consortile, che delimita i nuclei di industrializzazione affidati alla competenza dei vari Consorzi. Consorzi, i quali possono promuovere nelle aree di competenza le relative espropriazioni, non solo per realizzare le infrastrutture, ma anche " allo scopo di rivenderli o cederli in locazione per l'impianto di nuovi stabilimenti industriali e di pertinenze connesse, " (articolo 53, comma 7, del D P.R. n. 218 del 6 marzo 1978, di approvazione del Testo unico delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno)*». Così Consiglio di Stato, Sez. VI, 22.3.2010, n. 1637. In relazione alla ricostruzione sistematica dei diversi livelli di pianificazione si cfr. P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico*, Milano, 2022, pp. 17 e ss.

ISSN 2036-7821

Sul punto, infatti, va evidenziato come l'art. 52 del D.P.R. 218/1978[61] ha specificato come i piani in oggetto, redatti a cura dei Consorzi ed approvati dagli organi regionali, abbiano una durata decennale e, laddove il piano risalga ad oltre un decennio dall'entrata in vigore del D.P.R. in parola, è ammessa esclusivamente una proroga triennale.

A tal proposito, è stato rilevato come le opere comprese all'interno dei piani regolatori consortili rivestono, per effetto dell'art. 53 del D.P.R. 218/1974, la qualifica di opere di pubblica utilità urgenti ed indifferibili e, pertanto, l'approvazione del piano comporta *ab origine* la preminenza dell'interesse pubblico su quello privato.

Tale carattere, tuttavia, non può essere indeterminato[62] e la durata temporale prevista dall'art. 52 del D.P.R. in parola non può neppure essere prorogata *ex lege*[63].

In particolare, sul punto è intervenuta la Corte costituzionale[64], che ha rilevato l'incostituzionalità d'alcune leggi regionali che, surrettiziamente, hanno stabilito una proroga dei piani consortili a partire dall'approvazione e delle relative disposizioni regionali.

La Corte, sotto tale profilo, ha contestato la legittimità del rinnovo automatico dei piani in oggetto atteso che, come noto, la *ratio* della pianificazione territoriale trova il suo presupposto sulla valutazione degli interessi pubblici e privati coinvolti, valutazione assente nel caso di imposizione *ex lege* della proroga.

Conseguentemente, le aree che insistono nei piani, ancorché scaduti, sarebbero suscettibili di procedimenti ablatori che comprimerebbero i diritti di proprietà dei privati in assenza della procedura di legge all'uopo prevista per l'apposizione dei vincoli sul territorio.

Secondo la Corte, infatti, la reviviscenza dei piani industriali: «*prescindendo dalla*

---

[61] In particolare, secondo l'art. 52 del T.U. delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno: «Agli effetti del primo e penultimo comma del successivo art. 53 i vincoli di destinazione previsti dai piani regolatori delle aree e dei nuclei di sviluppo industriale hanno efficacia per la durata di dieci anni a decorrere dalla data del provvedimento di approvazione. I piani la cui data di approvazione risalga ad oltre un decennio dalla data del 15 gennaio 1978 hanno efficacia fino ad un triennio successivo alla predetta data; quelli approvati da meno di un decennio conservano efficacia per un decennio o comunque per un periodo non inferiore al triennio successivo alla stessa data».

[62] Del resto, è pacifico che: «*i terreni compresi nei predetti piani sono, pertanto, vincolati alla realizzazione delle opere ivi previste; tuttavia, come tutti i vincoli della proprietà privata, anche quelli in questione non possono avere durata indeterminata, perché in questo caso il vincolo stesso avrebbe un effetto direttamente ed immediatamente espropriativo: per tale ragione, con l'introduzione dell'art 25 della legge 3 gennaio 1978, n. 1, è stato fissato il termine di efficacia decennale dei piani regolatori delle aree e dei nuclei di sviluppo industriale*». Così Consiglio di Stato, 5199/2007.

[63] In tema di divieto di proroga, è stato affermato che: «*ipotizzarsi anche una proroga dell'efficacia dei piani in questione, con la precisazione che essa, la quale per sua stessa natura si configura come un atto accessorio rispetto ad un altro atto, principale, valido ed efficace (C.G.A., 25.1.1990 n. 2), non può legittimamente essere adottata quando il piano originario sia già scaduto*». Così Consiglio di Stato, 5199/2007. In generale, per quanto attiene la reiterazione dei vincoli espropriativi si cfr. G. SCIULLO, *La reiterazione dei vincoli a contenuto espropriativo: conferme e novità per le garanzie dei destinatari*, in *Urb. App.*, 2012, 11, pp. 1156 e ss.

[64] In particolare, ci si riferisce alla sentenza della Corte costituzionale n. 243/2011.

ISSN 2036-7821

procedimentalizzazione di una verifica, caso per caso, della persistente attualità dell'interesse allo sviluppo industriale, a distanza di tempi anche considerevoli, sugli specifici contesti territoriali, in rapporto all'interesse dei proprietari, comporterebbe l'effetto di limitare i diritti dei cittadini, che si troverebbero travolti da un vincolo imposto dalla legge».

Viceversa, si sostiene[65] che nell'ipotesi in cui il vincolo preordinato all'esproprio sia decaduto per i limiti temporali previsti dalla norma richiamata, occorrerà rifarsi ai principi generali in tema di espropriazioni[66], a meno di una rinnovata programmazione territoriale.

Sotto tale profilo, pertanto, sarà necessario procedere all'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio[67], assicurando al privato le garanzie partecipative, acquisendo, pertanto, valore imprescindibile la comunicazione di avvio del procedimento[68].

In particolare, la giurisprudenza ha precisato la necessità del rispetto delle garanzie procedimentali, che devono assistere l'esercizio del potere di recupero ai sensi dell'art. 63 della legge n. 448/1998, affermando che: «*la comunicazione di avvio del procedimento e la relativa partecipazione del privato al procedimento stesso vanno viste come strumento di partecipazione collaborativa diretta ad arricchire l'istruttoria procedimentale*»[69].

Allo stesso tempo, tuttavia, è stato chiarito che si possa prescindere dalle garanzie in

---

[65] S. PERONGINI, op. cit., p. 2080.

[66] La posizione in oggetto sembrerebbe essere stata abbracciata dalla giurisprudenza che, distinguendo l'ipotesi di esproprio di area inserita all'interno del piano consortile rispetto ad un'area che sia al di fuori della stessa, ha affermato che: «*da ciò discende la manifesta infondatezza della questione di legittimità per violazione dell'art. 42 Cost. e della CEDU, ché siffatta potestà ablatoria è da intendersi peculiare perché ad utilità pubblica predefinita, non già basata su norma speciale. Infatti, la facoltà di riacquisto concerne sì la proprietà «… delle aree cedute PER intraprese industriali o artigianali…» (dunque, d'ogni area ceduta e che sia strumentale all'attività d'impresa), ma pur sempre «… nell'ambito degli agglomerati industriali attrezzati dai consorzi… (ed alle) … condizioni necessarie per la creazione e lo sviluppo di attività produttive nei settori dell'industria e dei servizi…». Il Consorzio può dunque riacquisire, con detta procedura ed alle condizioni colà previste, solo le aree inserite nel proprio piano di sviluppo, in ogni altro caso dovendosi applicare la procedura ordinaria ex DPR 8 giugno 2001 n. 327*». Così Consiglio di Stato, Sez. IV, 5.5.2016, n. 1800.

[67] In generale sul tema si cfr. A. CLINI, *Vincolo preordinato all'esproprio e incapacità imprenditoriale del privato a realizzare l'opera pubblica*, in *Urb. App.*, 2009, 11, 1361 ss.; R. ARTARIA, *I vincoli preordinati all'esproprio, secondo la Cassazione*, in *Urb. App.*, 2017, 2, pp. 210 e ss.; per quanto attiene i vincoli relativi ai beni culturali si cfr. F. GAMBARDELLA, *Il vincolo indiretto di inedificabilità assoluta nella tutela dei beni culturali, tra proporzionalità e indennizzo*, in *Nuove Autonomie*, 2016, 3, pp. 437 e ss.

[68] In tema di partecipazione, è stato evidenziato come possa parlarsi di una polifunzionalità della partecipazione. In particolare: «*l'individuazione di tre possibili funzioni della partecipazione, d'altronde, altro non è che il riflesso di tre diversi modi di intendere il procedimento amministrativo nel suo complesso (procedimento/contraddittorio,procedimento/istruzione,procedimento/collaborazione)*». Così F. SAITTA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in S. COGNETTI (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 249. In generale sul tema si cfr., senza pretesa di esaustività, M. COCCONI, *La partecipazione agli attività amministrativa generale*, Padova, 2010; E. GIARDINO, *Partecipazione al procedimento,* in R. TOMEI (a cura di), *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, Padova, 2005; M.A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione*, Milano, 2000; F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti*), Napoli, 1996.

[69] Così T.A.R. Sardegna-Cagliari, Sez. II, 31.1.2018, n. 55.

ISSN 2036-7821

oggetto nelle ipotesi in cui la partecipazione: «*non presenta concretamente prospettive di vantaggio all'interno dell'iter procedimentale teso a creare un provvedimento finale completo ed esaustivo che tiene conto di tutte le molteplici sfaccettature ed interessi della situazione concreta*»[70].

Conseguentemente, secondo tale impostazione, la partecipazione e, in ogni caso, l'onere motivazionale in capo al Consorzio, permetterà al privato di comprendere la presenza dei presupposti di cui all'art. 63, nonché la preminenza dell'interesse pubblico rappresentato dallo sviluppo industriale dell'area.

7. Il prezzo e la tutela dei terzi creditori.

Ulteriore profilo attiene alla quantificazione del prezzo del riacquisto.

Sul punto, l'art. 63, co. 3, afferma che il Consorzio dovrà corrispondere al cessionario: «*il prezzo attualizzato di acquisto delle aree e, per quanto riguarda gli stabilimenti, il valore di questi ultimi come determinato da un perito nominato dal presidente del tribunale competente per territorio, decurtato dei contributi pubblici attualizzati ricevuti dal cessionario per la realizzazione dello stabilimento*».

Il successivo comma, inoltre, stabilisce che il riacquisto potrà essere esercitato anche in pendenza di procedure concorsuali.

Sul primo aspetto, merita un approfondimento la questione relativa al prezzo totale da corrispondere alla luce dei contributi pubblici versati al privato.

Accedendo alla tesi, maggioritaria, che prevede la facoltà di riacquisto indipendentemente dalla precedente proprietà pubblica e/o privata[71], ne consegue che necessariamente il Consorzio dovrà valutare le spese sostenute dal privato per la compravendita delle aree, attualizzate al prezzo di mercato corrente, discostandosi la materia in oggetto dalle procedure espropriative di cui al T.U. espropri[72].

Quest'ultima normativa, infatti, legittima l'acquisizione al patrimonio pubblico mediante indennizzo[73] al proprietario[74], da calcolarsi in base al valore venale del bene

---

[70] T.A.R. Sardegna-Cagliari, Sez. II, 31.1.2018, n. 55, relativa all'ipotesi in cui il Consorzio ha correttamente invitato, mediante comunicazione di avvio del procedimento, il privato a presentare entro un predefinito termine, osservazioni successivamente valutate negativamente dall'ente pubblico.

[71] S. AMOROSINO, op. cit., p. 29.

[72] In tema di indennizzo ai sensi della normativa espropri, ed in relazione al percorso interpretativo della giurisprudenza costituzionale ed europea, si cfr. G. MANFREDI, *Acquisizione sanante, ottemperanza, indennità (Nota a Cass. civ., sez. un., 15 ottobre 2020, n. 22374*, in *Giur. it.*, 2021, pp. 1431 e ss F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *I beni privati e il potere pubblico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, (a cura di) G. DELLA CANANEA e M. DUGATO, Napoli, 2007; V. DOMENICHELLI, *Occupazione espropriativa, comportamenti e giudice amministrativo (una storia italiana)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, pp. 852 e ss.; E. BARILÀ, *Indennità di espropriazione per le aree edificabili: il punto sulla giurisprudenza, tra passato e presente*, in *Urb. app.*, 2014, 5, pp. 507 e ss.; G. MORBIDELLI, *L'acquisizione sanante tra Consulta, Strasburgo, Palazzo Spada, Palazzaccio: fine (o quasi) degli incidenti di percorso*, in *Giur. cost.*, 2015, 2343 ss; V. CARBONE, *L'appropriazione di un bene privato per la realizzazione di un'opera pubblica è un illecito permanente*, in *Corr. giur.*, 2016, 4, pp. 498 e ss.

[73] Sul punto si cfr. M. COMPORTI, *La giusta indennità espropriativa tra giurisprudenza europea e giurisprudenza italiana*, in *Riv. giur. ed.*, 2007, 2, pp. 37 e ss.; F. G. SCOCA, *Modalità di espropriazione e "rispetto" dei beni (immobili)*

ISSN 2036-7821

e non al riconoscimento dell'eventuale costo sostenuto dal privato per l'acquisto delle aree.

Inoltre, la norma in commento stabilisce che il prezzo di riacquisto dovrà, comunque, tenere conto dei contributi pubblici erogati in favore del privato, scomputando tale voce dal costo totale.

In altri termini, e in relazione agli impianti, la giurisprudenza ha riconosciuto che nel computo dei contributi vadano inserite anche le spese relative, oltre che per la realizzazione dello stabilimento, i macchinari e, comunque, per quei beni necessari al funzionamento dell'impianto[75].

Tale ricostruzione, com'è stato osservato[76] tende a tutelare la finanza pubblica, ricomprendendo la totalità dei contributi erogati in favore del privato, fermo restando che il Consorzio, come evidenziato recentemente[77], avrà l'onere di indicare puntualmente le singole voci di contributi pubblici concessi, determinate in modo non meccanicistico da un soggetto terzo (il perito nominato dal Tribunale) al fine di salvaguardare le garanzie necessarie per la determinazione della somma complessiva da corrispondere[78].

Se, pertanto, la questione relativa al computo dei contributi non trova momenti di tensione a livello pretorio, occorre rilevare come vi siano diverse interpretazioni in ordine al successivo co. 4 relativo alla possibilità di esercitare il potere in oggetto in presenza di procedure concorsuali.

Ciò è effetto dell'ingerenza della scelta pubblica di operare il riacquisto nei confronti delle decisioni a tutela dei creditori della società sottoposta a procedura fallimentare che impatta, ovviamente, sulla massa dei creditori della società stessa.

---

privati, in *Dir. amm.*, 2006, 3, p. 519; D. SORACE, *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, 1991, pp. 193 e ss.; F. MANGANARO, *L'indennità di espropriazione tra Corte Costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Astrid On Line*, 2008; M. L. MADDALENA, *La disciplina della espropriazione per pubblica utilità nei principali paesi europei, alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con particolare riferimento alla questione della c.d. espropriazione di fatto*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2014, 2, p. 617 e ss.

[74] Occorre, a tal proposito, evidenziare come, a livello generale, la disciplina relativa al riconoscimento dell'indennizzo in capo al privato espropriato è effetto, oltre che dell'art. 42 Cost., anche della normativa comunitaria tra cui l'art. 1 del Primo protocollo addizionale CEDU e l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE che, come rilevato: «non opera un riferimento alla 'causa di pubblico interesse', ma 'ai motivi di interesse generale' e vincola la legittimità dell'espropriazione non a un generico indennizzo, ma a una 'giusta indennità». Così V. BRIGANTE, *Il procedimento espropriativo per pubblica utilità: questioni tradizionali e problemi attuali*, in A. CONTIERI (a cura di), *Argomenti di diritto amministrativo*, Napoli, 2022, p. 160.

[75] In questi termini T.A.R. Campania-Napoli, Sez. III, Ord. N. 2312/2006.

[76] Così S. AMOROSINO, op. cit. p. 30.

[77] Consiglio di Stato, Sez. IV, 28.8.2024, n. 7269. La medesima pronuncia aggiunge che: «*in questo contesto la determinazione dei contributi pubblici è una componente dell'onere - ricadente nella fase pubblicistica - che deve soddisfare il Consorzio ai fini del riacquisto e proprio per questo necessita di una imparziale determinazione*».

[78] Non può essere trascurato che la determinazione dei contributi non è meccanica ma deve essere svolta da un organo specialistico attesi i criteri di rivalutazione da applicare e quindi una soluzione diversa rispetto a quella del Consulente tecnico d'ufficio nominato dal Tribunale non offrirebbe le necessarie garanzie - anche di imparzialità - ai fini della determinazione del *quantum* complessivamente inteso.

ISSN 2036-7821

In tale contesto, una posizione estremamente restrittiva[79] ha chiarito che la facoltà di esercitare il potere di riacquisto si colloca su di un: «*piano gerarchicamente superiore a quello del rispetto della "par condicio" dei creditori nell'ambito della procedura fallimentare in corso*»[80].

La tesi in commento, in particolare, muove da un duplice presupposto. Da una parte, occorre rilevare, nuovamente, come l'interesse dei terzi creditori receda rispetto alla *ratio* della disciplina, la quale intende legittimare il riacquisto al fine di perseguire l'interesse pubblico alla promozione dei processi di crescita dell'economia nazionale[81].

Dall'altra, i creditori potranno eventualmente aggredire il patrimonio sociale a seguito del pagamento del prezzo versato da parte del Consorzio per la riacquisizione dell'area e/o dell'impianto.

Anche sotto tale profilo, pertanto, sembrerebbe emergere una lettura orientata a valorizzare l'intenzione del legislatore che, a monte, ha operato un bilanciamento[82] degli interessi coinvolti, ciò comportando un evidente onere motivazionale scarno in capo al Consorzio.

Viceversa, si sostiene[83] che se un consorzio decidesse di esercitare il potere in oggetto durante una procedura concorsuale (come un fallimento o una ristrutturazione aziendale), ciò potrebbe essere considerata come un'ingerenza o un'interferenza nelle decisioni prese dagli organi responsabili della procedura concorsuale (ad esempio, il curatore fallimentare o il tribunale).

In altre parole, il consorzio potrebbe ostacolare o influenzare negativamente le decisioni relative alla continuazione dell'attività dell'impresa coinvolta nella procedura concorsuale[84].

Pertanto, il presupposto di tale ingerenza deve necessariamente essere rappresentato da una situazione di crisi aziendale che il Consorzio dovrà puntualmente indicare, dimostrando la rispondenza all'interesse pubblico e motivando in ordine al bilanciamento tra l'interesse pubblico e privato, soprattutto in considerazione dei diritti dei creditori coinvolti.

---

[79] S. AMOROSINO, op. cit. p. 31.

[80] In questi termini Cons. Stato, Sez. VI, 22.3.2010, n. 1637.

[81] Così Consiglio di Stato, Sez. IV, 29.10.2021, n. 7251.

[82] A livello generale, occorre evidenziare come in dottrina si sia sostenuto che «*l'analisi degli effetti prodotti sulla proprietà privata dall'ampia categoria delle prescrizioni conformative del territorio inducono a ritenere che il legislatore – sia statale che regionale – appare restio a dettare precise prescrizioni e limiti contenutistici per la definizione dei poteri amministrativi lasciando quindi all'amplissima discrezionalità della p.a. la scelta di quando e come procedere a dare attuazione a scelte di pianificazione pur già effettuate ma inattuate*», così P. Urbani, *Il contenuto minimo del diritto di proprietà*, in P. URBANI (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto urbanistico*, Torino, 2013, p. 144.

[83] Consiglio di Stato, Sez. IV, 30.3.2020, n. 2169.

[84] In questi termini Consiglio di Stato, Sez. IV, 30.3.2020, n. 2169.

ISSN 2036-7821

8. Conclusioni.

Alla luce delle osservazioni appena proposte, e provando a dare una cornice sistematica alla disciplina in oggetto, resta da chiarire la natura del procedimento in oggetto ascrivibile agli atti aventi natura ablatoria[85] e, alla luce di ciò, il grado di tutela in favore del privato.

Sul punto, in dottrina è stato evidenziato come il procedimento in oggetto ha un effetto privativo di un diritto reale altrui (proprietà dell'area e/o stabilimento), che verrebbe traslato in capo ad altro soggetto.

In altri termini, si tratterebbe di un'acquisizione coattiva che, incidendo profondamente nella sfera giuridica del privato espropriato, richiederebbe pertanto il ricorso ai principi generali in materia di espropri e, conseguentemente, la dichiarazione di pubblica utilità, all'atto della deliberazione di riacquisto ad opera del Consorzio, nonché un onere motivazionale rafforzato e, in ogni caso, le garanzie di partecipazione al procedimento[86].

Viceversa, si sostiene che il procedimento in oggetto dovrebbe essere classificato tra quelli ablatori reali, poiché l'obiettivo principale risiede nel recupero dell'area per l'uso produttivo, sottraendola a chi la detiene inutilizzata, indipendentemente dalla loro identità o dal modo in cui sono diventati proprietari o detentori.

Il trasferimento forzoso è dunque finalizzato all'interesse pubblico di riutilizzare un compendio immobiliare già idoneo per nuove attività industriali o produttive.

In tale contesto, pertanto, si tratterebbe non di una acquisizione coattiva ma di un trasferimento coattivo[87], che non richiederebbe la presenza delle garanzie procedimentali previste in materia di espropri in via generale.

Sul punto, anche recentemente, la giurisprudenza ha sottolineato la natura ablatoria della procedura che comporta un potere autoritativo in capo al Consorzio di disporre la: «*risoluzione del contratto ed il riacquisto dei beni venduti al privato per mancata realizzazione del programma industriale*»[88].

La norma, infatti, conferisce ai consorzi un diritto potestativo di natura pubblica, che si manifesta in un'azione di recupero del bene per ripristinarne la destinazione istituzionale, che riveste carattere *latu sensu* espropriativo, incidendo sul diritto di proprietà del privato.

Conseguentemente, si può evidenziare come l'effetto traslativo della proprietà, comune alla procedura di cui all'art. 63 e alle disposizioni in ordine alle procedure espropriative in generale, impongono di valutare la disciplina in oggetto coerentemente alle garanzie che l'ordinamento pone in favore della proprietà privata.

---

[85] Per quanto attiene la categoria degli atti in oggetto si cfr. L. AZZENA, *L'espropriazione per pubblica utilità e i provvedimenti ablatori*, Torino, 2021.

[86] S. PERONGINI, op. cit. p. 2076 e ss.

[87] S. AMOROSINO, op. cit., p. 30.

[88] In questi termini Consiglio di Stato, Sez. IV, 28.8.2024, n. 7269.

ISSN 2036-7821

Alla luce di quanto appena esposto, pertanto, la procedura in commento ha sì una natura traslativa, come del resto tutte le procedure espropriative prevedono, ma come evidenziato nei paragrafi precedenti, ciò non può comportare l'affievolimento delle garanzie generali in capo ai privati.
Conseguentemente, la facoltà di riacquisto non può essere applicata, indiscriminatamente, basandosi soltanto sul presupposto normativo, ma deve, al contrario, garantire al privato espropriato la possibilità di conoscere le intenzioni del soggetto espropriante attraverso la comunicazione di avvio del procedimento, nonché di intervenire durante lo stesso. Ciò consente al privato di esplicitare i motivi che hanno comportato l'interruzione dell'attività economica, elementi che dovranno essere valutati e considerati nel provvedimento di riacquisto mediante un'adeguata motivazione[89].

[89] Così da far ricomprendere la procedura in oggetto nell'alveo di quel giusto procedimento espropriativo auspicato in dottrina per il quale risulta necessario riconoscere una «*garanzia di piena ed efficace partecipazione del privato al procedimento amministrativo*», così F. SAITTA, *Verso un "giusto" procedimento espropriativo*, in *Dir. amm.*, 2013, 4, p. 627.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Balancing individual will and social benefit: a study of contract regulation

di Massimiliano Marletta

(PhD Researcher, Department of Economics, University of Study of Catania)

e Francesco Mastroianni

(Internship in the Court of Appeal, Law Graduate, University of Study of Catania)

Sommario

1. Introduction; 2. The dogma of will and the critics of efficiency; 3. The overcoming of the dogma of the will and the establishment of the theory of the declaration; 4. Declaration theory and economic efficiency; 5. Discipline of validation; 6. Ratification of the contract; 7. Efficiency in the relationship between public administration and the private sector; 7.1. Supplementary and substitute agreements: a practically inefficient institution?; 7.2. Administrative measure and de-quotation of formalities; 8. Conclusions.

Abstract

Under the influence of liberal-derived legal-economic thought, the study of the contract has long been conducted with exclusive reference to the repercussions it presents against the parties who entered into it. In the light of this individualistic approach, an objectively unfair and socially inefficient contract has no disvalue where the set-up of interests declined therein corresponds to the will of the parties. This explains the scant attention paid to the "social efficiency" profiles of the normative and jurisprudential regulation of the contract. The gradual overcoming of liberal ideology in its most extreme declination and the emergence of a Welfare State model have meant that scholars' attention has also (and especially) turned to the social efficiency profiles of contract regulation. It is clear that an efficient contract regulation system generates a significant impact on market efficiency. The purpose of the research at this point is to examine, through the lens of the scholar of the economic analysis of law, the typological variety of correctives through which the policy maker improves the ratio of contract outcomes to achieve the social optimum by means of contractual negotiation within the context of Italian law.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduction.

Efficiency is a concept considered relevant and central to many areas of society, including the legal field. This is a concept that emphasizes the need to maximize resource allocation and optimize procedures in order to achieve goals in a cost-effective manner. In Italian law, efficiency has gradually acquired an increasingly important role, first in private relationships and later also between public administrations and private individuals.

An examination of how efficiency has influenced the development of relational dynamics in Italian law will be indispensable.

Starting with an analysis of the conceptual basis of efficiency, we will note how this principle has been employed for an optimization of resource management and to promote a better allocation of goods in negotiated transactions (by which we include private contracts and agreements with public entities).

Theories of contract law - dogma of will and dogma of declaration - as well as their evolution and decline will be highlighted. The consequences of them on efficiency will be observed, providing insight into the interaction between legal and economic principles.

In the course of the discussion, the stages of vertical administrative action - characterized by the unilateral exercise of administrative power - will be traced, gradually arriving at a more equitable and even-handed approach. This change was necessitated by the consideration of efficiency not as mere compliance with procedural formalities but also and above all as achieving the optimal allocation of resources and the attainment of concrete results.

A key institution of this progressive transformation is that of "agreements", which abstractly should allow for more efficient allocation of resources and greater stability of transactions.

However, despite the potential benefits of agreements, the most significant challenges that hinder their consolidation will be analyzed.

Another institute grounded in efficiency is "dequotation of formal defects", which raises important questions about the relationship between efficiency and legality. This principle allows some measures with formal defects to remain valid, even if they do not comply with the law, in order to balance efficiency and legality.

2. The dogma of will and the critics of efficiency.

A contract is an agreement intended to constitute, extinguish and modify a property legal relation. It is structurally characterized by will and declaration, its essential elements. The will connotes the subjective element, i.e., the decision-making act of the parties, a manifestation of will capable of modifying the legal sphere of its authors. In other words, the will is expressed in the determination of the act and the

ISSN 2036-7821

intentional modification by the author of his own legal sphere. The declaration, on the other hand, coincides with the objective situation, i.e., the means by which the autonomy[1] of the authors is made known and knowable. The objective element of the contract consists of the declaration as the form of the transaction or as a vehicle; it is made of any outward manifestation (consisting of a gesture, concluding conduct, tacit declaration)[2]. The consequence of this circumstance is that the lack of external manifestation of will would render it irrelevant to the juridical system. Sometimes, the form required by the legislator has restrained configurations in order to empower the authors of the contract, so that they are protected and make the contract stable. The stability of the contract crystallizes the relationship between the parties and makes it efficient in terms of preserving its effectiveness.

These two elements have been mentioned as if they were coincident: but what if there is no concordance between declaration and will?

This question was resolved by an initial jurisprudence thesis endorsed by Savigny and the German authors of the second half of the 19th century.

The dogma of the will expresses the idea that the cornestone element of the legal transaction is the creative will of the individual. The idea that man could freely dispose of his actions as well as his property is inherent in the natural law school.

Such a theory leads towards the idea of a free manifestation of the will and the hegemony of the creative will. The consideration of the will in the aforementioned terms is also the consequence of the profound cultural and economic transformation of the era, dedicated to the rise of capitalism and industry. These were the leading elements of the ideals of a liberal, bourgeois society.

The idea of the contract was different from that of today.

Meanwhile today the contract also responds to the economic needs of stability and efficiency (understood in terms of preserving its effectiveness), the paradigm of the will was the result of an extreme liberalism that did not pose the question to reinforce an instrument abstractly capable of binding the parties.

Nowadays, the contract has "the force of law between the parties" and therefore involves the allocation of goods between contracting parties who value them differently.

The instability of the cooperation vehicle could have led to allocative inequities and precarious contractual relations.

The subjective-voluntarist conception was the result of a system that guaranteed to the individual the expression of his freedom. The recognition of autonomous

[1] What latins called *voluntas*.

[2] From which must be distinguished the solemn or *ad substantiam* form, which, on the other hand, is a formal and specific requirement imposed by the legislator whenever a 'free' outward manifestation is not deemed sufficient.

ISSN 2036-7821

economic initiative concretized a liberalist economy entrusted exclusively to the private.
The contract as an expression of the individual will was based on an ideological meaning; the dogma of the will as a political principle of the autonomy thereof.
The will theory acknowledges the essence of the contract in creative will of human.
In the event of conflict between will and declaration, the actual will prevails. The volitional element is what the legal transaction is based on. It is not sufficient that the will is revealed externally itself, but that it is coincident with the internal forum of the author. If the determination and the declaration do not coincide, the act has no value as a transaction. The legal transaction does not also consist of the author's determination but it is itself the declaration of will; it is, therefore, the implementation of the private individual's creative force.[3]
According to this thesis, all defects of the will have invalidating effect; except where the law gives relevance to the declaration by way of exception to the general rule.
Understood the legal and ideological dynamics of the contract according to the paradigm of the will, we must analyze the economic repercussions of the legal conception on economic transactions.
Of course, the contract is not *in re ipsa* referable to an economic transaction. Indeed, it is not the immediate result of economic rules and does not coincide with the underlying economic transaction. The contract is the instrument through which the trade becomes relevant to the legal system and through which the party may enforce its rights.
Although the contract is not the result of economic rules it is undoubtedly influenced thereof. The princing of a good is not merely arbitrary but adapts itself to the supply and demand economic rules.
The economic analysis of the contract intends the study of the contract as a general legal phenomenon[4] and the connection between the legal and economic rules. An economic rationalization of the legal rules is to be carried out by indicating and explaining economically optimal legal situations.
The economic analysis of trades allows us to identify the possible behaviors parties in a contract would be able to adopt pursuing their own advantageous.
Legal transactions have an object consisting of a trade exchange that is itself a promise. In the light of this, it is presupposed time elapses between the promise and actual execution. This is what creates uncertainties and risks that result in obstacles to exchange and cooperation.

[3] WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, § 69, 202
[4] While in other circumstances it may be the case that the economic analysis of the contract would mean the evaluation of the individual contract in concrete and the assessment of the economic viability of the deal.

ISSN 2036-7821

Uncertainty and risk are the reasons who bring the parties to stipulate a contract capable of binding their promises to each other and susceptible of compulsory execution.
Let us take an example to allow an even quicker understanding of the economic rationalization of the dogma of the will: A decides to sell a tonne of fruit and B buys it. B buys the good, without fault or negligence, at a lower price than A would. A initially does not realize the error and enters into the contract.
What will the consequences be in terms of the economic efficiency of the contract? Is the contract to be interpreted as efficient in accordance with the dogma of the will?
The dogma of the will evaluates the internal forum of the contracting parties and not the mere contractual declaration. The act will therefore not have the value of a transaction. The expectation created on the part of the purchaser is not protected by the legal system, whose sole intention is to guarantee to the individual the conditions for the exercise of his or her freedoms.
In the next section we will analyze that the subjective-voluntarist theory renders the contract unstable and does not allow the contracting parties the possibility of relying on it; in other words, the contract is rendered inefficient by the idea of the lordship of the will. The instability of the cooperation vehicle leds to allocative inequities and precarious contractual relations.
The said thesis exposes itself to criticism that permeates on the difficulty of investigating the human psyche; a difficulty that produces uncertainties incompatible with the demands of economic transactions.
This is why the dogma of the will has subsequently been superseded by declarative and preceptive theories. After a legal analysis of the aforementioned dogmas, we will move on to an economic analysis of them.

3. The overcoming of the dogma of the will and the establishment of the theory of the declaration.

The decline of the voluntarist theory is explained by the fact that it requires a complex investigation of the inner will of the contracting parties.
In its most extreme development, it leads to the conclusion that any contractual declaration must be invalidated if it does not correspond to the real inner intention of the contracting party, thus likening the contract to a psychological fact.
The discrepancy existing between the internal will of the subject and the contractual declaration could be invoked as an argument for challenging the contract, paralyzing the stability of its effects.
The primary need to make trade and transactions between private individuals efficient has led courts, jurisprudence and the legislature to emphasize the other fundamental constituent element of the contract, namely that of the declaration.

ISSN 2036-7821

This does not mean debasing the role of the will, which is still the epicentric element of the contract, but to combine it with the principle of trust and responsibility of the author of the declaration.
On the other hand, it is clear that there are certain hypotheses in which the voluntarist element must prevail over the declaratory one: suffice it to think of the contractual declaration made by a person because he was forced to do so as a result of physical violence exercised upon him.
This implies that whoever enters a declaration into legal transactions must take care from the outset that it corresponds to his or her actual will.
Together with the declaration there must be the apparent intention, such that the other party is led to believe in the reality of the intention.
The tendency for the declaration to take precedence over the psychological will is based on two principles, namely: a) the principle of self-responsibility, whereby the person who places a declaration in the legal transaction must be bound by it on the basis of the expectation it creates in the third party; b) the principle of reliance, which looks to the recipient of the declaration, who diligently trusts in the seriousness of the declaration.

4. Declaration theory and economic efficiency.
In the previous section it was said that the full acceptance of the theory of the will, as developed within the German Pandettist school, would have deprived the contract of its natural vocation as an instrument of efficiency in the allocation of resources.
It is therefore appropriate to investigate the reasons why the dogma of the will, in its most extreme sense, generates inefficiency.
First of all, the possibility of alleging in court that contractual declarations do not correspond to the real will of the party that made them would exponentially multiply the number of trials.
This would lead to an increase in public expenditure in the area of the administration of justice.
Moreover, our procedural system (both in civil and criminal law) does not provide for the use of evidentiary tools capable of investigating the inner will of a party.
So, the lack of will could be invoked as a convenient excuse to paralyze the effects of a contract that is no longer deemed convenient.
The legal force of the contract is inseparably linked to the canon of efficiency in its various manifestations.
In the first place, it is instrumental to the efficiency of the exchange: if, in the absence of transaction costs, the contract is the instrument that ensures the most efficient allocation of resources, it is clear that this allocative arrangement can persist where

ISSN 2036-7821

the party is not given the subjective right to question it. The stability of the exchange allows for a clear definition in the allocation of rights between the parties.
Moreover, the negation of the will theory in its extreme sense, to which the binding character of contractual declarations is linked, is the most socially efficient solution.
Starting from a methodologically rigorous approach, it should be recalled that a policy is efficient if it generates among all possible economic situations, which one is the most desirable for society taking into account the alternatives.
Reasoning by absurdity, the acceptance of the voluntarist theory would have both negative repercussions on the volume of trade and on litigation costs. These are negative effects whose burden would fall on society.
The prevalence of the theory of the declaration, which does not, as mentioned, debase the voluntarist element, but balances it with the principles of self-responsibility and reliance, can also be explained on the basis of an economic analysis approach.
The objective of this paper is in fact to deal with certain legal disciplines that provide for the prevalence of the declaration over the will because they are more functional to economic efficiency.
The Italian civil code provides relevant examples in this regard, and these will be discussed from both a legal-formal and economic perspective (in close correlation with the category of efficiency).

5. Discipline of validation.

Article 1321 of the Italian Civil Code defines a contract as the means by which the parties constitute, regulate or extinguish a legal relationship having a patrimonial character.
It follows from the codified notion that the contract is configured as an explicative act of the human will, free and creative. The contract is a manifestation of will, and more precisely of a will aimed at the creation of legal relations of a patrimonial nature.
The fact that this is a central element is supported by what the civil code prescribes: it in fact provides for the so-called vitiating factors of the will as a cause of invalidity of the contract (Article 1427 et seq. of the Civil Code). This is a legal category that makes it possible to paralyze the effects of the contract insofar as what is declared in the contract does not correspond to the real will of the party, thus registering a contrast between declaration and will.
There are three of them, namely mistake, malice fraud and violence. Where they exist, the contract is voidable.
In the case of mistake, the conflict between will and declaration is the fact that what results from the contract, i.e. what has been declared, does not conform to the will of the party. Think of an error as to the nature of the transaction: I think I am entering

ISSN 2036-7821

into a sale-purchase agreement, whereas it is a lease-purchase agreement. For it to lead to the invalidity of the transaction, it must be essential, i.e. decisive, and recognizable.

With reference to malice fraud, the conflict between intent and declaration emerges insofar as the contractual declaration made by one party has been conditioned by the deception perpetrated against him by the other party. For example, one party presents another with a false building permit, fraudulently inducing him to purchase a plot of land that in reality cannot be built on.

The last vice of the will is violence, which may be physical or psychological. In this case too, the declaration made by the party in the contract does not conform to his will, the latter having been coerced precisely by the use of violence. Consider the case of the party who is forced to sell a good under duress.

According to the voluntarist approach, the presence of a contractual statement made in such a condition as to clash with the actual will would be entirely incapable of producing legal effects.

However, Article 1447 of the Civil Code provides for a mechanism, that of validation, inspired by obvious reasons of efficiency, which allows the salvation of a declaration made in conflict with the will.

This discipline allows the party whose will has been vitiated to obtain, once the defect has ceased (when, for example, the violence has ceased), permission to validate the production of the effects of that declaration.

This legal provision stands in stark contrast to the voluntarist approach in its most extreme sense.

In the light of the latter, even if the disruptive element had ceased to exist, the lack of intention would preclude in full the unfolding of the effects of that declaration.

With the validation discipline, the parties are allowed to keep the exchange intact and not generate new costs within them. Think of the case of a contract with a particular form (e.g. a real estate sale), which would again require a physical meeting between the parties and the presence of a notary, with a new outlay of money.

The legislator is well aware that such an approach panders to economic efficiency.

This efficiency is to be understood in a dynamic sense.

It is clear that when a party enters into a contract that does not conform to its will, it does not allocate resources efficiently, since the very fact of having been deceived or induced by violence to enter into the agreement leads to the presumption that it does not achieve an exchange that conforms to its utility.

However, in the period of time from the conclusion of the agreement to the termination of the defect, the moment from which the validation of the transaction may take place, the party may for whatever reason consider an exchange to be efficient.

ISSN 2036-7821

Think of the case in which a person has been swindled in connection with the purchase of a plot of land that is in reality undevelopable, but subsequently became so as a result of an authority order.
The exchange, initially harmful, thus becomes efficient and does not generate further costs through the institution of validation.

6. Ratification of the contract.

As already anticipated, the coincidence of will and declaration indicates the most successful condition of contract operation. A perfect contract presupposes the coincidence of will and declaration. Circumstances have been reported where these two elements were not coincident due to a defect in the will. The remedy provided by the legislature in these circumstances is validation, which as already pointed out is the transaction through which the party entitled to bring the action for annulment (for the defect inherent in the contract) decides not to bring it. This is the case when real estate purchased at less than average market value due to the alienator's malice is deemed buildable and subsequently becomes so.
Quite different is ratification, although the effects envisaged by the legislature are the same, to make the volitional element coincide with the declaratory element. The instrument *de qua* is employed whenever the one who is the recipient of the effects decides to make his or her own the effects of the transaction concluded by the *falsus procurator* (i.e., the one who falsely represented him or her).
Civil law knows instruments of representation, such as power of attorney, that enable the representative to execute the will of the sender. However, it may happen that the representative exceeds the limits of the power conferred on him (so-called excess of power), and this is the case of the representative who decides to purchase an object at a higher price than the one indicated by the principal - or that the transaction is concluded by a person who acts on behalf of another without having the power (so-called defect of power); an example is that of the person who aware of the will of his friend to buy a motorcycle, given the convenient price, decides to buy it on his behalf.
Underlying the necessity for the act of ratification is the principle that one cannot be allowed to affect the legal sphere of others by one's own activity.
The contract will not produce any effect in the legal sphere of the subject, and its invalidity is called ineffectiveness. This is because nullity pertains to the inherent defects of the contract, while voidability would allow the effects of the contract to be produced on the legal sphere of the addressee.
The economic analysis of the contract, as repeatedly anticipated, evaluates in terms of stability and therefore efficiency. A contract that is unstable as ineffective cannot be evaluated as efficient. It could be subject to trial of the action by the pseudo-

ISSN 2036-7821

represented party and give rise to litigation. If the legislature did not provide anything about this, the pseudo-represented party would first have to assert the invalidity of the act and then enter into a new transaction, albeit with the same contractual terms, to make the contract valid, effective and stable: in other words, efficient. We would have high transaction costs in terms of time, negotiation, judicial, and monetary terms that would not easily admit the new contract stipulation on equal terms. A worthy bargaining offer might become unaffordable because of the underlying transaction costs.

However, it should not be forgotten that transaction costs are equal to zero if the legislature so decides. The provision of a unilateral act of ratification almost totally zeroes transaction costs to stabilize a contract that would otherwise be inefficient in terms of allocative and negotiating stability. Ratification is an act of contractual efficiency that, like validation, admits that: a) the contract maximizes the allocation of assets with a posthumous declaration of will that allows the coincidence of will and declaration; b) transaction costs are significantly reduced by not requiring any negotiating, time, judicial, monetary expenses; c) reduce civil litigation (indirectly making the administrative process more efficient as well).

7. Efficiency in the relationship between public administration and the private sector.

In the light of what has been pointed out so far, it might appear that social efficiency is only pursued in the private sector. However, the misconception that public administration only pursues public goals while neglecting all other interests at stake should not emerge. According to a legal-economic consideration, public administration should not be regarded as an organization chart that only fulfils the primary interest. It must be understood in the sense that it primarily pursues the latter but also any other secondary interests that may be present in the case. In other words, the public administration should be regarded as a production company whose aim is to maximize the profit of its action and the satisfaction of its users.

What has been said, however, should not be taken for granted. The public system has not always been based on a contractual relationship between public administration and private individuals. The conception just mentioned is the result of the shift from a pyramid relationship to a contractual relationship in which the public administration is equal to the private individual.

Previously, traditional public law merely specified the relationship between the limits of action and procedural guarantees without understanding, however, that the protection of legality and impartiality were not sufficient.

In truth, it should be understood that public law (and with it public administration) also responds to the requirements of efficiency (consisting of optimizing the

ISSN 2036-7821

relationship between costs and profits) and effectiveness. Public administration is a delivery company and must respond to economic as well as public requirements for good performance.
The public system has been forced to transform into a system of production companies. Failure to consider the public system in such terms would have led to self-destruction because of the continuous waste of wealth. Wasted wealth could no longer be utilized and therefore could no longer perform the function of an economic multiplier.
This new awareness made sure to start the trend of privatizations (of public agencies, civil service relations, managers, setting minimum levels of operation) making the system not unlike a private one.
The salary of the public executive is also related to performance or result activity. The public executive enjoys a remuneration that is, on the one hand, "fixed" (so-called position pay) related to the qualification and duties held, and a "variable" (so-called result pay) related to the objectives that the executive manages to achieve in terms of productivity and profitability. This is a pay system that rewards objectives and results concretely achieved; an effective evaluation of managerial activity is carried out and brings the public economic system closer to the private pay mechanism.
The publicist system has been increasingly directed toward the consideration of the good performance of public administration not only as fair performance in the pursuit of the primary public interest (or to the needs of social solidarity) but also as economically sound performance. Public administration must be as effective and efficient as a business. For this very reason, the legislature has enunciated in Article 1 of Law No. 241 of 1990 that administrative activity shall pursue the operational criteria of economy and effectiveness.
There is a shift from the need to comply with the formalistic procedural criteria inherent in the existing legislation to a necessary consideration of the relationship between ends pursued and resources employed. In fact, the need to pursue interests with the appropriate means, that is, in an optimal manner, becomes apparent. The public administration, *rectius* the person in charge of the procedure will have to act according to good performance in economic and legal terms.

7.1. Supplementary and substitute agreements: a practically inefficient institution?

To this day, the power of imperium is the cornerstone of the public system that unilaterally influences the legal sphere of the private individual without his consent. However, it is understood that the administrative assessment of existing conditions and its unilateral determination is not always efficient. It does not always allow for a better allocation of the assets held by the parties and does not permit stability of the

ISSN 2036-7821

unilateral measure. A private party that sees its legal position harmed by a unilateral measure is more likely to appeal to the competent court. For a clearer understanding of the issue, the case of expropriation of real estate can be recalled. It is clear that the agreement is more efficient: a) because it maximizes the allocation of assets in consideration of the will of the parties; b) because of the reduction of administrative litigation (deriving from the possibility for the private party to assert its interests); c) because, taking into account the public interest pursued, the community benefits from the faster realization of the public work.

Replacing the vertical conception with that of equiordination makes negotiation preferable to imposition. This is especially true if several interests are to be assessed and weighed.

The Italian administrative system lends itself to an analysis of the efficiency of legal relations.

An interesting picture is that of the supplementary agreements provided for in Article 11 of Law No. 241 of 1990. Already before Article 11, the use of agreements had emerged, first in practice and later in special legislation in particular contexts (first of all the already mentioned subdivision for the building of large parts of land). The agreement is based on a discretionary content of the measure that allows a better balancing of the interests under consideration and thus in more general terms a more efficient allocation of the assets in question.

This is not a foregone conclusion since an agreement presupposes the presence of a more or less wide range of choices. A constrained power admits of no negotiation between the parties because it is limited to a single possible choice. In the case under consideration, the private party may promote the agreement by submitting observations and proposals during the procedure (i.e. the formation of the measure). Article 11(1bis) grants the person in charge of the procedure the possibility of organizing informal meetings between the administration and private interested parties by initiating what could be defined as negotiating tables. The public administration is not obliged to enter into the agreement and this circumstance mitigates but does not entirely remove the asymmetrical nature of the public administration-private relationship. We will not dwell on the strictly legal issues surrounding this institution, since it is sufficient to point out that agreements may be supplementary or substitutive.

Supplementary agreements provide for the determination of the content of the final measure that will in any case be issued in implementation of the agreement. Replacement agreements, on the other hand, do not provide for the issuance of the final measure. They produce their effects with the conclusion of the agreement and without the issuance of an implementing act.

ISSN 2036-7821

Furthermore, it is relevant to emphasize, for the subsequent analysis of possible transaction costs, that agreements must be preceded by an authorization of the body responsible for issuing the final measure for determining the limits of negotiation.
Since it is clear what is meant by agreements in the public system, it must be understood whether or not they can have a future through an economic analysis of law. Here again it should be anticipated that an institution can be efficient if its allocation of assets maximizes the profits of the parties involved and if transaction costs are not such that they do not limit its implementation.
Agreements allow us to believe that the public administration, conforming to a private system of efficiency, effectiveness and economy also pursues interests other than the primary good. Agreements abstractly respond to the economic corollaries of efficiency in terms of better allocation and especially stability of the measure. We will, therefore, have an agreement in which one party (the public body) primarily envisions the attainment of public benefits and secondarily private benefits and another party (private) whose purpose is to pursue only private benefits.
The private party is granted a contractual power that does not exist in the ordinary procedural phase of the formation of the procedure, which would admit to the same the exhibition of any challenges for the protection of its own participatory interest that would be evaluated by the administration without the relationship of *pari passu* typical of agreements.
From an economic point of view, therefore, it must be accepted that supplementary or substitute agreements are efficient if they maximize outcomes and transaction costs do not exceed the marginal benefits of negotiation.
They must provide greater or different utility to both parties than would be provided by the authoritative measure. Failure to do so would only result in an alternative procedure with no practical reason.
They must firmly bind the relationship between the parties by allowing for an integration of the content of the measure by identifying a common interest between private autonomy and administrative discretion (understood by the Italian legal system as the possible choice among a range of possible positions respecting the regulations in force).
They must be based on the common interest between public administration and private party i.e. the economic interest. Nevertheless, for the private party the latter will have a primary character while for the public administration secondary.
Agreements, if they comply with the directions listed above should be considered efficient tools.
They maximize asset allocations in consideration of the will of the parties. Let us recall that the preferences of individual parties are not always easy to determine and

ISSN 2036-7821

that a negotiation between them allows for a more expeditious depiction of the individual's preferences.
One of the factors that make the implementation of the above agreements more feasible is the existence of an administration motivated in a managerial sense.
The economy and quality of the result, the product of the goal set by the public administration, are, as anticipated, the basis of managerial remuneration itself.
Managerial rewards is *pari passu* with good performance in public administration. The pursuit of an economic objective corresponds to good performance. This can also be indirectly deduced from the legislation that grants public managers a performance-related salary.
According to what has been said so far, it can a fortiori be held that public administration is bound to pursue the most efficient economic choice with overriding pursuit of the primary public or collective interest. The primary objective, consisting of the public interest, is not conflicting with the secondary interest, which now more than ever increases in importance.
Efficiency (as well as allocative) can also be considered in terms of negotiation stability. A settlement if consensual reduces litigation related to the change in the legal sphere of the subject of the measure.
Therefore, public negotiation efficiency also indirectly leads to procedural efficiency.
At this point a question arises: if public administration agreements are optimal for compliance with the criterion of cost-effectiveness (also provided for in Article 1 of Law No. 241 of 1990) why are they so poorly implemented? What could be the related reasons for the low expansion of a phenomenon that abstractly should be efficient?
Until now, no consideration has been given to transaction costs, which, if too high, can make a negotiation inefficient. Transaction costs should be understood not only in terms of monetary loss but also in terms of resources. The expression pertains to costs arising from negotiation, information, execution, etc...
A systematic analysis of administrative regulations suggests the presence of high transaction costs and also a particular instability of the agreement.
Failure to enforce agreements is caused by the difficult contact between private parties and the public administration. Despite the fact that Law No. 241 of 1990 introduces a process manager for a direct relationship with the public administration, the latter is not directly empowered to enter into negotiations with private parties in pursuit of the public interest. In fact, it is required, as already anticipated, that the person in charge of the procedure be authorized by the body responsible for issuing the administrative measure for identifying the limits of the negotiation. This entails a not insignificant procedural slowness that results in the non-immediate application of the content of the measure (which could result in a loss for the public

ISSN 2036-7821

administration). The very need to carry out negotiations requires resources (time and money).

A further issue relates to the bargaining "strength" that a private party must have in order to be able to condition the activity of the administration; that is, to succeed in convincing the public administration to come down from its authoritative position.

Recall that the public administration "can" enter into agreements (meaning that the public administration is not forced to enter into an agreement). Private parties capable of standing up to the public administration can only be companies with large economies of scale and economic power and association-based entities. However, the economic-legal requirement for parties with economic power is completely absent because of their ability to directly affect the life of the country without the need for supplementary agreements. While, on the other hand, associative bodies are present only in limited areas such as consumer protection and environmental protection. The only area in which parity can be felt in practice is the territorial-local area, where there is a direct relationship between the administered and administrators. A political body, such as the local body, needs to preserve political consensus, including through the use of supplementary agreements.

Despite the fact that these aspects are already indicative of the inefficiency of the public store we are referring to, the element that makes the public agreement of Article 11 of Law No. 241 of 1990 little used is the possibility of withdrawal of the public administration. Indeed, Paragraph 4 of Article 11 provides that "for reasons of public interest that have arisen, the administration shall unilaterally withdraw from the agreement, subject to the obligation to provide for the payment of compensation in relation to any prejudice incurred to the detriment of the private party". The obscurity of the legislative text, which indicates as grounds for withdrawal any "supervening reason of public interest" manifests an instability of the concluded agreement. A private party would hardly have any interest in wasting valuable resources on the negotiation necessary to determine the subject matter of the agreement, only to see any attempt at enforceability subsequently fade away, almost like a fog of smoke.

Nor does the protection guaranteed by the legislature, consisting of the determination of compensation "for any prejudice that has occurred to the detriment of the private party", seem sufficient. This is because compensation has a restorative function that is not necessarily proportional in economic terms to the disservice suffered; Compensation is intended to repair an injury by restoring the situation prior to it.

7.2. Administrative measure and de-quotation of formalities.

ISSN 2036-7821

Italian legal doctrine is accustomed to contrasting the contract, as a manifestation of private autonomy, of the free will of the parties who, as they see fit, decide to regulate their own interests, with the administrative measure, an authoritative act of the administration, capable of unilaterally affecting the legal sphere of the addressees.
The activity of the public administration has a fundamental constraint, namely that of the law. The principle of legality dominates administrative action. This makes administrative power not arbitrary, but subject to the rule of law.
The subordination of administrative power to the law of Parliament, an institution endowed with direct democratic legitimacy, constitutes a fundamental guarantee for the private individual from potential arbitrary Executive power.
This means that if an administrative measure is in conflict with a rule of law, it becomes subject to challenge for violation of the law.
A citizen who is aggrieved by an administrative measure may appeal to the Regional Administrative Court to have the measure declared invalid and its effects terminated.
However, like what has been said with regard to contracts in the previous paragraphs, administrative law too is increasingly inspired by an efficiencyist logic.
If, with regard to contract law, the efficiencyistic logic rested on the dialectic between will and declaration, in this case the contrast is intertwined with legality.
Article 21 octies of Law No. 241/90 (the so-called law on administrative procedure) provides for a discipline that aims to introduce a significant departure from its general framework. The general principle is that any administrative measure issued in violation of the law is voidable, i.e. one can turn to the judge to request the cessation of the effects of the act itself.
Thus, the non-compliance of the measure with the provision of the law renders it voidable.
The exception to this principle is given by the fact that in the presence of certain breaches of law, the measure is in any case not voidable: this is the rule of the so-called "dequotation of formal defects". Pursuant to the rule in question, in fact, two cases are provided for that do not permit the annulment of the measure notwithstanding its non-conformity with the law.
The first case of derogation establishes that the measure cannot be annulled if three conditions exist: a) that rules on administrative procedure are violated; b) that the measure has a binding character; that it is obvious that the operative content of the measure could not have been different from what was adopted.
The second hypothesis occurs when, having failed to give prior notice of the commencement of proceedings, the administration proves to the court that the content of the measure could not have been different from that actually adopted.

ISSN 2036-7821

These are defects of a purely formal nature, i.e. they do not affect the operative content of the measure, i.e. the arrangement of interests (assignment of rights, gravament of obligations).
The reason why the legislator has refrained from invalidating measures with merely formal defects is to ensure the efficiency of administrative action.
From the standpoint of economic analysis, the administrative measure, like the contract, is an instrument for allocating rights and conversely obbligations. What changes with respect to the contract is that in this case the allocation is determined by the exercise of the Public Administration's power of authority, instead of the common will of the parties.
It follows that there is an inseparable link between the allocation of resources and the substantive content of the measure: substantiality consists in fact in the suitability of the measure to permit the redistribution of resources. Consider the case of a decree ordering the expropriation of land to be used for the construction of a public work.
The reason for efficiency stems from the fact that the distribution of resources would be perfectly coincident both in the case of the existence of the defect and in the case of an administrative measure that complies with the law.
If the formally flawed measure could be challenged, the costs of administrative litigation would increase exponentially, without, however, providing substantial protection to the citizen.
The citizen, as *homo economicus*, has an interest in having the good of life attributed to him or returned to him, he does not have a direct and primary interest in having the administrative activity comply with formal obligations.
Therefore, the legislature did not consider it necessary to initiate a process with significant costs that would be essentially of no use to the plaintiff.
In addition to the procedural side, this rule also induces efficiency from the point of view of administrative activity, as administrative measures achieve stability.
However, it must be taken into account that exist a trade-off between efficiency and legality.
The dequotation of formal defects could lead the administration to breach its formal obligations.
The danger is that it could be a convenient expedient for nonchalantly violating formal obligations. It should be remembered that these are legal obligations in any case and therefore the administration is bound to observe them.
Therefore, it is necessary to introduce a deterrent that can make the administration responsible for complying with formal obligations, the violation of which, however, does not entail the annulment of the act.
In this regard, the case law of the Council of State has intervened, which has established that although the administrative measure that violates formal obligations

ISSN 2036-7821

is not voidable, it may nevertheless give rise to a liability on the part of the administration, which is required to pay a pecuniary sum.

8. Conclusions.

Given that the efficiency represents an important principle of both private and public law, ensuring his observance implies the existence of trade-offs between efficiency and other alternative values.

Having regard to contract law, it has been emphasized that to configure an agreement as efficient requires sometimes to sacrifice the epicentric element of the contract itself, namely the voluntee. Validation and ratification legal disciplines represent the main examples of the existence of the said trade-off.

The relevance of the efficiency is so strong that this principle makes an irruption in the field of the administrative law, wherein the exigences of public expenditure have suggested the use of contractual models.

However, the legislator should discipline the law making use of peculiar technics of economic analysis that would encourage a better activity of comprehension of the system.

Such as the private law, it would not be sufficient that in the public legislation would be provided for a possible agreement between public administration and the private; it's necessary that the legislator would limit transaction costs that are to high to allow a better allocation of goods.

References

- Alpa, P. R. R. ed., 1982. *Interpretazione giuridica e analisi economica.* Milan: s.n.
- Andrew Phang, 2005. Vitiating factors in contract law - the interaction of theory and practice. *Harvard Law Review,* p. 1.
- Bekker, 1889. *System des beutigen Pandektenrechts, II, Weimar,.* s.l.:s.n.
- Betti, 2002. *Teoria del negozio giuridico.* s.l.:E.S.I..
- Brutti, 1934. *La sovranità del volere nel sistema del Savigny.* Turin: s.n.
- Calasso, 1959. *Il negozio giuridico.* Milan: s.n.
- Carbonnier, 1979. Flexible droit. In: Paris: s.n., p. 224.
- Castiello, 1993. Gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti amministrativi. *Dir. proc. amm.,* p. 124.
- D'angelo, 1992. *Contratto e operazione economica.* Turin: s.n.
- Donno, M. D., 2018. Nuove prospettive del principio di consensualità nel'azione amministrativa: gli accordi normativi tra pubblica amminiastrazione e privato. *Federalismi.it.*
- Ferrara, C., n.d. *Il negozio giuridico.* s.l.:Morano Editore.

ISSN 2036-7821

- Frattini, 1991. Amministrazione per accordi e il principio di gerarchia degli interessi. *Cons. Stato*, Volume II, p. 1773.
- Giuseppe Foti, 2021. Convalida e governo dell'atto invalido nella prospettiva dei valori costituzionali. *Dirittifondamentali.it*, 26 April, Volume I.
- Gronus, 1925. *De jure beli ca pacis.* Oxford: s.n.
- Horwitz, 1977. *The Transformation of American Law, 1780-1860, Cambridge (U.S.A.)-London.* s.l.:s.n.
- Irti, 1991. Letture bettiane sul negozio giuridico. In: Milan: s.n., p. 66.
- Kemenes, 1963. *Das Ungarische Zivilgesetzbuch in fünf Studien.* Budapest: s.n.
- Kronman e Posner, B.-T., ed., 1985. *The Economics of Contract Law.* s.l.:in Quadr..
- Laurence H. Tribe, 1985. Constitutional Calculus: Equal justice or Economic efficiency. *Harvard Law Review*, p. 592.
- Lester, G. T., 1985. Cooperation, competition, and efficiency. *Journal of Law & Economics*, May, Volume XXVIII.
- Oliver E. Williamson, 1979. Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations. October, XXII(2), pp. 233-261.
- Oliver E. Williamson, 1981. The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach. November, Vol. 87(3), pp. 548-577.
- Oliver E. Williamson, 1991. Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives. June, XXXVI(2), pp. 269-296.
- Pietrobon, 1990. *Errore, volontà, affidamento.* Padua: s.n.
- Posner, 1972. *Economic Analysis of Law, Boston-Toronto.* s.l.:s.n.
- Robert Cooter & Daniel Rubinfeld, 1989. Economic analysis of legal disputes and their resolution. *Journal of economic literature*, September, Volume XXVII, pp. 1067-1097.
- Schlosmann, 1876. *Der Vertrag Leipzig.* s.l.:s.n.
- Stolfi, G., 1961. *Teoria del negozio giuridico.* s.l.:CEDAM.
- Terre, n.d. *Arch. phil. droit, XIII, Sur lesnotions du contrat, 1968, 79..* s.l.:s.n.
- Windscheid, n.d. *Diritto delle Pandette, I, § 69.* s.l.:s.n.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Impresa ed economia circolare: una rilettura della contrattazione ecologicamente orientata alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici

di Ilaria Baisi

(Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico – Diritto urbanistico e dell'ambiente presso l'Università degli Studi di Firenze)

Sommario

1. Contratti e ambiente, tra diritto pubblico e diritto privato. – 2. Origini e sviluppo del *Green Public Procurement* nell'ordinamento eurounitario. – 3. L'implementazione del *Green Public Procurement* nell'ordinamento nazionale. – 4. Una rilettura circolare della c.d. "contrattazione ecologicamente orientata".

Abstract

The paper offers a circular re-interpretation of the so-called "ecologically oriented contracting", drafted in the light of the latest regulatory and jurisprudential developments in the field of *Green Public Procurement*. Indeed, today the term "ecological contract" implies a value far from descriptive, to the point that call into question the primary purpose of the contract itself. Consequently, even the freedom to contract appears now increasingly functionalized to the respect of high ecological standards – just as it happens for public contracts, preordered for a long time to pursue a plurality of social interests including the protection of the environment – necessarily conforming private parties' interests to the rational use of natural resources as well as the protection of future generations.

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

ISSN 2036-7821

1. Contratti e ambiente, tra diritto pubblico e diritto privato.

Per lungo tempo, il diritto contrattuale – quale sede dell'attività economica di produzione e di scambio – è stato governato da istanze letteralmente contrapposte a quelle attinenti alla tutela dell'ambiente. «L'esempio più evidente della penetrazione delle istanze ambientali nel cuore stesso della disciplina del contratto (e di questo allargamento del suo stesso profilo funzionale) è offerto da quella particolare figura, che ha preso ormai piede nell'ambito dei contratti della pubblica amministrazione, e che passa sotto il nome di [*Green Public Procurement* (GPP)]»[1]. Con questa espressione, a ben vedere, non si indica una specifica tipologia di appalto, ma piuttosto uno strumento in grado di conformare le varie fasi della procedura di gara – dalla definizione dell'oggetto all'esecuzione del contratto – a criteri che integrano finalità di carattere ambientale. Mediante gli "appalti verdi", invero, «le amministrazioni pubbliche integrano i criteri ambientali in tutte le fasi del processo di acquisto, incoraggiando la diffusione di tecnologie ambientali e lo sviluppo di prodotti validi sotto il profilo ambientale, attraverso la ricerca e la scelta dei risultati e delle soluzioni che hanno il minore impatto possibile sull'ambiente lungo l'intero ciclo di vita[2] [del bene o servizio]»[3]. Di talché, nel valutare la convenienza economica del contratto, si andrà a considerare non solo il costo immediato, ma anche i costi indotti dall'impatto ambientale del prodotto offerto[4].

Oltre a una finalità di tutela ambientale diretta, tuttavia, il GPP soddisfa indirettamente pure un altro scopo: indurre gli operatori economici privati a offrire lavori, servizi e forniture sempre più eco-efficienti; del resto, le commesse pubbliche – rappresentando il 17% del Pil nazionale (e circa il 14% di quello dell'Unione Europea) – finiscono irrimediabilmente per condizionare il mercato[5], orientando la produzione verso obiettivi ecologici[6].

---

*Il contributo riprende, sviluppa e aggiorna le riflessioni formulate in I. Baisi, *I contratti di Green Public Procurement*, in P. Lucarelli, A. Santoni (a cura di), *Questione ambiente. Itinerari giuridici per l'impresa*

[1] F. DI GIOVANNI, *"Appalti verdi" e responsabilità sociale dell'impresa*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, Napoli, 2016, p. 63.

[2] La direttiva 2014/24/UE definisce il ciclo di vita come «tutte le fasi consecutive e/o interconnesse, compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento e alla fine del servizio o all'utilizzazione». Cfr. art. 2, par. 1, n. 20).

[3] *Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione*, decreto ministeriale 3 agosto 2023 (Gazzetta Ufficiale 19 agosto, n. 193), p. 14.

[4] Mettendo così in luce i costi di estrazione, utilizzo e smaltimento finale delle risorse, che diversamente non riceverebbero un'attenzione adeguata.

[5] D'altronde, «gli effetti micro-economici prodotti da determinate scelte di acquisto delle stazioni appaltanti, aggregati per il volume della domanda pubblica, possono infatti orientare il mercato (cambiamenti dal lato della domanda) e determinare conseguenze a livello macro-economico. Da questo punto di vista, la *public procurement regulation* diviene uno strumento di policy, al pari delle misure fiscali, della finanza allo sviluppo, della facilitazione tecnologica, ecc., per il raggiungimento di obiettivi di politica generale» (così M. MIRRIONE, *La*

ISSN 2036-7821

In definitiva, «il contratto della p.a. non serve più, come è sempre stato in passato, solo a far sì che la p.a. si doti di un bene, di un servizio o di un'opera, ma viene oggi utilizzato per realizzare altri tipi di interessi e da questo punto di vista, come si è detto, si allontana progressivamente dall'orbita del diritto privato venendo attratto sempre di più da quella pubblicistica (che prima illuminava soprattutto il profilo della scelta del contraente). Se poi il primo di tali interessi ad essere emerso storicamente è quello della tutela all'ambiente, non si può non rilevare che oggi esso non sia più l'unico […]»[7].
Eppure, come si vedrà nei paragrafi successivi, l'emersione dell'interesse ambientale in una materia come quella dei contratti pubblici – da sempre improntata al dogma dell'economicità – è stata lenta e per nulla lineare.

2. Origini e sviluppo del Green Public Procurement *nell'ordinamento eurounitario.*

Nell'ottica di perseguire obiettivi legati allo sviluppo sostenibile anche nell'aggiudicazione degli appalti pubblici, nel 1996 la Commissione europea adotta un Libro Verde[8] specificatamente dedicato a rintracciare soluzioni per «conciliare la tutela del libero mercato con una politica ambientale e sociale» nell'intero territorio comunitario. Malgrado si tratti di un atto di mero *soft law*, l'adozione di questo documento testimonia l'acquisizione di una nuova consapevolezza da parte delle istituzioni CE, tanto in ordine alle potenzialità del settore quanto all'enorme contributo che il mercato degli "acquisti verdi" può dare alla tutela dell'ecosistema, soprattutto se diffuso su vasta scala[9]. Sicché, già nel successivo Libro Bianco del

selezione delle offerte, in S. FANTINI, H. SIMONETTI (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine*, Il Foro Italiano – Gli Speciali, 1, 2023, col. 170).

[6] Cfr. G. FIDONE, *L'integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici, in G.F. CARTEI* (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Torino, 2013, p. 140.

[7] F. DE LEONARDIS, *L'uso strategico della contrattazione pubblica: tra GPP e obbligatorietà dei CAM*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3, 2020, p. 67. Sulla possibilità di inserire criteri di natura etico-sociale, dando vita al c.d. *Socially Responsible Public Procurement* (SRPP), si vedano W. GIULIETTI, *La tutela del lavoro nei contratti pubblici attraverso le clausole sociali*, in *Dir. econ.*, 1, 2023; A. BOSCATI, *Appalti pubblici e clausole sociali tra ordinamento interno e diritto dell'Unione Europea*, in G. PROIA (a cura di), *Appalti e lavoro: problemi attuali*, Torino, 2022, pp. 23-52; L. CELLURA, T. CELLURA, G. GALLUZZO, *Manuale per l'applicazione dei criteri sociali negli appalti pubblici*, Rimini, 2022.

[8] Comunicazione della Commissione europea, "Gli appalti pubblici nell'Unione Europea. Spunti di riflessione", 27 novembre 1996, 583 *final*.

[9] All'epoca la materia degli appalti pubblici – disciplinata dalle direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE – non conteneva alcun riferimento alla tutela dell'ambiente, nemmeno implicitamente. «L'interpretazione, tuttavia, che è nel tempo divenuta maggioritaria, pur assumendo diverse sfumature di dettaglio, era quella di ritenere ammissibile l'introduzione di clausole ambientali negli appalti pubblici». Come fa notare O. HAGI KASSIM, *Gli appalti verdi*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, V ed., Torino, 2021, p. 509, «non avrebbe d'altronde potuto esser altrimenti, anche alla luce della presa di coscienza della rilevanza delle tematiche ambientali, particolarmente accesa in quegli anni soprattutto a livello europeo».

ISSN 2036-7821

1998[10] i commissari europei indicano, con più precisione, gli ambiti in cui le direttive comunitarie sugli appalti pubblici offrono la possibilità di prendere in considerazione la protezione ambientale.

Chiariti dunque gli «strumenti astrattamente utilizzabili per far convergere l'interesse primario della concorrenza con le esigenze ambientali sottese alla procedura di evidenza pubblica»[11], è comunque solo a partire dal nuovo millennio che si assiste al varo di un'azione strategica effettivamente in grado di considerare le variabili ambientali nell'attuazione delle politiche comunitarie[12], superando però le rigidità legate al metodo *command and control*[13]. L'origine del GPP, in ogni caso, va fatta risalire alla pubblicazione della Comunicazione "Il diritto comunitario degli appalti pubblici e la possibilità di integrare le considerazioni ambientali negli appalti", mediante cui la Commissione si propone «di analizzare e di mettere in luce le possibilità che la legislazione comunitaria vigente offre alle pubbliche autorità di integrare le considerazioni di carattere ambientale nella loro politica degli appalti, e di contribuire in tal modo a uno sviluppo sostenibile»[14]. Sempre al braccio esecutivo dell'UE, peraltro, si deve l'elaborazione di una Politica Integrata dei Prodotti (IPP)[15],

[10] Cfr. Comunicazione della Commissione europea, "Gli appalti pubblici nell'Unione Europea", 11 marzo 1998, 143 *final*. Secondo B. FENNI, *Il green public procurement come strumento di sviluppo sostenibile*, in *AmbienteDiritto.it*, 2014, p. 4, «tale documento ha avuto il merito di fissare i limiti entro cui le amministrazioni appaltatrici possono valutare gli aspetti ambientali e sociali in una procedura di aggiudicazione, in modo tale da garantire il rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione, e di individuare le diverse fasi della procedura in cui tali variabili possono trovare collocazione».

[11] O. HAGI KASSIM, *I criteri di sostenibilità energetica e ambientale negli appalti pubblici. L'emersione dell'istituto degli "appalti verdi" nel panorama europeo e nazionale*, in *Italiappalti.it*, 2017, p. 5.

[12] V., ad esempio, la Comunicazione della Commissione europea "Ambiente 2010: il nostro futuro e la nostra scelta" sul VI Programma di Azione per l'Ambiente, 24 gennaio 2001, 31 *final*, nonché la Strategia per lo Sviluppo Sostenibile adottata, nello stesso anno, a margine del Consiglio europeo di Göteborg.

[13] Approccio legislativo che, a fini di salvaguardia ambientale, si basa principalmente sull'imposizione di limiti stringenti e controlli serrati da parte delle autorità competenti. Per un approfondimento, si rinvia a M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007, pp. 327 ss.

[14] Comunicazione della Commissione europea, 4 luglio 2001, 274 *final*, p. 1. Pur confermando la visione tradizionalmente economicistica della disciplina che regola gli appalti pubblici, questo documento si presenta indubbiamente come frutto «dell'applicazione al settore dei contratti pubblici del principio di integrazione, già sancito nel Trattato di Amsterdam, che prescrive che la realizzazione del Mercato Unico concorrenziale e la diffusione di comportamenti ecologicamente virtuosi avvenga in modo coordinato e sinergico» (così G. FIDONE, F. MATALUNI, *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3, 2016, p. 13). Più segnatamente, alle pubbliche amministrazioni viene consentito introdurre considerazioni di carattere ecologico per: la determinazione dell'oggetto dell'appalto (mediante la definizione di specifiche tecniche e condizioni d'esecuzione del contratto); la fissazione dei criteri di aggiudicazione; la presentazione di eventuali varianti; la selezione dei candidati alla gara (in base alla loro esperienza specifica in materia ambientale o alla capacità tecnica di eseguire l'appalto nel rispetto dell'ambiente).

[15] Strategia che consente di prendere in esame l'intero ciclo di vita di un prodotto (secondo lo schema c.d. "dalla culla alla tomba"), così da affrontare gli impatti ambientali generati in modo integrato, evitando di trasferirli da una fase all'altra del ciclo. L'obiettivo, in estrema sintesi, è far sì che il miglioramento ambientale vada di pari

ISSN 2036-7821

che ha il pregio di «promuove[re] nel contempo la coerenza complessiva degli interventi, incoraggiando l'adozione di misure destinate a ridurre l'impatto sull'ambiente nelle fasi del ciclo di vita in cui esse possono risultare più efficaci e meno costose per le imprese e per la società»[16]. In questo momento, dopotutto, si mira a coinvolgere l'intera filiera produttiva, non tanto modificando le regole, ma piuttosto agevolando la conoscenza delle opportunità offerte dalla normativa vigente. Tramite l'adozione di queste comunicazioni, in buona sostanza, la Commissione europea «ha contribuito a dimostrare la piena compatibilità delle istanze ambientali con la disciplina degli appalti pubblici, elaborando *modus operandi* conformi con la disciplina allora vigente»[17]. Proprio in quest'occasione, per di più, i singoli Stati membri vengono invitati a «elaborare e rendere accessibili al pubblico appositi piani di azione per l'integrazione delle esigenze ambientali negli appalti pubblici»[18] entro la fine del 2006.

Non meno importante, tuttavia, l'attività interpretativa parallelamente svolta dalla Corte di giustizia europea, che ha definito una volta per tutte l'area applicativa delle considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici, gettando di fatto le basi per il successivo sviluppo dei contratti di *Green Public Procurement*. Benché sia possibile rintracciare qualche pronuncia a favore delle "clausole verdi" già nella giurisprudenza degli anni Novanta[19], la svolta definitiva si è avuta certamente con la sentenza *Concordia Bus Finland Oy Ab c. Helsingin kaupunki e HKL-Bussiliikenne* (C-513/99), nella quale il giudice comunitario non ha escluso «la possibilità per

passo con il miglioramento delle prestazioni dei prodotti e, allo stesso tempo, favorisca la competitività dell'industria a lungo termine.

[16] Comunicazione della Commissione europea, "Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale", 18 giugno 2003, 302 *final*. In questo documento, tra l'altro, si evidenzia come gli strumenti messi a punto per gli appalti pubblici – ai quali sono da aggiungere pure i marchi e le etichette ambientali – ben possano facilitare l'integrazione delle esigenze ambientali anche negli acquisti delle imprese.

[17] O. HAGI KASSIM, *Gli appalti verdi*, cit., p. 509. In altri termini, secondo l'Autore, la Commissione – muovendosi tra le maglie delle disposizioni allora vigenti – ha cercato di proporre opzioni ecologicamente efficienti, pur tenendo ben presente di non poter proporre soluzioni che esulassero dal regime degli appalti pubblici allora operante: in fin dei conti, l'interpretazione del diritto comunitario rimaneva di esclusiva competenza della Corte di giustizia. Cfr. ID., *I criteri di sostenibilità*, cit., p. 6.

[18] COM (2003) 302 *final*, punto 5.3, riquadro 3, lettera a). Ancorché non giuridicamente vincolanti, l'elaborazione di questi piani supererebbe gli ostacoli legislativi che spesso si frappongono all'integrazione delle esigenze ambientali nei contratti pubblici, incentivando altresì l'adozione di misure e soluzioni a carattere nazionale.

[19] Decisioni che hanno però giocato un ruolo fondamentale per la rapida diffusione dell'istituto, precedendo di circa un decennio l'introduzione del GPP a livello normativo. Il riferimento, in particolare, è alla sentenza *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania* (C-318/94), 28 marzo 1996 – ove la Corte di giustizia ha affermato, per la prima volta in assoluto, la possibilità dell'amministrazione aggiudicatrice di valorizzare anche considerazioni di natura ambientale nell'ambito del procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico.

ISSN 2036-7821

l'amministrazione aggiudicatrice di avvalersi dei criteri relativi alla tutela dell'ambiente in sede di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa»[20]. Nonostante l'evoluzione giurisprudenziale e i diversi atti emanati dalla Commissione, è solo con le note direttive 2004/17/CE[21] e 2004/18/CE[22] che l'istituto del GPP fa formalmente ingresso nel sistema normativo comunitario. Allo scopo di «favorire una maggiore apertura degli appalti pubblici alla concorrenza, garantendo al contempo una maggiore flessibilità delle procedure di aggiudicazione ed il recupero della discrezionalità amministrativa»[23], invero, il legislatore europeo riconosce espressamente alle stazioni appaltanti la facoltà di inserire considerazioni di carattere non economico – tra cui i criteri ambientali – all'interno delle diverse fasi delle procedure di gara; ma l'articolato delle direttive, in realtà, non va oltre gli indirizzi elaborati fin lì a livello interpretativo. Nonostante l'intento di conciliare le esigenze ambientali con i valori della concorrenza, l'applicabilità delle clausole ambientali viene di fatto assoggettata a: la necessaria connessione con l'oggetto dell'appalto; il rispetto dei principi fondamentali del Trattato CE[24]; il divieto di attribuire una libertà incondizionata di scelta all'amministrazione aggiudicatrice[25].

---

[20] «L'art. 36, n. 1, lett. a), della direttiva 92/50, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, dev'essere interpretato nel senso che, quando, nell'ambito di un appalto pubblico relativo alla prestazione di servizi di trasporti urbani mediante autobus, decide di attribuire un appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, l'amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione criteri ecologici, quali il livello di emissioni di ossido di azoto o il livello sonoro degli autobus, purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano alla detta amministrazione aggiudicatrice una liberta` incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati nel capitolato d'appalto o nel bando di gara e rispettino tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare il principio di non discriminazione. Peraltro, il principio della parità di trattamento non osta a che siano presi in considerazione siffatti criteri, per il solo fatto che la propria azienda di trasporti dell'amministrazione aggiudicatrice rientra fra le rare imprese che hanno la possibilità di offrire un materiale che soddisfi i detti criteri»: C-513/99, 17 settembre 2002. Un orientamento poi ribadito nella successiva pronuncia *ENV AG e Wienstrom GmbH c. Republik Österreich* (C-448/01), 4 dicembre 2003.

[21] Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, 31 marzo 2004.

[22] Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, 31 marzo 2004.

[23] B. FENNI, *op. cit.*, p. 7. Per approfondire quest'importante opera di riforma della disciplina degli appalti pubblici, si rinvia a L. FIORENTINO, C. LACAVA, *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, Milano, 2004; M.S. SABBATINI, *Le direttive CE 2004/17 e 2004/18 in tema di appalti pubblici, concessioni e "grandi opere": un riordino "in itinere"*, in *Dir. comm. internaz.*, 2, 2004, pp. 335-374.

[24] Cfr. *Considerando 2*, direttiva 2004/18/CE: «l'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico e` subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della liberta` di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza».

[25] Come ricorda O. HAGI KASSIM, *Gli appalti verdi*, cit., p. 510, «le clausole ambientali, rispettando tali prescrizioni, avrebbero potuto essere inserite tra i requisiti di partecipazione (specifiche e capacità tecniche), tra i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nonché nella fase di esecuzione dell'appalto».

ISSN 2036-7821

Di contro, pur fissando norme procedurali sul "come acquistare", le istituzioni comunitarie consentono alle amministrazioni di decidere liberamente "che cosa acquistare": di conseguenza, la scarsa propensione delle stazioni appaltanti a inserire criteri ambientali nei bandi di gara, unita vieppiù alla mancanza di informazioni circa le caratteristiche tecniche dei prodotti, lasciano le potenzialità del *Green Public Procurement* a lungo inespresse. Per questo motivo, a fronte delle sfide poste dalla crisi finanziaria nel frattempo intercorsa[26], nel 2008 la Commissione europea adotta una Comunicazione particolarmente significativa, dal titolo "Appalti pubblici per un ambiente migliore"[27]: un documento, quindi, direttamente incentrato sul GPP, di cui fornisce, peraltro, la prima definizione ufficiale[28]. Sempre in questa sede, nondimeno, si mette in luce la necessità di fissare – mediante un procedimento formalizzato – una serie di criteri comuni a tutta l'Unione Europea, da rendere poi cogenti nei singoli ordinamenti nazionali[29].

Sicché, nel Libro Verde del 2011[30] l'esecutivo UE afferma, a chiare lettere, non solo l'attitudine degli "appalti verdi" a determinare le tendenze della produzione e del consumo – da una parte, ampliando i mercati di prodotti e servizi meno nocivi per l'ambiente; dall'altra, favorendo l'eco-innovazione e dunque la competitività dell'industria europea –, ma pure la necessità di passare, progressivamente, al

[26] Il riferimento è ovviamente alla Grande Recessione scoppiata negli Stati Uniti d'America e poi diffusasi, tra il 2007 e il 2013, in tutte le economie capitaliste più avanzate, in seguito alla crisi dei mutui *subprime* e del mercato immobiliare. Proprio in quel contesto, invero, la *green economy* cominciò ad essere vista come un approccio politico utile per affrontare la grave crisi economica e finanziaria che aveva colpito finanche l'Eurozona, dovendosi contestualmente affrontare i problemi legati al cambiamento climatico, al degrado alimentare nonché alla scarsità idrica e alla produzione di energia.

[27] Questa informativa, in particolare, ha il pregio di declinare gli obiettivi della c.d. Strategia Europa 2020 – tesa a «trasformare l'UE in un'economia intelligente, sostenibile e inclusiva caratterizzata da alti livelli di occupazione, produttività e coesione sociale» (così Comunicazione della Commissione europea, "Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva", 3 marzo 2010, 2020 *final*) – nella materia dei contratti pubblici.

[28] «Un processo mediante cui le pubbliche amministrazioni cercano di ottenere beni, servizi e opere con un ridotto impatto ambientale per l'intero ciclo di vita rispetto a beni, servizi e opere con uguale funzione primaria ma oggetto di procedura di appalto diversa»: Comunicazione della Commissione europea, "Appalti pubblici per un ambiente migliore", 16 luglio 2008, 400 *final*, p. 6.

[29] «I criteri comuni presentano il vantaggio che consentono di evitare distorsioni del mercato e restrizioni della concorrenza, che potrebbero derivare dall'applicazione di criteri nazionali divergenti»: *Ibidem*.

[30] Comunicazione della Commissione europea, "Sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti", 27 gennaio 2011, 15 *final*. Come osserva O. HAGI KASSIM, *I criteri di sostenibilità*, cit., p. 9, in questo caso l'intento è «perseguire l'obiettivo della maggiore efficienza della spesa pubblica, tramite una maggiore semplificazione e flessibilità delle procedure di aggiudicazione, in grado di snellire le procedure e favorire la concorrenza». Nel testo della COM (2011) 15 *final*, p. 46 vengono comunque condensati diversi punti di vista sull'argomento. «L'imposizione di tali obblighi può essere uno strumento molto efficace per realizzare gli obiettivi della strategia Europa 2020, favorendo la diffusione nel mercato di beni e servizi di alta valenza sociale». Dall'altro lato, però, «un aspetto importante da considerare e` il rischio che l'introduzione di tali obblighi possa condurre a discriminazioni o limitare la concorrenza nei mercati degli appalti, il che porterebbe ad una diminuzione degli offerenti e ad un aumento dei prezzi, il che potrebbe essere problematico in periodi di difficolta`economiche e di restrizioni di bilancio per molti Stati membri».

ISSN 2036-7821

metodo *what to buy*. Oltre a fornire gli strumenti necessari per tener conto degli obiettivi ambientali, difatti, si rende indispensabile imporre alle amministrazioni il rispetto di requisiti obbligatori, o quantomeno prevedere incentivi capaci di orientare le loro decisioni circa il tipo di beni e servizi da appaltare[31].

Ebbene, nell'ottica di riconoscere maggiore discrezionalità alle stazioni appaltanti – permettendo, oltracciò, un miglior perseguimento di finalità non puramente economiche, grazie a procedure di gara più flessibili –, vengono licenziate le direttive 2014/23/UE[32], 2014/24/UE[33], 2014/25/UE[34]. «In tali disposizioni normative, e in particolare nella direttiva "appalti"[35], si assiste ad un evidente maturazione delle esigenze di tutela dell'ambiente, che assurgono, anche nella materia dei contratti pubblici, ad interesse primario»[36]; ma questo progresso, si badi bene, non rimane limitato alle premesse della direttiva (i cc.dd. *considerando*)[37], coinvolgendo altresì la disciplina di dettaglio. Tra i numerosi aspetti riformati, spiccano senza dubbio le novità concernenti la fase di aggiudicazione dell'appalto, a partire dai parametri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. «Si assiste, infatti, ad una profonda mutazione del criterio strettamente economico di aggiudicazione, attraverso l'assegnazione di un rilievo marginale al mero criterio del "prezzo", con l'utilizzo, per l'aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa o meglio

[31] A questo riguardo, si vedano il Regolamento CE n. 106/2008 *Energy Star*, che impone alle autorità governative di tenere conto dei requisiti minimi di efficienza energetica nell'acquisto di apparecchiature informatiche da ufficio; la direttiva 2009/33/CE sui veicoli puliti, che impone agli enti pubblici di tenere conto dell'impatto ambientale – compresi i costi di gestione nell'intero ciclo di vita – negli appalti al di sopra della soglia per l'acquisto di veicoli adibiti al trasporto su strada; la direttiva 2010/31/UE sulla prestazione energetica nell'edilizia, che impone l'applicazione dei requisiti minimi di prestazione energetica in tutti i progetti di costruzione o ristrutturazione di edifici pubblici; la direttiva 2010/30/UE sull'indicazione del consumo energetico e di altre risorse, che impone alle amministrazioni di acquistare solo prodotti dall'elevata efficienza energetica.

[32] Sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, 26 febbraio 2014.

[33] Sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, 26 febbraio 2014. Per un commento sistematico della riforma, si rinvia a L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm*., 2-3, 2015; S. VILLAMENA, *Direttive Europee e Appalti: qualità, innovazione e semplificazione*, in *Cooperative e enti non profit*, 1, 2015, pp. 35-44; R. CARANTA, S. TREUMER (a cura di), *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Copenhagen, 2014.

[34] Sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali che abroga la direttiva 2004/17/CE, 26 febbraio 2014.

[35] Benché anche la prima disciplina eurounitaria in materia di concessioni contempli disposizioni ambientalmente rilevanti. Sotto questo profilo, v. G. FIDONE, F. MATALUNI, *op. cit.*, pp. 33-36.

[36] O. HAGI KASSIM, *Gli appalti verdi*, cit., p. 511.

[37] *Ex multis*, il *considerando* 2: «Gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020 […], in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici. A tal fine, la normativa sugli appalti […] dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale. È inoltre necessario chiarire alcuni concetti e nozioni di base onde assicurare la certezza del diritto e incorporare alcuni aspetti della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia dell'Unione Europea in materia».

ISSN 2036-7821

del "miglior rapporto qualità-prezzo" di un'espressione suscettibile di mutarne la natura[38]; si allude alla locuzione "costo del ciclo di vita" che espressamente rinvia ad una valutazione più composita, comprensiva dei profili ambientali e sostenibili»[39]. In effetti, sulla scorta di un inedito "approccio costo/efficacia", l'art. 68 della direttiva impone alle amministrazioni aggiudicatrici di calcolare non solo i "costi interni" – relativi all'acquisizione, alla produzione, al trasporto, all'utilizzo (quali i costi connessi ai consumi di energia e altre risorse), alla manutenzione e al fine vita del bene (come i costi di raccolta, smaltimento e riciclaggio) – ma anche i cc.dd. "costi esterni direttamente collegati al ciclo di vita" – in grado di ricomprendere pure le esternalità negative (come emissioni di gas a effetto serra o di altre sostanze inquinanti, nonché altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici)[40].
Nel complesso, dunque, dopo decenni di perfetta e sostanziale equivalenza, il criterio del "prezzo" più basso, ancorché non formalmente abolito, viene oltremodo ridimensionato, risultando quello del "miglior rapporto qualità/prezzo" più idoneo a valutare le offerte di gara, finanche dal punto di vista ambientale. Per il resto, pur completando «il *corpus* normativo che permette l'ingresso della tutela dell'ambiente e della promozione dello sviluppo sostenibile negli appalti pubblici», nemmeno le direttive del 2014 arrivano a disciplinare il "che cosa acquistare" nell'ambito del *Green Public Procurement*[41]. In più, «se numerose appaiono le novità, allo stesso tempo è necessario notare come, in ogni caso, il ricorso agli "appalti verdi" abbia sostanzialmente mantenuto – nella disciplina europea – una natura facoltativa, potendo le stazioni appaltanti […] liberamente scegliere di non adottare alcun criterio di natura ambientale per determinare la scelta del proprio contraente»[42].
Nonostante la disciplina invariata, negli ultimi anni il ruolo dei "contratti verdi" è progressivamente cresciuto, principalmente per tre ordini di ragioni: l'economia

[38] «L'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice è individuata sulla base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita conformemente all'articolo 68, e può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto pubblico in questione»: art. 67, par. 2, direttiva 2014/24/UE.

[39] M. COCCONI, *La regolazione dell'economia circolare. Sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo*, Milano, 2020, p. 75.

[40] «Appare subito evidente la portata innovativa della disposizione, che offre un nuovo ruolo alla valutazione delle istanze ambientali, non più unicamente tra gli specifici criteri di valutazione diversi dal prezzo, bensì anche all'interno del nuovo concetto di "costo"» (così O. HAGI KASSIM, *I criteri di sostenibilità*, cit., p. 10).

[41] «Il legislatore dell'Unione ha già fissato requisiti obbligatori in materia di appalti volti ad ottenere obiettivi specifici nei settori dei veicoli per il trasporto su strada e delle apparecchiature da ufficio. Inoltre, la definizione di metodologie comuni per il calcolo dei costi del ciclo di vita ha fatto grandi progressi. Pertanto, appare opportuno proseguire su questa strada, lasciando che sia la normativa settoriale specifica a fissare obiettivi e prospettive vincolanti in funzione delle particolari politiche e condizioni vigenti nel settore pertinente, e promuovere lo sviluppo e l'utilizzazione di un approccio a livello europeo per il calcolo dei costi del ciclo di vita in modo da favorire ulteriormente il ricorso agli appalti pubblici a sostegno di una crescita sostenibile»: *considerando 95*, direttiva 2014/24/UE.

[42] O. HAGI KASSIM, *Gli appalti verdi*, cit., p. 511.

ISSN 2036-7821

circolare[43], il *Green Deal* europeo[44] e il *Next Generation EU* (NGEU)[45]. Sul primo versante, difatti, il GPP va sicuramente annoverato fra gli strumenti di mercato che meglio possono essere utilizzati per l'affermazione di un nuovo modello economico[46], dal momento che «proprio gli appalti pubblici costituiscono gli strumenti di cui ci si può servire perché l'amministrazione si doti di prodotti che ormai non dovrebbero essere più definiti "verdi" ma "circolari"»[47]. Così, assodato che «anche le autorità pubbliche possono contribuire a promuovere la domanda di materiali riciclati attraverso le loro politiche in materia di appalti pubblici», già nell'ambito del primo "Piano d'azione per l'economia circolare" (PAEC), la Commissione si dice intenzionata non solo a promuovere la diffusione degli "appalti verdi", ma a rivederne finanche i criteri, dando «particolare enfasi agli aspetti inerenti all'economia circolare, quali durabilità e riparabilità»[48].

Nel senso di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, tra l'altro, si registra pure l'adozione della Comunicazione "Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa", con cui nel 2017 «la Commissione individua settori specifici in cui un cambiamento può fare la differenza nel modo in cui il denaro pubblico viene speso

---

[43] La letteratura sul tema è sempre più nutrita. Si vedano, *ex multis*, M. COCCONI, *Un diritto per l'economia circolare*, in *Dir. econom.*, 3, 2019, pp. 113-162; EAD., *La regolazione dell'economia circolare*, cit.; EAD. (a cura di), *Il mosaico dell'economia circolare*, Milano, 2023; F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 cost.*, in G. ROSSI, M. MONTEDURO (a cura di), *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, Torino, 2020, pp. 25-36; R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in *Dir. e proc. amm.*, 3, 2018, pp. 801 ss.; A. ACAMPORA, F. PRATESI, *Economia circolare. La sfida del packaging* (a cura di), Milano, 2023.

[44] Per una trattazione esaustiva, si rinvia a D. BEVILACQUA, *La normativa europea sul clima e il Green New Deal. Una regolazione strategica di indirizzo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2022, pp. 297-327; A. MOLITERNI, *Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 1, 2021, pp. 4-7; M. PASSALACQUA, *Green deal e transizione digitale. Regolazione di adattamento a un'economia sostenibile*, in *Analisi giur. econ.*, 1, 2022, pp. 27-62.

[45] In argomento, v. M. FORLIVESI, *Next Generation EU: una nuova frontiera dell'integrazione europea*, in *Lavoro e diritto*, 2, 2023, pp. 211-230; F. FABBRINI, *Next Generation EU: il futuro di Italia e Europa dopo la pandemia*, Bologna, 2022; M. BRUNAZZO, *Il Next Generation EU: solidarietà e politica nella UE della pandemia*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 1, 2022, pp. 43-69.

[46] «L'adozione di modelli maggiormente improntati all'economia circolare fa intravvedere un futuro molto più roseo per l'economia dell'Europa, che potrebbe così fare adeguatamente fronte delle sfide, attuali e future, poste dalla pressione sulle risorse e dalla crescente insicurezza degli approvvigionamenti: per potenziare resilienza e competitività occorre indubbiamente ridestinare a fini produttivi le materie utilizzate e ancora utilizzabili, ridurre i rifiuti e limitare la dipendenza dalle fonti di approvvigionamento incerte. Contribuendo a dissociare la crescita economica dall'uso delle risorse e il loro impatto, l'economia circolare offre prospettive di crescita sostenibile e duratura»: Comunicazione della Commissione europea, "Verso un'economia circolare: programma per un'Europa a zero rifiuti", 2 luglio 2014, 398 *final*, p. 3.

[47] F. DE LEONARDIS, *L'uso strategico della contrattazione pubblica*, cit., p. 89. Attraverso gli appalti pubblici, osserva l'Autore, «le amministrazioni si dotano di prodotti e servizi rispettosi dei limiti del pianeta, di prodotti a ridotto impatto ambientale, che costano poco dal punto di vista della CO_2, che sono a chilometri zero, così contribuendo in modo importante alla realizzazione di un modello di sviluppo alternativo rispetto a quello consumistico che potrebbe contribuire a lasciare a chi verrà dopo di noi un mondo più bello e più pulito».

[48] Comunicazione della Commissione europea, "L'anello mancante. Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare", 2 dicembre 2015, 614 *final*, p. 3.

ISSN 2036-7821

negli Stati membri […]»[49]. Tra questi, gli appalti verdi, per i quali si auspica lo sviluppo di una versione aggiornata del *toolkit* sul GPP nonché di strumenti da utilizzare su base volontaria per calcolare i costi del ciclo di vita di determinati prodotti.

Per quanto riguarda invece il secondo versante, si ha sempre l'economia circolare, ma quale politica strategica afferente al *Green Deal* europeo[50]: l'obiettivo legato al superamento del modello di economia lineare, di fatto, viene recuperato e inglobato nella ben più ampia sfida europea che mira a raggiungere la neutralità carbonica entro il 2050. Sicché, con un approccio olistico e intersettoriale, nel 2020 viene adottato un nuovo Piano d'azione[51]: «il nuovo atto strategico dimostra sin dalle sue prime battute una concretezza di cui il precedente […] era deficitario. Già nell'introduzione, invero, vengono enunciati due principi generali che devono ispirare le scelte europee per collocare l'azione e le politiche comuni nel solco della circolarità. Questi consistono nel principio della dissociazione e in quello del prodotto come servizio»[52]. Dopodiché, in materia di *Green Public Procurement*, è la stessa Commissione ad avanzare la proposta di introdurre criteri e obiettivi minimi obbligatori nella legislazione settoriale, monitorando altresì il ricorso a tale tipologia di appalti, ma senza creare oneri amministrativi ingiustificati per gli acquirenti pubblici[53]. Dopotutto, «includere i "principi dell'economia circolare" nelle pratiche di appalto può aiutare gli acquirenti del settore pubblico ad adottare un approccio maggiormente olistico alla sostenibilità, dalle prime fasi di un appalto fino alla fine del ciclo di vita del prodotto, ottenendo nel contempo potenziali risparmi»[54].

Rileva, da ultimo, la grande questione legata all'implementazione del NGEU nei 27 Stati membri, ancora una volta legata a doppio filo con il raggiungimento degli obiettivi previsti dal GDE e dal PAEC. Oltre a un 37% delle risorse richieste da destinare alla "transizione verde" e alla mitigazione dei cambiamenti climatici, infatti, il Regolamento (UE) 2021/240 istitutivo del Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza prescrive pure che vengano finanziate esclusivamente misure rispettose del principio *Do No Significant Harm* (DNSH). Di conseguenza, tutte le misure contemplate nei vari Piani nazionali – dalle riforme agli investimenti – non devono arrecare danno significativo ai sei obiettivi ambientali di cui al Regolamento (UE)

[49] Comunicazione della Commissione europea, 30 novembre 2017, 572 *final*, p. 4.

[50] Cfr. Comunicazione della Commissione europea, "Piano di investimenti per un'Europa sostenibile. Piano di investimenti per il Green Deal europeo", 14 gennaio 2020, 21 *def*.

[51] Comunicazione della Commissione europea, "Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e competitiva", 11 marzo 2020, 98 *final*.

[52] F. RASPADORI, *Il contributo dell'Unione europea alla ricostruzione della nozione di economia circolare*, in *Dir. Unione eur.*, 3-4, 2021.

[53] In questa direzione si pone, senza dubbio, l'approvazione della direttiva dati 2023

[54] COM (2020) 98 *final*, p. 6.

ISSN 2036-7821

2020/852 ('Tassonomia'): 1) mitigazione dei cambiamenti climatici[55]; 2) adattamento ai cambiamenti climatici[56]; 3) uso sostenibile e protezione delle acque e delle risorse marine[57]; 4) transizione verso un'economia circolare[58]; 5) prevenzione e riduzione dell'inquinamento[59]; 6) protezione e ripristino della biodiversità e degli ecosistemi[60]. A questo fine, lo strumento del GPP diventa estremamente rilevante, atteso che il rispetto del DNSH presuppone, in diversi ambiti[61], proprio l'impiego dei criteri ambientali[62]. Tutto questo, ovviamente, affinché la realizzazione dei progetti PNRR abbia il minor impatto possibile sull'ambiente, a partire dalla quantità di emissioni rilasciate in atmosfera; per il resto, l'ennesima riprova di come anche i criteri ambientali applicati a livello nazionale affondino, in realtà, le proprie radici nella disciplina eurounitaria.

3. L'implementazione del Green Public Procurement *nell'ordinamento nazionale.*

Benché nel nostro Paese la riflessione intorno alla figura degli "appalti verdi" sia cominciata con qualche anno di ritardo rispetto a quanto avvenuto in seno alle istituzioni CE, a metà degli anni Novanta già si rinvengono le prime politiche di *green purchasing* all'interno delle pubbliche amministrazioni. Più dettagliatamente, il

[55] Un'attività arreca un "danno significativo" quando produce significative emissioni di gas a effetto serra.

[56] Un'attività arreca un "danno significativo" quando peggiora gli effetti negativi del clima attuale e del clima futuro previsto sull'attività stessa, sulle persone o sulla natura.

[57] Un'attività arreca un "danno significativo" quando nuoce al buono stato ecologico o al buon potenziale ecologico delle acque di superficie e sotterranee.

[58] Un'attività arreca un "danno significativo" quando conduce a inefficienze nell'uso dei materiali o delle risorse naturali in una o più fasi del ciclo di vita dei prodotti; oppure comporta un aumento significativo della produzione, dell'incenerimento o dello smaltimento dei rifiuti.

[59] Un'attività arreca un "danno significativo" quando comporta un significativo aumento delle emissioni inquinanti nell'aria, nell'acqua o nel suolo.

[60] Un'attività arreca un "danno significativo" quando nuoce alla buona condizione o alla conservazione degli ecosistemi, degli habitat o delle specie.

[61] Ci si riferisce, in primo luogo, ai settori edilizia, trasporti e rifiuti. Per una trattazione più esaustiva sul legame tra criteri di vaglio tecnico e criteri ambientali, si rinvia a R. ROTA, *Riflessioni sul principio "do no significant harm" per le valutazioni di ecosostenibilità: prolegomeni per un nuovo diritto climatico ambientale*, in *Astrid Rassegna*, 10, 2021, pp. 13 ss.; G.M. CARUSO, *Il principio "do no significant harm": ambiguità, caratteri e implicazioni di un criterio positivizzato di sostenibilità ambientale*, in *La cittadinanza europea*, 2, 2022, pp. 135-183; M. COZZIO, *PNRR, appalti pubblici e applicazione del principio di non arrecare danno significativo all'ambiente (cosiddetto DNSH)*, in *Riv. trim. app.*, 1, 2023, pp. 365-367.

[62] Cfr. Ministero dell'economia e delle finanze, *Guida operativa per il rispetto del principio di non arrecare danno significativo all'ambiente (cd. DNSH)*, edizione aggiornata allegata alla circolare RGS n. 22 del 14 maggio 2024, 18-19. I criteri ambientali minimi, effettivamente, sono «un utile e necessario riferimento nell'ambito dell'attuazione del PNRR in quanto hanno lo scopo di selezionare i prodotti, i servizi o i lavori migliori sotto il profilo ambientale, tenuto conto della disponibilità in termini di offerta. La Comunicazione della Commissione EU 2021/C58/01 riporta, infatti, quale elemento di prova trasversale per la valutazione di fondo DNSH relativa agli investimenti pubblici, il fatto che la misura soddisfi i criteri degli appalti pubblici verdi». Questo orientamento, peraltro, viene ripreso e confermato dalla Commissione nella recente Comunicazione C/2023/111 "Orientamenti tecnici sull'applicazione del principio 'non arrecare un danno significativo' a norma del regolamento sul dispositivo per la ripresa e la resilienza".

ISSN 2036-7821

c.d. 'decreto Ronchi' impone alle Regioni di adottare specifiche normative finalizzate a garantire che il fabbisogno annuale di carta negli uffici pubblici venga coperto «con una quota di carta riciclata pari almeno al quaranta per cento» del proprio fabbisogno complessivo[63], mentre la legge finanziaria del 2002 sancisce l'obbligo di riservare almeno il venti per cento del totale all'acquisto di pneumatici ricostruiti[64]. «Sennonché, l'impostazione inizialmente seguita dal legislatore italiano risultò poco funzionale al raggiungimento degli obiettivi annunciati in quanto, oltre a conseguire risultati tutt'altro che incoraggianti[65], suscitava plurime incertezze circa la compatibilità tra le norme nazionali che disciplinavano gli acquisti pubblici "verdi" e le direttive comunitarie all'epoca vigenti, oltreché, più in generale, tra dette norme nazionali ed i principi fissati nel Trattato CE in materia di libera concorrenza»[66].
Il primo vero punto di svolta, ad ogni modo, arriva con il recepimento delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, attuato con l'adozione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Il Codice c.d. 'De Lise', peraltro, «oltre a recepire i criteri "verdi"[67], con le modalità e nelle fasi indicate dalle anzidette direttive, […] dava impulso all'integrazione dell'interesse ambientale nella disciplina degli appalti pubblici financo menzionando la tutela ambientale tra i principi fondativi della disciplina di settore»[68]. Vieppiù, ove lo consenta la connessione con l'oggetto del contratto, la

[63] Art. 19, c. 4, decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22. Come fa notare O. HAGI KASSIM, *Gli appalti verdi*, cit., p. 511, si tratta di «previsioni frammentarie e molto specifiche, non disciplinate da un disegno unitario e raramente applicate». Può citarsi, sempre in questo senso, l'art. 5, c. 1, decreto ministeriale 27 marzo 1998 (Gazzetta Ufficiale 3 agosto 1998, n. 179), che – in tema di "mobilita` sostenibile nelle aree urbane" – ha imposto alle pp.aa. di utilizzare mezzi elettrici, ibridi o con alimentazione a gas metano/GPL per una quota via via crescente, sino a raggiungere il cinquanta per cento nel 2003 per le future sostituzioni dei veicoli in propria dotazione. O ancora, il decreto ministeriale 8 maggio 2003, n. 203 (Gazzetta Ufficiale 5 agosto 1998, n. 180), che non solo individua «regole e definizioni affinché le Regioni adottino disposizioni, destinate agli enti pubblici ed alle società a prevalente capitale pubblico, anche di gestione dei servizi, che garantiscano che manufatti e beni realizzati con materiale riciclato coprano almeno il trenta per cento del fabbisogno annuale» (art. 1), prescrivendo altresì che «i destinatari adottino in sede di formulazione di gare per la fornitura e l'installazione di manufatti e beni, e nella formulazione di capitolati di opere pubbliche, criteri tali da ottemperare al rispetto delle quote previste dal decreto» (art. 3).

[64] Cfr. art. 52, c. 14, legge 28 dicembre 2001, n. 448.

[65] Come osservato in dottrina da G. BELLOMO, *Il Green Public Procurement nell'ordinamento multilivello dell'ambiente*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2, 2008, p. 947, gli obiettivi fissati dalle norme nazionali rimasero tutti «largamente disattesi». A questi primi atti, se non altro, va riconosciuto un ruolo di apripista alle previsioni che stabiliscono requisiti obbligatori secondo il metodo *what to buy*.

[66] M. VENTURA, *Il Green Public Procurement come strumento attivo delle politiche ambientali tra princìpi teorici e problematiche ambientali*, in G.M. CARUSO, D. D'ALESSANDRO, D. PAPPANO (a cura di), *Contratti delle pubbliche amministrazioni. Questioni attuali*, Torino, 2019, p. 449.

[67] Cfr. artt. 44, 68, 69 e 83, d.lgs. n. 163/2006, che riconoscevano alle stazioni appaltanti la facoltà di inserire considerazioni di carattere ambientale in tutte le singole fasi della procedura di gara.

[68] M. VENTURA, *op. cit.*, 449. Cfr. art. 2, c. 2, d.lgs. n. 163/2006: «il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile». A questo proposito, era lo stesso Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, *Appalti verdi per la pubblica amministrazione: lo stato dell'arte, evoluzione normativa e indicazioni*

ISSN 2036-7821

possibilità di valutare criteri ambientali e` prevista in riferimento alla capacita` tecnica dei fornitori (art. 42), ai sistemi di gestione ambientale nell'esecuzione del contratto (art. 44), quale complessità idonea a legittimare il ricorso al dialogo competitivo (art. 58), nelle specifiche tecniche (art. 68), nelle condizioni particolari di esecuzione del contratto (art. 69) nonché tra i criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 83). A partire da questo momento, dunque, alle stazioni appaltanti viene espressamente riconosciuta la possibilità di rendere "verdi" i propri appalti; ma la formulazione di queste prime disposizioni – che rimetteva, di fatto, alle singole amministrazioni «l'opportunità di scegliere o meno soluzioni ecologicamente orientate per la scelta dei propri contraenti»[69] –, ha impedito per lungo tempo di portare "a regime" l'inserimento del fattore ambientale nei criteri di valutazione della selezione pubblica[70].

Malgrado ciò, l'ambiente e lo sviluppo sostenibile non sono più percepiti quali limiti all'iniziativa economica privata: attraverso un'innovazione decisamente significativa, «questi si configuravano quali interessi pubblici non più unicamente da controbilanciare con quelli espressi dalle logiche concorrenziali, ma anzi da conseguire necessariamente attraverso le stesse dinamiche concorrenziali»[71]. Così, accogliendo l'indicazione della Commissione europea contenuta nella COM (2003) 302 *final* – e in ottemperanza all'art. 1, c. 1126, legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007), nel 2008 il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (MATTM) elabora, di concerto con i Ministri dell'economia e finanze (MEF) e dello sviluppo economico (MISE), il primo "Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi della pubblica amministrazione" (PAN GPP)[72].

Il Piano, volto a «favorire la diffusione degli "appalti verdi" – definendone strategia, obiettivi ambientali in termini qualitativi e quantitativi, aspetti metodologici generali

metodologiche, 2006, p. 16 a sostenere come l'art. 2, c. 2, d.lgs. n. 163/2006 chiarisse che «è legittimo considerare prioritaria l'esigenza di proteggere ambiente e salute umana, di promuovere lo sviluppo sostenibile e tutelare le esigenze sociali anche a scapito di non garantire sempre e in ogni caso un rapporto conveniente tra i risultati ottenuti e risorse impiegate, purché ciò avvenga nel rispetto della trasparenza, della *par condicio* e della concorrenza». Più precisamente, G. FIDONE, *Uso strategico dei contratti pubblici e sviluppo sostenibile*, in B.G. MATTARELLA (a cura di), *Il governo dello sviluppo sostenibile*, Torino, 2023, p. 259, fa notare che, al fine dell'uso strategico dei contratti, occorre non solo derogare al principio di economicità in senso stretto – inteso quale rapporto qualità/prezzo –, ma «considerare anche il vantaggio indiretto dell'acquisto in termini di esternalità positive alla collettività».

[69] O. HAGI KASSIM, *I criteri di sostenibilità*, cit., p. 13.

[70] «La configurazione dell'utilizzo delle clausole ambientali come facoltativo e non obbligatorio, unito al timore del contenzioso che attanaglia le amministrazioni chiamate a bandire gare di una certa complessità, e probabilmente all'eccessivo tecnicismo delle linee guida che avrebbero dovuto favorirne la comprensione, ha condotto ad una scarsa applicazione di tali strumenti, in controtendenza rispetto alle più evolute esperienze europee»: così A. FARÌ, *L'uso strategico dei contratti pubblici*, in M. CAFAGNO, F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico in economia*, Firenze, 2016, pp. 455-456.

[71] M. COCCONI, *La regolazione dell'economia circolare*, cit., p. 81.

[72] Adottato con decreto interministeriale 11 aprile 2008, n. 135 e successivamente aggiornato con decreto ministeriale 10 aprile 2013.

ISSN 2036-7821

e categorie merceologiche di riferimento»[73] – presso le pp.aa. aggiudicatrici, individua il contesto più adeguato per la determinazione dei criteri ambientali minimi (CAM)[74], secondo un procedimento che si può definire "a cascata": «in primis il legislatore nazionale indica le categorie di beni che devono possedere determinate caratteristiche verdi; in secondo luogo interviene l'amministrazione centrale (il Ministero), che esercita la sua discrezionalità tecnica emanando, dapprima, il Piano d'azione nazionale in materia di GPP, e poi una serie di decreti attuativi, che individuano i CAM per quelle specifiche categorie merceologiche da ritenersi prioritarie in termini di impatto ambientale prodotto e volume di spesa correlato»[75]. Siffatti criteri, tra l'altro, rappresentano misure "minime" d'integrazione delle esigenze di sostenibilità ambientale nelle procedure d'acquisto di beni e servizi: recepite quantomeno le «indicazioni contenute nelle sezioni specifiche tecniche, clausole contrattuali/condizioni di esecuzione, selezione dei candidati», nulla preclude alle stazioni appaltanti di introdurre criteri più avanzati per poter accedere ad un'offerta ambientalmente migliore. «Altresì la stazione appaltante potrà inserire come "specifiche tecniche" o come "clausole contrattuali" uno o più "criteri premianti" individuati dai decreti di adozione dei CAM»[76], purché adottati nel rispetto dei principi generali della materia[77].

Negli anni sono stati adottati ben 21 decreti CAM[78]; eppure, il loro valore è radicalmente mutato solo a seguito della riforma del Codice dei contratti pubblici[79],

[73] PAN GPP (2013), punto 3.1.

[74] «Le "indicazioni tecniche" del Piano d'azione per la sostenibilità, che consistono in indicazioni specifiche di natura ambientale e, quando possibile, etico-sociale, collegate a diverse fasi che caratterizzano le procedure di gara: la definizione dell'oggetto dell'appalto; la selezione dei candidati laddove sia opportuno selezionare gli offerenti in base alla loro capacità tecnica di assicurare migliori prestazioni ambientali durante l'esecuzione del contratto; la definizione delle specifiche tecniche; i criteri premianti con i quali valutare le offerte che offrono prestazioni o soluzioni tecniche più avanzate rispetto alle caratteristiche definite nel capitolato d'appalto, la definizione delle condizioni di esecuzione dell'appalto/clausole contrattuali»: PAN GPP (2013), punto 4.1.

[75] F. DE LEONARDIS, *L'uso strategico della contrattazione pubblica*, cit., p. 79.

[76] PAN GPP (2013), punto 4.1.

[77] Ogni tipo di scelta dell'amministrazione deve essere, anzitutto, collegata all'oggetto del contratto, come più volte affermato finanche dalla giurisprudenza nazionale. Sul punto, *ex multis*, v. TAR Puglia, Sez. III, 6 ottobre 2008, n. 2787: «le stazioni appaltanti possono richiedere, ai fini della partecipazione alle gare ad evidenza pubblica, requisiti ulteriori rispetto a quelli menzionati dagli artt. 40, 41 e 42, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, con l'unico limite dell'inerenza di tali requisiti all'oggetto dell'appalto»; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 9 dicembre 2008, n. 11147: «la possibilità di prevedere requisiti di partecipabilità più severi rispetto a quelli indicati negli artt. 41 e 42, d.lgs. n. 163 del 2006 deve essere svolta in maniera tale da non porre criteri discriminanti, illogici e sproporzionati rispetto alla specificità del servizio oggetto dell'appalto, per non restringere (in maniera altrettanto discriminante, illogica ed irrazionale), oltre lo stretto indispensabile, il potenziale numero dei concorrenti».

[78] Segnatamente, arredi per interni; arredo urbano; ausili per l'incontinenza; calzature da lavoro e accessori in pelle; carta; cartucce; edilizia; eventi culturali; illuminazione pubblica (fornitura e progettazione); illuminazione pubblica (servizio); infrastrutture stradali; lavaggio industriale e noleggio di tessili e materasseria; pulizie e sanificazione; rifiuti urbani e spazzamento stradale; ristorazione collettiva; ristoro e distributori automatici; servizi energetici per gli edifici; stampanti; tessili; veicoli; verde pubblico. Alcuni di essi sono già stati revisionati più di una volta, ma non si tratta, comunque, di un *numerus clausus*: per i prossimi mesi, infatti, sono attesi nuovi

ISSN 2036-7821

che ha assorbito finanche le "disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di *green economy* e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali" previste dal c.d. 'collegato ambientale' alla legge di stabilità 2016[80].

Le novità introdotte dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 ('Codice 50') – promulgato in occasione del recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE –, in effetti, segnano un nuovo tracciato in materia di contratti pubblici "verdi" (tanto appalti quanto concessioni). Un Codice che, a ben vedere, si pone in continuità con il precedente, "colorando di verde" tutti i diversi momenti della procedura di gara, dalla progettazione dell'intervento all'esecuzione del rapporto. Le esigenze di carattere ambientale, invero, sono presenti nelle norme di principio (artt. 4[81] e 30[82]), nei parametri di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di

---

criteri ambientali minimi per il servizio di trasporto pubblico su gomma (compreso l'affidamento dei servizi correlati: *car sharing*, *bike sharing* etc.) e per la fornitura o il noleggio di personal computer e telefoni cellulari, oltre all'aggiornamento dei CAM edilizia e dei CAM servizi energetici per edifici. Cfr. decreto direttoriale del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica (MASE), 4 aprile 2024, n. 27.

[79] Come ricordano G. FIDONE, F. MATALUNI, *op. cit.*, p. 23, «con il precedente Codice del 2006, il legislatore italiano si era limitato a una mera trasposizione delle normative ambientali […] contenute nelle direttive europee del 2004, senza che vi fosse stata una vera riflessione sul tema. Di conseguenza, […] le ragioni dell'economicità finivano con l'essere pur sempre prevalenti nell'orientare le decisioni delle pubbliche amministrazioni nella scelta degli appaltatori, senza spazio per l'utilizzo di criteri ambientali».

[80] Cfr. artt. 16-22 (Titolo IV – Disposizioni relative al *Green Public Procurement*), legge 28 dicembre 2015, n. 221. L'art. 18, in particolare, introduceva nel Codice 'De Lise' l'art. 68-*bis*, mediante cui alle stazioni appaltanti veniva imposto, per la prima volta, di applicare (quantomeno) le specifiche tecniche e le clausole contrattuali contenute nei CAM predisposti dal MATTM, ancorché circoscritti ad alcuni prodotti ad alto consumo energetico; rispetto a molte altre categorie merceologiche, invece, il ricorso obbligatorio al GPP era limitato al 50% del valore della gara d'appalto. Per una trattazione esaustiva sulle prescrizioni contenute nel 'collegato ambientale', si rinvia a A. FARÌ, *Collegato ambientale in Gazzetta: la legge sulla green economy accelera sugli appalti verdi*, in *Enti Locali & Pa - Il Sole 24 Ore*, 2016; M. LUCCA, S. USAI, *Gli appalti verdi nel collegato ambientale: "focus" sul Green Public Procurement nella pubblica amministrazione*, in *Appalti e contratti*, 4, 2016, pp. 54-68.

[81] «L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica».

[82] In questo caso, tuttavia, il legislatore non fa altro che ribadire quanto già affermato nell'art. 2, c. 2, d.lgs. n. 163/2006, ragion per cui resta valido quanto detto *sub* nt. 67. Peraltro, confermando che «[…] il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico […]»., il 'Codice 50' segna – pure nel diritto interno – «il definitivo superamento della più datata concezione della disciplina della contrattualistica pubblica, che era improntata esclusivamente su ragioni economicistiche, prevalentemente legate al conseguimento del risparmio di spesa della pubblica amministrazione» (G. FIDONE, *Uso strategico dei contratti pubblici*, cit., p. 260). A questo proposito, M. PENNASILICO, *Contratto e promozione dell'uso responsabile delle risorse naturali: etichettatura ambientale e appalti verdi*, in *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del 9° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C. in ricordo di G. Gabrielli, Napoli 8-9-10 maggio 2014, Napoli, 2015, pp. 257 ss. osserva che la "relativizzazione" del principio di economicità – conformato a valori sociali, ambientali e culturali – «segna una fondamentale metamorfosi della pubblica amministrazione, che deve non soltanto esercitare i tradizionali poteri di pianificazione, autorizzazione e controllo delle attività private a impatto ambientale, ma anche diventare

ISSN 2036-7821

committenza (art. 38), nelle specifiche tecniche (art. 68), nelle etichettature (art. 69), nei bandi di gara (art. 71), nelle certificazioni (art. 87), nelle garanzie (art. 93), nei criteri per l'aggiudicazione dell'appalto (art. 95), nei costi del ciclo di vita (art. 96) nonché nei servizi di ristorazione (art. 144)[83]. Ma è soprattutto nel dettare la disciplina relativa ai cc.dd. "criteri di sostenibilità energetica e ambientale" che l'ordinamento italiano dimostra di aver preso finalmente atto delle enormi potenzialità legate agli "appalti verdi", tanto che il 'Codice 50' finisce per rivelarsi addirittura più incisivo delle stesse direttive eurounitarie, ove il ricorso ai criteri ambientali rimane meramente facoltativo.

Più nel dettaglio, tramite la disposizione di cui all'art. 34, d.lgs. n. 50/2016, il legislatore italiano introduce un obbligo generalizzato di ricorso alle "clausole ambientali" dalla portata assolutamente innovativa. È la prima parte (comma 1), in particolare, a cristallizzare il dovere di concludere "appalti verdi"[84]: «le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare»[85]. Pur rimanendo la definizione dell'oggetto dell'appalto il momento migliore per tenere in considerazione le esigenze ambientali nell'ambito dei contratti pubblici, nella seconda parte (comma 2) della norma si tiene conto dei criteri ambientali pure ai fini dell'aggiudicazione: «i criteri ambientali minimi definiti dal decreto di cui al comma 1, in particolare i criteri premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi

"consumatore" di prodotti e servizi ecocompatibili». Cfr. M.P. CHITI, *I principi*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, I, Milano, 2008, p. 164.

[83] Seppur indirettamente, rileva altresì l'art. 211, a norma del quale l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) – oltre a gestire il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici – monitora l'applicazione dei CAM nonché il raggiungimento degli obiettivi prefissati dal PAN GPP. A questo scopo, in data 29 ottobre 2021, ANAC e MASE (già Ministero della transizione ecologica) hanno siglato un nuovo Protocollo d'Intesa.

[84] Con la precisazione che nel campo della ristorazione collettiva, già all'epoca, non si applicava il summenzionato sistema "a cascata", in quanto i CAM ministeriali (terzo livello) si aggiungevano a quelli previsti direttamente dal legislatore (primo livello) ex art. 144, d.lgs. n. 50/2016. Cfr. *sub* nt. 74.

[85] «In altre parole, le amministrazioni aggiudicatrici, in ossequio dell'art. 34 del codice, dovranno necessariamente richiamare le specifiche tecniche e le clausole contrattuali individuate nei decreti CAM che disciplinano il settore merceologico dell'appalto (ove lo disciplinino). L'utilizzo del termine "almeno" [lascia] presupporre che, fermo l'obbligo di adottare tali criteri, ben potranno le stazioni appaltanti prevedere un surplus di tutela ambientale, nelle forme e nei limiti definiti dal codice» (così O. HAGI KASSIM, *I criteri di sostenibilità*, cit., p. 21). Dal punto di vista del *wording* legislativo, invece, secondo F. DE LEONARDIS, *L'uso strategico della contrattazione pubblica*, cit., p. 85, «il legislatore avrebbe potuto essere forse più diretto (magari utilizzando l'uso del verbo "dovere" o dell'espressione "sono obbligate") ma il concetto dell'obbligatorietà resta comunque ben chiaro».

ISSN 2036-7821

dell'articolo 95, comma 6»[86]. La terza e ultima parte, infine, ricorda che l'applicazione CAM vige a prescindere dalle soglie di rilevanza comunitaria, sicché questi devono essere inseriti, allo stesso modo, nella documentazione di gara relativa ai cc.dd. "contratti sotto-soglia": «l'obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del citato Piano d'azione»[87].

L'articolato appena descritto, in realtà, è frutto delle innovazioni apportate dal decreto legislativo 17 aprile 2017, n. 56 (il c.d. decreto 'correttivo' al Codice)[88]: la versione originaria del 'Codice 50', difatti, prevedeva che i criteri ambientali minimi dovessero essere applicati per l'intero valore della gara – quale ne fosse l'importo – nelle sole categorie merceologiche ove si potesse conseguire l'efficienza energetica[89]; per tutte le altre già oggetto di CAM ma non connesse agli usi finali di energia, invece, era richiesto almeno il 50 per cento del valore a base d'asta[90].

---

[86] «Anche in questo caso l'uso del verbo al presente indica con chiarezza il concetto di obbligatorietà dell'azione che viene temperata solo nel caso di un settore particolare (gli interventi di ristrutturazione) in cui si afferma che i criteri ambientali minimi sono tenuti in considerazione "per quanto possibile"» (così F. DE LEONARDIS, *op. ult. cit.*, p. 85). Per il resto, vale la distinzione per cui «nel caso dei contratti relativi alle categorie di appalto riferite agli interventi di ristrutturazione, inclusi quelli comportanti demolizione e ricostruzione, i criteri ambientali minimi di cui al comma 1, sono tenuti in considerazione, per quanto possibile, in funzione della tipologia di intervento e della localizzazione delle opere da realizzare, sulla base di adeguati criteri definiti dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare» (art. 34, c. 2, d.lgs. n. 50/2016).

[87] A ben vedere, questa è l'unica parte della norma ove il legislatore impiega espressamente il termine "obbligo", ragion per cui il terzo comma ha rappresentato, per lungo tempo, un sicuro appiglio normativo – tanto per la dottrina quanto per la giurisprudenza – circa l'obbligatorietà dei CAM per gli affidamenti di qualunque importo. In letteratura, ad esempio, F. FRACCHIA, S. VERNILE, *I contratti pubblici come strumento dello sviluppo ambientale*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2, 2020, p. 15 concordano circa il fatto che «ove il Ministero dell'ambiente abbia adottato i CAM, le stazioni appaltanti sono obbligate a introdurli nella *lex specialis* di gara, come confermato sia dall'uso dell'indicativo "contribuiscono" sia dall'ultimo comma dell'art. 34 […]». Dal lato del Cons. St., Sez. VI, 3 febbraio 2021, n. 972, parimenti, «le disposizioni in materia di CAM, lungi dal risolversi in mere norme programmatiche, costituiscono in realtà obblighi immediatamente cogenti per le stazioni appaltanti».

[88] In sede di 'correttivo' al Codice, ricorda M. VENTURA, *op. cit.*, p. 457, «il testo originario dell'art. 34 è stato modificato nel senso di chiarire che l'inserimento nella documentazione progettuale e di gara delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei CAM è obbligatorio, tanto quanto obbligatoria è la previsione, nei documenti di gara, dei diversi criteri premianti stabiliti dai CAM per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa».

[89] Segnatamente: a) acquisto di lampade a scarica ad alta intensità, di alimentatori elettronici e di moduli a LED per illuminazione pubblica, acquisto di apparecchi di illuminazione per illuminazione pubblica e affidamento del servizio di progettazione di impianti di illuminazione pubblica; b) attrezzature elettriche ed elettroniche d'ufficio, quali personal computer, stampanti, apparecchi multifunzione e fotocopiatrici; c) servizi energetici per gli edifici, servizio di illuminazione e forza motrice, servizio di riscaldamento/raffrescamento di edifici; d) affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici e per la gestione dei cantieri della pubblica amministrazione.

[90] Salvo apposito decreto del Ministero dell'ambiente che – oltre ad aumentare progressivamente la soglia – nel caso di contratti relativi ai servizi di ristorazione ospedaliera, assistenziale, scolastica e sociale avrebbe potuto addirittura portarla al di sotto del 50 per cento del valore a base d'asta. Cfr. art. 34, c. 3, d.lgs. n. 50/2016 (prima della modifica apportata dal d.lgs. n. 56/2017).

ISSN 2036-7821

Contestualmente, un ruolo centrale nell'orientare gli appalti pubblici verso obiettivi di sostenibilità viene affidato ai criteri di aggiudicazione, ossia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello dei c.d. "costi del ciclo di vita", in ossequio a quanto già previsto dalla direttiva 2014/24/UE. Così, «[…] possono superarsi i possibili limiti di competitività sul mercato di imprese, che in tal modo sono in grado di effettuare investimenti nell'innovazione tecnologica per divenire più sostenibili. Tali costi dovranno essere misurati attraverso metodi il più possibile oggettivi e non discriminatori, in [guisa] da evitare distorsioni alla concorrenza. La stessa concorrenza acquisisce, in tale prospettiva, la qualificazione ulteriore di "sostenibile e ambientale" in quanto opera nel perseguimento di obiettivi direttamente o indirettamente correlati al principio dello sviluppo sostenibile»[91].

Con la modifica dell'art. 34 – addirittura in senso più restrittivo rispetto alla normativa europea, da cui non discende alcun obbligo per gli Stati membri di prevedere il dovere di acquistare "verde" in capo alle pubbliche amministrazioni – il legislatore nazionale ha operato, in buona sostanza, una valutazione preventiva circa la necessita` di stabilire delle condizioni minime di sostenibilità ambientale, da rispettare allorché le stazioni appaltanti intendano acquistare beni o servizi per i quali vige un decreto CAM.

Più nel concreto, questo significa che le stazioni appaltanti non possono adottare bandi che non contengano gli standard minimi ivi definiti, mentre i concorrenti – per poter proficuamente partecipare alla gara – devono dimostrare il rispetto dei requisiti indicati, a pena di esclusione. Già negli anni sotto la vigenza del 'Codice 50' e ss. mm. ii., la giurisprudenza ha avuto modo di pronunciarsi più volte circa il tema della legittimazione e dell'interesse a impugnare il bando di gara che abbia omesso di indicare i criteri ambientali minimi. Orbene, dato che ciò «non viene ovviamente ad integrare una qualche clausola direttamente impeditiva della partecipazione della ricorrente alla procedura»[92], le clausole sopraccitate, dunque, «devono essere impugnate dall'offerente unitamente all'atto conclusivo della procedura di gara»[93], dovendosi in ogni caso escludere che «un soggetto che non abbia presentato la domanda di partecipazione alla gara sia legittimato ad impugnare clausole del bando

[91] M. COCCONI, *Un diritto per l'economia circolare*, cit., p. 144. L'Autrice, più dettagliatamente, parla di "Giano Bifronte", in quanto l'ancoraggio a tali criteri, da un lato, offre alle stazioni appaltanti una forte legittimazione nel far prevalere la tutela dell'ambiente sul principio di economicità, ai sensi dell'art. 30 (che difatti ammette la deroga solo in presenza di una copertura legislativa); dall'altro, però, dilata eccessivamente il margine di discrezionalità tecnica attribuito alle stesse lungo tutta la procedura di gara, senza adeguati contrappesi. Non a caso, fin da subito, l'ANAC ha raccomandato alle amministrazioni aggiudicatrici di «definire in maniera chiara e precisa il criterio di aggiudicazione, nonché i criteri di valutazione, i metodi e le formule per l'attribuzione dei punteggi e il metodo per la formazione della graduatoria, finalizzati all'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa». Cfr. Linee Guida ANAC n. 2, recanti *Offerta economicamente più vantaggiosa* e approvate con delibera 21 settembre 2016, n. 1105.

[92] TAR Toscana, 26 giugno 2020, n. 801.

[93] Cons. St., ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4.

ISSN 2036-7821

che non siano "escludenti"»[94]. Tutto questo, però, non scalfisce minimamente l'obbligatorietà del rispetto dei CAM, dacché si tratta di una norma imperativa e cogente a prescindere dalla sua espressa previsione negli atti di gara. Cosicché l'omesso inserimento dei criteri ambientali minimi nel bando di gara ben può determinare la caducazione dell'intera gara nonché la riedizione totale della stessa, perfino quando all'aggiudicazione abbia già fatto seguito la stipula del contratto (inefficace) con l'aggiudicatario[95]. Sul fronte opposto, quando è l'offerta a essere «un'offerta sia palesemente in violazione dei requisiti previsti obbligatoriamente dai CAM, l'operatore che l'ha presentata va escluso dalla gara»[96].

Volgendo lo sguardo al nuovo Codice dei contratti pubblici – approvato con il decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 ('Codice 36') nel prisma del disegno riformatore previsto dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)[97] – viene subito in rilievo come il legislatore abbia non solo confermato l'impostazione precedente nel nuovo art. 57, c. 2, ma l'abbia pure collocata tra le disposizioni "trasversali" contenute nella Parte II del Libro II, dedicato agli istituti e alle clausole comuni a tutti gli appalti[98]. Conformemente a quanto già previsto all'art. 34, d.lgs. n. 50/2016[99], difatti, «la funzione dell'obbligatorietà dei CAM […] risiede nell'esigenza di garantire che la politica nazionale in materia di appalti pubblici verdi abbia l'obiettivo di ridurre gli impatti ambientali, nonché quello di promuovere dei modelli di produzione e di consumo più sostenibili»[100], sin dal momento della definizione dell'oggetto dell'appalto. A dire il vero, non si registrano particolari innovazioni nemmeno sotto il profilo dei criteri premianti, che continuano ad essere semplicemente "tenuti in considerazione" nell'applicazione dei criteri di aggiudicazione; a differenza delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali,

[94] *Ibidem*.

[95] TAR Toscana, 14 maggio 2018, n. 645.

[96] Cfr. Cons. St., Sez. III, 14 ottobre 2022, n. 8773.

[97] In argomento, v. D. DE LUNGO, F.S. MARINI (a cura di), *Scritti costituzionali sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, Torino, 2023; M. CLARICH, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Corr. giur.*, 8-9, 2021; N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi.it*, 1, 2022. Per un'analisi dettagliata dell'operazione di rimodulazione che ha interessato di recente il Piano, sia consentito rinviare a I. BAISI, *Il PNRR al giro di boa: luci e ombre nel prisma di una rimodulazione complessiva*, in *Federalismi.it*, 9, 2024, pp. 39-81.

[98] Ai sensi dell'art. 141, c. 3, lett. *e*), nell'ambito del Libro II, Parte II, l'art. 57 si applica anche agli affidamenti nei cc.dd. "settori speciali".

[99] Tra l'altro, parimenti rubricata "criteri di sostenibilità energetica e ambientale".

[100] Cons. St., Sez. V, 10 novembre 2022, n. 9879. Sicché, come ribadito di recente dai giudici di Palazzo Spada, «l'importanza del risultato nella disciplina dell'attività dell'amministrazione non va riguardata ponendo tale valore in chiave antagonista rispetto al principio di legalità, rispetto al quale potrebbe realizzare una potenziale frizione: al contrario, come pure è stato efficacemente sostenuto successivamente all'entrata in vigore del richiamato d.lgs. n. 36 del 2023, il risultato concorre ad integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad "ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo", facendo "transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili»: Cons. St, Sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701.

ISSN 2036-7821

perciò, la norma «non fissa un rapporto di rigida corrispondenza tra [i criteri di carattere premiante contenuti nei decreti CAM] e i criteri di valutazione delle offerte tecniche contenute nella *lex specialis*»[101].

Ciò nonostante, l'attuazione dei principi di cui alla delega ex art. 1, c. 2, lett. *f)*, legge 21 giugno 2022, n. 78, ha aperto finanche alla possibilità di definire criteri ambientali minimi *differenziati* in base al valore posto alla base d'asta, ove tecnicamente opportuno[102]: il 'Codice 36', dunque, contempla la possibilità di applicare i CAM in maniera diversificata, venendo incontro alle esigenze delle piccole e medie imprese – ancora troppo spesso escluse dal mercato dei contratti pubblici a causa di criteri ambientali non adeguati alla loro capacità produttiva[103], così come delle stazioni appaltanti, tenute a rispettare condizionalità molto stringenti anche nel caso di acquisti di modico valore. La stessa *ratio*, in fondo, la si ritrova sottesa alla previsione per cui «le stazioni appaltanti valorizzano economicamente le procedure di affidamento di appalti e concessioni conformi ai criteri ambientali minimi»: è opinione condivisa che la base d'asta nelle procedure ad evidenza pubblica debba essere sempre opportunamente adeguata (*rectius* aumentata) ogniqualvolta debba essere applicata almeno una considerazione di carattere ambientale[104].

Quanto alle novità, si rileva poi, non da ultimo, la mancata riproposizione del comma 3 del previgente art. 34, in forza del quale l'obbligo di contribuire al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal PAN GPP vigeva "plasticamente"[105] per gli affidamenti di qualsiasi importo, a prescindere dal valore della procedura d'appalto. Dopodiché, considerata la collocazione topografica dell'art. 57, c. 2 all'interno del nuovo Codice, unita alla consapevolezza per cui lo strumento del *Green Public Procurement* discende da principi gerarchicamente sovraordinati quali l'art. 11 TFUE (integrazione delle esigenze ambientali nelle politiche dell'Unione Europea)[106], gli artt. 9, c. 3 (tutela dell'ambiente nell'interesse delle future generazioni)[107] e 41, c. 3 Cost. (attività economica pubblica e privata a fini

[101] Cons. St., Sez. III, 17 aprile 2018, n. 2317. Le stazioni appaltanti, nondimeno, «sono comunque invitate ad utilizzare anche quelli "premianti" quando aggiudicano la gara d'appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa, fissando una norma atta ad incentivare, senza rendere rigorosamente obbligatorio, l'adattamento della *lex specialis* ai suddetti criteri di carattere "premiante"».

[102] Una locuzione alquanto generica, che rischia di attribuire eccessiva discrezionalità alle amministrazioni aggiudicatrici nell'applicare i CAM. Cfr. Camera dei Deputati, Commissione VIII° Ambiente, seduta del 21 febbraio 2023.

[103] Cfr. art. 3, 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».

[104] Cfr. Cons. St., Sez. V, 25 novembre 2019, n. 8030.

[105] Cfr. Cons. St., VI, n. 972/2021.

[106] «Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile».

[107] «[La Repubblica] tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali».

ISSN 2036-7821

sociali e ambientali)[108] nonché l'art. 3 *quater*, c. 2, decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (miglior attuazione possibile dello sviluppo sostenibile)[109], non si ha motivo di dubitare circa la volontà di rinnovare un approccio di tipo *mandatory*-rigido rispetto all'implementazione dei CAM, compresi i contratti cc.dd. "sottosoglia"[110]. In fin dei conti, la previsione di cui all'art. 48, c. 3, d.lgs. n. 36/2023 è molto chiara nel disporre che «ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non derogate (…), le disposizioni del codice».

Tutto ciò considerato, pur mancando un qualsiasi riscontro circa la concreta applicazione delle "clausole verdi" differenziate per importo (di prossima pubblicazione), non è plausibile credere che questa nuova formulazione della norma possa consentire alle autorità pubbliche di sottrarsi *in toto* agli obiettivi fissati dal PAN GPP, *a fortiori* ora che è stato approvato un nuovo Piano[111]. Allo stato dell'arte, ordunque, le stazioni appaltanti devono persistere nell'applicare il *Green Public Procurement*[112], rinviandosi ad appositi decreti MASE la previsione di eventuali deroghe o disposizioni di segno contrario[113]. L'applicazione dei criteri ambientali

---

[108] «La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali».

[109] «Anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione».

[110] Cfr. Cons. St., Sez. V, 5 agosto 2022, n. 6934: «la *ratio* dell'obbligatorietà dei CAM sta nell'esigenza di garantire che la politica nazionale in materia di appalti pubblici verdi sia incisiva non solo nell'obiettivo di ridurre gli impatti ambientali, ma anche in quello di promuovere modelli di produzione e consumo più sostenibili, "circolari" e nel diffondere l'occupazione "verde"». In fin dei conti, nell'attuale quadro normativo il contratto di appalto non è più «soltanto un mezzo che consente all'amministrazione di procurarsi beni o di erogare servizi alla collettività, ma – per utilizzare categorie civilistiche – uno "strumento a plurimo impiego" funzionale all'attuazione di politiche pubbliche ulteriori rispetto all'oggetto negoziale immediato: in altre parole, uno strumento – plurifunzionale – di politiche economiche e sociali, con conseguenti ricadute sulla causa del provvedimento di scelta del contraente» (così Cons. St., III, n. 4701/2024).

[111] A tal proposito, sia consentito il rinvio a I. BAISI, *Criteri di sostenibilità ambientale*, in G.F. CARTEI, D. IARIA (a cura di), *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, p. 426: «la nuova formulazione dell'art. 57, c. 2 sembra di fatto consentire, semmai, una valutazione di tipo comparativo, alla luce di un'attenta analisi di mercato nonché di quei principi di adeguatezza e proporzionalità che, d'altronde, regolano l'azione amministrativa nel suo complesso».

[112] «L'obbligatorietà di detti criteri e le gravi conseguenze che se ne devono trarre nella sede giudiziale di valutazione di legittimità delle procedure pubbliche di affidamento che non ne tengano debito conto depongono nel senso, seguito dalla sentenza impugnata, di valutare la questione del loro recepimento nella legge di gara sotto il profilo sostanziale, piuttosto che sotto il profilo formale del loro richiamo». D'altronde, come ricordato da Cons. St., V, n. 9879/2022, «anche se non formalmente richiamati, devono ritenersi recepiti sotto il profilo sostanziale nella legge di gara, considerato che la loro assenza non comporta un vizio di legittimità della *lex specialis* di gara ma una mera carenza formale». Per TAR Veneto, Sez. I, 18 marzo 2019, n. 329, è pacifico, ordunque, «che tale lacuna può essere colmata, in via suppletiva, attraverso il meccanismo di integrazione automatica, in base alla normativa vigente in materia» (cfr. Cons. St., Sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4903).

[113] Sulla scorta di quanto già avviene, a dire il vero, per gli appalti di ristrutturazione, inclusi quelli comportanti demolizione e ricostruzione: similmente a quanto previsto dal 'Codice 50', i CAM sono tenuti in considerazione,

ISSN 2036-7821

minimi, dopotutto, non solo consente alla P.A. di valorizzare la qualità ambientale dei propri acquisti, ma ne razionalizza altresì i consumi, riducendone ove possibile la spesa[114].

Contestualmente al varo di un nuovo Codice dei contratti pubblici[115], come accennato poc'anzi, il 2023 ha condotto all'approvazione di un nuovo Piano d'azione nazionale sugli "acquisti verdi": a dieci anni esatti dall'ultimo aggiornamento, diviene ora «funzionale all'attuazione dei paradigmi della transizione verde e dell'economia circolare del sistema produttivo, nonché al sostegno dell'innovazione in termini di prodotti, processi e modelli di *business*»[116]. La prospettiva "circolare", invero, pone il PAN GPP pienamente in linea con gli ambiziosi obiettivi delineati dal *Green Deal* europeo, a partire dalla possibilità di rendere gli stessi criteri ambientali minimi non solo strumenti per lo sviluppo sostenibile, ma pure per la transizione verso modelli di produzione e consumo eco-efficienti. Non a caso, il presente Piano, grazie alla propria trasversalità settoriale, è in grado d'incidere su tutti gli obiettivi di tutela ambientale ivi enucleati[117]. Ad ogni modo, i CAM quali «indicazioni tecniche che consistono in considerazioni specifiche di natura ambientale e, quando possibile, etico-sociale, collegate a diverse fasi che caratterizzano le procedure di gara»[118], saranno d'ora in poi definiti e monitorati in maniera più efficace, tenendo vieppiù in considerazione le peculiarità del settore in cui andranno ad operare. L'attività che conduce alla definizione delle "clausole verdi", nondimeno, cerca di favorire «la più ampia e razionale partecipazione di parti interessate ed esperti per intercettare le innovazioni del mercato, per comprendere il livello di selettività adeguato alle caratteristiche ambientali e socio-economiche del settore e degli appalti pubblici di riferimento e per evitare criticità in fase applicativa»[119].

4. Una rilettura circolare della c.d. "contrattazione ecologicamente orientata".

---

per quanto possibile, in funzione della tipologia di intervento e della localizzazione delle opere da realizzare, sulla base di adeguati criteri definiti dal MASE.

[114] Sul punto, Cons. St., Sez. IV, 22 ottobre 2021, n. 7093.

[115] Oltre all'art. 57, per la materia del GPP rilevano, altresì, le nuove disposizioni di cui agli artt. 79 (All. II.5 Parte II A), 80 (All. II.5 Parte II B), 87 (All. II.8 III), 105 (All. II.8 I), 106 (All. II.13), 108, 113.

[116] PAN GPP, p. 15.

[117] Vengono menzionati: a) mitigazione dei cambiamenti climatici; b) promuovere la transizione verso un modello di economia circolare; c) prevenzione e riduzione dell'inquinamento dell'aria, dell'acqua e del suolo, riducendo l'utilizzo e le emissioni di sostanze pericolose.

[118] Specificatamente: premessa; definizione dell'oggetto dell'appalto; criteri per la selezione dei candidati; criteri per la definizione delle specifiche tecniche; criteri premianti per la selezione delle prestazioni con caratteristiche ambientali migliori; clausole contrattuali per l'esecuzione dell'affidamento.

[119] PAN GPP, p. 36. «Complessivamente, i criteri ambientali minimi costituiscono pertanto il frutto di un confronto aperto e trasparente tra organo di *governance* [il Comitato di Gestione], Camere di commercio e rappresentanti delle varie associazioni di categoria via via coinvolte, principalmente in chiave consultiva» (così I. BAISI, *op. cit.*, p. 422).

ISSN 2036-7821

Da questa breve analisi, dunque, emergono contratti pubblici preordinati, oramai, «non tanto a scambiare utilità tra soggetti portatori di interessi antagonisti, quanto piuttosto a regolare il concorso di una pluralità di interessi necessariamente convergenti alla protezione dell'ambiente e delle generazioni future», al punto che in dottrina si è sentito il bisogno di teorizzare il c.d. "contratto ecologico"[120]. Una categoria contrattuale, a dire il vero, non ancora pienamente acquisita dall'ordinamento, ma indubbiamente in grado di mettere in discussione la funzione di mero scambio del contratto, inteso tradizionalmente come strumento dagli effetti di tipo appropriativo[121]. Nel "contratto ecologico", del resto, «la convivenza tra interessi patrimoniali e interessi non patrimoniali non è meramente individuale, ma necessaria e indissolubile»[122]. Non a caso, questo paradigma contrattuale si

[120] Così M. PENNASILICO, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 1, 2017, pp. 4-5: «considero "contratto ecologico" l'espressione sintomatica di un autentico "mutamento di paradigma" in materia contrattuale, tale da mettere in discussione, sotto la spinta del modello globale dello "sviluppo sostenibile", l'adeguatezza della nozione stessa di contratto, […] e da imporre una conformazione "ecologica" dell'autonomia negoziale». L'Autore, addirittura, arriva a proporre il principio di sviluppo sostenibile come norma di ordine pubblico, «con la fondamentale conseguenza che la sua violazione da parte dei contraenti non potrebbe che determinare la nullità del contratto, rilevabile d'ufficio dal giudice» (M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni*, in ID. (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi ecologica del diritto contrattuale*, Atti del convegno, Bari 22-23 ottobre 2015, Napoli, 2016, p. 294). Una sorta di "ordine pubblico sostenibile", insomma, che pare però scontrarsi con il concetto essenzialmente unitario di ordine pubblico costituzionale. Nondimeno, assumendo lo sviluppo sostenibile come parametro di meritevolezza dei cc.dd. "contratti ecologici", si potrebbe giungere all'assurdo di ritenere non meritevole di tutela persino un appalto "verde", in quanto non idoneo a realizzare il concreto interesse ambientale. D'altra parte, però, bisogna ammettere che le esigenze ambientali sottese all'obbligatorietà del GPP rivestono oramai una centralità tale da conformare in senso "ecologico" finanche l'autonomia negoziale; sicché, la meritevolezza dei "contratti verdi" la si ritrova *in re ipsa* nella liceità della causa stessa. Cfr. M. PENNASILICO (a cura di), *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011. L'Autore, in particolare, rileva come le peculiarità del diritto degli appalti pubblici consentano di valorizzare – nell'interpretazione ecologicamente conformata dei "contratti verdi" – la buona fede oggettiva (art. 1366 c.c.), la conservazione degli effetti (art. 1367 c.c.) così come l'interpretazione funzionale del contratto (art. 1369 c.c.). Tra l'altro, è proprio in ragione di questa "funzionalizzazione" del rapporto tra contratto e diritto dell'ambiente che l'interpretazione del primo dovrebbe essere orientata nel senso di garantire effetti negoziali ordinati alla concreta tutela del secondo, «superando testualismi pericolosi anche attraverso un'interpretazione c.d. integrativa che vada a perseguire l'economia del contratto e, nel caso di interpretazione di clausole contrattuali di sostenibilità, a realizzare condotte rispondenti agli *standard* ecologici secondo la miglior scienza ed esperienza del momento […]» (così S. LANDINI, *Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente*, cit., p. 359).

[121] *Contra* S. PAGLIANTINI, *Sul c.d. contratto ecologico*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente*, cit., p. 379: «se da un lato è percorso da un valore non patrimoniale che talora ne indirizza la funzione, dall'altro, col fatto di operarne una sussunzione incipiente, nella sostanza lo patrimonializza». L'Autore, invero, più che una riconcettualizzazione delle categorie contrattuali, intende il "contratto ecologico" come una provocazione.

[122] Una prospettiva che coinvolge, irrimediabilmente, anche il diritto privato, al punto che M. PENNASILICO, *Contratto ecologico*, cit., pp. 17-18 propone di «sostituire alla definizione comune di "appalto pubblico verde" (*Green Public Procurement*) quella onnicomprensiva di "appalto sostenibile" (*Sustainable Procurement*)». A tal riguardo, è importante richiamare la COM (2008) 400 *final*, che al GPP riconosce pure la funzione di «stimolare l'applicazione di norme verdi negli appalti privati». Dopotutto, in linea teorica, non vi sono particolari ostacoli all'integrazione dei criteri ambientali minimi negli appalti privati; lo dimostrano, ad esempio, le disposizioni sul

ISSN 2036-7821

contraddistingue sul piano della causa, "colorata di verde" per mezzo di un interesse ambientale che funzionalizza gli interessi dei singoli contraenti all'utilità ambientale nonché all'uso razionale delle risorse naturali, in una prospettiva inter-generazionale. Nell'interpretare tali contratti, peraltro, «un ruolo integrativo non potrà che essere svolto anche dai principi ambientali europei e, segnatamente, dal principio d'integrazione degli interessi ambientali e dal principio dello sviluppo sostenibile»[123]. Valori e contenuti nuovi, quindi, che uniti al principio di solidarietà, rendono il contratto fonte non semplicemente di rapporti giuridici patrimoniali, ma di rapporti giuridici patrimoniali "sostenibili", tali da rendere la nozione di contratto (art. 1321 c.c.), di per sé sola, insufficiente[124].

Così, nel porsi a protezione di terzi indeterminati[125], il lemma "contratto ecologico" pare oggi predicare un valore tutt'altro che "descrittivo": oltre a «evocare il complesso delle norme derogative rispetto all'articolato del diritto patrimoniale comune – dettate (per) o funzionali (alle) speciali necessità del valore ambiente»[126] –, concorre a segnare il percorso verso un differente approccio all'economia e ai consumi, contaminando la razionalità economica convenzionale attraverso «considerazioni di carattere etico e ambientale, volte all'affermazione di criteri di

---

c.d. 'Superbonus 110%', detrazione fiscale introdotta dal 'Decreto Rilancio' per la realizzazione di specifici interventi finalizzati all'efficienza energetica, al consolidamento statico o alla riduzione del rischio sismico degli edifici. Cfr. art. 119, comma 1, lett. *a*), decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 – convertito in legge 17 luglio 2020, n. 77: «i materiali isolanti utilizzati devono rispettare i criteri ambientali minimi […]».

[123] M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico"*, cit., p. 301. Riguardo l'applicazione pratica di questo principio, a cui ogni attività umana giuridicamente rilevante deve uniformarsi (cfr. art. 3-*quater*, c. 1, d.lgs. n. 152/2006) e alla luce del quale ogni questione che involge aspetti ambientali deve essere risolta (cfr. art. 3-*quater*, c. 4, d.lgs. n. 152/2006), v. anche D. AMIRANTE (a cura di), *La forza normativa dei principi. Il contributo del diritto ambientale alla teoria generale*, Cedam, 2006.

[124] *Contra* S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, pp. 368-370. Pur riconoscendo la legislazione ambientale come un "diritto secondo" regolante perfino i contratti che, a vario titolo, hanno a che fare con la conservazione e la gestione dell'ambiente – a partire dai principi generali, «indiscutibilmente conformativi e di regolazione dell'agire negoziale» –, secondo l'Autore «il fatto che il diritto dell'ambiente sia una legislazione in *magna pars* per principi e che questi vestano poi i panni di vere e proprie norme di condotta non scompagina di per sé il contratto come autoregolamento di privati interessi». Sotto questo profilo, dunque, non si sente il bisogno di una riconcettualizzazione categoriale, dal momento che il "contratto ecologico", quale fattispecie costitutiva di rapporti patrimoniali eco-sostenibili, rimane una (lodevole) provocazione argomentativa.

[125] Nella prospettiva trans-generazionale della tutela dell'ambiente, invero, risulta difficile credere che gli effetti del contratto e le tutele riferite a questi possano essere limitati alle sole parti contraenti. In dottrina, sull'argomento, v. M. LIPARI, *Intorno ai "principi generali del diritto"*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2016, pp. 28-39; P. PERLINGIERI, *Persona, ambiente e sviluppo*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente*, cit. Comunque, più che cimentarsi nella revisione di principi quali quello della relatività del contratto, occorrerebbe soffermarsi su «quali siano e come operino i rimedi posti a presidio dell'effettiva sostenibilità ambientale delle prestazioni da eseguire e quali regole concrete ne governino l'impiego». In tal senso, i criteri ambientali minimi potrebbero pure «concorrere a definire i criteri di attribuzione della responsabilità per i danni subiti da chi è terzo rispetto al rapporto contrattuale» (così F. DI GIOVANNI, *"Appalti verdi" e responsabilità sociale dell'impresa*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente*, cit., pp. 69-70).

[126] S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 382.

ISSN 2036-7821

giustizia sostanziale e di salvaguardia della vita sul pianeta»[127]. Superato perciò il dogma della relatività del contratto (art. 1372 c.c.), si rende necessario un giudizio di valore sull'attività economica (pubblica e privata), da considerarsi d'ora in poi meritevole soltanto se rispettosa dell'ambiente e delle generazioni future[128], *a fortiori* dopo la riforma costituzionale n. 1/2022[129].

Dall'altro lato, nel momento in cui ci si rivolge alle attività delle pp.aa., ci si affida a un mercato composto, essenzialmente, da una domanda pubblica e da un'offerta privata; di conseguenza, superata l'idea che la sostenibilità possa essere imposta attraverso strumenti di "comando e controllo"[130], essa non può che essere «perseguita attraverso il mercato, da orientarsi verso scelte sostenibili, dando maggior valore economico a nuovi beni con caratteristiche sostenibili che si vanno a differenziare da quelli che ne sono privi»[131]. Sebbene possa obiettarsi che il nostro Paese è ancora in

---

[127] M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico"*, cit., p. 318.

[128] Sull'argomento, v. anche M. PENNASILICO, *Contratto e promozione*, cit., p. 264.

[129] Per una trattazione esaustiva, si rinvia a M. CECCHETTI, *La revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quad. cost.*, 3, 2021; G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 cost.*, in *Forum di Quad. cost.*, 2, 2021; F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Dir. econ.*, 1, 2022; C. SARTORETTI, *La riforma costituzionale "dell'ambiente": un profilo critico"*, in *Riv. giur. edil.*, 2, 2022; F. CORTESE, *La riforma degli artt. 9 e 41 Cost.: alcune osservazioni*, in *AmbienteDiritto.it*, 4, 2022; R. BIFULCO, *Ambiente e cambiamento climatico nella Costituzione italiana*, in *Rivista AIC*, 3, 2023. Più specificatamente, circa "l'interesse delle generazioni future", si vedano F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 0, 2010; L. BARTOLUCCI, *Le generazioni future (con la tutela dell'ambiente) entrano "espressamente" in Costituzione*, in *Forum di Quad. cost.*, 2, 2022; G. SOBRINO, *Le generazioni future "entrano" nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1, 2022; F.B. BIONDI, *Ambiente e solidarietà intergenerazionale. Chi sono le future generazioni?*, in *Lessico di Etica Pubblica*, 2, 2022; A. D'ALOIA, *L'art. 9 Cost. e la prospettiva intergenerazionale*, in *Passaggi costituzionali*, 2, 2022.

[130] Benché, a parere di M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico"*, cit., p. 297, «il passo decisivo, a voler prendere sul serio l'uso responsabile delle risorse naturali in materia contrattuale, sia quello dell'integrazione degli interessi ambientali nella contrattazione pubblica mediante "clausole verdi" obbligatorie». Dopotutto, è proprio in virtù dell'applicazione obbligatoria che gli "appalti verdi" – da oggetto di singoli programmi sparsi nella legislazione interna speciale – sono diventati *modus operandi* di qualsiasi amministrazione pubblica. Cfr. F. DI GIOVANNI, *op. cit.*, p. 68. Persino S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 378 ritiene che pur a fronte di una tutela dell'ambiente che «assume le forme manifestative di una protezione "sia nel mercato" che "attraverso il mercato (Cfr. M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2007, pp. 219 ss.) […]», un siffatto fine pur sempre ben si incardina nel paradigma ordo-liberale di una massimizzazione dei consumi individuali come condizione ottimale di un mercato competitivo eletto ad istituzione di utilità sociale». Cosicché, si ci trova al cospetto di un apparato normativo teso al consumo *green-oriented* che qualifica il soggetto di diritto più come consumatore che non quale persona. In quest'ottica, v. anche M. LIBERTINI, *Persona, ambiente e sviluppo: ripensare la teoria dei beni*, in *Benessere e regole*, cit., pp. 479 ss.

[131] G. FIDONE, *Uso strategico dei contratti pubblici*, cit., p. 255. Mediante l'integrazione di criteri ambientali nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, in pratica, si incentivano gli imprenditori a investire nel miglioramento delle proprie prestazioni ambientali, esortando parallelamente i consumatori a preferire imprese ecologicamente virtuose. In questo contesto, perciò, il "contratto ecologico" assume una funzione non soltanto *premiale*, ma anche *correttiva* del mercato, come se «l'autonomia privata, sotto la forma di libertà nella gestione dell'impresa, [venisse] opportunamente guidata […] dall'operato della pubblica amministrazione» (così A. ADDANTE, *Autonomia privata e responsabilità sociale dell'impresa*, Napoli, 2012, p. 295. Per S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 380, tuttavia, il privilegiare sistemi di produzione a basso impatto ambientale non può essere semplicemente letto come un fattore regolativo del gioco concorrenziale tra le imprese in grado di espungere

ISSN 2036-7821

ritardo nel perseguimento dei 17 obiettivi sostenibili dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite (*Sustainable Development Goals – SDGs*) e dei 169 *target* a essi associati[132], finanche per l'uso strategico dei contratti pubblici vale pur sempre il discorso che sarà necessario attuare «una rielaborazione degli istituti attuali e delle modalità di attuazione, che appaiono non sempre adeguati a nuovi traguardi»[133], sulla scorta dell'evoluzione compiuta dal contratto d'appalto pubblico[134]: da mero strumento di acquisizione di beni e servizi, a strumento di politica economica[135]. Orbene, come nel diritto civile dell'ambiente Pennasilico[136] considera il "contratto ecologico" quale *strumento elettivo* nella costruzione di un altro modo – solidale e sostenibile – di soddisfare i bisogni[137], sul fronte del diritto pubblico è lo stesso Consiglio di Stato a confermare che «i cc.dd. *green public procurements* si connotano per essere un segmento dell'economia circolare»[138]. Da verdi ed ecologici a sostenibili e circolari, anche per i criteri ambientali minimi è giunto il momento di adottare un approccio "dalla culla alla culla" *(from cradle to cradle)*, in modo da sfruttare il valore delle risorse e dei materiali impiegati per i beni e i servizi acquistati fino alla fine del loro "ciclo di vita", riducendo o addirittura eliminando la produzione di rifiuti.

---

quelle non eco-efficienti; l'Autore, anzi, evidenzia «il rischio di appannare indirettamente la concorrenzialità del mercato, visto che l'adozione di criteri di sostenibilità *ad hoc* può selezionare, in termini discriminatori, le grandi imprese rispetto a quelle medio-piccole». Insomma, non è tutto oro quello che luccica.

[132] Cfr. Alleanza Italiana per lo Sviluppo Sostenibile, *L'Italia e gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile. Rapporto ASviS 2023*.

[133] G. FIDONE, *op. ult. cit.*, p. 254.

[134] Infatti, come rileva M. MIRRIONE, *op. cit.*, col. 170, «tramontata la stagione politico-economica che orientava gli appalti per "sostenere determinate branche dell'attività produttiva" o in funzione anticiclica, la domanda pubblica sembra conservare un ruolo ulteriore rispetto alla mera soddisfazione dei fabbisogni dell'apparato pubblico e degli amministrati». Per rendere la domanda pubblica «uno strumento di un governo strategico, capace di creare valore pubblico e di promuovere sviluppo e innovazione», però, «occorre sia un'azione politica e un piano generale che dia la direzione a tutte le committenze pubbliche, sia che le singole stazioni appaltanti si impegnino a declinare un programma, specifico e di dettaglio, con il quale si enucleino gli obiettivi collaterali che ci si propone di raggiungere» (così S. VALAGUZZA, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, 2018, *passim*).

[135] Cfr. M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico"*, cit., p. 297. Per quanto attiene all'uso scorretto delle "dichiarazioni ambientali" nella commercializzazione dei prodotti (c.d. *greenwashing*), si rinvia a S. LANDINI, *Clausole di sostenibilità*, cit., pp. 356-365. D'altronde, persino il termine "sostenibile" rischia di essere ingannevole, se non ancorato a criteri uniformi aventi serietà scientifica; una questione, peraltro, di stretta attualità, ora che è stata definitivamente approvata la direttiva (UE) 2024/825 sulla "responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante il miglioramento della tutela dalle pratiche sleali e dell'informazione" (ECGT). Rispetto ai rimedi, si rinvia invece al contributo di C. SARTORIS, *L'interesse ambientale del consumatore tra consapevolezze, rischi e rimedi*, in P. LUCARELLI, A. SANTONI (a cura di), *Questione ambiente. Itinerari giuridici per l'impresa*, I, Pisa, 2024, pp. 253-268. Circa le garanzie di sostenibilità nella *value chain*, si consiglia infine la lettura di F. DEGL'INNOCENTI, *Verso un'autonomia contrattuale sostenibile. Profili regolatori europei delle catene globali del valore*, Pisa, 2024, spec. pp. 59-112.

[136] Cfr. M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014.

[137] Nel quale però il consumatore diventa "parte attiva" del rapporto, promuovendo e difendendo un mercato più equo, attento e responsabile. Cfr. B. AGOSTINELLI, *"Gruppi di acquisto solidale": un nuovo modo di negoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2015, pp. 1200 ss.

[138] Cons. St., III, n. 8773/2022.

ISSN 2036-7821

Nel rileggere la c.d. "contrattazione ecologicamente orientata", in conclusione, occorre superare la visione dell'interesse ambientale quale mero limite interno all'attività di operatori pubblici e privati[139], interpretandolo piuttosto come *fattore di sviluppo* per il prossimo futuro, che vedrà impegnate l'Italia e tutta l'Unione Europea nel perseguimento di una crescita economica dissociata dall'uso delle risorse non rinnovabili, sulla base di quanto previsto dal *Next Generation EU* e, più in generale, dall'Agenda 2030[140].

[139] Art. 3-*ter*, d.lgs. n. 152/2006: «La tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio "chi inquina paga" […]».

[140] A partire dall'obiettivo n. 12, volto a «garantire modelli sostenibili di produzione e di consumo», da raggiungersi anche attraverso la promozione di «pratiche sostenibili in materia di appalti pubblici, in conformità alle politiche e priorità nazionali» (12.7). In dottrina, per una trattazione esaustiva, v. F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'Agenda ONU 2030*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2-3, 2022, pp. 243-264.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Le radici del *rating* tra antimafia ed anticorruzione

di Giorgio Di Mitri

(Dottore in Giurisprudenza presso l'Università degli studi di Palermo)

Sommario

1. Premessa; - 2. La prevenzione amministrativa negli appalti pubblici: la documentazione antimafia; - 2.1. La documentazione antimafia come requisito generale di ammissione alle gare; - 2.2. L'ambito di applicazione delle verifiche antimafia; - 2.3. Comunicazioni, informazioni ed informative "atipiche"; - 2.4. La Banca Dati Nazionale Unica; 3. Natura, confini e criticità della discrezionalità prefettizia; - 3.1. La valutazione discrezionale nell'emissione dell'informazione antimafia; - 3.2. I limiti alla discrezionalità prefettizia; - 4. Gli strumenti negoziali: i protocolli di legalità e i patti di integrità; - 4.1. Le origini, la consacrazione giurisprudenziale e l'evoluzione normativa; - 4.2. La natura giuridica dei protocolli e la compatibilità con la tassatività delle cause di esclusione; - 4.3. I profili di coordinamento con la documentazione antimafia; 5. Le *white list*; - 5.1. Origine e sviluppo dell'istituto; - 5.2.L'iscrizione alle nuove *white list* tra volontarietà formale ed obbligatorietà sostanziale; - 5.3. Le attività a maggior rischio di infiltrazione mafiosa; - 5.4. Il dialogo tra imprese e prefetture: il procedimento di iscrizione e l'onere collaborativo; - 6. Conclusioni

Abstract

The origin of the legal rating is possible if it is decided by the legislator's will in "concorrenza" the virtuoso impression and includes the discipline of the public contract at the end of which the economic operator has collaborated with the public authority. age it contrasts with organized crime, in particular on the part of the infiltrazioni of the stessa and does not report it to the public authorities.
In particular, the introduction of the legal rating into the public contractual contract involves the arrival of a progressive "privatization" process in contrast to the mafioso, which has already been confirmed with the precursory instrument of the legal rating: the legal protocol and the white list.

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Le origini dell'istituto del *rating* di legalità si possono fare rinvenire anche in una volontà del legislatore di porre in "concorrenza" le imprese virtuose e viene inclusa nella disciplina dei contratti pubblici al fine di indurre gli operatori economici a collaborare con le pubbliche autorità per agevolare il contrasto alla criminalità organizzata, in particolare sul piano delle infiltrazioni della stessa nei rapporti tra imprese e Pubblica Amministrazione.

In particolare, l'introduzione del *rating* di legalità nella contrattualistica pubblica costituisce il punto di arrivo di un processo di progressiva "privatizzazione" del contrasto al fenomeno mafioso, che ha avuto avvio con due strumenti precursori al *rating* di legalità: i protocolli di legalità e le *white list*.[1]

Un primo motivo che spinge ad analizzare le normative antimafia ed anticorruzione nell'ambito di questa trattazione è costituito dal legame che emerge tra *rating* di legalità e contrasto alla criminalità organizzata, con il primo che rappresenta un incentivo per spingere le imprese ad impegnarsi nel secondo.

C'è, però, un altro motivo ed è direttamente connesso con il divieto di commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di aggiudicazione. Il *rating* di legalità, si è visto, è un istituto che incide in sede di valutazione delle offerte, pur essendo costruito in base alle caratteristiche dell'offerente. Tra queste ultime, valorizza soprattutto quelle relative all'integrità morale dell'impresa, le quali, ai sensi dell'art. 80, secondo comma, del codice del 2016, sono considerate come requisiti necessari a potere accedere alle gare. In altre parole, per come è costruito, il *rating* di legalità attribuisce rilevanza in sede di aggiudicazione ad elementi già decisivi in sede di qualificazione.

Quando viene avvantaggiata un'offerta sulla base di un più elevato *rating* di legalità dell'offerente si verifica non solo la commistione tra criteri soggettivi e criteri oggettivi ma, riprendendo le parole del Consiglio di Stato nella pronuncia del 2 agosto 2016 sulle Linee guida ANAC, anche la duplicazione di detti criteri.

2. La prevenzione amministrativa negli appalti pubblici: la documentazione antimafia

Il sistema della documentazione antimafia di cui al d.lgs. n. 159/2011 (il "Codice Antimafia"), si basa sulla distinzione tra le comunicazioni antimafia e le informazioni

[1] M. FRONTONI, *Contratto e antimafia: il percorso dai Patti di legalità al rating di legalità*, Giappichelli, Torino, 2015. Per potere comprendere la portata dell'istituto del *rating* è necessario tenere in considerazione la volontà del legislatore di spostare una parte dell'attività di prevenzione della corruzione delle pubbliche amministrazioni in capo alle imprese virtuose, che verrebbero, perciò, spinte ad assumersi obblighi ulteriori rispetto a quelli minimi previsti dalla legge. Tale attività da parte delle imprese comporta, però, un incremento dei costi per le stesse, dovendo assumere e pagare il personale addetto a svolgere tali controlli. A fronte di questo incremento dei costi, l'ordinamento deve prevedere dei meccanismi premiali per l'apporto fornito dalle imprese nell'ottica di contrasto alla criminalità organizzata.

ISSN 2036-7821

antimafia, sancita dall'art. 84 dello stesso Codice Antimafia, ai sensi del quale "*1. La documentazione antimafia è costituita dalla comunicazione antimafia e dall'informazione antimafia.*
2. La comunicazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, sospensione o di divieto di cui all'art. 67.
3. L'informazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67, nonché, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 91, comma 6, nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate indicati nel comma 4".
Comunicazione antimafia ed informazione interdittiva antimafia costituiscono, dunque, le fondamentali misure di prevenzione amministrative previste dal Codice, tuttora confermate nel loro impianto, anche alla luce della modifica intervenuta con riferimento al Codice Antimafia con la legge n. 161 del 17 ottobre 2017, in vigore dal 19 novembre 2017.
In particolare, mentre il presupposto per l'emissione di una comunicazione antimafia consiste nell'attestazione che a carico di determinati soggetti, individuati all'art. 85 del Codice Antimafia, non siano state emesse misure di prevenzione personali; invece, le informazioni interdittive antimafia si distinguono per l'attribuzione al Prefetto di una spiccata autonomia valutativa, potendo lo stesso valutare il rischio di infiltrazione mafiosa nell'impresa, in quanto tali valutazioni possono prescindere dagli esiti delle indagini preliminari o dello stesso giudizio penale, che deve comunque essere tenuto in considerazione dalla Prefettura, in presenza dei cc.dd. delitti spia, individuati al comma 4 dell'art. 84 del Codice Antimafia[2], ai sensi del quale "*Le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva di cui al comma 3 sono desunte:*

a) *dai provvedimenti che dispongono di una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni delitti di cui agli articoli 353, 353-bis, 603-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, dei delitti di cui all'art. 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'art. 12-quinquies della legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356;*
b) *dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione;*
c) *salvo che ricorra l'esimente di cui all'art. 4 della legge 24 novembre 1982, n. 689, dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e 629 del*

[2] V. SALAMONE, *Il sistema della documentazione antimafia, normativa e giurisprudenza;* Testo elaborato in occasione del seminario tenuto a Roma il 5 dicembre 2018 presso la Scuola di perfezionamento per le Forze di Polizia.

ISSN 2036-7821

codice penale, aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, da parte di soggetti indicati nella lettera b) dall'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste;

d) *dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito con modificazioni dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'art. 93 del presente decreto;*

e) *dagli accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto procedente ai sensi della lettera d);*

f) *dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari di provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia".*

2.1. La documentazione antimafia come requisito generale di ammissione alle gare

La lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso rappresenta un'esigenza primaria per l'ordinamento, soprattutto in settori come quello dei contratti pubblici particolarmente vulnerabili a questo tipo di ingerenze.

Da sempre, infatti, l'organizzazione mafiosa riesce a districarsi con grande abilità tra la politica e la burocrazia, controllandone l'operato ed ottenendo contratti pubblici, presentandosi come un'impresa in gara o subentrando in qualità di subappaltatrice. Tutto questo determina, da un lato, una riduzione della funzionalità del principio di buon andamento della pubblica amministrazione e, dall'altro riduce altresì l'efficienza del mercato degli appalti a danno delle imprese oneste.[3]

L'ordinamento prevede che, in presenza di determinati presupposti, la Pubblica Amministrazione debba recidere ogni tipo di contatto venutosi ad instaurare con l'impresa collusa con l'organizzazione criminale. In via generale, tali norme sono finalizzate ad evitare il rilascio di concessioni e autorizzazioni, ovvero la stipula,

[3] Sulla base di ciò, si comprendono le motivazioni che hanno portato il legislatore a dedicare tanta attenzione al contrasto di questo fenomeno, sia dal punto di vista repressivo, che preventivo, con un complesso di norme che va a costituire la normativa antimafia in materia di appalti: un insieme di misure volte ad allontanare alcuni soggetti dalla stipula di contratti pubblici non per sanzionarli ma per tutelare le stazioni appaltanti. Ed infatti, il presupposto di applicazione di queste norme è rappresentato non necessariamente dall'accertamento di una fattispecie di reato, ma è costituito dall'esistenza di elementi considerati sintomatici del rischio di un'ingerenza mafiosa.

ISSN 2036-7821

approvazione o autorizzazione di contratti pubblici con gli operatori economici a rischio di ingerenza mafiosa. Nel caso in cui la circostanza ostativa venga accertata in un momento successivo, l'art. 94 del Codice Antimafia prevede che "[…] *i soggetti di cui ai all'art. 83, commi 1 e 2, salvo quanto previsto al comma 3, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione rimanente, nei limiti delle utilità conseguite*".

Ed infatti, guardando alla più recente legislazione, volta a prevenire le infiltrazioni mafiose nei contratti pubblici, è naturale fare riferimento al fiorire di strumenti finalizzati ad affiancare l'attività repressiva ad un'attività di tipo preventivo, che va dal livello informativo, a quello interdittivo, fino ad arrivare a misure che colpiscono le imprese sul piano reputazionale.

Se, da un lato, appare evidente che la crescente serie di strumenti previsti dal legislatore vada ricondotta nell'alveo dei "rimedi" che l'ordinamento ha previsto al fine di indurre le imprese a porre in essere comportamenti virtuosi, cercando di arginare i fenomeni corruttivi e di infiltrazioni mafiose, bisogna al contempo chiedersi se e quanto tali strumenti siano idonei ad incidere sulla complessiva "giustizia del sistema", rischiando di determinare l'espulsione dal mercato di imprenditori che pagano due volte la difficoltà di operare in aree economico caratterizzate da una forte infiltrazione criminale[4]: una prima volta dovendo sottostare alle condizioni ed alle minacce della criminalità organizzata; una seconda volta vedendosi espulse dal mercato mediante l'adozione delle apposite misure di contrasto. Si pensi al caso della estensione degli effetti interdittivo-decadenziali delle misure di prevenzione che conduce al c.d. ergastolo imprenditoriale.

Negli ultimi anni, il legislatore nazionale si è impegnato a predisporre contromisure e regole da applicare al fine di restituire una dimensione di legalità al mercato in generale e, in particolare a quello relativo all'esecuzione di opere e servizi pubblici.

Da qui la scelta di prevedere misure idonee ad indurre le imprese a porre in essere comportamenti eticamente corretti, ovvero di prevedere un obbligo in tal senso in capo ai pubblici funzionari.

Le misure a ciò finalizzate, per potere assumere effettività hanno bisogno di un rilevante tempo di sedimentazione che consenta loro di permeare la membrana che avvolge la società moderna ed acquisire effettività, abbandonando la mera rilevanza formale.

La documentazione antimafia, secondo la più recente dottrina, rappresenta il principale ma non esclusivo strumento di prevenzione amministrativa nel contrasto alla criminalità organizzata, che si accompagna agli strumenti di prevenzione

[4] G. ARMAO, *Brevi considerazioni su informativa antimafia e rating di legalità ed aziendale nella prevenzione delle infiltrazioni criminali nei contratti pubblici*, in www.ambientediritto.it

ISSN 2036-7821

giurisdizionale, rappresentando il punto di tutela più avanzato, esigendo la ricorrenza di elementi di minore stringenza rispetto a quelli necessari per l'adozione di misure giurisdizionali.

Nonostante la pericolosità riconosciuta al fenomeno mafioso, non può eludersi la delicata questione del contemperamento di tali misure con altri valori costituzionalmente rilevanti, partendo dal principio di legalità, che vieta la previsione di poteri puramente rimessi all'arbitrio della Pubblica Amministrazione, fino ad arrivare ai principi della presunzione di innocenza, nonché della libertà di iniziativa economica privata.[5]

L'informativa antimafia prescinde dall'accertamento della rilevanza penale dei fatti, non occorrendo neppure che il pericolo di condizionamento delle scelte dell'impresa sia concretamente provato, in quanto la finalità perseguita si concretizza nella massima anticipazione dell'azione di prevenzione, inerente alla funzione di polizia e di sicurezza, rispetto alla quale assumono rilievo fatti e vicende solo sintomatici ed indiziari. Ed infatti, per l'emissione di un'eventuale informativa antimafia "*il complesso degli elementi sintomatici ed indiziari che emergono nella fase istruttoria che precede l'adozione del provvedimento debbono, quantomeno, configurarsi idonei, nella emergenza ed oggettiva potenzialità, ad indurre con efficienza casuale e con carattere di attualità la situazione di condizionamento da parte della criminalità organizzata dell'impresa sottoposta a monitoraggio*".[6]

Fa capo al Prefetto il potere di precludere al privato ogni tipo di negoziazione con gli apparati pubblici, nonché di bloccarne l'esecuzione in presenza di un quadro costituito solo da presunzioni e indizi, che però non possono essere considerati singolarmente o sconfinare in meri sospetti, ma devono presentare il carattere dell'attualità, della congruità e della correttezza, stante che l'attendibilità dell'interferenza deve essere ricondotta ad una serie di circostanze ed elementi indiziari che qualifichino, su un piano di attualità ed effettività, una immanente situazione di condizionamento e di congruità con interessi malavitosi.

Ammettere un limite alla libera iniziativa economica privata, agganciando le proprie convinzioni esclusivamente al dato anagrafico, senza supporto di prove di frequentazioni o comunanza di interessi con ambienti vicini alla criminalità determinerebbe il rischio di un sistema arbitrario in capo al Prefetto; per evitare ciò, la valutazione discrezionale può dirsi ragionevole e attendibile se sorretta almeno da presunzioni semplici, ovvero da una pluralità di indizi seri, precisi e concordanti, oggettivamente riscontrabili, che secondo l'esperienza comune assumono un significato univoco.

---

[5] M. MAZZAMUTO, *La documentazione antimafia in generale*, in A. BALSAMO, G. FIANDACA, *Commentario al codice antimafia*.

[6] Consiglio di Stato, sez. III, 15 gennaio 2013, n. 204.

ISSN 2036-7821

Anche di recente si è sottolineata l'importanza che, seppure in ragione della speciale pervasività ne pericolosità sociale riconosciuti al fenomeno mafioso, sia giustificato il carattere preventivo/repressivo di provvedimenti di limitazione e contenimento della libertà di iniziativa economica, la deroga non può spingersi fino a giustificare l'emanazione di informative della libertà di iniziativa economica, la deroga non può spingersi fino al punto da giustificare l'emanazione di informative antimafia interdittive basate su un semplice sospetto o su mere congetture prive di riscontro fattuale, pena, altrimenti lo stravolgimento dei principi di legalità e certezza del diritto del nostro ordinamento democratico. Alla stregua di quanto sin qui sinteticamente richiamato, la giurisprudenza indica quindi nella attualità, nell'obiettiva congruità e nella concretezza, i caratteri che devono manifestare gli elementi assunti dai provvedimenti interdittivi come base per giustificare la loro adozione da parte dell'autorità prefettizia competente, in ordine al rischio di infiltrazione mafiosa.[7]

Nonostante il pericolo dell'infiltrazione mafiosa non si possa ritenere immaginario, ma fondato su elementi presuntivi ed indiziari concretamente individuati, la relativa valutazione è rimessa alla lata discrezionalità del Prefetto, sindacabile in sede di legittimità sotto il profilo della illogicità, incoerenza o inattendibilità. Tuttavia, la valutazione discrezionale, per evitare di sconfinare in mero arbitrio, può dirsi ragionevole e attendibile se sorretta almeno da presunzioni semplici, ovvero da una pluralità di indizi seri precisi e concordanti, oggettivamente riscontrabili, che secondo l'esperienza comune assumono un significato univoco.

2.2. L'ambito di applicazione delle verifiche antimafia

Quanto all'ambito di applicazione oggettivo, conviene prendere le mosse dal comma 1 dell'art. 83 del Codice del 2016, ai sensi del quale la documentazione antimafia deve essere acquisita "*prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'art. 67*". Questa disposizione deve essere affiancata anche alla previsione di cui all'art. 67 del Codice Antimafia, cui espressamente rimanda, tenendo conto del fitto elenco di provvedimenti che questo stila, facendo riferimento a:

- licenze o autorizzazioni di polizia e di commercio;
- le concessioni di acque pubbliche e di diritti ad essa inerenti, nonché le concessioni di beni demaniali quando siano richieste per l'esercizio di attività imprenditoriali;
- le concessioni di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazioni e le concessioni di servizi pubblici;

[7] Consiglio di Stato, III, 26 febbraio 2014, n. 930.

ISSN 2036-7821

- le iscrizioni negli elenchi di appaltatori o fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione, nei registri della camera di commercio per l'esercizio del commercio all'ingrosso e nei registri di commissionari presso i mercati all'ingrosso;
- le attestazioni di qualificazione per eseguire lavori pubblici;
- le altre iscrizioni o provvedimenti che autorizzino, concedano o abilitino per lo svolgimento di attività imprenditoriali;
- i contributi, finanziamenti o mutui agevolati e le altre erogazioni simili concesse o erogate dallo Stato, da altri enti pubblici, dall'Unione europea per lo svolgimento di attività imprenditoriali;
- le licenze per detenzione e porto d'armi, fabbricazione, deposito, vendita e trasporto di materie esplodenti.

Inoltre, bisogna segnalare che anche con riferimento all'ambito di applicazione oggettivo, l'art. 83, comma 3, individua alcune eccezioni: la documentazione antimafia, infatti, non è richiesta ai fini del "*rilascio o il rinnovo delle autorizzazioni o licenze di polizia di competenza delle autorità nazionali e provinciali di pubblica sicurezza*"; "*per la stipulazione o approvazione di contratti e per la concessione di erogazioni a favore di chi esercita attività agricole o professionali, non organizzate in forma d'impresa, nonché a favore di chi esercita attività artigiana in forma di impresa individuale e attività di lavoro autonomo anche intellettuale in forma individuale*"; "*per i provvedimenti, gli atti, i contratti e le erogazioni il cui valore complessivo non supera i 150.000 euro*".

Infine, occorre considerare i soggetti sottoposti alla verifica antimafia. L'art. 85, nel disciplinare questo aspetto, distingue innanzitutto tra imprese individuali e soggetti collettivi. Nella prima categoria ricomprende le associazioni, le imprese, le società, i consorzi e i raggruppamenti temporanei di imprese. Per le prime, la documentazione antimafia riguarda il titolare e, se previsto, il direttore tecnico. Per i secondi, invece, viene dettata una disciplina che accosta ad ogni tipologia di soggetto collettivo una o più figure che si aggiungono al direttore tecnico, quali soggetti sottoposti alla documentazione antimafia. [8]Il comma 2 *bis*, inoltre, aggiunge che per le associazioni e le società di qualunque tipo la documentazione antimafia si estende anche ai membri del collegio sindacale, in determinati casi al sindaco e ai soggetti che svolgono i compiti di vigilanza di cui all'art. 6, comma 1, lett. b) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231. Il comma 2 *ter*, poi, chiarisce che per le società costituite all'estero e prive di una sede secondaria con rappresentanza stabile in Italia, le verifiche antimafia si svolgono rispetto ai soggetti che esercitano poteri di amministrazione, di rappresentanza o di direzione dell'impresa.

[8] A titolo esemplificativo, per le associazioni le verifiche si effettuano rispetto a chi ne ha la legale rappresentanza, mentre per le società di capitali queste riguardano il socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, oppure l'unico socio nel caso di società con un solo socio.

ISSN 2036-7821

Il comma 2 *quater*, invece, detta una disciplina più stringente per le società di capitale concessionarie nel settore di giochi pubblici.
L'articolo si chiude con la previsione del comma 3, per cui l'informazione antimafia, e cioè una particolare tipologia di documentazione antimafia, deve riferirsi anche ai familiari conviventi di maggiore età dei soggetti precedentemente individuati.
È necessario specificare che l'insieme rappresentato dai soggetti identificati dall'art. 85 per cui le amministrazioni devono acquisire la documentazione antimafia, non coincide con quello ben più ampio costituito dai soggetti sottoponibili a verifica antimafia. Ai sensi dell'art. 91 comma 5 del d.lgs. 159/2011, infatti, quest'ultima può essere estesa "*ai soggetti che risultano poter determinare in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi dell'impresa*". Si potrebbe, quindi, sostenere che il secondo dei due insiemi richiamati sia aperto, proprio perché la sua ampiezza non è predeterminata, ma rimessa ad una valutazione discrezionale del prefetto.
Quanto alla *ratio* della norma, emerge chiaramente una marcata propensione all'allargamento degli accertamenti, finalizzata ad adattare il sistema di prevenzione all'evolversi delle strategie criminali. In tale ottica occorre inquadrare le previsioni relative alle imprese straniere, quelle che danno rilievo ai consorzianti, quelle che coinvolgono i livelli intermedi di governo come i membri del collegio sindacale e quelle che considerano soggetti di per sé estranei all'impresa come i familiari conviventi.

2.3. Comunicazioni, informazioni ed informative "atipiche"

Il problema della tipicità e della tassatività per le misure di prevenzione si pone, a maggior ragione, per le misure interdittive antimafia, che si fondano sull'utilizzo di strumenti, accertamenti, collegamenti, risultanze, necessariamente anche atipici, come del resto atipica è la capacità delle mafie di perseguire i propri fini. E solo di fronte ad un fatto inesistente od obiettivamente non sintomatico il campo valutativo del potere prefettizio, in tale materia, deve arrestarsi.
L'art. 83 del Codice Antimafia, concernente l'ambito di applicazione della documentazione antimafia, stabilisce che le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico, nonché i concessionari di lavori o di servizi pubblici, devono acquisire la documentazione antimafia di cui all'art. 84 prima di potere stipulare, approvare o autorizzare i contratti e i subcontratti concernenti lavori, servizi e forniture pubblici.
Secondo l'orientamento giurisprudenziale espresso dal Consiglio di Stato, nella recente sentenza n. 2064/2020, in presenza di informazione interdittiva antimafia, le stazioni appaltanti devono procedere alla revoca dell'aggiudicazione ovvero, se la

ISSN 2036-7821

stipula del contratto è già intervenuta, alla risoluzione del contratto come previsto all'art. 94, commi 1 e 2, d.lgs. 159/2011. Una deroga è prevista, in linea generale, al successivo comma 3, ai sensi del quale le stazioni appaltanti "*non procedono alle revoche o ai recessi di cui al comma precedente nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi*". La prosecuzione del contratto pubblico costituisce rimedio di carattere straordinario, destinato a trovare applicazione negli stretti limiti dei casi definiti dagli artt. 32, comma 10, del D.L. n. 90/2014 e 94, comma 3, del D.Lgs. n. 159/2011. Le regole enunciate costituiscono espressione di un principio secondo il quale il rischio di infiltrazione mafiosa esclude l'aggiudicazione di contratti pubblici e non inibisce la sollecita aggiudicazione a terzi, essendo l'interesse pubblico alla celere realizzazione delle opere o all'acquisizione delle risorse o dei servizi assolutamente prevalente rispetto alle vicende dell'impresa impegnata a ottenere una riabilitazione in sede amministrativa.[9]

La formulazione della normativa a struttura aperta che caratterizza l'informazione interdittiva antimafia, consente all'autorità amministrativa e, ove insorga contestazione in sede giurisdizionale, al giudice amministrativo, di apprezzare, in sede di sindacato sull'eccesso di potere, tutta una serie di elementi sintomatici dai quali evincere l'influenza, anche indiretta delle organizzazioni mafiose sull'attività di impresa nella duplice veste della c.d. contiguità soggiacente o della c.d. contiguità compiacente, elementi che sfuggirebbero, invece, ad una rigorosa, tassativa, asfissiante tipizzazione di tipo casistico, che elenchi un numero chiuso di situazioni sintomatiche.

Negare, però, fin dalla radice che il Prefetto possa valutare elementi "atipici" da cui trarre il pericolo di infiltrazione mafiosa, vorrebbe dire annullare ogni tipo di efficacia della legislazione antimafia e neutralizzare, in nome di un'astratta e aprioristica concezione di legalità formale, la sua decisiva finalità preventiva di contrasto al fenomeno mafioso, che consiste innanzitutto nel "*tenere il passo con il mutare delle circostanze*", riprendendo quanto affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza De Tommaso c. Italia.

Tuttavia, anche la giurisprudenza penale ha di recente osservato che il sistema delle misure di prevenzione è stato ritenuto dalla stessa Corte europea generalmente compatibile con la normativa convenzionale "*poiché il presupposto per l'applicazione di una misura di prevenzione è una "condizione" personale di pericolosità, la quale è desumibile da più fatti, anche non costituenti illecito, quali le frequentazioni, le abitudini di vita, i*

[9] Consiglio di Stato, sez. III, 24 marzo 2020, n. 2064

ISSN 2036-7821

rapporti, mentre il presupposto tipico per l'applicazione di una sanzione penale è un fatto-reato accertato secondo le regole tipiche del processo penale".[10]

Il Consiglio di Stato ha così enucleato le situazioni indiziarie, tratte dalle indicazioni legislative o dalla casistica giurisprudenziale, che possono costituire altrettanti "indici" o "spie" dell'infiltrazione mafiosa, non senza precisare che esse costituiscono un catalogo aperto e non già un numero chiuso, in modo da consentire all'ordinamento di contrastare in modo efficace l'infiltrazione mafiosa all'interno dell'impresa via via che essa assume forme sempre nuove e sempre mutevoli, affermando che il giudice deve farsi attento custode delle irrinunciabili condizioni di tassatività sostanziale e di tassatività processuale di questo potere per una tutela giurisdizionale piena ed effettiva di diritti aventi rango costituzionale nel bilanciamento con l'altrettanto irrinunciabile, vitale, interesse dello Stato a contrastare l'insidia delle mafia.[11]

Andando nello specifico, per ciò che concerne l'informativa atipica, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 159/2011, l'istituto dell'informativa atipica si ricavava dal combinato disposto dell'art. 1-*septies* del d.l. 629/1982 e dell'art. 10 del d.P.R. 252/1998: secondo questo modello, il Prefetto poteva rilasciare un'informativa priva del carattere interdittivo, attraverso la quale rimetteva alla stazione appaltante la valutazione circa l'avvio dei rapporti contrattuali alla luce dell'idoneità morale del concorrente. Tale informativa era rilasciata quando gli elementi di pericolosità accertati non raggiungevano la soglia di gravità prevista per le informative tipiche, e cioè quando erano carenti dei requisiti pertinenti alle cause interdittive o quando non erano idonei ad integrare appieno il tentativo di infiltrazione. In questi casi, l'ordinamento consentiva al Prefetto di rilasciare un'informativa che, non potendo essere di per sé interdittiva, riconosceva alle stazioni appaltanti il potere discrezionale di farla diventare tale. Queste ultime, infatti, sulla base di una propria valutazione, potevano decidere, motivando, se escludere o meno i soggetti colpiti da queste informative. Conseguentemente, nella disciplina processuale l'informativa atipica costituiva un mero atto endoprocedimentale, non direttamente lesivo e quindi non immediatamente impugnabile.

Queste informative, pur rappresentando un efficace strumento di contrasto della mafia, hanno generato numerosi problemi in sede di applicazione. Infatti, facendo emergere elementi significativi ma allo stesso tempo insufficienti ad escludere un soggetto da una gara d'appalto, costituivano la più avanzata soglia di difesa di quel settore.[12]

[10] Corte di Cassazione penale, sez. II, 01/03/2018
[11] Consiglio di Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105
[12] Consiglio di Stato, Sez. V, 18 novembre 2011, n. 6076

ISSN 2036-7821

2.4. La Banca Dati Nazionale Unica

Le modalità di rilascio della documentazione antimafia sono disciplinate, seppure in articoli diversi, in modo abbastanza simile per quanto riguarda sia le comunicazioni che le informazioni.

Con riferimento ad entrambe gioca un ruolo fondamentale la banca dati nazionale unica, istituita con il d.lgs. 159/2011 presso il Dipartimento per le politiche del personale dell'amministrazione civile e per le risorse strumentali e finanziarie del Ministero dell'interno. Le modalità di accesso, consultazione e collegamento sono state disciplinate dal regolamento adottato con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 30 ottobre 2014, n. 193, ed ha il compito, nel rispetto delle garanzie a tutela del trattamento dei dati sensibili, di semplificare e accelerare il rilascio delle comunicazioni e informazioni antimafia.

Le stazioni appaltanti pubbliche, enti pubblici, società controllate pubbliche, concessionari di opere pubbliche, prima di approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, dovranno acquisire la documentazione antimafia sulla piattaforma. Se non risultano a carico degli interessati le cause di divieto, sospensione e decadenza di cui all'articolo 67 del Codice antimafia, la Banca dati nazionale rilascia immediatamente, per via telematica, al soggetto richiedente, la comunicazione antimafia liberatoria.

L'acquisizione della documentazione antimafia non si conclude con la consultazione della banca dati in due casi particolari: in primo luogo, quando da tale consultazione emergono motivi ostativi al rilascio di una documentazione di tipo liberatorio; in secondo luogo, quando l'esame verte su un soggetto non censito dalla banca dati. In entrambe le ipotesi, ai sensi degli artt. 87 e 90, la documentazione antimafia, interdittiva o liberatoria, è rilasciata: in via generale dal prefetto della provincia in cui il soggetto sottoposto a verifica ha la sede legale; per le società estere con una sede secondaria in Italia, dal prefetto della provincia in cui questa è stabilita; per le società estere prive di una sede secondaria con rappresentanza stabile in Italia, dal prefetto della provincia in cui i soggetti richiedenti la documentazione antimafia hanno sede.

Emerge, dunque, un sistema di cautele antimafia in cui l'accertamento assume un carattere dinamico, e cioè non necessariamente vincolato all'attivazione del procedimento amministrativo rispetto al quale la documentazione è, di volta in volta, richiesta. Traspare la volontà di instaurare un sistema di aggiornamento continuo rispetto agli accertamenti antimafia, posto soprattutto ma non esclusivamente a carico dei prefetti: anche i privati devono collaborare, segnalando le circostanze che possono influenzare l'esito dei controlli.

Nell'ottica di tutela degli investimenti previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, (PNRR) il Ministero dell'Interno ha emanato una circolare in data 13 giugno 2022, con cui ha promosso una stretta collaborazione con le Amministrazioni

ISSN 2036-7821

centrali e territoriali, interessate da interventi del PNRR, in qualità di titolari sia nella veste di soggetti attuatori, allo scopo di scongiurare qualsivoglia forma di ingerenza della criminalità organizzata nella filiera realizzativa degli interventi del PNRR.
Si promuove, dunque, una digitalizzazione della documentazione antimafia inerente alle risorse del PNRR, riferimento che discende dall'utilizzo della piattaforma informativa "Banca Dati Nazionale Unica della Documentazione Antimafia (BDNA)", attraverso cui le pubbliche amministrazioni sono in grado di verificare l'esistenza di eventuale documentazione antimafia a carico degli operatori. La verifica avviene in modalità automatica ed immediata, grazie alla struttura digitale. [13]
Anche nel campo della prevenzione amministrativa antimafia, e in particolare con riferimento all'utilizzo delle risorse destinate al PNRR, la tecnologia può dare il suo contributo in termini di efficacia ed efficienza. Ma, considerato il contesto economico-finanziario in cui versano le imprese - non soltanto italiane - afflitte dalla preoccupazione di venir fuori dalla crisi pandemica e da quella bellica conservando la produttività e la forza lavoro esistente, occorre indugiare sull'opportunità di una misura che fonda il blocco dell'operatività aziendale non su fatti certi bensì sul criterio causale del "*più probabile che non*".
In effetti, la sua natura cautelare e preventiva si basa su elementi fattuali indiziari, sintomatici e strumentali a formulare un giudizio di natura prognostica circa la ricorrenza del pericolo di infiltrazione mafiosa. In altri termini, l'interdittiva antimafia non richiede la prova di un fatto, ma solo la presenza di una serie di indizi in base ai quali si può costruire un'ipotesi, ragionevole ma soltanto probabile, di permeabilità dell'impresa a ingerenze della criminalità organizzata di stampo mafioso. Il tutto appunto sulla base della regola causale del "*più probabile che non*".
Peraltro, il provvedimento in discorso è particolarmente afflittivo perché non incide soltanto sulla contrattualistica pubblica ma anche sulle autorizzazioni funzionali all'esercizio di una attività imprenditoriale puramente privata. E, sotto altro profilo, l'interdittiva antimafia può esser basata anche su fatti risalenti nel tempo, purché il pericolo di infiltrazione mafiosa nella gestione dell'attività di impresa resti attuale e concreto.
Ebbene, in tale contesto il ruolo centrale resta affidato alla valutazione discrezionale dell'autorità prefettizia, cui è demandata un'attenta ed equilibrata ponderazione dei valori costituzionali in gioco: libertà economica e tutela (anticipata) della legalità. Valori che occorre contestualizzare in relazione al periodo di forte crisi (pandemico-

[13] L'aggiornamento dell'infrastruttura tecnologica che gestisce la BDNA ha l'obiettivo di rendere più incisiva ed efficace una misura di prevenzione amministrativa che fa della precocità la sua dote fondamentale. Si veda in proposito la Circolare Ministero dell'Interno 13 giugno 2022, ai sensi della quale tale caratteristica viene anche rafforzata grazie al fatto che "*Il tracciamento così realizzato consentirà di monitorare, con immediatezza, l'eventuale adozione di provvedimenti di rigore nei confronti di quegli operatori economici coinvolti nell'attuazione degli interventi in questione per i quali siano emersi elementi che depongano per la sussistenza di un rischio infiltrativo*".

ISSN 2036-7821

bellica) che sta attraversato il sistema economico e sociale. Certamente l'innovazione tecnologia è d'aiuto nel realizzare finalità meritevoli di tutela ma, oggi più che mai, la prospettiva di tutela andrebbe indirizzata verso la salvezza delle aziende destinatarie dei fondi PNRR da infiltrazioni criminali piuttosto che verso la salvaguardia dei soli fondi PNRR.
E così, piuttosto che puntare all'interdizione dell'operatore economico, la cui immediatezza è garantita dalla velocità con cui la tecnologia diffonde l'informazione (antimafia), occorrerebbe relegare quel giudizio probabilistico a strumento residuale, preferendo misure di prevenzione alternative (*prevenzione collaborativa, commissariamento ad contractum*) in grado di coniugare la conservazione della produttività e della forza lavoro con la tutela della legalità.[14]

3. Natura, confini e criticità della discrezionalità prefettizia

3.1. La valutazione discrezionale nell'emissione dell'informazione antimafia

La documentazione antimafia è il principale strumento tramite cui le pubbliche amministrazioni evitano il contatto con soggetti economici a rischio di infiltrazione mafiosa.
In particolare, con il termine interdittiva antimafia si vuole fare riferimento all'effetto per l'appunto interdittivo, determinato dalla comunicazione e dall'informazione antimafia. Entrambi i provvedimenti di competenza prefettizia possono concludersi con una pronuncia liberatoria, che certifica l'assenza di tentativi di infiltrazione mafiosa nell'impresa, ovvero con una pronuncia interdittiva, che invece accerta la presenza di tale ingerenza nel *corpus* societario.
La comunicazione antimafia, che sia interdittiva o liberatoria, è un accertamento vincolato, mediante il quale si attesta la sussistenza o meno di cause di decadenza, sospensione o divieto *ex* art. 67 del Codice antimafia.
L'informazione antimafia, anch'essa interdittiva o liberatoria, si caratterizza altresì per la presenza di una valutazione discrezionale, sempre di competenza del Prefetto, relativa alla sussistenza o meno di tentativi di infiltrazione mafiosa nell'impresa.
In generale, il sistema delle interdittive antimafia, in un'ottica di massima anticipazione della soglia di tutela sociale, stabilisce che in presenza di determinati indici, ritenuti sintomatici della presenza mafiosa nella compagine societaria (i c.d. reati spia di cui all'art. 84 del Codice antimafia), nelle forme del condizionamento o del favoreggiamento, venga precluso al soggetto indiziato di contrattare con la

[14] G. FASANO, *Banca Dati Nazionale Unica della Documentazione Antimafia, inserite nuove "voci" dedicate al PNRR* in ntplusdiritto.ilsole24ore.com

ISSN 2036-7821

Pubblica Amministrazione, con conseguente esclusione dalla eventuale procedura di gara.[15]

La funzione della documentazione antimafia non è, dunque, sanzionatoria ma spiccatamente preventiva: l'allontanamento di un'impresa dal mercato degli appalti a seguito di un'interdittiva antimafia non rappresenta una sanzione ma è volta esclusivamente a tutelare la stazione appaltante dal rischio di intrattenere un rapporto con un soggetto economico poco affidabile. Si tratta di un accertamento che non va riconnesso alla sfera del diritto penale: in effetti, in quell'ambito "*questo può condurre a provvedimenti restrittivi delle libertà individuali, nell'ambito del diritto dei contratti pubblici, invece, questo può determinare, al più, la mancata stipulazione del contratto o la caducazione di quello in essere*".[16]

Quanto detto si riflette sui presupposti che stanno alla base di queste misure: non essendo richiesta la rilevanza probatoria tipica del diritto penale, la documentazione antimafia può essere emessa sulla base di elementi di pericolo, come sancito dall'art. 84 del Codice antimafia, attribuendo, perciò, al Prefetto una funzione di polizia e di sicurezza, volta a tutelare in via preventiva l'interesse generale alla legalità nel settore dei contratti pubblici.

3.2. I limiti alla discrezionalità prefettizia

Nella più recente evoluzione della giurisprudenza amministrativa, ancorandosi a quanto sancito dal Consiglio di Stato, si è ritenuto di individuare nell'emanazione della documentazione antimafia riferimenti più puntuali al principio di legalità, in una materia in cui l'esercizio della discrezionalità del Prefetto, seppur ampio, non può sfociare nella sua indeterminatezza o, peggio ancora, nell'arbitrio.

In tale direzione sembra opportuno richiamare quanto statuito dal Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione siciliana che è approdato ad una rigorosa definizione della fattispecie indicata come "*tentativo di infiltrazione mafiosa*", quale nozione tecnica di questa fattispecie e annullando i provvedimenti prefettizi e le consequenziali determinazioni delle stazioni appaltanti.[17]

Quanto alla possibilità di attribuire ad un soggetto la qualifica di "soggetto mafioso" i giudici siciliani hanno progressivamente ridotto la rilevanza del mero rapporto di parentela o affinità con soggetti mafiosi, seguendo l'orientamento del Consiglio di Stato, ancorando tale qualificazione a profili oggettivi di concreta contiguità, che sono gli unici idonei a giustificare l'irrogazione di misure interdittive così gravi come quelle sancite dalla normativa in materia antimafia.

---

[15] G. MANGANO, *Appalti pubblici: prevenzione della corruzione e antimafia. Gli strumenti del diritto amministrativo e lo standard probatorio del procedimento*, in Altalex

[16] F. DI CRISTINA, *L'informativa prefettizia quale presupposto della revoca dell'aggiudicazione*, in Giornale di diritto amministrativo, 2012

[17] Si vedano in tal senso le sentenze del CGARS 29 luglio 2016, n. 247 e 3 agosto 2016, n. 257

ISSN 2036-7821

Ed infatti, secondo quanto sancito dal Consiglio di Stato tale deriva interpretativa incardinata su deduzioni meramente soggettive basate su rapporti di parentela o affinità, determinerebbe l'instaurazione di "*un regime di polizia nel quale la compressione dei diritti dei cittadini finirebbe per dipendere dagli orientamenti culturali e dalle suggestioni ideologiche (quand'anche non dalle idee politiche) dei funzionari o, peggio, degli organi dai quali essi dipendono*". Risultano così accolte le perplessità e le censure articolate da parte della dottrina su un'interpretazione troppo estesa dei limiti della discrezionalità affidata alle prefetture.
Si giunge, dunque, alla conclusione che in materia la decisione dell'Amministrazione procedente, pur se ampiamente discrezionale, non può considerarsi affrancata "*dall'obbligo di fornire motivazioni in merito alle ragioni della scelta. Essendo ben noto che quanto più un potere sia discrezionale tanto più è necessario corredarne l'esercizio con una motivazione che evidenzi come esso non sia debordato in mero arbitrio*", in quanto "*né il puro richiamo all'interesse pubblico appare sufficiente, laddove esso si risolva in una mera tautologia inidonea a spiegare le ragioni oggettive per le quali si ritiene che il pericolo di infiltrazione sussista nonostante non sia stato ravvisato dagli Organi di polizia preposti alla prevenzione e repressione dei reati*".[18]

4. Gli strumenti negoziali: i protocolli di legalità e i patti di integrità

4.1. Le origini, la consacrazione giurisprudenziale e l'evoluzione normativa

In un quadro caratterizzato dalla tensione tra tutela della concorrenza ed esigenze di contrasto alla criminalità organizzata, un ruolo fondamentale è ricoperto dai protocolli di legalità e dai patti di integrità, i quali sono strumenti pattizi, stipulati tra i soggetti coinvolti nella gestione dell'appalto e, in particolare, tra stazioni appaltanti, prefettura e contraenti.
Il carattere peculiari di questi istituti sta nella modalità di adozione, che differisce da quella della documentazione antimafia, che di norma viene imposta dall'ordinamento, in quanto vengono stipulati volontariamente dalle parti. Di norma, le stazioni appaltanti stipulano accordi con le prefetture, impegnandosi a richiedere alle imprese contraenti una serie di requisiti ulteriori rispetto a quelli imposti dalla legge.
L'esperienza dei protocolli di legalità ha origine negli anni Novanta, a partire dall'affermazione del "Patto d'integrità" promosso da *Transparency International Italia* (organizzazione mondiale orientata al contrasto della prevenzione della corruzione, che in Italia è stata fondata nel 1996), che rappresentava uno strumento tramite il

[18] S. RAIMONDI, *L'informativa antimafia interdittiva: profili di costituzionalità*, in www.studioraimondi.it

ISSN 2036-7821

quale le stazioni appaltanti richiedevano il rispetto di una serie di regole alle imprese partecipanti alle gare d'appalto ed imponevano sanzioni in caso di violazioni.
Tale scopo veniva realizzato dotando le amministrazioni di strumenti deterrenti contro l'inquinamento mafioso, ulteriori rispetto ai mezzi legislativi incompleti, spesso inefficaci e lenti. Il patto di integrità è, dunque, un documento immediatamente applicabile, che l'Istituzione o l'Ente locale richiede ai partecipanti alle gare d'appalto che, per questi ultimi, non comporta oneri ma prevede un controllo incrociato e sanzioni nel caso in cui qualcuno dei partecipanti cerchi di eluderlo.
La questione più controversa riguarda la loro validità nella fase antecedente alla stipula del contratto; l'eccezionalità dei patti d'integrità sta proprio nella loro validità come requisiti di partecipazione alla gara ulteriori rispetto a quelli previste dalle leggi. Il Consiglio di Stato, infatti, ha stabilito che la loro violazione rappresenta un'autonoma causa di esclusione dalla gara. In questo senso, il patto d'integrità, prevedendo regole di comportamento già desumibili dalla disciplina positiva relativa alle procedure di evidenza pubblica e dai principi attinenti la materia, configura un sistema di condizioni la cui accettazione costituisce un presupposto necessario per la partecipazione delle imprese alla gara. [19]
L'evoluzione della legislazione antimafia ha condotto al riconoscimento legislativo dei protocolli di legalità nell'art.1, comma 17 della legge n. 190/2012 (c.d. legge anticorruzione).
Il comma 17 dell'art.1, sopra richiamato, prevede che "*le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione della gara*".
Più di recente, il Legislatore con il D.L. n. 76/2020 c.d. semplificazioni è stato introdotto nel codice antimafia all'art. 83-*bis* comma 1 uno strumento pattizio di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici, cioè quello dei protocolli di legalità.
Nello specifico si tratta di impegni assunti su base volontaria dai soggetti coinvolti nella gestione dell'opera pubblica, aventi come scopo quello di rinforzare i vincoli già imposti dalla legislazione antimafia. La violazione dei protocolli in questione determina, per l'impresa inadempiente, l'esclusione dalla gara, la revoca dell'aggiudicazione o la risoluzione del contratto.[20]
I protocolli di legalità coadiuvano i governi nella lotta alla corruzione nel settore degli appalti pubblici, garantendo trasparenza nei processi decisionali. Invero, la

[19] Consiglio di Stato, sez. V, 6 marzo 2006, n. 1053
[20] G. MANGANO, *Appalti pubblici: prevenzione della corruzione e antimafia. Gli strumenti del diritto amministrativo e lo standard probatorio del procedimento,* in Altalex

ISSN 2036-7821

nascita di questi strumenti si ricollega ad un'esigenza di monitorare il territorio, soprattutto in quelle zone in cui il consolidato fenomeno mafioso permette ad organizzazioni già radicate nella zona di appaltare la gestione di intere aree o servizi.[21]

Sulla natura giuridica dei protocolli di legalità si era aperto un contrasto giurisprudenziale: parte della giurisprudenza, li qualificava come atti politici di indirizzo a contenuto programmatico e non vincolante, riconducendoli a documenti privi di qualsiasi conseguenza in caso di inosservanza[22], mentre altra parte sosteneva che i protocolli di legalità fossero degli strumenti convenzionali, vale a dire "*accordi fra pubbliche amministrazioni ex articolo 15, l. n. 241/1990 riguardanti l'attuazione di una corretta ed efficace politica di prevenzione antimafia nel delicato settore degli appalti pubblici, mediante la predisposizione e di strumenti appropriati a contrastare l'inquinamento della criminalità organizzata*".[23]

Occorre, altresì, fare presente che è stata rimessa alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione relativa alla compatibilità della disciplina dell'esclusione con il diritto dell'Unione europea "*Ostacolando le attività criminali e distorsioni della concorrenza nel settore degli appalti pubblici, una misura quale l'obbligo di dichiarare la accettazione di un tale protocollo di legalità appare idonea a rafforzare la partita di trattamento e la trasparenza nell'aggiudicazione di appalti*": considerato che tale obbligo incombe su qualsiasi candidato e su ciascun offerente, il principio di non discriminazione non è violato.[24]

La stessa Corte ha rilevato che va riconosciuto agli Stati membri un certo livello di discrezionalità nell'adozione di misure volte a garantire il rispetto del principio della parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza e ciò perché il singolo Stato membro si trova nella migliore posizione per individuare le situazioni favorevoli all'insorgere di comportamenti in grado di provocare violazioni del rispetto del principio di non discriminazione sopra richiamato.

Anche nel d.lgs. n. 50/2016 il legislatore ha chiarito la funzione dei protocolli di legalità, precisando che si tratta di atti che pongono in capo alle imprese partecipanti alle gare per l'affidamento di contratti pubblici, l'obbligo di mantenere, durante l'esecuzione del contratto, condotte che garantiscano una tutela anticipata avverso i tentativi di infiltrazione criminale.

Tuttavia, a seguito dell'abrogazione dell'art. 176 del Codice dei contratti pubblici, non è rinvenibile alcuna menzione ai protocolli di legalità. L'esclusione di cui

[21] F. SCHILLIRO' *I protocolli di legalità dalla legge Anticorruzione al Codice dei contratti pubblici. Nascita ed evoluzione di uno strumento che coadiuva i governi nella lotta alla corruzione nel settore degli appalti pubblici garantendo trasparenza nei processi decisionali*, in Altalex.

[22] C.G.A.R.S. sent. 19 dicembre 2008, n. 1100

[23] T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 3 agosto 2006, n. 7849

[24] C.G.U.E., 22 ottobre 2015, C-425/14

ISSN 2036-7821

all'art.1, comma 17, della l. n. 190/2012 non compare nell'elenco delle cause di esclusione degli operatori economici di cui al codice dei contratti pubblici del 2006 e neppure all'art. 80 del codice del 2016.
Tuttavia, tale causa di esclusione è ritenuta legittima ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. 163/2006, nonché dell'art. 83, comma 8 del d.lgs. n. 50/2016 contenente il c.d. principio di tassatività delle cause di esclusione, ribadito altresì dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di stato n. 9/2014, in cui il collegio ha stabilito che "*la disposizione deve essere intesa nel senso che l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano adempimenti doverosi o introducano norme di divieto pur senza prevedere espressamente l'esclusione*".[25]

4.2. La natura giuridica dei protocolli e la compatibilità con la tassatività delle cause di esclusione

Come noto, con l'espressione protocolli di legalità si fa riferimento a quegli accordi con cui le Stazioni appaltanti assumono l'obbligo di inserire nei bandi e negli altri atti di indizione di gare l'accettazione preventiva, da parte degli operatori economici, di determinate clausole finalizzate a garantire la prevenzione, il controllo ed il contrasto delle attività criminali, nonché volte alla verifica della sicurezza e della regolarità dei luoghi di lavoro.
La finalità di tali pattuizioni è quella di ampliare e rafforzare l'ambito di operatività delle misure di prevenzione e contrasto al fenomeno delle infiltrazioni della criminalità organizzata e, più in generale, alle diffuse forme di illegalità nell'ambito degli appalti pubblici[26].
Anche la giurisprudenza ha più volte evidenziato che la sottoscrizione delle clausole inserite nei protocolli di legalità, l'impresa concorrente accetta regole rafforzative di comportamenti già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare alla gara e che prevedono sanzioni di carattere patrimoniale, oltre alla conseguenza dell'estromissione dalla gara.[27]
L'accettazione del protocollo di legalità da parte dei concorrenti determina un ampliamento degli obblighi facenti capo agli stessi nei confronti della stazione appaltante sia da un punto di vista temporale, in quanto gli impegni assunti dalle imprese rilevano sin dalla fase precedente alla stipula del contratto di appalto; sia

[25] Consiglio di Stato Ad. Plen. 25 febbraio 2014, n. 9
[26] Si veda in proposito il Protocollo di legalità stipulato tra il Ministero dell'Interno, l'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici, la Regione Siciliana, le Prefetture di Agrigento, Caltanissetta, Catania, Enna, Messina, Palermo, Ragusa, Siracusa e Trapani, l'INAIL e l'INPS; allo stesso modo si veda il Protocollo di legalità stipulato tra la Prefettura di Viterbo e l'ANAS – Compartimento della Viabilità per il Lazio, finalizzato a garantire una rapida e corretta esecuzione delle opere autostradali o di ogni altro intervento pari o superiore ad Euro 1.500.000,00 da realizzarsi nella provincia di Viterbo
[27] Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 maggio 2012, n. 2657

ISSN 2036-7821

contenutistico, richiedendosi all'impresa un impegno, non solo nella corretta esecuzione del contratto, ma anche al mantenimento di una condotta leale, corretta e trasparente, sottraendosi ad ogni tipo di tentativo di corruzione o condizionamento dell'aggiudicazione del contratto.

Con riferimento al carattere cogente delle clausole contenute all'interno dei protocolli di legalità, nonché agli effetti derivanti dalla mancata accettazione o violazione delle prescrizioni ivi contenute, rileva l'art. 17 della legge n. 190/2012, ai sensi della quale "*le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione della gara*".

A tale previsione, con l'obiettivo di intensificare l'effettività della tutela della legalità nel settore degli appalti pubblici, ponendolo al riparo da penetrazioni mafiose, si è affiancato l'art. 83-*bis* del d.lgs. n. 159/2011, introdotto dall'art. 3, comma 7 del d.l. n. 76/2020, convertito con legge n. 120/2020, il quale, al comma 3, stabilisce che "*Le stazioni appaltanti prevedono negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto dei protocolli di legalità costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto*".

La previsione di cui all'art. 1, comma 17, della legge 190/2012, relativa alla possibilità per le stazioni appaltanti di inserire nella *lex specialis* di gara clausole di esclusione a fronte del mancato rispetto o accettazione di regole contenute nei protocolli di legalità, si è in contrasto con un altro principio generale in materia di appalti, cioè il principio di tassatività delle cause di esclusione, con riferimento al quale, la giurisprudenza comunitaria ha costantemente sostenuto che lo stesso è espressione del principio del "*favor partecipationis*" e, data l'incidenza sul principio di libera iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., le cause di esclusione dalle gare sono quelle "normative", in quanto previste dalla specifica disciplina in materia di appalti pubblici o da altre disposizioni, senza possibilità di estensione analogica.[28]

4.3. I profili di coordinamento con la documentazione antimafia

I protocolli di legalità sono strumenti convenzionali che estendono alcune misure di controllo previste dalla legislazione antimafia. Come già fatto presente, il riferimento normativo relativo a tale strumento preventivo si rinviene all'art. 1 della legge n. 190/2012, recante disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione.

Il protocollo di legalità quindi trova origine nell'ordinamento nazionale con riferimento alle procedure ad evidenza pubblica e tale istituto si caratterizza per mutuare diversi istituti tipici del diritto civile, quali accordi, convenzioni ovvero

[28] C.G.U.E., 22 ottobre 2015, C-425/14

ISSN 2036-7821

intese, con la finalità di regolare ampi settori di competenza della pubblica amministrazione.[29]

L'inserimento dei protocolli di legalità nel sistema della documentazione antimafia è considerata una peculiare criticità, in particolare per i protocolli promossi dalle associazioni industriali. Il protocollo di legalità è uno strumento privatistico: colui che non lo sottoscrive sfugge alle sue previsioni, tra cui l'obbligo di soggiacere a richieste informative antimafia, quindi nei rapporti tra privati l'azienda non può essere destinataria dell'interdittiva.

Circa la natura giuridica di tale provvedimento, infatti, risulta ancora aperto e attuale un dibattito che vede contrapporsi due orientamenti. Secondo un primo orientamento, tali protocolli si qualificano come atti politici, non amministrativi, in capo alla pubblica amministrazione con valore di atti programmatici inidonei a vincolare le amministrazioni nell'esercizio della loro attività istituzionale.

Un diverso orientamento ritiene tali atti come riconducibili alla categoria degli accordi tra amministrazioni pubbliche, di cui all'art. 15 della legge n. 241/1990. In tal senso, ha ad oggetto lo svolgimento in collaborazione di un'attività di interesse comune, cioè la prevenzione della corruzione.[30] Ciò riconosce una natura cogente dei protocolli-accordi, ma appare necessario rilevare che l'autonomia del privato di accettare o meno le clausole in essi contenute appare sostanzialmente condizionata dalla volontà unilaterale della pubblica amministrazione.

Anche gli orientamenti giurisprudenziali non sono univoci sulla tematica del legittimo utilizzo dei protocolli di legalità nelle procedure ad evidenza pubblica, incentrando il dibattito sulla possibile funzione di anticipazione degli effetti interdittivi connessi a fatti penalmente rilevanti svolta dai protocolli di legalità nelle gare d'appalto.

Secondo un primo orientamento, l'utilizzo di tale strumento è da considerarsi illegittimo con riferimento all'informazione antimafia *ex* art. 91 del D.lgs. 159/2011. La disposizione prevede che le stazioni appaltanti devono acquisire l'informazione antimafia prima della stipula di contratti e subcontratti con un determinato valore economico. Da quanto detto si fa derivare l'illegittimità del relativo protocollo poiché compete solo al legislatore la previsione dei valori contrattuali predeterminati e non all'autonomia negoziale.

Un diverso orientamento giurisprudenziale ritiene che tali strumenti sono legittimi in quanto comportano un rafforzamento degli obblighi già esistenti nell'ordinamento nazionale. I protocolli di legalità sono anche stati annoverati tra le *best practices*

[29] G. FERRARI, *Il c.d. protocollo di legalità nell'affidamento degli appalti pubblici*, in Giornale di diritto amministrativo, 2011

[30] Consiglio di Stato, Sez. III, 27 settembre 2018, n. 5547

ISSN 2036-7821

dell'OCSE negli appalti in quanto si tratta di strumenti idonei ad aumentare la trasparenza e l'integrità delle procedure ad evidenza pubblica.[31]

5. Le white list

5.1. Origine e sviluppo dell'istituto

La diffusione dei protocolli di legalità ha contribuito allo sviluppo dell'altro istituto posto alla base del *rating*: le cc.dd. *white list*, ossia gli elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a misure di prevenzione di cui all'art. 67, comma 4, del d.lgs. 159/2011 né a tentativi di infiltrazioni mafiose. Le sue origini vanno rintracciate nel Protocollo di legalità stipulato tra il Ministero dell'Interno e Confindustria il 10 maggio 2010, nonché nella disciplina posta da alcuni decreti emanati tra il 2009 e il 2012.

Partendo dal suddetto protocollo, occorre specificare che questo prevede un doppio livello di adesione: quello da parte delle Associazioni territoriali e/o di categoria di Confindustria e quello delle singole imprese associate. Queste ultime si impegnano a predisporre un elenco di partner commerciali particolarmente qualificati non solo dal punto di vista tecnico e finanziario, ma anche etico: le cosiddette *vendors' list*. In tali elenchi vengono ricompresi tutti gli operatori economici dai quali le imprese aderenti al Protocollo acquistano beni e servizi di valore superiore a 10.000 Euro.

Affinché un operatore economico possa offrire tali prestazioni, e di conseguenza essere inserito nelle *vendors' list*, non deve obbligatoriamente entrare a far parte dei soggetti firmatari dell'accordo, essendo sufficiente a tal fine il rispetto di alcune clausole previste dal Protocollo e dalle relative linee guida. La controparte contrattuale dell'impresa aderente al Protocollo, infatti, deve necessariamente impegnarsi a consegnare la documentazione antimafia richiesta, ad attestare la propria regolarità contributiva e fiscal, ed a comunicare le eventuali variazioni intervenute. È tenuta ad osservare le norme in materia di salute e di sicurezza nei luoghi di lavoro, a consentire la tracciabilità dei flussi finanziari derivanti dall'esecuzione del contratto ed a denunciare i fenomeni estorsivi.

Inoltre, nell'ambito dei contratti pubblici, e cioè quando l'impresa aderente al Protocollo è nelle vesti di stazione appaltante, deve acquisire la sua preventiva approvazione prima di stipulare eventuali subcontratti.[32]

L'osservanza di tutti questi vincoli rende particolarmente affidabili gli operatori economici che, pur non prendendo parte al Protocollo, entrano in contatto con le imprese che lo hanno stipulato. I loro dati, pertanto, vengono prima inseriti nelle

[31] Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OECD), Recommendation on Public Procurement, 2015, in http://www.oecd.org/gov/public procurement/recommendation.

[32] Protocollo di legalità stipulato tra il Ministero dell'Interno e Confindustria il 10 maggio 2010.

ISSN 2036-7821

vendors' list di ciascuna impresa aderente, e poi fatti confluire in un elenco unico dei fornitori pubblicato sul sito di Confindustria.
Nel disciplinare tale elenco, il Documento per la commissione della legalità, relativo al Protocollo di cui sopra, richiama le *white list* prefettizie istituite dal d.l. 13 maggio 2011 n. 70. In particolare, stabilisce che un'impresa aderente al Protocollo che voglia concludere un contratto con un operatore economico presente in una *white list* prefettizia sia esonerata dall'obbligo di richiedere la documentazione antimafia: si tratterebbe di un adempimento superfluo, dato che per iscriversi a tali elenchi, gli operatori economici si sono già sottoposti con successo alle verifiche antimafia.
Le *white list* nascono dapprima con il decreto legge 28 aprile 2009, n. 39, convertito con modificazioni dalla legge 24 giugno 2009, n. 77, emanato nell'ambito degli interventi per la ricostruzione delle zone abruzzesi colpite dal terremoto del 2009. L'origine di tale istituto va ricercata nell'art. 16, comma 5, del decreto citato, laddove dispone che "*per l'efficacia dei controlli antimafia nei contratti pubblici (e nei successivi subappalti e subcontratti) aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture e nelle erogazioni e concessioni di provvidenze pubbliche* […] *è prevista la costituzione, presso il prefetto territorialmente competente, di elenchi di fornitori e prestatori di servizi, non soggetti a rischio di inquinamento mafioso, cui possono rivolgersi gli esecutori dei lavori oggetto del presente decreto*". Nell'ottica di tale norma, le *white list* sono delle liste di soggetti economici di comprovata affidabilità a cui possono fare riferimento i contraenti della pubblica amministrazione qualora vogliano subappaltare parte della prestazione che devono eseguire.
La disciplina relativa alla costituzione, all'iscrizione e alla revisione periodica di tali elenchi è stata dettata dal d.P.C.M. 18 ottobre 2011.
Va evidenziato che l'iscrizione agli elenchi è, in ogni caso, volontaria e subordinata al previo compimento delle stesse verifiche antimafia a cui bisogna essere sottoposti per potere partecipare agli appalti di valore superiore alle soglie comunitarie. In altre parole, occorre dimostrare alla prefettura che svolge i controlli, non solo di non avere subito i provvedimenti giudiziari di cui all'art. 67 del d.lgs. 159/2011, ma anche di non essere soggetti al rischio di inquinamento mafioso. A fronte di tali oneri, le imprese iscritte acquisiscono una sorta di "patente di legalità", entrando nel novero delle imprese cui i contraenti della pubblica amministrazione dovrebbero preferibilmente interfacciarsi al fine di selezionare i propri subappaltatori.

5.2. L'iscrizione alle white list tra volontarietà formale ed obbligatorietà sostanziale

Va subito detto che, dal punto di vista della normativa vigente, l'iscrizione alle *white list* ha carattere facoltativo. La natura volontaria dell'iscrizione è infatti

ISSN 2036-7821

esplicitamente indicata dall'art. 2, comma del DPCM attuativo della legge anticorruzione.
Infatti, i commi 52 e seguenti dell'art. 1 della legge 190/2012 non contengono alcuna indicazione esplicita in tal senso. Per cui, nel silenzio del legislatore, nulla avrebbe impedito di emanare un provvedimento attuativo che sancisse il carattere obbligatorio dell'iscrizione.
Occorre, però, rilevare che appariva difficile ipotizzare che la scelta dell'obbligatorietà, in quanto comunque limitativa dell'attività imprenditoriale, potesse trovare spazio in un atto di normazione secondaria, per cui si è ritenuto che la soluzione più corretta dovesse ritenersi quella che opta per la facoltatività dell'iscrizione.
Questione diversa è se il carattere obbligatorio dell'iscrizione possa essere introdotto attraverso una disposizione legislativa. A questa possibilità vengono generalmente mosse due tipi di obiezioni, fondate su vincoli derivanti da un lato dall'ordinamento costituzionale e dall'altro da quello comunitario.
Sotto il profilo costituzionale, la norma che viene in rilievo è l'art. 41, il quale garantisce la libera iniziativa economica privata, la quale verrebbe automaticamente limitata a fronte di una lettura nel senso dell'obbligatorietà dell'iscrizione in *white list*.
Quanto alla compatibilità con l'ordinamento comunitario, questa viene messa in discussione in base alla disciplina che quest'ultimo detta in materia di requisiti generali di partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici. l'obiezione sollevata riguarda il fatto che la richiesta di un certificato, destinato ad essere utilizzato di volta in volta in relazione ad un determinato procedimento e su specifica richiesta del soggetto interessato, sarebbe cosa bene diversa dall'iscrizione in un elenco pubblicamente consultabile.
L'iscrizione obbligatoria agli elenchi determinerebbe l'introduzione di una modalità di accertamento di un requisito soggettivo non prevista dal diritto comunitario e con esso incompatibile.
Ebbene, l'evoluzione verso un sistema ad iscrizione obbligatoria si è realizzata con l'emanazione del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114. Tale intervento, infatti, ha riformato la legge 190/2012, rendendo obbligatoria la consultazione delle *white list* per affidare contratti pubblici nelle attività maggiormente esposte all'inquadramento mafioso.
Tale obbligo risulta ulteriormente rafforzato dalla disciplina transitoria di cui all'art. 29, comma 2 del d.l. 90/2014, secondo cui, nel periodo di prima applicazione, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento dei contratti pubblici relativi alle attività particolarmente esposte a condizionamenti mafiosi, previo accertamento dell'avvenuta presentazione della domanda di iscrizione nell'elenco.

ISSN 2036-7821

Coloro i quali si pongono a sostegno della tesi dell'obbligatorietà dell'iscrizione in *white list* hanno evidenziato come, nelle esperienze pregresse in cui l'iscrizione si era ritenuta meramente facoltativa, si è verificato un sostanziale fallimento dell'istituto.
Ciò in quanto gli operatori hanno percepito lo strumento come scarsamente utile e come fonte esclusiva di complicazioni ed ulteriori adempimenti.
Tuttavia, l'ANAC, in un recente comunicato del Presidente Giuseppe Busia del 17 gennaio 2023, ha chiarito che l'imprenditore è tenuto a richiedere l'iscrizione in *white list* a fronte di un bando di gara che prevede affidamenti di attività anche solo parzialmente riconducibili a quelle a rischio infiltrazioni mafiose e, dall'altro lato, un obbligo della stazione appaltante di accertare che l'impresa partecipante alla gara risulti iscritta alla lista.[33]
Tale requisito deve essere posseduto al momento della partecipazione alla procedura di gara e la mancata iscrizione, ovvero la mancata dichiarazione di avere presentato idonea domanda di iscrizione, determina l'inammissibilità dell'impresa e la sua immediata esclusione dalla gara. In particolare, ha precisato che si tratta di un requisito a presidio di diritti e principi di ordine costituzionale, come la salvaguardia dell'ordine pubblico, della concorrenza e del buon andamento della pubblica amministrazione, non potendo essere derogato dalla stazione appaltante nell'elaborazione dei documenti di gara.

5.3. Le attività a maggior rischio di infiltrazione mafiosa

È la legge c.d. Severino, la n. 190/2012, a definire le attività maggiormente esposte al rischio di infiltrazione mafiosa; in particolare, si tratta di: estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; noli a freddo di macchinari; fornitura di ferro lavorato; noli a caldo; autotrasporti per conto di terzi; guardiania dei cantieri, servizi funerari e cimiteriali; ristorazione, gestione delle mense e catering; servizi ambientali, comprese le attività di raccolta, trasporto nazionale e transfrontaliero, anche per conto di terzi, di trattamento e di smaltimento dei rifiuti, e le attività di risanamento e bonifica e gli altri servizi connessi alla gestione dei rifiuti.
Alla luce dell'art. 1, comma 54, della stessa legge 190/2012, l'elenco individuato non può considerarsi né chiuso, né tantomeno definitivo. Stabilisce infatti che "*L'indicazione delle attività di cui al comma 53 può essere aggiornata, entro il 31 dicembre di ogni anno, con apposito decreto del Ministro dell'interno, adottato di concerto con i Ministri della giustizia, delle infrastrutture e dei trasporti e dell'economia e delle finanze, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, da rendere entro trenta giorni dalla data di trasmissione del relativo schema alle Camere. Qualora le Commissioni non si pronuncino entro il termine, il decreto può essere comunque adottato*".

[33] Comunicato del Presidente ANAC del 17 gennaio 2023

ISSN 2036-7821

Ed infatti, alla luce del dettato normativo, un decreto del Ministero dell'interno potrebbe anche eliminare una o più voci dall'elenco delle attività considerate maggiormente a rischio di inquinamento mafioso dal comma 53. Questa interpretazione, d'altronde, è coerente con la previsione per cui l'adozione del decreto in questione è subordinata ad un procedimento speciale, che vede coinvolte, oltre ai ministeri di cui s'è detto, anche le commissioni parlamentari: infatti, l'emanazione del loro parere, in modo analogo al procedimento di formazione dei decreti legislativi, potrebbe conferire al decreto del Ministro dell'interno quel *quid* di legittimazione necessario a intervenire su una disciplina di rango legislativo.
Con riferimento a tali attività ritenute a maggior rischio di infiltrazione mafiosa, anche la giurisprudenza si è pronunciata nel senso di un'obbligatorietà dell'iscrizione in *white list*, ritenendo, al contrario che, per tutte quelle attività che non risultano enucleate nell'elencazione di cui all'art. 1, comma 53 della legge 190/2012, l'iscrizione si debba ritenere facoltativa.[34]

5.4. Il dialogo tra imprese e prefetture: il procedimento di iscrizione e l'onere collaborativo

La peculiarità delle *white list* nell'ambito del complesso della normativa sulla tutela preventiva della legalità negli appalti pubblici non può essere compresa senza prima soffermarsi sul rapporto che si instaura tra imprese e pubblica amministrazione.
Infatti, questo sistema si basa su di una sorta di "patto di fiducia" tra gli operatori economici e le prefetture, con i primi che si iscrivono agli elenchi per attestare, in un momento antecedente a qualsiasi gara d'appalto, la propria estraneità ad ogni tipo di condizionamento mafioso; le prefetture, invece, decidono di dare fiducia a tali soggetti per un periodo di dodici mesi, lasciandoli nel novero delle imprese già abilitate dall'ordinamento a contrarre con la pubblica amministrazione.
Tutto questo salvo eccezioni, dovute al fatto che un'impresa possa essere cancellata dalle *white list* prima della scadenza della sua iscrizione, a causa della comprovata perdita delle condizioni necessarie, o a fronte della verifica condotta dal prefetto dopo le modifiche dell'assetto proprietario ovvero degli organi dell'impresa; oppure a fronte delle medesime verifiche del prefetto, svolte in qualsiasi momento, anche a campione.
Come si è visto, affinché il procedimento di iscrizione vada a buon fine devono sussistere le stesse condizioni volte a ottenere un'informazione antimafia liberatoria. Anche la sequenza degli adempimenti prefettizi sembra ricalcare quella preordinata all'adozione di quel tipo di provvedimento.
Infatti, ai sensi dell'art. 3 del D.P.C.M. 18 aprile 2013, art. 3, l'iscrizione è disposta dalla prefettura competente, che deve innanzitutto ricorrere alla banca dati nazionali

[34] T.A.R. Lazio, sent. 19 dicembre 2020 n. 484

ISSN 2036-7821

unica, dalla cui consultazione deve risultare la possibilità di rilasciare all'impresa l'informazione antimafia liberatoria al fine di poter procedere alla registrazione dell'impresa. Se, invece, l'impresa non è tra i soggetti ivi censiti, oppure gli accertamenti antimafia ad essa relativi sono stati effettuati oltre un anno prima, o dalla sua consultazione emerge l'esistenza di una causa ostativa al rilascio di detta informativa, la prefettura competente sottopone alle verifiche necessarie l'impresa che ha richiesto l'iscrizione. Questi controlli possono avere esito liberatorio, consentendo al prefetto di procedere all'iscrizione dell'impresa e concludendo, quindi, il procedimento nel termine di novanta giorni dalla data di ricevimento dell'istanza di iscrizione; oppure esito interdittivo, nel qual caso la prefettura adotta un provvedimento di diniego dell'iscrizione.

Da una lettura superficiale di questa norma si potrebbe ritenere che il procedimento di iscrizione alla *white list* sia equivalente a quello per ottenere un'informativa liberatoria. Tuttavia, guardando più da vicino, si tratta di due procedimenti con natura giuridica differente, in quanto quello per ottenere un'informativa liberatoria costituisce un sub procedimento nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica, avente ad oggetto l'affidamento di un contratto pubblico, con natura certificativa.

Il procedimento di iscrizione alle *white list* si caratterizza invece per una natura concessoria, in quanto costituisce un procedimento autonomo, finalizzato a conferire uno *status*, cioè quello di un'impresa affidabile dal punto di vista dei requisiti antimafia.

Altro elemento che caratterizza il dialogo tra imprese ed amministrazione prefettizia è costituito dall'onere di collaborazione che le imprese devono assumersi nei confronti del prefetto.

Infatti, ai sensi dell'art. 1, comma 55 "*l'impresa iscritta nell'elenco di cui al comma 52 comunica alla prefettura competente qualsiasi modifica dell'assetto proprietario e dei propri organi sociali, entro trenta giorni dalla data della modifica*". A seguito di tale comunicazione, spetta al prefetto verificare se, nonostante le modifiche dell'assetto societario, permangano le condizioni che avevano portato all'iscrizione dell'impresa in questione e, qualora ne rilevi la mancanza, deve procedere alla cancellazione dell'impresa dall'elenco.

6. Conclusioni

A chiusura della trattazione non si può non richiamare la nuova disciplina, introdotta con il d.lgs. n. 36/2023, recante il nuovo codice dei contratti pubblici, che all'art. 109, rubricato "*Reputazione dell'impresa*", istituisce presso l'ANAC un sistema digitale di monitoraggio delle imprese tramite degli indicatori, inserito all'interno del fascicolo virtuale dell'operatore economico, volto a valutare l'affidabilità

ISSN 2036-7821

dell'impresa in fase di esecuzione del contratto, il rispetto della legalità, nonché l'impegno sul piano sociale.

L'art. 109 determina una sintesi di quelli che sono i requisiti che stanno alla base del sistema del *rating* di legalità, rendendoli un elemento in base al quale stimare la reputazione dell'impresa, sia nel mercato, sia nel contesto sociale in cui la stessa opera.

L'art. 222 del nuovo Codice dei Contratti Pubblici stabilisce che "*la vigilanza e il controllo sui contratti pubblici sono attribuiti, nei limiti di quanto stabilito dal codice, all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), che agisce anche al fine di prevenire e contrastare illegalità e corruzione*".

Occorre ricordare che il compito di lottare contro la corruzione è stato introdotto soltanto nel 2014 con il Decreto Legge n. 90, quando l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici è stata fusa per incorporazione nella Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche istituita dal D.lgs. 159/2009 ed individuata dalla Legge c.d. Severino del 2012 come Autorità Anticorruzione.

Si è in tal modo dato vita ad una complessa organizzazione che ricopre tre pilastri del settore pubblico: contratti, anticorruzione e trasparenza.

Inoltre, a causa di un discutibile riparto di poteri, l'Autorità ha perso la gestione del sistema di *performance* situato presso il Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Con la riforma posta in essere con l'introduzione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici di cui al d.lgs. 36/2023 risulta evidente che il potere legislativo secondario dell'Anac viene cancellato, confermando la legge già operata con il D.L. 32/2019, c.d. sblocca cantieri, di sostituire il sistema delle linee guida con un unico regolamento governativo, il quale prenderà il posto anche di ciascun allegato di cui si compone il nuovo codice.

Con riferimento al potere di vigilanza di Anac, è stabilito che a questa spetti la possibilità di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie per le violazioni accertate entro il limite minimo di euro 500,00 e massimo di euro 50.000,00. In particolare, tali sanzioni concernono i seguenti settori:

- corretta esecuzione dei contratti pubblici;
- sistema di qualificazione degli esecutori dei contratti pubblici di lavori;
- qualificazione delle stazioni appaltanti;
- digitalizzazione del sistema dei contratti pubblici;
- nonché tutti gli altri casi previsti dal codice.

La mera indicazione dei settori sanzionabili può comunque determinare l'insorgenza di dubbi circa l'indeterminatezza della condotta sanzionabile, nonché sui destinatari

ISSN 2036-7821

di tali sanzioni. In particolare, ci si potrebbe chiedere se i destinatari di tali sanzioni siano solo le stazioni appaltanti o anche gli operatori economici.
La valorizzazione del *rating* di legalità e l'istituzione del *rating* di impresa costituiscono senza dubbio due delle più importanti novità istituite a partire dal Codice dei contratti pubblici del 2016 nel mondo della contrattualistica pubblica.
La conclusione cui è possibile giungere riguarda, infatti, l'invasività dei tradizionali sistemi di prevenzione della criminalità rispetto al mercato degli appalti pubblici, in quanto, esaminando la documentazione antimafia quale requisito generale di ammissione alle gare alla luce della prassi e della giurisprudenza sviluppatesi sul tema, è stato possibile dedurre che un'impresa possa essere esclusa da una procedura di affidamento non soltanto in presenza di provvedimenti giudiziari a carico, ma anche quando venga accertata dal Prefetto la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa. Con il nuovo codice è stato, in forza di quanto detto sopra, evidentemente rafforzato il ruolo di ANAC.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il ruolo del principio di risultato e della digitalizzazione nel processo di riforma della pubblica amministrazione

di Francesco Conte

(Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata - Dipartimento di Giurisprudenza)

Sommario

1. Introduzione. - 2. L'amministrazione di "Risultato" nella Pubblica Amministrazione. - 3. Il principio di "Risultato" nel nuovo Codice dei contratti pubblici. - 4. L'appalto pubblico elettronico: dalla semplice digitalizzazione all'indispensabile trasformazione digitale nella pubblica amministrazione. - 4.1. I principi guida e l'iter di digitalizzazione del ciclo di vita degli appalti pubblici. - 4.2. Le procedure automatizzate e l'intelligenza artificiale. - 5. Considerazioni finali.

Abstract

The transformation of public administration is driven by the evolution of the concept of "Results-Based Administration" and the necessity of "Digitisation". These principles, also reflected in the new public procurement code, intersect in an integrated approach to administrative modernization. This essay analyzes the central role of these principles in the regulatory context, highlighting the legal and organizational transformations and prospects in public administration.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

Nel recente panorama, caratterizzato dalla necessità di chiarezza e continuità normativa, contrapposto al rapido avanzamento tecnologico ed economico che rende spesso il diritto positivo inadeguato e bisognoso di aggiornamenti continui, il legislatore, anche a livello sovranazionale, fatica a tenere il passo con tali cambiamenti, risultando talvolta superato dalle nuove esigenze. Questa situazione ha generato un'incertezza normativa che ha portato alla cosiddetta "paura di amministrare".[1]

In tale scenario, la Pubblica Amministrazione ha subito una significativa trasformazione, caratterizzata dall'evoluzione del concetto di "Amministrazione di risultato" e dall'urgente necessità di adottare la "Digitalizzazione" quali "principi"[2] cardine del cambiamento.

Questi principi, delineati anche nel nuovo Codice dei contratti pubblici adottato con il D. Lgs 36/2023, si sono intersecati in modo significativo negli ultimi anni, generando un approccio integrato alla modernizzazione della Pubblica Amministrazione. Il nuovo "Codice dei Principi", fornisce dunque "rilevanti cornici per lo svolgimento della vita giuridica", con il fine di orientare (e armonizzare) l'azione amministrativa e giuridica in un contesto caratterizzato da costanti mutamenti tecnologici ed economici.[3]

L'obiettivo dell'amministrazione di risultato, già sedimentato nel tessuto normativo (e nella cultura organizzativa della pa), implica una gestione efficiente e orientata agli obiettivi, enfatizzando l'importanza della misurabilità dei risultati e della responsabilità nell'attuazione delle politiche pubbliche. Tale approccio, richiede un'attenta pianificazione e valutazione delle performance, garantendo che le risorse pubbliche siano impiegate in modo efficace per conseguire gli obiettivi prefissati.

---

[1] In merito agli effetti "paralizzanti" concernenti il fenomeno della c.d. "paura della firma" si rinvia a M.R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di nuova (ir)responsabilità erariale e la strada della tipizzazione della colpa grave nella responsabilità erariale dei pubblici funzionari*, in Dir. e proc. amm., 2021, 2, pp. 279 ss.; F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in Federalismi.it, Fasc. n. 36/2020, pp. 33 ss.; S. TUCCILLO, *Potere di riesame, amministrazione semplificata e "paura di amministrare"*, in Nuove autonomie, 2020, Fasc. 3, pp. 725 ss.

[2] G. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in Diritto Amministrativo, fasc.3, 2022, p. 601. In particolare, il principio della digitalizzazione è stato esplicitamente introdotto dal legislatore nel 2020 all'art. 3-bis della legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo. Tale principio si impone alle pubbliche amministrazioni non solo nei loro rapporti interni, ma anche nelle relazioni tra diverse amministrazioni e tra queste e i soggetti privati. Questo obbligo trova fondamento costituzionale nel principio di buon andamento, interpretato dalla Corte costituzionale come garanzia dei criteri di efficienza, efficacia ed economicità.

[3] M. R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in AA. VV. (a cura di), *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, in Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 13.

ISSN 2036-7821

La "digitalizzazione"[4], d'altro canto, assume un ruolo preminente nell'attuazione di tale modello, consentendo un'ottimizzazione dei processi, una maggiore trasparenza e un migliore accesso ai servizi pubblici da parte dei cittadini. La trasformazione digitale, avviata nel 2005 e ancora in fase di sviluppo, non si limita alla mera implementazione di nuove tecnologie, bensì rappresenta un processo di riforma strutturale volto a potenziare la governance pubblica e a ottimizzare l'efficienza e l'efficacia delle politiche pubbliche.

Pertanto, il nuovo Codice dei contratti pubblici, attraverso i principi dell'amministrazione di risultato e della digitalizzazione, rappresenta un catalizzatore per il cambiamento nella Pubblica Amministrazione, orientato verso un'amministrazione più responsabile, efficiente e allineata alle esigenze dei cittadini.

In questo contesto, la digitalizzazione assume un ruolo fondamentale come "strumento" abilitante alle riforme istituzionali, mentre il conseguimento del risultato si configura come "il metodo" operativo predominante, il tutto finalizzato alla generazione di "valore pubblico", che costituisce il fine ultimo nell'ambito della pubblica amministrazione.

L'obiettivo principale di questo saggio è analizzare il ruolo centrale dei principi di risultato e di digitalizzazione all'interno del contesto normativo dei contratti pubblici, mettendo in luce come tali principi abbiano influenzato l'evoluzione dell'amministrazione pubblica. Attraverso un'indagine approfondita, si intende fornire una panoramica esaustiva delle trasformazioni giuridiche e organizzative che hanno caratterizzato questo "cambio di paradigma"[5], evidenziando le implicazioni e le prospettive future nell'ambito della pubblica amministrazione.

2. L'amministrazione di "Risultato" nella Pubblica Amministrazione.

Il percorso di analisi, volta a esaminare i legami tra il principio della "digitalizzazione" e del "risultato" nell'ambito del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, suscita una riflessione profonda sulle diatribe normative e dottrinali che

[4] Sul tema dell'influenza della digitalizzazione nella modernizzazione della pubblica amministrazione si veda M SACCONI, F. VERBARO, *1993. Il tentativo reinventare lo Stato. Attualità e prospettive di una riforma*, in Edizioni Studium, Roma, 2023, pp. 42 ss.; D. GALETTA, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare*, in Federalismi.it, Fasc. n. 7/2022; P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in Federalismi.it, Fasc. n. 2/2018; F. CONTE, *La trasformazione digitale della pubblica amministrazione: il processo di transizione verso l'amministrazione algoritmica*, in Federalismi.it, Fasc. n. 11/2023.

[5] A. GIOVANNINI, *Il partenariato pubblico-privato nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prime impressioni*, Relazione dell'intervento svolto al convegno "*Il codice dei contratti pubblici (prime impressioni)*", organizzato dalla Società Italiana Avvocati Amministrativisti, tenutosi presso il T.A.R. Calabria, Catanzaro, in data 13 luglio 2023; L. CARBONE, "*La scommessa del "codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*", Relazione introduttiva al Convegno dell'Istituto Jemolo "*Il nuovo codice degli appalti – La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?*", Avvocatura dello Stato, 27 gennaio 2023.

ISSN 2036-7821

caratterizzano i due elementi regolatori fondamentali dell'azione e dell'organizzazione amministrativa.

Prima di addentrarci nella discussione sulla complementarità tra essi, è opportuno effettuare una riflessione preliminare sul nuovo *modus operandi* dell'amministrazione pubblica, plasmato sul concetto del "risultato".

La responsabilizzazione per i risultati nell'ambito di un'amministrazione *performance oriented*[6] è il frutto di un percorso sistematico di revisione e innovazione legislativa avvenuto negli anni '90.

Tale percorso legislativo, riflesso in numerose disposizioni normative sia esplicite che implicite, dirette o indirette, attribuisce al raggiungimento del risultato una posizione centrale sia come principio che come "nuovo modo di concepire"[7] l'attività amministrativa.

La Legge 241/90 rappresenta il nucleo di questo nuovo paradigma, enfatizzando l'importanza dell'interesse pubblico come capacità della pubblica amministrazione di gestire in modo "efficiente"[8] le risorse a disposizione e valorizzare il proprio patrimonio immateriale per soddisfare le necessità sociali degli utenti, degli stakeholder e dei cittadini nel loro complesso.[9]

---

[6] Sulle nozioni concernenti l'amministrazione di risultato si veda V. CERULLI IRELLI, F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in Dir. amm., 2000, pp. 617 ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Milano, 2002, pp. 127 ss.; L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in Dir. proc. amm. , 1998, pp. 299 ss.; L. IANNOTTA, *Costruzione del "futuro" delle decisioni e Giustizia nell'Amministrazione di risultato*, in L. IANNOTTA (a cura di), *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino, G. Giappichelli, 2003, pp. 3 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in Scritti in onore di Elio Casetta, Napoli, 2001, pp. 813 ss., R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2003, pp. 102 ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, cit., pp. 107 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, pp. 172 ss.

[7] F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in Enc. dir., Aggiornamento, 2002, III, pp. 100 ss.; S. PENSABENE LIONTI, *L'amministrazione di risultati nella giurisprudenza amministrativa*, in Foro amm. TAR, fasc.3, 2004, p.1; F.G. SCOCA, Diritto amministrativo, Torino 2008, pp. 191 ss.; M. IMMORDINO, A. POLICE, *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino 2004, pp. 163-164; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla libertà dell'amministrazione?*, in Dir. e soc., 2000, p. 101.

[8] L'efficienza, incardinata nelle tre "E" (efficacia, efficienza ed economicità), è stata al centro di diverse riforme legislative, guidando le innovazioni nel procedimento legislativo, nella tipologia delle fonti normative e nell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, costituendo altresì il fulcro o (la *ratio)* delle riforme orientate alla semplificazione. Sul tema M.C. MIRANDA, *Amministrazione di risultato ed e.government*, in www.amministrazioneincammino.it , 2014, p.1; P. LAZZARA, *Semplificazione e risultato nei procedimenti della pubblica amministrazione*, Incontro di studi sul tema: La pubblica amministrazione tra "garanzia" ed "efficienza", Università degli Studi del Molise, 2005, p. 1; C. PINELLI, *Responsabilità per risultati e controlli*, in Diritto amministrativo, n. 3/1997, p. 408; A. ANDREANI, *Gli interessi pretensivi dinamici nel procedimento amministrativo*, in Dir. amm., 1994, p. 332.

[9] G. GOBBO, L. PAPI, M. BIGONI, E. D. GAGLIARDO, *La valutazione delle performance nelle pubbliche amministrazioni nella prospettiva di Valore Pubblico*, in www.sidrea.it , 2016, p. 10; E. D. GAGLIARDO, *Il Valore*

ISSN 2036-7821

L'evolversi delle dinamiche amministrative ha determinato la necessità di armonizzare le pratiche gestionali delle istituzioni pubbliche con quelle proprie del contesto privato, implicando altresì un ricalibrare dei principi giuridici alla luce degli approcci manageriali dominanti. [10] In questo contesto, il diritto diventa uno strumento per il conseguimento di risultati concreti, piuttosto che un valore intrinseco.

Indubbiamente, il merito di aver inaugurato il dibattito sulle dinamiche organizzative delle istituzioni pubbliche è da attribuirsi a Massimo Severo Giannini. Nel corso degli anni '80, tramite il suo celebre Rapporto, egli infatti ha rilanciato e ampliato l'idea esposta già nel 1959, sottolineando che i problemi organizzativi, di personale e procedurali, fossero intrinsecamente connessi «alla scarsa conoscenza che le amministrazioni pubbliche hanno circa la propria produttività»[11]. Unitamente a questa prospettiva c'è anche la presa di coscienza di un modello di "efficienza-funzionalità" fondato sulla priorità delle identificazioni delle funzioni, dei compiti da svolgere, e solo successivamente sulla dimensione dell'organizzazione e della sua dotazione in termini di personale. [12]

Nell'analisi di questo mutamento di prospettiva mirante a conferire maggiore efficienza, flessibilità e orientamento ai risultati all'amministrazione pubblica

---

pubblico. La nuova frontiera delle performance, in Rirea Aziende – Studi e ricerche di Economia Aziendale, 2015, pp. 312 ss.

[10] C. FRANCHINI, *Giannini legislatore*, in Riv. trim. dir. pubbl., fasc.4, 2000, p. 1277. In particolare, nel Rapporto Giannini, si delineò un dettagliato schema di riforma integrale della pubblica amministrazione, suddiviso in quattro sezioni - oltre all'introduzione e alle conclusioni - ognuna delle quali affrontava specifiche questioni relative alle pratiche amministrative, alla tecnologia, al personale e al riordinamento dei poteri centrali. Nel dettagliare tali argomenti, si svolse un'analisi critica della situazione esistente seguita da una sezione prevalentemente orientata alla proposta, in cui furono delineate le linee guida per la riforma dell'intero sistema amministrativo. Questo approccio si distinse per la sua vastità di vedute e per la sua attenzione sia ai problemi pratici che alle soluzioni innovative, riflettendo un impegno sostanziale nella ricerca di miglioramenti tangibili nell'ambito della pubblica amministrazione. Si tratta di una tesi che, all'interno del Rapporto, mira a promuovere un progetto di rinnovamento radicale e a invertire l'orientamento tradizionalmente fondato sulla centralità della burocrazia. In argomento, si rinvia alle considerazioni svolte nel lavoro di G. D'AURIA, *Giannini e la riforma amministrativa*, in Riv. trim. dir. pubbl., fasc.4, 2000, p. 1211.

[11] M. S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazioni dello Stato*, trasmesso alle Camere dal Ministro della Funzione Pubblica, 1979, pp. 5 ss. Nello specifico, il Rapporto pone in evidenza due accezioni del termine "produttività": la prima si riferisce alla produzione di beni o servizi da parte di un singolo lavoratore in un determinato periodo di tempo, mentre la seconda riguarda gli indicatori di efficacia ed efficienza. Alcune amministrazioni statali hanno tentato di misurare e migliorare la produttività, ma spesso le misurazioni risultano elementari. Si deve affrontare una triplice difficoltà: alcune attività sono difficili da misurare, c'è confusione tra produttività lavoro ed efficienza, e gli strumenti per incentivare la produttività sono eterogenei e spesso empirici. Ad esempio, i carichi di lavoro non possono essere considerati indicatori di produttività, ma talvolta vengono erroneamente presentati come tali. Gli indicatori di produttività ed efficienza possono essere più sofisticati di quanto si creda, se si considerano parametri qualitativi come la soddisfazione degli utenti. Nonostante le divergenze tra gli esperti, è importante per le istituzioni pubbliche utilizzare questi indicatori, anche se possono essere imperfetti e soggetti a correzioni, al fine di non essere inferiori alle organizzazioni private.

[12] M. S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in Amm. Civ.,II, 3, 1959, pp. 11 ss.

ISSN 2036-7821

nell'attuale scenario socio-economico, si rileva l'importanza di discernere due distinti stadi evolutivi all'interno del quadro normativo italiano classificabili nelle riforme agli inizi degli anni 90 e le riforme successive degli anni 2000.

Le riforme che hanno caratterizzato gli anni Novanta, si sono incentrate sulla creazione di dispositivi giuridici che si articolano su tre fondamentali aree tematiche, conformemente al paradigma del New Public Management: il controllo sulla gestione finanziaria[13], il managerialismo pubblico (nelle sue diverse accezioni) [14] e le conseguenti responsabilità di risultato[15].

---

[13] M.S. GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, n.4, 1974, pp. 1263 ss.; vedasi anche M.S. GIANNINI, in *Manuale di diritto amministrativo*, I-II. Nello specifico, il Sistemi di Controllo sulla gestione finanziaria dello Stato, viene inteso quale «verifica di regolarità di una funzione, che presuppone un parametro alla stregua del quale valutare la conformità dell'azione amministrativa e l'adozione di misure conseguenti allo svolgimento del controllo stesso». Tale sistema, sostenuto principalmente dai decreti legislativi n. 29/1993 e n. 286/1999 e dalla Legge n. 20/1994, si focalizza sull'efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, introducendo strumenti di valutazione del risultato complessivo e della gestione delle risorse.

[14] Nel contesto della riflessione sul Public Management, emerge un quadro complesso caratterizzato da diverse definizioni proposte nella letteratura accademica. Tra queste, cinque definizioni principali offrono una panoramica articolata del concetto. La prima definizione, proposta da Perry e Kraemer nel 1983, enfatizza la fusione armonica tra il management generico e le tradizionali preoccupazioni della pubblica amministrazione, come democrazia ed equità. Metcalfe e Richards nel 1987, nella seconda definizione, evidenziano i processi specifici del settore pubblico, che mirano a gestire l'interdipendenza organizzativa e a sistemare l'intera struttura di governance pubblica. Pierre, nel 1995, considera la pubblica amministrazione come il collegamento tra Stato e società civile, sottolineando il suo ruolo bidirezionale nella trasmissione di informazioni e risorse. Clarke e Newman nel 1997, introducono il concetto di "Stato manageriale" associato al managerialismo, enfatizzando le ideologie e le pratiche che ne derivano e il loro legame con un accordo politico emergente. Infine, Koenig nel 1996, analizza la pubblica amministrazione come un sistema sociale che opera secondo principi specifici e che è influenzato dagli sviluppi della società. Queste definizioni riflettono la complessità del public management, evidenziando il suo legame con la politica, la legge e la società civile, e la sua natura intrinsecamente influenzata da valori e ideologie; per un maggior approfondimento sul contenuto in questione si rinvia a G. PERMON, *Dalla nascita del Public Management al Public Performance Management*, in http://docenti.luiss.it, 2017, pp. 1 ss.; G. REBORA, *Public Management: una prospettiva di scienza dell'organizzazione*, in Rivista Italiana di Public Management, Vol. 1, n. 1, 2018; sul tema si veda inoltre D.F. KETTL, *The Global Revolution in the Public Administration: Diving Themes, Missing Links*, in Journal of Political Analysis and Management, vol. 16, n. 3, 1997, pp. 446 ss.; G. LADU, *Processi decisionali e controlli di gestione nel settore pubblico*, Riv. dir. fin., fasc.3, 2000, p. 462; quest'ultimo saggio, in particolare, propone un'analisi del concetto di "managerialismo" nell'ambito delle riforme delle pubbliche amministrazioni a livello globale. Tale concetto si focalizza sulle critiche rivolte alle tradizionali gerarchie burocratiche per la presunta loro incapacità di adeguarsi alle nuove esigenze del settore pubblico. L'approccio proposto suggerisce di sostituire l'autorità e la rigidità con la flessibilità, concentrandosi sulla revisione dei processi decisionali e gestionali anziché sulla ristrutturazione delle strutture. In alcuni Paesi, come l'Australia e la Svezia, si privilegia un modello che promuove l'autonomia gestionale dei dirigenti, orientandoli verso la soddisfazione dei bisogni dei cittadini anziché della burocrazia. Al contrario, in altre nazioni, come la Nuova Zelanda e la Gran Bretagna, si adotta una strategia più aggressiva, imponendo ai manager di assumere un ruolo centrale e modificando gli incentivi dei funzionari pubblici per renderli più sensibili alle dinamiche di mercato. Questa prospettiva mira a perseguire l'efficienza attraverso la competizione e l'introduzione di sistemi contabili più stringenti per stimolare i manager a ottimizzare le risorse disponibili.

[15] La responsabilità dirigenziale in Italia costituisce un meccanismo di "accountability" per i risultati conseguiti nell'ambito dell'azione amministrativa, in relazione agli obiettivi prefissati. Tale principio si è consolidato con l'introduzione della distinzione tra le sfere politiche e amministrative. L'origine normativa di tale concetto risale all'articolo 19 del decreto del Presidente della Repubblica 748/1972, successivamente ribadito nei decreti legislativi

ISSN 2036-7821

La centralità dell'efficienza nell'amministrazione pubblica emerge dunque come fulcro di trasformazione, guidata dal paradigma della "New Public Management" (NPM), che abbraccia un'ottica di *governance*[16], distante dal modello burocratico weberiano, e che mira a ottimizzare l'uso delle risorse pubbliche mediante un maggiore coinvolgimento e responsabilizzazione dei dirigenti, sostenuto da sistemi di valutazione delle performance.[17]

Le successive riforme, avviate agli inizi degli anni Duemila, al fine di incentivare l'efficienza, hanno introdotto restrizioni più rigide, aumentando le sanzioni per la mancanza di produttività e rafforzando il quadro disciplinare, come delineato dalla "riforma Brunetta"[18], con conseguente maggiore responsabilità per i dirigenti.

Tuttavia, tale accresciuta responsabilità ha suscitato una percezione di rischio eccessivo (c.d. paura della firma) aggravata da fattori quali l'abuso di ufficio e la responsabilità amministrativa, contribuendo a instaurare un clima di immobilismo burocratico, noto anche come burocrazia difensiva. [19]

29/1993 e 165/2001, quest'ultimo noto come Testo Unico del pubblico Impiego; per una maggior disamina sull'argomento si veda L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, Cedam, 2000; S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, n. 1, 2015, pp. 53-67; C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale fra Stato e d enti locali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

[16] Il concetto di "Governance" emerge come un termine poliedrico, frequentemente adoperato nell'ambito dell'economia e della scienza politica, specialmente in contrasto con il concetto di "Government". Mentre quest'ultimo sottolinea la centralità delle istituzioni responsabili nell'attuazione delle politiche, la Governance richiama l'idea di una pluralità di attori coinvolti nel processo decisionale. La Governance implica dunque un sistema complesso che coinvolge istituzioni, attori sociali e organizzazioni private nella definizione e nell'attuazione delle politiche, con l'obiettivo di suscitare un coinvolgimento attivo dei cittadini; sul tema D. U. GALLETTA, *Trasparenza e Governance amministrativa nel diritto europeo*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., fasc.2, 2006, p. 265; D. CEPIKU, *Governance: riferimento concettuale o ambiguità terminologica nei processi di innovazione della pa?*, Maggioli Editore, 2005, pp. 106 ss. ; F. BASILICA, *La Public Governance in Europa*, in Funzione pubbl., 2004/3, p. 22.; G. COGLIANDRO, *Ruolo della "Governance" e politiche di inclusione*, in Funzione pubbl., 2003/2-3, p. 50; Sui concetti di Governance e Government si rinvia peraltro a R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, 2002, in particolare p. 193 ss., riprese anche nella 2ª ediz. del 2005.

[17] R. URSI, *La giuridificazione del canone dell'efficienza della pubblica amministrazione*, in B. MARCHETTI, M. RENNA (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana - Studi - La giuridificazione*, Firenze University Press, 2017, p. 461.

[18] La riforma Brunetta si riferisce a una serie di disposizioni normative promulgate tra il 2008 e il 2009 che incidono sulle dinamiche operative della pubblica amministrazione italiana. Queste misure sono state promosse da Renato Brunetta, che all'epoca ricopriva la carica di Ministro per la Pubblica Amministrazione e l'Innovazione. In particolare si sottolinea il d.lgs. n. 150/2009, mod. succ. dalla L.124/2015 (e i decreti attuativi d.lgs. 74 e 75 del 2017), finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e all'efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni.

[19] S. BATTINI, F. DE CAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, fasc.1, 2019, p. 293; il presente studio delinea un'analisi approfondita sulla nozione di amministrazione difensiva, la quale trova le sue origini nell'affine fenomeno della medicina difensiva. Quest'ultima si caratterizza per l'adattamento delle cure prestate da parte del medico, il quale, prevedendo il rischio di responsabilità legale, modifica tali cure in eccesso o in difetto rispetto alla prassi comune. Parimenti, l'amministrazione difensiva si manifesta attraverso un adattamento delle decisioni degli amministratori finalizzato alla protezione individuale dai rischi, sia di natura patrimoniale che non patrimoniale, emersi dall'analisi del funzionamento dell'amministrazione pubblica italiana. Tale fenomeno è direttamente correlato a una carenza di responsabilità e

La "paura della firma" rappresenta una dicotomia intrinseca al ruolo del dirigente, il quale, pur formalmente "adottando i provvedimenti", assume decisioni anche di natura privatistica, specialmente in materia di relazioni lavorative o contrattuali. Questo fenomeno riflette quella che è comunemente definita come "solitudine della dirigenza", che può risultare attenuata in presenza di collaboratori/funzionari validi e competenti.[20]

Al fine di affrontare la suddetta questione, il legislatore ha proposto due innovazioni nel quadro della responsabilità amministrativo-contabile, come delineato nell'articolo 21 del decreto legislativo numero 76 del 2020: una con natura definitiva e l'altra di carattere temporaneo, limitando la responsabilità amministrativa ai casi di dolo e riservando la responsabilità penale alle violazioni esplicite delle normative vigenti. [21]

Tali interventi sono stati considerati necessari dalla Corte costituzionale proprio in ragione del fatto che «paura della firma e burocrazia difensiva si tradurrebbero, in quanto fonte di inefficienza e immobilismo, in un ostacolo al rilancio economico, che richiede, al contrario, una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente».[22]

La questione della responsabilità rimane dunque cruciale per i futuri riformatori, collocandosi in un contesto sociale che richiede un equilibrio delicato tra il controllo dell'amministrazione e la necessità di discrezionalità nell'adattarsi alle circostanze mutevoli.

---

di meccanismi sanzionatori, spesso attribuita all'inadeguato e inefficace esercizio della funzione amministrativa. Questo squilibrio crea un contesto di incentivi disallineati: i funzionari pubblici dimostrano una maggiore preoccupazione per i controlli di legalità, trascurando invece quelli volti all'efficienza. È dunque evidente che l'amministrazione difensiva trae vantaggio sia dalla presenza del primo timore che dall'assenza del secondo. Sul punto si veda inoltre S. BATTINI, *Il riformismo e la burocrazia: eredità del passato e prospettive per il futuro*, in, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, fasc.2, 2023, p. 735; A. BATTAGLIA, S. BATTINI, A. BLASINI, V. BONTEMPI, M. P. CHITI, F. DECAROLIS, S. MENTO, A. PINCINI, A. PIRRI VALENTINI, G. SABATO, *«Burocrazia difensiva»: cause, indicatori e rimedi*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2021, pp. 1295 ss; M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in Dir. amm., 2020, pp. 35 ss.;. G. BOTTINO, *La burocrazia "difensiva" e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in An. giur. econ., 2020, pp. 117 ss; S. BATTINI e F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2019, pp. 293 ss.; B. TONOLETTI, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2019, pp. 77 ss.; G. BOTTINO, Rischio e responsabilità amministrativa, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e burocrazia difensiva*, in Dir econ., 2017, pp. 625 ss.; A. POLICE, *Il principio di responsabilità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), Studi sui principi di diritto amministrativo, Giuffrè, 2012, pp. 195 ss.

[20] M SACCONI, F. VERBARO, *1993. Il tentativo reinventare lo Stato. Attualità e prospettive di una riforma*, in Edizioni Studium, Roma, 2023, p. 122.

[21] A. BATTAGLIA, S. BATTINI, A. BLASINI, V. BONTEMPI, M. PILADE CHITI, F. DECAROLIS, S. MENTO, A. PINCINI, A. PIRRI VALENTINI, G. SABATO, *Burocrazia difensiva: cause, indicatori e rimedi*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, fasc.4, 2021, p. 1295.

[22] S. BATTINI, *Il riformismo e la burocrazia: eredità del passato e prospettive per il futuro*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, fasc.2, 2023, p. 735; Corte Cost. n. 8 del 2022, su cui S. BATTINI, *Abuso d'ufficio e burocrazia difensiva nel groviglio dei rapporti fra poteri dello Stato*, in Giorn. dir. amm., 2022, pp. 494 ss.; G. BOTTINO, *Il conflitto tra il legislatore e la giurisprudenza come causa della "burocrazia difensiva", la responsabilità penale per "abuso d'ufficio" come paradigma*, in Lav. p.a., 2022, pp. 242 ss.

ISSN 2036-7821

Parallelamente al tema della responsabilità, la "gestione dei mezzi finanziari" ha guadagnato una posizione centrale nel contesto delle riforme istituzionali, diventando un paradigma essenziale per l'azione amministrativa, in un quadro caratterizzato da una costante ricerca di soluzioni e da una crescente complessità normativa, che evidenzia una sfida costante nel bilanciare i principi della separazione politica e della convergenza economica, spesso generando conseguenze non previste che continuano a influenzare il panorama del riformismo burocratico.
La suddetta dinamica, influenzata dai vincoli finanziari imposti dall'Unione Europea, ha manifestato una profonda influenza sulle costituzioni nazionali (c.d. europeizzazione), operando una riconfigurazione dei loro equilibri di potere e ridefinendo le dinamiche di governo economico sia a livello nazionale che europeo. Tale processo ha altresì progressivamente rivelato le sfide incontrate dai governi nel conciliare le diverse componenti, affidando essenzialmente alla pubblica amministrazione, e in particolare all'amministrazione "finanziaria" statale, la definizione di strumenti e pratiche di gestione finanziaria, che costituiscono pilastri fondamentali per la formulazione delle politiche pubbliche, e conseguentemente esercitando una sorta di "forza condizionante".[23]
Questo cambio di paradigma non poteva e non può prescindere, infatti, dal perseguimento delle regole di finanza pubblica imposte dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) e, in ambito nazionale, dal rispetto della regola "aurea" del principio di pareggio (*rectius*: equilibrio) [24] di bilancio introdotto in Costituzione, in recepimento delle linee di indirizzo fornite, al livello europeo, dal *Fiscal Compact*[25].

[23] E. D'ALTERIO, *Dietro le quinte di un potere*, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 14.

[24] G. DELLA CANANEA, *Dal pareggio del bilancio all'equilibrio della finanza pubblica*, in Corte Costituzionale. Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria, Milano, 2019, pp. 241 ss. Con legge costituzionale n.1/2012, novellando gli articoli 81, 97, 117 e 119 Cost., è stato quindi introdotto in costituzione la regola aurea "dell'equilibrio" di bilancio tra entrate e spese nel rispetto con quanto disposto dagli accordi internazionali e delle regole dell'Unione Europea in materia economico-finanziaria. Il testo costituzionale parla di "*equilibrio*" di bilancio, termine che (rispetto a quello di "*pareggio*") ha una connotazione più elastica e dinamica, correlandolo a un vincolo di sostenibilità nel tempo del debito di tutte le p.a (c.d. principio di gestione della politica economica nazionale), nel rispetto dei parametri comunitari contenuti nel Patto di Stabilità e Crescita e nel Fiscal compact. Il principio di equilibrio è stato inoltre definito come "lo strumento per garantire nel tempo l'equilibrio economico, finanziario e patrimoniale", anche attraverso appropriate rimodulazioni dei rapporti tra Stato e autonomie speciali nei futuri esercizi (C. Costituzionale 188/2016 e n. 155/2015). Per la Corte costituzionale (sentenza n. 133/2016), l'enunciazione del principio di equilibrio nell'art. 81 (tra entrate e spese), e nell'art. 97 cost. (bilancio e sostenibilità del debito) si risolve nel "criterio di economicità", secondo cui l'azione delle pubbliche amministrazioni deve perseguire i propri obiettivi, garantendo il buon andamento e l'imparzialità con il minimo dispendio di risorse. Tale criterio è simmetrico rispetto "all'equilibrio di bilancio", legato all'andamento del ciclo economico; la sua valutazione, pertanto, deve svolgersi in riferimento a un arco temporale sufficientemente ampio, tale da consentire la realizzazione degli obiettivi in una situazione di debito sostenibile e di tendenziale "armonia" fra entrate e uscite.

[25] Per un'accurata ricostruzione degli eventi che hanno portato all'adozione del Fiscal Compact si veda. A. VITERBO, R. CISOTTA, *La crisi del debito sovrano e gli interventi dell'UE: dai primi strumenti finanziari al Fiscal*

ISSN 2036-7821

L'equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito diventano quindi parametri fondamentali della gestione amministrativa, vincolando le decisioni organizzative e operative delle singole amministrazioni. La legge costituzionale sancisce che gli Stati membri adottino nella loro legislazione nazionale il principio del bilancio in pareggio e si impegnino per ridurre automaticamente il debito pubblico.
L'insieme di queste disposizioni costituzionali crea un legame stretto tra gli obiettivi di finanza pubblica a livello europeo e le attività quotidiane delle amministrazioni pubbliche a livello nazionale. Inoltre, viene introdotto il concetto di economicità come criterio determinante per valutare l'efficienza nell'uso delle risorse pubbliche, implicando un'attenzione particolare alla riduzione dei costi e al risparmio gestionale. La *Spending Review* diventa uno strumento fondamentale per valutare le politiche pubbliche e individuare possibili aree di risparmio, anche se è importante distinguere tra una revisione della spesa che mira a valutare l'efficacia dei programmi e una che si limita a tagli lineari di spesa.
La legislazione europea impone dunque una serie di limitazioni alla sovranità nazionale riguardo alla politica economica e alla gestione dei bilanci pubblici, con rilevanti impatti sugli assetti costituzionali nazionali.[26] Questo scenario, ha generato l'urgente necessità di adottare un linguaggio contabile omogeneo, derivante

---

Compact, in Dir. Un. Eur., fasc.2, 2012, p. 323.; L. S. ROSSI, *"Fiscal Compact" e Trattato sul Meccanismo di Stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE*, in Dir. Un. Eur., fasc.2, 2012, p. 293; M. MACCHIA, *Amministrare la democrazia*, il Mulino, Bologna, 2021, pp. 159 ss.; in particolare, il Fiscal compact, firmato il 2 marzo 2012 ed entrato in vigore il 1° gennaio 2013 è il nuovo Patto di bilancio che 25 paesi Stati dell'Unione (ad eccezione di Regno Unito, Croazia e Repubblica Ceca) si sono impegnati a rispettare per garantire la stabilità finanziaria dei rispettivi Paesi e dell'Unione nel suo complesso; il Patto contiene una serie di regole, chiamate *regole d'oro*, che sono vincolanti nell'UE per il principio del pareggio di bilancio cioè l'equilibrio tra entrate e uscite; tale regola si considera rispettata se il disavanzo strutturale dello Stato è pari all'obiettivo a medio termine specifico per Paese, con un deficit che non eccede lo 0,5% del PIL; per gli Stati che come l'Italia hanno un debito pubblico eccessivo è anche previsto l'obbligo di rientrare verso il tetto del 60% del Pil al ritmo di 1/20 l'anno per la parte eccedente. Esso «si inserisce all'interno di un quadro stratificato di disposizioni europee in cui vanno annoverati il Patto Europlus del marzo 2011, il gruppo di 5 regolamenti e una direttiva del 2011, denominato Six Pack, i due regolamenti del giugno 2013, noti come il Two Pack». Il 26 aprile 2023, inoltre, la Commissione ha presentato nuove proposte legislative per riformare le regole di governance economica dell'UE, mirando a rafforzare la sostenibilità del debito pubblico e promuovere una crescita inclusiva. Queste proposte affrontano le lacune nel quadro attuale, considerando la necessità di ridurre il debito pubblico e preparare l'UE per sfide future come la transizione verde e digitale. Le nuove regole agevoleranno riforme e investimenti necessari, riducendo i rapporti debito pubblico/PIL in modo graduale e realistico. La proposta di riforma della governance economica, citando la Presidente della Commissione Europea Von der Leyen, mira a semplificare il quadro normativo, potenziando la titolarità nazionale e migliorando l'applicazione delle norme, il tutto fondato su un ampio processo di consultazione. Questo implicherà un'analisi approfondita dell'adeguamento delle disposizioni normative interne relative alla contabilità e alla finanza pubblica, partendo dal livello costituzionale fino alla normativa di rango inferiore, compresa la legislazione ordinaria e le disposizioni regolamentari.

[26] G. L. TOSATO, *La riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, in Rivista di Diritto Internazionale, fasc.1, 2014, p. 5; R. DICKMANN, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in Federalismi.it, Fasc. n. 4/2012, p. 2; DI PAOLA BILANCIA, *La nuova governance dell'Eurozona e i «riflessi» sugli ordinamenti nazionali*, in Federalismi.it, Fasc. n. 23/2012, p. 2.

dall'armonizzazione dei molteplici sistemi contabili in uso presso le varie amministrazioni pubbliche, al fine di indirizzare l'attività pubblica verso una fornitura ed un utilizzo efficiente delle risorse finanziarie. [27]

L'utilizzo e la gestione delle risorse pubbliche assume dunque una natura "strumentale" e costituisce il fulcro dell'organizzazione amministrativa in una prospettiva "dinamica" per il perseguimento degli obiettivi della finanza pubblica. In questo contesto, l'amministrazione, assimilabile ad un "macchinista", promuove l'operatività della macchina statale alimentandone l'azione con dedizione e competenza.[28]

Nel nuovo contesto delineatosi dopo la riforma del 2012, l'equilibrio di bilancio diventa dunque "prodromico"[29] al buon andamento e all'imparzialità dell'azione amministrativa, attraverso l'ottimale rapporto tra efficienza ed equità in un armonico perseguimento delle finalità pubbliche. In tale prospettiva, l'equilibrio individuale dei singoli enti pubblici è un presupposto della sana gestione finanziaria e del corretto esercizio dell'autonomia, nonché del dovere di concorrere a realizzare gli obiettivi macroeconomici nazionali e dell'UE.

In conclusione, sebbene la connotazione aziendalistica dell'amministrazione di risultato abbia sollevato preoccupazioni e perplessità riguardo i possibili impatti (e riflessi) sulla legalità dell'attività amministrativa, la Pubblica Amministrazione, tuttavia, deve comunque attenersi ai fini e ai limiti stabiliti dalla legge. E se il "risultato" si conforma ai dettami della normativa che regola il potere e il procedimento amministrativo, esso diventa il fondamento della legittimità (di un potere pubblico)[30], sia a livello costituzionale che normativo, definendo e delimitando l'ambito d'azione e motivando l'esistenza di tale disposizione "alle esigenze del caso

---

[27] L. MERCATI, *Armonizzazione dei bilanci pubblici e principi contabili*, in Federalismi.it, Fasc. n. 2/2014; F. CONTE, *L'evoluzione dei principi contabili nazionali nella prospettiva di riforma del PNRR*, in Federalismi.it, Fasc. n. 20/2021; M SACCONI, F. VERBARO, *1993. Il tentativo reinventare lo Stato. Attualità e prospettive di una riforma*, in Edizioni Studium, Roma, 2023, pp. 63 ss.; in particolare, nel contesto del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), «viene individuato l'obiettivo di dotare le pubbliche amministrazioni di un sistema unificato di contabilità economico-patrimoniale in modalità "accrual". Tale impostazione contabile riveste un'importanza fondamentale per ottimizzare la gestione del patrimonio pubblico, garantendo un registro uniforme e completo del valore contabile dei beni delle pubbliche amministrazioni. Il Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF), ha promosso, a tal fine, tre distinti progetti volti a identificare le azioni necessarie: il coordinamento delle iniziative di riforma contabile mediante l'istituzione di un nuovo modello di governance; l'armonizzazione dei differenti sistemi contabili attraverso un processo di convergenza verso un insieme standardizzato di normative; la formulazione di un quadro concettuale unificato per l'intero settore pubblico italiano; l'elaborazione di un nuovo piano dei conti uniforme per le pubbliche amministrazioni, in linea con le migliori prassi internazionali; la consapevolezza dei requisiti basilari in termini di informatica, risorse umane e sistemi di gestione finanziaria necessari per l'efficace implementazione della riforma contabile».

[28] A. D'ALTERIO, *Dietro le quinte di un potere. Pubblica amministrazione e governo dei mezzi finanziari*, il Mulino, Bologna, 2021, p. 11.

[29] Corte cost. 29 novembre 2017 n. 247, in Giur. cost., 2017, pp. 28 ss.

[30] S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in www.l'amministrativista.it, 2023, p. 416.

ISSN 2036-7821

di specie". [31] Ciò avviene sia in base al principio di buon andamento sancito dall'articolo 97 della Costituzione, sia in virtù del principio di sussidiarietà enunciato nell'articolo 118, i quali, fungono da parametro imprescindibile per valutare la legittimità e l'efficienza dell'operato amministrativo. [32]
In questi termini "*la rilevanza attribuita al risultato amministrativo costituisce l'innovazione più profonda del modo di concepire giuridicamente l'attività amministrativa; ed è tale da modificare il modo stesso di amministrare, il modo cioè in cui i funzionari intendono la loro azione*".[33]

3. Il principio di "Risultato" nel nuovo Codice dei contratti pubblici.

Il principio di risultato è stato oggetto di approfondito interesse da parte della "dottrina amministrativistica"[34], e, nonostante le preoccupazioni riguardo al rischio di relegare l'amministrazione di risultato ai margini del "dibattito teorico"[35], il recente Codice degli appalti, evidenzia una chiara inversione di tendenza, rinforzando tale principio come criterio "prioritario" per l'esercizio del potere discrezionale e per valutare la "responsabilità"[36] del personale coinvolto nelle procedure di appalto pubblico.[37]
Appare evidente la crescente esigenza da parte del legislatore nel dare concretezza e coerenza all'azione amministrativa attraverso l'adozione di principi "precettivi e operativi" che fungono da cornice normativa "ordinante e nomofilattica" [38] volta a «favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica)» [39].
L'obiettivo è chiaro: garantire che l'affidamento e l'esecuzione dei contratti avvengano nel minor tempo possibile, mantenendo al contempo il rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza; tale adempimento si concretizza nell'imperativo di rendere l'azione amministrativa efficiente e tempestiva, affinché

---

[31] F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in Enc. Del Dir. (VI agg.), Milano, 2002, p. 10.
[32] F. LOGIUDICE, *Buon andamento e risultato: parametri dell'azione amministrativa*, in www.altalex.com , pp. 1 ss.
[33] M. R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in AA. VV. (a cura di), *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, in Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 33.
[34] M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno Palermo 28-28 febbraio 2003*, Torino, Giappichelli, 2004.
[35] S. CASSESE, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati»?*, in Giorn. dir. amm., 2004, p. 941.
[36] Sul tema della responsabilità nel codice degli appalti pubblici, senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia a M. GERARDO, *I principi e le responsabilità nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Tecniche rivolte a vincere la c.d. "pura della firma"*, in Rassegna Avvocatura dello Stato, 2023.
[37] E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, Diritto Amministrativo, fasc.4, 2023, p. 829.
[38] M. R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in AA. VV. (a cura di), *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, in Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 17.
[39] TAR Catania, sez. III, 12.12.2023, n. 3738.

ISSN 2036-7821

«la sua condotta non solo sia legittima, ma anche che essa sia adeguata al raggiungimento del risultato finale»[40].

La giurisprudenza ha svolto un ruolo cruciale nel processo di sviluppo concettuale dell'amministrazione di risultato, consentendo una disamina più approfondita dei suoi aspetti salienti e delle sue implicazioni nell'attuale contesto di riferimento. Questa evoluzione può essere analizzata attraverso diverse fasi distintive, ciascuna delle quali ha contribuito al progressivo chiarimento e alla definizione dei confini concettuali e delle dimensioni operative di tale principio nel panorama giuridico italiano.

Originariamente, "la giurisprudenza"[41] ha cominciato ad esaminare l'idea di amministrazione di risultato fin dagli anni '60, ma è stato solo verso la fine degli anni '90 che i criteri di efficienza ed efficacia hanno assunto un ruolo centrale nell'analisi e nella valutazione dell'attività amministrativa, particolarmente in seguito a significative riforme legislative che hanno posto maggiore enfasi sui risultati conseguiti. Questo approccio, orientato a criteri di natura più economica ed efficientista, è stato riconosciuto da diverse pronunce giurisdizionali, seppur ancora in assenza di un completo supporto teorico e dottrinale.[42]

Successivamente, agli inizi del decennio scorso, "ulteriori sentenze"[43] del giudice amministrativo hanno contribuito ad ampliare questa prospettiva, riconoscendo che l'attività amministrativa deve essere valutata non solo per la conformità normativa,

---

[40] S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Il Bologna, 1983, p. 80; ulteriori contributi in tema di principio risultato S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in www.l'amministrativista.it , 2023; A. CIOFFI, *Prima lettura del nuovo dei Contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in www.apertacontrada.it, 1, 2023; A. M. CHIARELLO, *Una nuova cornice dei principi per i contratti pubblici*, in Dir. Econ., 1, 2023; M.A. SANDULLI, *Prime Considerazioni sullo schema del Nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.l'amministrativista.it, 2022; M. DI RIENZO, A FERRARINI, *Quando l'integrità abdica all'etica del risultato. I principi di "risultato" e "fiducia" nello schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.spazioetico.com, 2022.

[41] T.A.R. Piemonte, Sez. I, 8 giugno 2010, n. 2727.

[42] M. R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in Federalismi.it, Fasc. n. 9/2024, pp. 214 ss; in particolare si fa riferimento alle sentenze del TAR Campania, Napoli Sez. V, n. 7428/2006 e la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 5938/2008: la prima sentenza esamina l'amministrazione dei risultati nei rapporti tra enti pubblici, evidenziando l'obbligo di operare per risolvere i problemi anziché litigare in tribunale. Questo principio, definito autonomo, imponeva alle Amministrazioni pubbliche di agire con efficacia per soddisfare le esigenze della cittadinanza; la sentenza del Consiglio di Stato, invece, pur posizionando il risultato al di fuori dei parametri di controllo di legittimità, sottolineava la necessità di ampliare il sindacato giurisdizionale amministrativo, considerando l'interconnessione tra attività amministrativa e aspetti economico-finanziari. Nonostante vi siano stati segnali di un possibile sviluppo normativo in questa direzione, tale evoluzione è rimasta ancora incompleta, e l'aspetto economico dell'attività amministrativa rimaneva fuori dall'oggetto del sindacato di legittimità.

[43] T. A. R. Campania, Napoli, Sez. V, 17 maggio 2019, n. 2616; T. A. R. Campania, Sez. VII, 28 luglio 2014, n. 4339; T. A. R. Lombardia, Milano, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428.

ISSN 2036-7821

ma anche per il raggiungimento degli "risultati-obiettivi" prefissati riconoscendo la stretta connessione tra l'interesse legittimo e il conseguimento del bene della vita. [44] Recentemente, attraverso diverse pronunce del Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) e del Consiglio di Stato, è stato ulteriormente delineato il concetto di risultato nell'ambito dell'amministrazione pubblica. Questo principio è finalizzato a garantire che l'affidamento e l'esecuzione dei contratti avvengano nel minor tempo possibile e con il "miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo"[45] nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza evitando nel contempo di imporre un eccessivo onere sull'esercizio della discrezionalità amministrativa, particolarmente nei contesti delle commesse pubbliche.[46] Tale adempimento si concretizza nell'imperativo di superare "gli eccessivi formalismi procedurali"[47], privilegiando "la sostanza"[48], quale "criterio orientativo"[49] per garantire "la qualità della prestazione"[50] e il conseguimento del miglior risultato possibile, considerato come "valore dominante"[51] nel perseguimento del pubblico interesse. Per conseguire questo obiettivo, che include anche l'aspetto della "virtuosità", è fondamentale selezionare operatori che dimostrino, fin dalle fasi iniziali della competizione, un elevato livello di impegno e competenza;[52] questo approccio mira a garantire che «la condotta non

[44] M. R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in AA. VV. (a cura di), *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, in Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 36. In ambiti come gli appalti, "il risultato ideale" è l'affidamento del contratto alle migliori condizioni per l'interesse pubblico, ma può anche includere la mancata aggiudicazione o la risoluzione del contratto se ciò è più vantaggioso. Il giudice amministrativo dovrà pertanto assicurare che l'azione amministrativa sia orientata al risultato e sia coerente con le procedure, evitando prassi inutili, poiché la legittimità dell'azione si basa sul raggiungimento del risultato previsto dalla legge.

[45] Consiglio di Stato, sez. III, 15.11.2023 n. 9812.

[46] M. GIUSTINIANI, A. PACCIONE, *I principi della nuova contrattualistica pubblica: una riforma per un cambio di prospettiva*, in F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, A. NAPOLEONE (a cura di), *I Nuovi Contratti Pubblici. Analisi ragionata del nuovo Codice dei contratti pubblici (D. Lgs 36/2023)*, Dike Giuridica, 2023, p. 6; in particolare, la concorrenza e la trasparenza nel contesto degli appalti pubblici assumono una valenza strumentale piuttosto che meramente finale, poiché sono concepite come mezzi per raggiungere il risultato desiderato. La concorrenza è interpretata come una competizione finalizzata a garantire all'ente pubblico l'acquisizione delle migliori prestazioni al miglior prezzo possibile sul mercato. Questo paradigma rappresenta un ribaltamento prospettico rispetto a una concezione della concorrenza come fine a sé stessa. Similmente, la trasparenza è vista come un'opportunità per assicurare una corretta applicazione delle norme del Codice, rendendo l'operato dell'amministrazione pubblica pienamente "verificabile". Questo approccio enfatizza la responsabilità delle amministrazioni per i risultati conseguiti, promuovendo un maggiore livello di efficienza e responsabilità nell'ambito degli appalti pubblici.

[47] TAR Trento, 15.11.2023 n. 181.

[48] TAR Napoli, 15.01.2024 n. 377.

[49] TAR Napoli, 25.03.2024, n. 1910.

[50] Consiglio di Stato, sez. III, 29.12.2023 n. 11322.

[51] Consiglio di Stato, sez. V, 27.02.2024 n. 1924.

[52] TAR Catania, 12.12.2023 n. 3738.

ISSN 2036-7821

solo sia legittima, ma anche che essa sia adeguata al raggiungimento del risultato finale»[53].

Il risultato si configura essenzialmente come «l'interesse pubblico orientato alla realizzazione dell'opera pubblica, all'espletamento del servizio e al conseguimento della fornitura»[54]. In tal modo, nonostante alcune critiche[55], si evidenzia come non vi sia alcuna incompatibilità (o antinomia) tra il perseguimento del risultato e il principio di legalità, in quanto quest'ultimo, non solo conferisce "rilevanza giuridica" al risultato amministrativo, ma viene anche rafforzato e completato dalla concreta attuazione degli obiettivi prefissati quale "parametro di legittimità".[56] La conformità alla legalità diviene dunque prodromica al conseguimento del risultato, rendendo l'azione amministrativa non solo legittima, ma anche efficiente ed efficace, in un'ottica di pieno rispetto e valorizzazione dell'interesse pubblico; quest'ultimo si impone come parametro guida per l'interpretazione e l'applicazione di tutte le altre disposizioni del codice nonché come criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione del caso concreto.

Il principio del risultato contribuisce dunque a completare il quadro normativo vigente «ampliando l'ambito del controllo giurisdizionale piuttosto che restringerlo»[57] promuovendo un'azione amministrativa efficiente e tempestiva.

Nel quadro delineato, il principio del risultato emerge come un elemento chiave, superando il mero aspetto dell'economicità e orientandosi invece verso la soddisfazione dei bisogni assegnati per legge alle singole amministrazioni, con lo scopo primario di generare un beneficio tangibile per la collettività.[58]

Questa visione più ampia del risultato comprende la capacità di generare valore aggiunto tramite l'interazione con diversi interessi pubblici incorporando una vasta gamma di obiettivi pubblici, tra cui la sostenibilità ambientale, sociale e la

---

[53] S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, Bologna, 1983, p. 80; ulteriori contributi in tema di principio risultato S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in www.l'amministrativista.it , 2023; A. CIOFFI, *Prima lettura del nuovo dei Contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in www.apertacontrada.it, 1, 2023; A. M. CHIARELLO, *Una nuova cornice dei principi per i contratti pubblici*, in Dir. Econ., 1, 2023; M.A. SANDULLI, *Prime Considerazioni sullo schema del Nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.l'amministrativista.it, 2022; M. DI RIENZO, A FERRARINI, *Quando l'integrità abdica all'etica del risultato. I principi di "risultato" e "fiducia" nello schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.spazioetico.com, 2022.

[54] B. MEROLA, S. PERONGINI, *Il principio di concorrenza nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in AA.VV. (a cura di), *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, in Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 59.

[55] Sul punto A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pp. 40 ss.

[56] B. MEROLA, S. PERONGINI, *Il principio di concorrenza*, *op. cit.*, p. 62.

[57] Consiglio di Stato, sez. III, 26.03.2024 n. 2866.

[58] M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in Annuario AIPDA 2002, Milano, Giuffrè, 2003, p. 109; E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, Diritto Amministrativo, Fasc. n. 4/2023, p. 829.

ISSN 2036-7821

promozione della democrazia; pertanto, lo "sviluppo sostenibile"[59] si configura come un imperativo al quale l'attività amministrativa deve mirare nel proprio operare.[60]
A testimonianza dell'impatto significativo della regola del risultato sull'intero tessuto normativo del Codice, si possono individuare due elementi salienti quali "l'ancillarità" del principio di concorrenza (o accesso al mercato) e il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, che enfatizzano l'obiettivo finale anche a discapito della concorrenza, qualora ciò si renda necessario per preservare l'equilibrio contrattuale.[61]
In considerazione del contesto normativo e giuridico delineato, il principio di "nuova"[62] formulazione assume un'importanza che va oltre la mera dimensione

[59] La Conferenza delle Nazioni Unite svoltasi a Stoccolma, Svezia, nel 1972, ha segnato un momento fondamentale nell'emanazione del concetto di sviluppo sostenibile. Pur non affrontando integralmente l'interazione tra le questioni ambientali e lo sviluppo, ha posto in evidenza la necessità di rivedere le politiche di sviluppo economico, invitando tutti i paesi a livello mondiale a rafforzare le politiche di gestione ambientale nelle decisioni di investimento. Successivamente a tale evento, si sono verificati avanzamenti significativi nelle evoluzioni istituzionali relative alla protezione ambientale. In particolare, nel periodo successivo alla Conferenza di Stoccolma, tra la fine degli anni Ottanta e l'inizio dei Novanta, un'organizzazione internazionale nota come Commissione Mondiale per l'Ambiente e lo Sviluppo (WCED) ha prodotto un Rapporto sullo sviluppo umano intitolato "*Our Common Future*", documento finale della Commissione mondiale sull'ambiente e lo sviluppo, istituita sotto l'egida dell'ONU nel 1983 e presieduta da Gro Harlem Brundtland. Tale rapporto rappresenta il primo documento a delineare in modo completo il concetto di sviluppo sostenibile. All'interno dei suoi dodici capitoli, il Rapporto ha condotto un'analisi esaustiva e fornito una panoramica dettagliata delle condizioni globali, comprendenti lo sviluppo e la struttura socio-economica, il deterioramento ambientale, la crescita demografica, la povertà, la situazione politica, i conflitti armati e altri temi correlati. Inoltre, ha introdotto e definito il concetto di sviluppo sostenibile come un processo dinamico di cambiamento volto a garantire che lo sfruttamento delle risorse, gli investimenti, lo sviluppo tecnologico e i cambiamenti istituzionali siano in sintonia non solo con le esigenze presenti, ma anche con quelle future. Sul tema M. MONTINI, *Investimenti internazionali, protezione dell'ambiente e sviluppo sostenibile*, in Dir. econ. (Il), 2015, pp. 49 ss.; F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G. ROSSI (a cura di), Diritto dell'ambiente, Torino, 2015, pp. 175 ss.; D. PORENA, *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2016; M. ANTONIOLI, *Sostenibilità dello sviluppo e governance ambientale*, Torino, 2016; per un inquadramento giuridico al livello internazionale ed europeo si veda P. FOIS (a cura di), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Napoli, 2007; F. VETRO', *Sviluppo sostenibile, Transizione energetica e neutralità climatica. Profili di governance: efficienza energetica ed energie rinnovabili nel "nuovo ordinamento" dell'energia*, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc.1, 2022, p. 53; F. CONTE, *La finanza sostenibile: limiti e profili evolutivi*, in Federalismi.it, Fasc. n. 33/2022.

[60] S. ROSSA, *Sviluppo sostenibile e appalti pubblici. Sul ruolo degli appalti innovativi come strumento di sostenibilità*, CERIDAP – Rivista Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche, Fasc. n. 4/2022, p. 65; F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, 2021, p. 179.

[61] E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna, BUP, 2022. ; F. LIGUORI e P. LA SELVA, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in Ceridap, 2023, n. 3, 44 ss.; B. MARCHETTI, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici: prime osservazioni*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Firenze, Passigli Editori, 2024; M. MACCHIA, *Il ruolo dei principi nel Codice dei contratti*, in M. MACCHIA (a cura di), *Costruire e acquistare*, Giappichelli, 2024, pp. 9-10.

[62] E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, Diritto Amministrativo, fasc.4, 2023, p. 829; nello specifico, l'autore esamina attentamente il concetto di "risultato" nell'ambito degli appalti pubblici, contestualizzandolo nel quadro più ampio della contrattualistica

ISSN 2036-7821

giuridica, abbracciando anche un aspetto "culturale"[63], finalizzato a promuovere una maggiore libertà d'iniziativa e auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, cercando di superare le persistenti preoccupazioni di "sburocratizzazione" e di "semplificazione" dell'organizzazione e dell'attività pubblica.

Nel mercato dei contratti pubblici, il concetto di risultato non si limita alla selezione del miglior operatore nel pieno rispetto delle regole di concorrenza, con modalità trasparenti, semplici e celeri, in conformità al principio del buon andamento, bensì si estende alla realizzazione dell'opera o alla prestazione del servizio nei tempi previsti, garantendo altresì il rispetto dell'equilibrio contrattuale per tutta la durata del contratto. Il principio del risultato si integra dunque in modo imprescindibile con il principio della fiducia, configurandosi come elemento cardine per l'attribuzione del potere nel settore dei contratti pubblici, così come delineato dall'articolo 2 del Codice dei contratti pubblici; soltanto una stazione appaltante che goda della necessaria fiducia del sistema, senza pregiudiziali sospetti, sarà in grado di raggiungere i propri obiettivi e rispettare il principio del buon andamento previsto dall'art. 97 della Costituzione.[64] Il potere, dunque, trova la propria legittimazione nella fiducia riposta nella legittimità, trasparenza e correttezza dell'azione dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici.[65]

La fiducia strutturata dal legislatore del codice dei contratti pubblici è concepita per sostenere un sistema complessivo di rapporti basato su forme sempre più ampie di negoziazione, promossa mediante disposizioni che impongono alle stazioni appaltanti l'adozione di misure come la copertura assicurativa dei rischi per il personale, e una diversa definizione (o perimetrazione) del regime di responsabilità.[66]

Il principio di fiducia, inoltre, promuove e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle

---

pubblica. Egli, in particolare, mette in luce come tale concetto non costituisca una novità assoluta nel panorama degli appalti pubblici, perimetrando la sua analisi sia rispetto agli impatti "negativi" che "positivi" della spesa pubblica. L'analisi si propone di superare la mera constatazione dell'orientamento naturale delle amministrazioni pubbliche verso il conseguimento di risultati, attraverso una riflessione ipotetica sulla mancanza di una riforma. Attraverso l'utilizzo di dati economici, si evidenzia l'importanza della spesa pubblica nei contratti pubblici, distinguendo la sua duplice natura: da un lato come strumento di soddisfazione dei bisogni pubblici, e dall'altro come veicolo per la creazione di valore aggiunto, specialmente in ambito ambientale e sociale. L'obiettivo finale è quello di sottolineare il ruolo cruciale dell'appalto pubblico come strumento per l'intervento pubblico nell'economia, volto alla produzione di valore pubblico e al conseguimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile.

[63] F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023, p. 10.

[64] *Ibidem*.

[65] R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il principio della fiducia nell'articolo 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in AA.VV. (a cura di), *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, in Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 50.

[66] R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il principio della fiducia*, *op. cit.*, p. 51.

ISSN 2036-7821

scelte relative all'acquisizione e all'esecuzione delle prestazioni, in conformità al principio di risultato.[67]

Incentivare la fiducia costituisce un fattore motivante per il decisore pubblico, poiché l'efficacia delle normative e il loro *enforcement* sono intrinsecamente legate ai rapporti sociali e istituzionali, i quali agevolano comportamenti conformi alla legalità, trasparenza e correttezza, elementi che solo un sistema basato sulla fiducia reciproca può assicurare.[68]

La promozione della leale collaborazione da parte dell'amministrazione rappresenta dunque un elemento fondante di questa disposizione, valorizzando così la capacità dei funzionari di operare entro margini di discrezionalità, orientati al conseguimento dei risultati desiderati, e di adottare iniziative che favoriscano il raggiungimento degli obiettivi pubblici.

Il principio della fiducia, come delineato nell'ambito normativo attuale, segna un chiaro cambio di prospettiva rispetto al passato, dove la logica sottesa a questo principio «è un "motore" di solidarietà e di "cooperazione" tra privati e tra cittadini e pubblica amministrazione»[69], facilitando il raggiungimento di una leva strategica per la ripresa economica e sociale, e contrastando nel contempo fenomeni che tradizionalmente ostacolano l'efficienza amministrativa e il progresso economico, quali la "paura della firma" e la burocrazia "difensiva".

Per mitigare questa prassi burocratica difensiva e promuovere una maggiore autonomia decisionale responsabile, è stata introdotta una "rete di protezione"[70], consistente in scelte normative che valorizzano la "discrezionalità" del funzionario pubblico.

Un esempio di questa tendenza è la riformulazione del reato di abuso d'ufficio, che richiede che l'atto sia adottato in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge e che non lascino margini di discrezionalità. Questo mira a limitare il sindacato penale sulle scelte discrezionali del pubblico ufficiale. Inoltre, è stata introdotta una disposizione transitoria che limita la responsabilità erariale ai casi di dolo e conserva la colpa grave solo per le condotte omissive. Questo riflette l'obiettivo di promuovere il risultato utile nel settore dei

[67] M. R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, pp. 49 ss.

[68] R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in Federalismi.it, Fasc. n. 12/2023, p. 274; L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, Dir. amm., n. 2-3, 2015, p. 340.

[69] M. GIUSTINIANI, A. PACCIONE, *I principi della nuova contrattualistica pubblica: una riforma per un cambio di prospettiva*, in F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, A. NAPOLEONE (a cura di), *I Nuovi Contratti Pubblici. Analisi ragionata del nuovo Codice dei contratti pubblici (D. Lgs 36/2023)*, Dike Giuridica, 2023, p. 11.

[70] R. URSI, *La "trappola della fiducia" nel Codice dei contratti pubblici*, in Diritto e Conti, Fascicolo 1, 2024, pp. 12 ss.; V. TANGO, *Della responsabilità negli ordini costituzionali ed in ispecie di quella degli ufficiali pubblici verso lo Stato e le amministrazioni per colpa e danno*, Roma, 1899, p. 205.

ISSN 2036-7821

contratti pubblici, contrastando sia l'ampio sindacato del giudice penale sia la responsabilità amministrativa.

L'obiettivo di promuovere la fiducia e l'autonomia decisionale pubblica si accompagna alla revisione della nozione di "colpa grave", circoscrivendo la responsabilità amministrativa a dei casi specifici riconducibili alla violazione di disposizioni o regole di condotta previste dalla legge, specificando che non costituisce tale colpa la violazione o l'omissione derivante dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti. Questa precisazione rappresenta un'inclusione significativa nel panorama normativo, indicando un chiaro intento di fornire orientamenti per la valutazione della responsabilità amministrativa, sebbene siano ancora vigenti alcune "deroghe temporanee" [71] all'imputazione per colpa grave, che potrebbero limitare "la reale autonomia decisionale" [72] a favore di pratiche legalistiche difensive.

Per garantire la fiducia nell'azione amministrativa, è necessario inoltre che gli enti concedenti e le stazioni appaltanti adottino misure concrete, quali la stipula di polizze assicurative per il personale al fine di coprire i rischi, e l'investimento nella formazione professionale dei dipendenti. Questo approccio consente di trasferire il rischio di risarcimento per responsabilità del dipendente a compagnie assicurative, alleggerendo così il carico finanziario per la pubblica amministrazione. Tuttavia, vi sono questioni interpretative relative al divieto di stipulare tali contratti di assicurazione, con disposizioni contrastanti all'interno del quadro normativo. Questa discrepanza richiede un'interpretazione attenta che tenga conto della successione temporale delle leggi e della specificità della disposizione rispetto al principio della fiducia.[73]

Il legislatore, nel contesto della normativa sui contratti pubblici, ha posto la fiducia nell'efficacia dell'azione amministrativa come paradigma del nuovo quadro regolamentare. Tale iniziativa si configura come una riforma sistemica necessaria per sostenere la ripresa economica e rispondere alle esigenze del contesto finanziario europeo.

La fiducia, intrinsecamente collegata all'amministrazione di risultato, è presentata dunque come strumento chiave per contrastare fenomeni di corruzione e

[71] M. MACCHIA, *Il ruolo dei principi nel Codice dei contratti*, in M. MACCHIA (a cura di), *Costruire e acquistare*, Giappichelli, 2024, pp. 12. In particolare, si evidenzia che non è stata riprodotta la limitata responsabilità erariale prevista dall'articolo 21 del Decreto Legge 76/2020. Il cosiddetto "Decreto semplificazioni" aveva temporaneamente limitato al dolo la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti, solo per condotte commissive, mentre per le condotte omissive o l'inattività era prevista la responsabilità sia per dolo che per colpa grave. Questo regime, temporaneamente vigente fino al 30 giugno 2024, ha influenzato il contesto normativo in materia di responsabilità amministrativa, con implicazioni significative per l'interpretazione e l'applicazione delle norme nel settore pubblico.

[72] R. URSI, *La "trappola della fiducia" nel Codice dei contratti pubblici*, in Diritto e Conti, Fascicolo 1, 2024, p.14.

[73] M. MACCHIA, *Costruire e acquistare*, *op. cit.*, p. 11.

ISSN 2036-7821

maladministration, liberando il decisore pubblico da vincoli eccessivi e promuovendo la responsabilità autonoma nell'interesse della collettività. Tuttavia, si pongono interrogativi sulla concreta attuazione di questo principio e sugli eventuali ostacoli che potrebbero limitarne l'applicazione efficace.
In conclusione, l'impostazione sinergica (e integrata) del principio di risultato e della fiducia nel settore degli appalti pubblici, promossa anche dalla recente digitalizzazione, rappresenta un importante cambiamento di prospettiva, che valorizza la capacità delle amministrazioni di perseguire gli interessi pubblici attraverso processi trasparenti, efficienti e sostenibili, enfatizzando una prospettiva più collaborativa anziché conflittuale.
Appare evidente la crescente esigenza da parte del legislatore nel dare concretezza e coerenza all'azione amministrativa attraverso l'adozione di principi orientativi che fungono da strumenti di regolamentazione e interpretazione del quadro normativo per affrontare la complessità e cercare una nuova forma di "semplificazione".[74]

4. L'appalto pubblico elettronico: dalla semplice digitalizzazione all'indispensabile trasformazione digitale nella pubblica amministrazione.

La digitalizzazione della pubblica amministrazione rappresenta uno dei temi di maggiore rilevanza nel panorama contemporaneo. Tale rilievo deriva non solo dallo spazio significativo riservatole dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) per il rilancio economico del Paese, ma anche dalla diffusa consapevolezza dei benefici che essa comporta in termini di efficienza, trasparenza e prevenzione di condotte illecite. [75] In questo contesto, il nuovo Codice degli Appalti riveste un ruolo centrale in quanto introduce nuove disposizioni che prevedono la digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici. Questo approccio mira a una vera e propria transizione digitale, finalizzata a una gestione più efficiente, trasparente ed efficace dei contratti della pubblica amministrazione, garantendo il conseguimento del risultato prefissato nell'interesse pubblico primario.
La digitalizzazione non è un obiettivo o un valore fine a sé stesso, ma uno "strumento" che può facilitare il raggiungimento di obiettivi come efficienza, imparzialità ed efficacia. In quanto tale, essa è idonea a garantire il raggiungimento del risultato cui l'azione della pubblica amministrazione è preposta. L'impulso o *l'incipit* decisivo per l'avvio e l'effettiva implementazione del processo di digitalizzazione nel contesto della contrattualistica pubblica è stato innescato principalmente dall'implementazione dell'*e-procurement*, il cosiddetto "ecosistema nazionale di approvvigionamento"[76], che costituisce "l'architrave infrastrutturale"[77]

[74] F. CINTIOLI, *Il principio del risultato, op. cit.*, p. 2.
[75] A. CORRADO, *I nuovi contratti pubblici, intelligenza artificiale e blockchain: le sfide del prossimo futuro*, in Federalismi.it, Fasc. 19/2023, p. 129.
[76] Articolo 22 del nuovo Codice dei contratti pubblici (D. Lgs 36/2023).

ISSN 2036-7821

nella recente riforma del Codice dei contratti pubblici (Dlgs. 36/2023) [78] in linea con gli obiettivi trasversali del PNRR[79].

Queste due importanti riforme hanno catalizzato trasformazioni significative sul piano istituzionale, sociale ed economico, contribuendo in modo sostanziale a promuovere l'efficienza e l'innovazione nella qualità dei servizi pubblici erogati. [80]

In particolare, tale contesto ha spinto numerosi paesi verso l'adozione di "soluzioni tecnologiche dirompenti"[81], in risposta alle sfide emergenti nell'ambito della modernizzazione dell'apparato amministrativo.[82]

---

[77] F. TALLARO, *La digitalizzazione del ciclo dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it , 2023, p. 1.

[78] Sul tema G. M. RACCA, *Trasformazioni e innovazioni digitali nella riforma dei contratti pubblici*, in Diritto Amministrativo, fasc.4, 2023, p. 723; R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, in Jovene, Napoli, 2022.

[79] La proposta delineata nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) si focalizza su tre pilastri fondamentali, noti come assi di intervento, che riflettono gli obiettivi condivisi a livello europeo. Questi ambiti includono la digitalizzazione e l'innovazione, la transizione ecologica e l'inclusione sociale. All'interno del contesto delineato dal PNRR, la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici emerge come una "riforma complessa" ma di fondamentale importanza nel promuovere una ripresa economica sostenibile e resiliente, specialmente considerando il contesto post-pandemico che ha richiesto un adeguamento rapido ed efficace delle prassi amministrative. La "complessità" attiene alla "numerosità" delle disposizioni (ben 14) della Riforma, la 1.10, denominata "Riforma delle norme in materia di appalti pubblici e concessioni", e precisamente: M1C1-69, M1C1-70, M1C1-71, M1C1-73, M1C1-74, M1C1-75, M1C1-84, M1C1-85, M1C1-86, M1C1-87, M1C1-96, M1C1-97, M1C1-98 e M1C1-99. Per un maggior approfondimento sul tema si rinvia a M. CLARICH, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in Corriere Giur., 2021, p. 1025; L. FIORENTINO, *Il piano di ripresa. Un'occasione per cambiare l'amministrazione*, in Giorn. dir. amm., 2021, p. 689; C. CONTESSA, *La nuova governance del pnrr e gli interventi in tema di contratti pubblici*, in Urb. e app., 2021, p. 751.

[80] L. FIORENTINO, A. LA CHIMIA, *Il procurement delle pubbliche amministrazioni Tra innovazione sostenibilità*, Il Mulino, Bologna, 2021, pp. 17 ss.; appare inoltre necessario chiarire che con il termine "servizio pubblico" si intende in questo contesto un'attività che, indipendentemente dal fatto che sia svolta direttamente da un'entità della pubblica amministrazione o da un terzo soggetto su incarico e sotto il controllo della prima, mira a fornire prestazioni materiali destinate alla collettività al fine di soddisfare i suoi bisogni considerati meritevoli di attenzione dall'ordinamento giuridico. Questa nozione, assunta come premessa fondamentale per l'intero ragionamento proposto, presenta notevoli analogie con il concetto comunitario di "servizio di interesse generale", ma si discosta dalla concezione organica tipica della tradizione giuridica francese, secondo la quale costituisce servizio pubblico ogni attività, attribuibile a un apparato amministrativo, che è volta al perseguimento di un interesse pubblico, sia essa manifestata attraverso atti o prestazioni. Sulla nozione di servizio pubblico e le sue implicazioni nell'ordinamento giuridico italiano, si vedano in particolare S. DEL GATTO (a cura di), *Poteri Pubblici, iniziativa economica e imprese*, in RomaTre Press, 2019, pp. 177 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, Giuffrè, 2006; G. NAPOLITANO, *I servizi pubblici*, relazione al Convegno Dieci anni di riforme amministrative tenutosi a Roma il 27 maggio 2004, in Giornale di diritto amministrativo, 2004, n. 7, pp. 804 ss.; M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2003, pp. 95 ss.; CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2000, p. 47; F. GIGLIONI, *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di «servizio pubblico»*, in Foro Amministrativo, 1998, pp. 2265 ss.; S. MONTESI, *Lo Stato monopolista: servizi pubblici e attività «sociale»*, in M. GIUSTI (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1997, pp. 275 ss.; P. VIRGA, *Servizio pubblico*, in Diritto amministrativo. Attività e prestazioni, vol IV, Milano, 1996, pp. 287 ss.; A. PAJNO, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in Dir. amm., 1995, pp. 551 ss.; M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, p. 69; M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1957, pp. 118 ss.

ISSN 2036-7821

Nonostante l'evidente importanza attribuita alla digitalizzazione degli acquisti da parte del Legislatore, l'effettiva implementazione pratica di tali disposizioni normative è stata caratterizzata da una serie di ostacoli, tra cui frequenti modifiche normative, rinvii di scadenze e, in alcuni casi, addirittura un regresso nelle politiche adottate. In particolare, si è verificata un'inefficienza nell'attuazione pratica delle disposizioni, spesso associata a fenomeni di corruzione e, più in generale, a eventi di cattiva amministrazione (c.d. *maladministration*). [83]

Questa continua incertezza non solo ha limitato l'adozione delle pratiche digitali da parte delle stazioni appaltanti, ma ha anche compromesso l'efficacia e l'efficienza dei fornitori, che in alcune circostanze hanno preferito rivolgere la propria attenzione al settore privato. La necessità di una trasformazione digitale nel settore dei contratti pubblici rimane quindi un imperativo a livello nazionale ed europeo, evidenziando un percorso storico che, nel panorama giuridico italiano, affonda le sue radici sin dalle fasi iniziali dell'ordinamento, come dimostra il Regio Decreto n. 827/1924[84], e che continua a manifestarsi ancora oggi attraverso le recenti disposizioni normative in materia di "semplificazione". L'istituzione del Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA)[85] nel 2002 ha rappresentato un primo passo significativo verso la digitalizzazione dei procedimenti di gara, mentre l'art. 44 del d.lgs. n. 50/2016 ha delegato ad un decreto ministeriale la trasformazione digitale del settore.

---

[81] Cfr. C.LARSON, *Disruptive innovation theory: what it is & 4 key concepts*, in Harvard Business School Online www.online.hbs.edu, il 15 Novembre 2016; C. CHRISTENSEN, R. MCDONALD, E. ALTMAN, J. PALMER, *Disruptive Innovation: An Intellectual History and Directions for Future Research, Journal of Management Studies*, 16 Giugno 2018; J. C. HO, *Disruptive innovation from the perspective of innovation diffusion theory, in Technology Analysis & Strategic Management*, Volume 34, 2022 -Issue 4; C. CHRISTENSEN, J. BOWER, *Disruptive technologies: catching the wave*, Harvard Business School Review, 1995, pp. 2 ss.

[82] Sul tema E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in Diritto Pubblico, 2019, 2, p. 365; B. CAROTTI, *L'amministrazione digitale: le sfide culturali e politiche del nuovo codice – il commento*, in Giornale Diritto Amministrativo, 2015, p. 7; D. DE GRAZIA, *Informatizzazione e semplificazione dell'attività amministrativa nel "nuovo" codice dell'amministrazione digitale*, in Diritto Pubblico, 2011, p. 617.

[83] S. CASSESE, «*Maladministration*» *e rimedi*, in Foro Italiano, 1998, pp. 243 ss.

[84] L. TORCHIA, *Lo Stato Digitale*, Mulino, 2023, pp. 162 ss.; in particolare «nel Regio Decreto n. 827/1924 si stabiliva che "tutti i contratti dai quali derivi entrata o spesa dello Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, eccetto i casi indicati da leggi speciali e quelli previsti nei successivi articoli" (art. 37, comma 1). Questo rappresentava una regola generale, con le eccezioni o deroghe poste dalla stessa fonte normativa per garantire che l'uso delle risorse pubbliche fosse disciplinato e controllabile, a differenza della libertà di scelta del soggetto privato».

[85] Nell'ambito dell'ordinamento italiano, il Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA), istituito fin dal 2002 e affidato alla gestione di Consip, rappresenta un cardine significativo della digitalizzazione nel contesto dei contratti pubblici. Si tratta di una piattaforma telematica progettata per facilitare le transazioni di acquisto e negoziazione attraverso mezzi elettronici, offrendo alle amministrazioni pubbliche la possibilità di condurre in maniera rapida e trasparente gli acquisti al di sotto della soglia comunitaria. Il MEPA, sostenuto da Consip, una società per azioni interamente controllata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, costituisce un efficace strumento di intermediazione tra le istituzioni pubbliche e una variegata gamma di operatori economici autorizzati a fornire beni e servizi.

Tuttavia, l'attuazione pratica di tali disposizioni è avvenuta solo con il d.m. n. 148/2021, che ha introdotto l'uso di strumenti informatici nella valutazione delle offerte e ha definito linee guida per la trasposizione delle procedure tradizionali in una piattaforma telematica. Ulteriori interventi normativi, come il d.l. 77/2021 e la legge 21 giugno 2022, n. 78, hanno ampliato gli obblighi di pubblicazione e introdotto criteri per ridurre i tempi delle procedure di gara.

Tali disposizioni hanno adeguatamente tenuto conto delle intricate dinamiche interne del Paese e delle pressioni normative provenienti dalle Direttive dell'Unione Europea, le quali, con il chiaro intento di promuovere l'efficienza, la trasparenza e la concorrenza nel settore degli appalti pubblici, hanno contribuito in modo significativo a plasmare il panorama normativo nazionale. [86]

Alla luce del processo di integrazione europea in atto, l'Italia ha dovuto introdurre disposizioni "ad hoc"[87] al fine di salvaguardare le "libertà fondamentali del Trattato"[88] e adeguarsi a tale dinamica di razionalizzazione e centralizzazione degli acquisti.[89] Ciò ha innescato un processo di semplificazione normativa, amministrativa e organizzativa nell'ambito degli approvvigionamenti pubblici da parte delle istituzioni governative. [90]

---

[86] Una delle direttive principali in questo contesto è la Direttiva 2014/24/UE, che stabilisce le norme per la procedura di aggiudicazione dei contratti pubblici. Questa direttiva sottolinea l'importanza della digitalizzazione attraverso vari articoli che promuovono l'uso di mezzi elettronici per la gestione delle procedure di gara e la pubblicazione delle informazioni relative agli appalti pubblici. Inoltre, la Direttiva 2014/55/UE incentiva l'adozione di norme europee per la fatturazione elettronica negli appalti pubblici, promuovendo l'efficienza e la riduzione dei costi amministrativi attraverso l'automazione dei processi di fatturazione. Altrettanto rilevante è la Direttiva 2014/23/UE, che riguarda l'aggiudicazione di contratti di concessione, e la Direttiva 2014/25/UE, che disciplina l'aggiudicazione di contratti nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali. Entrambe queste direttive incoraggiano l'adozione di soluzioni digitali per migliorare l'efficienza e la trasparenza delle procedure di gara nei rispettivi settori. Globalmente, le direttive dell'Unione Europea inerenti la promozione della digitalizzazione degli appalti pubblici riflettono la volontà comune di modernizzare il processo di appalto e di garantire un ambiente concorrenziale equo e trasparente per gli operatori economici in tutta l'UE.

[87] In Italia il processo di recepimento delle direttive europee del 2014 è stato avviato con l'approvazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11, recante "*Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*".

[88] A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le libertà fondamentali dell'Unione Europea. (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in F. MEZZANOTTE, A. ZOPPINI (a cura di), *Le libertà fondamentali dell'Unione Europea e il diritto privato*, RomaTrE-Press, pp. 12 e ss.; in particolare «la nozione delle "libertà fondamentali del Trattato" costituisce un concetto dottrinale di origine tedesca, mirante a rappresentare in maniera concisa le libertà di circolazione stipulate dal Trattato. Benché questa dicitura non sia formalmente presente né nei testi normativi europei né nella giurisprudenza della Corte europea di giustizia, essa ha ormai assunto una collocazione stabile nel linguaggio convenzionale della dottrina europea».

[89] F. DI LASCIO, *La centralizzazione degli appalti, la spending review e l'autonomia organizzativa locale*, in Giorn. dir. amm., Fasc. n. 2/2014, p. 206.

[90] V. GUERRIERI, *Quali vie per razionalizzare il sistema del public procurement? La qualificazione delle stazioni appaltanti e glieffetti sulla centralizzazione degli acquisti*, in Federalismi, Fasc. n. 8/2018, pp. 2 ss.; L. DONATO, *La*

ISSN 2036-7821

La ratio del legislatore nazionale muove dunque dall'imperativo duale di adottare strategie di *spending review*[91] e misure di *performance management*[92] nell'ambito degli acquisti di beni e servizi, volte a migliorare l'efficienza (e la trasparenza) del processo di approvvigionamento pubblico e mitigare la prolungata frammentazione, nonché i deficit organizzativi che affliggono le entità decisionali.[93] Questi fenomeni, oltre a causare inefficienze e sprechi di risorse pubbliche, possono agevolare il diffondersi di pratiche corruttive.[94] Di conseguenza, emerge la necessità di una duplice azione di razionalizzazione e riqualificazione delle stazioni appaltanti, finalizzata ad agevolare un'efficace adozione del sistema di e-procurement a livello nazionale e introdurre innovazioni pratiche quali l'istituzione di sistemi di approvvigionamento completamente elettronici (come i sistemi dinamici di acquisto), e l'adozione di processi di valutazione delle offerte completamente automatizzati (come le aste elettroniche).

Il panorama italiano degli appalti pubblici sta dunque vivendo una fase di rapida evoluzione, sia in termini di modelli organizzativi che di strutture contrattuali. In questo scenario, l'incidenza delle normative europee e il conseguente allineamento della legislazione nazionale rappresentano, e continuano a rappresentare, il fattore "predominante" nell'evoluzione di tale settore. [95] Al contempo, si assiste alla crescita di piattaforme elettroniche interoperabili, dotate di modelli digitali per le prestazioni

riforma delle stazioni appaltanti. Ricerca della qualità e disciplina europea, in Quaderni di ricerca giuridica, Banca d'Italia, Fasc. n. 80/2015, pp. 138-139.

[91] M. MACRÌ, *Il nuovo sistema di acquisti di beni e servizi*, in Giorn. dir. amm., 12/2012, pp. 1167 ss.

[92] L. HINNA, M. MARCANTONI, *Spending review. È possibile tagliare la spesa pubblica italiana senza farsi male*, Roma, 2012, pp. XV e ss.

[93] V. GUERRIERI, *Quali vie per razionalizzare il sistema del public procurement?...*, cit., pp. 4 ss.

[94] G.M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, pp. 125 ss.

[95] M. COZZIO, *La trasparenza nei contratti pubblici tra significati consolidati e nuove prospettive*, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc.4, 1 2022, p. 545; F. MASTRAGOSTINO, E. TRENTI, *La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Torino, Giappichelli, 2019, II ed. agg., p. 2; per una ricostruzione diacronica del quadro normativo G. BENACCHIO, M. COZZIO (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Milano, Egea, 2012; M. COZZIO, *Appalti pubblici e concessioni*, cit., pp. 47 ss.; G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M.P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, II ed., Parte speciale, vol. I, p. 424; F. FRACCHIA, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2010, p. 7; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, 2011, p. 47; E. COMBA, *L'esecuzione delle opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 12 ss.; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2012, II ed., pp. 43 ss.; E. PICOZZA, *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Milano, Utet giuridica, 2007, vol. I, pp. 5 ss.

ISSN 2036-7821

contrattuali, garantendo tracciabilità e facilitando nuovi accordi collaborativi, il tutto concepito in un "ambiente nativo digitale". [96]

Un esempio tangibile di questa evoluzione normativa è rappresentato dall'adozione del nuovo Codice dei contratti pubblici, il quale, "nel tentativo di mettere ordine nelle cose"[97], definisce una serie di "principi" che integrano il "fondamento giuridico della disciplina considerata" [98]

In tale prospettiva, i nuovi principi, investiti di un "forte contenuto valoriale"[99], delineano un modello "organico"[100] cui il testo codicistico deve conformarsi, fornendo così un chiaro orientamento e una semplificazione per l'azione della pubblica amministrazione. [101]

Questo nuovo modello ha modificato (e superato) il procedimento contrattuale tradizionale in favore di «un approccio integralmente digitale (…) che dovrà essere gestito a partire dalla sua ideazione e sino all'emanazione del certificato di collaudo, in un ecosistema di sistemi informatici, applicazioni, piattaforme, banche dati capaci di scambiarsi automaticamente tutti i dati necessari» [102].

---

[96] G. M. RACCA, *Trasformazioni e innovazioni digitali nella riforma dei contratti pubblici*, in Diritto Amministrativo, Fasc. n. 4/2023, p. 723; E. QUADRI, *La modellazione digitale dei contratti e gli accordi collaborativi*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, cit., pp. 95 ss.

[97] M. MACCHIA, *Il ruolo dei principi nel Codice dei contratti*, in M. MACCHIA (a cura di), *Costruire e acquistare*, Giappichelli, Torino, 2024, p.1.

[98] M. MACCHIA, *Il ruolo dei principi …, op. cit.*, pp. 5 ss.

[99] A. MASSERA, *I principi generali*, Diritto Amministrativo, fasc.3, 2017, p. 427; G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi e regole*, in Quad. fiorentini, 2002, II, pp. 865 ss.; nello specifico, secondo la prospettiva prevalente tra i giuristi,« i principi generali sono quegli enunciati esprimenti un contenuto normativo con un forte nucleo valoriale, capace di andare ben oltre la mera, seppur costante, reiterazione dello specifico ordito normativo risultante dalla formulazione riassuntiva che è invece propria della regola generale e anche di riorientare l'applicazione della regola stessa, quando questa, secondo i criteri interpretativi applicabili, non appare più adeguata al mutato contesto economico-sociale, e comunque di sospingerla programmaticamente verso finalità rinnovate. Il principio, invero, "non è semplicemente una regola molto generale", ma è un "modo di normazione" diverso da quello per regole che richiede "atteggiamenti pratici" diversi». Sulla distinzione tra "principi" e "valori" si rimanda a G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, pp. 92 ss.

[100] M. R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in Federalismi.it, Fasc. n. 9/2024, pp. 216 ss.

[101] *Ibidem*, pp.3 ss..; sul tema si veda inoltre G. NAPOLITANO, *Committenza Pubblica e principio del risultato, Relazione al Convegno Il Nuovo Codice degli Appalti, presso Avvocatura dello Stato, Roma, 27 gennaio 2023*, in www.astrid-online.it, pp. 1 ss.; G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023, pp. 1 ss.; F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023, pp.1 ss.; S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in Scritti in onore di F. SALVI, Napoli, 2023, pp. 410 ss.; L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, La Terza, Bari, 2021, pp. 144 ss.

[102] F. TALLARO, La digitalizzazione del ciclo dei contratti pubblici, in www.giustizia-amministrativa.it , 2023, p. 1.

ISSN 2036-7821

Il nuovo Codice si propone di raggiungere diversi obiettivi chiave, tra cui la riduzione dei tempi e dei costi delle procedure di approvvigionamento, l'incremento della concorrenza tra i fornitori, la trasparenza delle procedure e la riduzione della spesa pubblica complessiva. Questi obiettivi, insieme alla conformità alle direttive europee sull'appalto pubblico, posizionano il nostro Paese in una posizione all'avanguardia nel panorama europeo, evidenziando l'importanza delle tecnologie digitali nell'ottimizzazione dei processi amministrativi.
L'introduzione dell'e-procurement risponde dunque a queste esigenze, rappresentando un allineamento alle normative nazionali ed europee che disciplinano con maggiore rigore la selezione dei contraenti da parte delle amministrazioni pubbliche. Questa strategia, conforme a tutte le normative di sicurezza rilevanti, favorisce la piena interoperabilità delle banche dati pubbliche e favorisce lo sviluppo di una nuova modalità di collaborazione (o alleanza) digitale nei rapporto tra il cittadino e la pubblica amministrazione.[103]
Con l'adozione del nuovo codice il legislatore nazionale ha voluto dare "il segnale di un cambiamento profondo, per valorizzare lo spirito di iniziativa e la discrezionalità degli amministratori pubblici"[104]. Questa prospettiva riflette un impegno verso una modernizzazione dell'apparato amministrativo che mira non solo all'efficienza operativa, ma anche alla promozione di un rapporto più diretto e trasparente tra il cittadino e l'apparato statale.

4.1 I principi guida e l'iter di digitalizzazione del ciclo di vita degli appalti pubblici.

Il percorso di digitalizzazione nel Nuovo Codice degli appalti pubblici prende avvio con l'enunciazione dei "principi guida"[105] che informano la costituzione e

[103] G. M. RACCA, *L'evoluzione del principio di buona fede nella trasformazione digitale dei contratti pubblici*, in P.A. Persona e Amministrazione, Fasc. n. 2/2022, pp. 203 ss.

[104] F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI , A. NAPOLEONE, *I nuovi contratti pubblici. Analisi ragionata del nuovo codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 36/2023)*, Dike Giuridica, 2023, prefazione.

[105] In relazione ai principi che devono caratterizzare le piattaforme di e-procurement, è opportuno richiamare quelli indicati dalla Commissione europea, elencati di seguito: i) "*digital by default*": le pubbliche amministrazioni dovrebbero erogare i servizi in formato digitale, inclusi i dati leggibili dalle macchine, come opzione predefinita; ii) "*interoperability by default*": i servizi pubblici dovrebbero essere concepiti per funzionare senza intoppi nell'intero mercato unico e tra i diversi silos organizzativi; iii) "*once only principle*": le pubbliche amministrazioni dovrebbero garantire che cittadini e imprese forniscano le stesse informazioni una sola volta a una pubblica amministrazione; iv) "*cross-border by default*": le pubbliche amministrazioni dovrebbero rendere disponibili i servizi pubblici digitali rilevanti a livello transfrontaliero e prevenire ulteriori frammentazioni, agevolando così la mobilità nell'ambito del mercato unico; v) "*re-usability*": le pubbliche amministrazioni, di fronte a un particolare problema, dovrebbero cercare di trarre vantaggio dal lavoro già svolto da altri, esaminando ciò che è disponibile e valutandone l'utilità o la pertinenza per il problema specifico, adottando soluzioni che hanno dimostrato il loro valore altrove; vi) "*user centricity*": i bisogni e i requisiti degli utenti dovrebbero guidare la progettazione e lo sviluppo dei servizi pubblici, in linea con aspettative come l'adozione di un approccio multicanale per la fornitura dei servizi, l'offerta di un unico punto di contatto per semplificare la complessità amministrativa interna e la raccolta sistematica del feedback degli utenti per migliorare i servizi esistenti e progettare quelli nuovi; vii) "*inclusiveness and accessibility*": le pubbliche amministrazioni dovrebbero sviluppare servizi pubblici digitali che

ISSN 2036-7821

l'amministrazione dell'infrastruttura digitale di riferimento, identificata come l'Ecosistema nazionale di *e-procurement*. Quest'ultima assume il ruolo di un'infrastruttura "abilitante", fornendo le basi necessarie per la gestione integrale del ciclo di vita dei contratti pubblici con l'obiettivo di garantire l'esercizio dei diritti di cittadinanza digitale e di operare in accordo ai principi di neutralità tecnologica, trasparenza, protezione dei dati personali e sicurezza informatica. [106]

Il vincolo di garantire l'interoperabilità e l'interconnessione dei sistemi telematici delle diverse amministrazioni coinvolte è stato riconosciuto di recente anche dal Consiglio di Stato, sottolineando l'importanza di conseguire tale obiettivo mediante l'utilizzo di interfacce applicative, comunemente note come API.[107] È dunque fondamentale che i soggetti titolari di banche dati adottino le necessarie misure organizzative e tecnologiche per garantire l'accesso digitale alle informazioni in modo automatico, attraverso le tecnologie di interoperabilità dei sistemi informativi.

Una delle disposizioni più significative, per far comprendere appieno l'importanza di tale aspetto procedurale, è contenuta nell'art 19 del nuovo Codice concernente il principio dell'unicità dell'invio dei dati (*once only*), il quale prevede che ciascun dato sia fornito una sola volta a un solo sistema informativo impedendo ulteriori richieste da parte di altri sistemi o banche dati.

Questo principio, cruciale nell'ottica dell'efficienza e della razionalizzazione delle procedure, trova applicazione sia nelle fasi di programmazione che in quelle di esecuzione dei contratti pubblici, garantendo l'accesso tempestivo e affidabile alle informazioni da parte delle parti coinvolte.

Nel contesto delineato dal principio dell'unicità dell'invio, va considerata l'importante contribuzione della banca dati di interesse nazionale, gestita da Anac, la quale funge da "ponte virtuale" tra le piattaforme digitali "certificate" di approvvigionamento delle stazioni appaltanti e le banche dati statali che

---

siano inclusivi per impostazione predefinita e che soddisfino una gamma diversificata di esigenze; viii) "*openness & transparency*": le pubbliche amministrazioni dovrebbero condividere informazioni e dati tra di loro e permettere ai cittadini e alle imprese di accedere e correggere i propri dati, nonché di monitorare i processi amministrativi in cui sono coinvolti; ix) "*trustworthiness & security*": tutte le iniziative dovrebbero superare il mero rispetto del quadro giuridico in materia di protezione dei dati personali, privacy e sicurezza informatica, integrando tali aspetti nella fase di progettazione.

[106] In particolare, l'e-procurement incorpora sia le piattaforme e i servizi digitali previsti dall'articolo 23, che sono centrali per la gestione dei contratti pubblici, sia le piattaforme di approvvigionamento digitale utilizzate dalle stazioni appaltanti, come definito dall'articolo 25. Queste ultime rivestono un ruolo cruciale nel processo di acquisizione e gestione delle forniture e dei servizi da parte delle autorità pubbliche, assicurando l'efficienza e la trasparenza delle procedure di appalto.

[107] D. U. GALETTA, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in Federalismi.it, Fasc. n. 13/2023; per un maggior approfondimento su tale tematica, si veda D.U. GALETTA, *Transizione digitale della Pubblica Amministrazione in Italia e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte dal PNRR e problemi tuttora da affrontare*, in Federalismi.it, Fasc. n. 7/2022, pp. 103 ss.

ISSN 2036-7821

custodiscono le informazioni necessarie per la gestione delle diverse fasi del ciclo di vita dei contratti pubblici.[108]

La Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici non si limita dunque a fungere da mero "archivio digitale", ma si configura come il "collettore nazionale"[109] di documenti e informazioni nel settore degli appalti pubblici. Questo ruolo centrale è finalizzato a garantire l'espletamento di una serie di adempimenti e servizi di fondamentale importanza per la legittimità delle procedure di gara, tra questi, spicca in particolare la pubblicità legale, elemento essenziale per assicurare la trasparenza e l'accessibilità delle informazioni relative alle gare d'appalto. [110]

Considerando che la trasmissione (e acquisizione) del "dato originale" avviene mediante l'utilizzo della Banca dati nazionale da parte di ciascuna pubblica amministrazione coinvolta, la trasparenza emerge non solo come un principio cardine e imprescindibile dell'ordinamento giuridico, ma anche come uno strumento fondamentale per garantire un'amministrazione eticamente corretta, orientata all'efficacia, all'efficienza e alla economicità dell'azione pubblica, promuovendo altresì la responsabilità e *l' accountability*[111] nei confronti dei cittadini.[112]

---

[108] La Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, istituita presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), offre una struttura flessibile divisa in diverse sezioni, adattabili alle mutevoli esigenze tecnologiche e normative del settore degli appalti pubblici. Questo approccio, guidato dalla consapevolezza delle esigenze del settore, riflette l'impegno per garantire trasparenza e prevenzione della corruzione. L'ANAC gestisce e sviluppa i servizi della banca dati, definendo le sezioni e i relativi servizi. La banca dati è concepita con un approccio interoperabile, consentendo l'interfacciamento con altre piattaforme digitali utilizzate dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti. Inoltre, gli attori coinvolti nel ciclo di vita dei contratti pubblici sono tenuti ad accreditarsi presso la piattaforma specificata dall'ANAC e a condividere le loro basi dati, senza generare ulteriori oneri finanziari. La Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici offre servizi per tutte le fasi del ciclo di vita dei contratti pubblici, promuovendo trasparenza e integrazione con la Piattaforma unica della Trasparenza presso l'ANAC. L'ANAC stabilisce gli obblighi informativi delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti, garantendo l'interoperabilità con altri sistemi informativi. In caso di mancata trasmissione delle informazioni essenziali, l'ANAC può segnalare violazioni e comminare sanzioni, annotando le informazioni nel "Casellario Informatico". Infine, i dati raccolti possono essere utilizzati per semplificare i procedimenti relativi ai finanziamenti degli investimenti pubblici, migliorando l'efficienza della gestione delle risorse e dei tempi procedimentali.

[109] D. U. GALETTA, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni*, *op. cit.*, p. vi.

[110] Va notato che gli obblighi di pubblicità legale non devono essere confusi con gli adempimenti in materia di "trasparenza" dei dati, delle informazioni e degli atti relativi ai contratti pubblici, per i quali continuano ad applicarsi le prescrizioni del D. Lgs n. 33/2013. Nell'ambito del nuovo Codice dei Contratti Pubblici, in particolare in conformità all'articolo 19, è opportuno sottolineare che i doveri di pubblicazione che caratterizzano attualmente il contesto degli appalti pubblici si articolano in due forme: i) La prima riguarda la divulgazione degli atti di gara aventi effetti giuridici, la quale si concretizza mediante la pubblicazione di tali atti nella sezione appositamente designata all'interno dei siti istituzionali, fungenti da albo pretorio o albo online; ii) La seconda forma di pubblicità è garantita attraverso la sezione "Amministrazione trasparente" dei siti istituzionali delle amministrazioni, con l'obiettivo di "informare" i cittadini riguardo alle procedure di gara indette, la natura delle opere, servizi e forniture soggette alle suddette procedure, nonché i relativi costi di affidamento, con la finalità, come prescritto dalla disposizione richiamata, di promuovere quel diffuso controllo che costituisce la base del principio di trasparenza nell'azione amministrativa.

[111] In tale contesto, l'accountability viene intesa come «flusso di informazioni interne ed esterne atte a permettere una opportuna regolazione e trasparenza dei rapporti». Così in A. GIOISI, *Teoria classica della*

ISSN 2036-7821

Nell'ambito dell'e-procurement, l'istituzione del fascicolo virtuale dell'operatore economico costituisce un passo cruciale verso la semplificazione delle procedure relative alla verifica dei requisiti generali (artt. 94 e 95) e speciali (artt. 100 e 103) richiesti. Questo strumento si propone di mitigare le inefficienze e i rischi di contenzioso spesso derivanti dalla gestione della documentazione cartacea tradizionale.[113] Il FVOE, disciplinato all'art. 24 del Codice, si distingue per la sua capacità di aggiornamento automatico dei dati e dei documenti in esso contenuti, grazie all'interoperabilità con altre piattaforme, garantendo pertanto una gestione agile ed efficiente delle informazioni necessarie durante l'intero ciclo di vita delle procedure di appalto. In particolare, si sottolinea che il fascicolo virtuale svolge una funzione di "soccorso istruttorio diretto", consentendo che la mancata indicazione di un documento durante la presentazione dell'offerta non incida sulla validità della domanda di partecipazione, purché il documento in questione sia presente nel fascicolo virtuale al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta. Questa disposizione riveste un'importanza significativa nel garantire la completezza e l'efficienza delle procedure di gara. La collaborazione e la buona fede dell' operatore economico, chiamato ad integrare il fascicolo virtuale e le eventuali misure di *self cleaning*[114], supportata dai sistemi di intelligenza artificiale, potrebbero superare i formalismi e assicurare l'effettività della qualificazione e accettazione delle regole della gara digitale.[115]

In conclusione, sebbene gli orientamenti delineati si propongano di favorire l'efficienza, la trasparenza e la sicurezza nel contesto della digitalizzazione dei contratti pubblici, ribadendo l'importanza di rispettare le normative esistenti e di adottare adeguate misure tecniche e organizzative, va notato che tali principi non rappresentano una novità nel panorama normativo nazionale. Piuttosto, essi costituiscono un'espressione e una concretizzazione dei principi costituzionali già in

---

burocrazia e processi di modernizzazione della Pubblica Amministrazione, Aracne editore, 2007, p. 20. Per una maggior disamina sul contenuto si rinvia a F. PEZZANI, *L'accountability delle amministrazioni pubbliche*, in F. PEZZANI (a cura di), *L'accountability delle amministrazioni pubbliche*, Egea, Milano, 2003, pp. 9-16; I. STECCOLINI, *L'accountability delle pubbliche amministrazioni. Definizioni, profili di classificazione, evoluzione*, in F. PEZZANI (a cura di), op. cit., pp. 17-30.

112 A. CORRADO, *La trasparenza negli appalti pubblici, tra obblighi di pubblicazione e pubblicità legale*, in Federalismi.it, Fasc. n. 2/2018, p. 2.

113 M. LIPARI, *Le innovazioni per l'effettività della tutela*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI e G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, in Jovene, 2022, cit., pp. 87-94.

114 Art. 57, par. 6, Direttiva 2014/24/EU, cit. e art. 80, c. 7 e 8, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, cit. Si v. anche: A.N.AC., Linee Guida N°6 recanti « Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'articolo 80, comma 5, lettere c), c-bis), c-ter) e c-quater) del codice dei contratti pubblici », approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016.

115 G. M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in Diritto Amministrativo, Fasc. n. 3/2022, p. 601.

ISSN 2036-7821

vigore, coerenti con quanto già regolamentato nel contesto del codice dell'amministrazione digitale.[116]

In base a quanto illustrato, risulta evidente che tutti gli strumenti digitali individuati dal legislatore della riforma del nuovo Codice dei contratti pubblici, dall'ecosistema di approvvigionamento digitale al fascicolo elettronico dell'operatore economico, dalla banca dati nazionale dei contratti pubblici alle nuove piattaforme interoperabili, sono soggetti ai principi costituzionali menzionati. Questi principi non solo costituiscono il fondamento giuridico di riferimento, ma rappresentano anche il parametro essenziale di legittimità al quale deve conformarsi la loro effettiva attuazione e operatività. Tale implementazione deve avvenire tuttavia nel rispetto rigoroso delle garanzie procedimentali e dei diritti dei soggetti coinvolti, senza compromettere in alcun modo gli oneri e gli obblighi che gravano sulle pubbliche amministrazioni coinvolte.[117]

4.2 Le procedure automatizzate e l'intelligenza artificiale.

La digitalizzazione costituisce solo una componente della più ampia transizione tecnologica nell'ambito dell'amministrazione pubblica. Tale prospettiva delineata nel nuovo Codice degli appalti (agli articoli numero 30, comma 1 e numero 19 comma 7), evidenzia la possibilità per l'amministrazione di ricorrere "a soluzioni tecnologiche, ivi inclusi l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti" in cui le macchine non svolgono un mero ruolo di supporto per la gestione documentale e delle operazioni connesse nel processo di procurement pubblico (tipico della "digitalizzazione") ma svolgono un ruolo più semplice poiché fondato su procedure automatizzate di tipo puramente esecutivo e quindi privo di vera e propria necessità decisionale (c.d. amministrazione automatica non decisionale). [118] In questa cornice, digitale e analogica, il lavoro automatizzato ed umano, interagiscono in una coesistenza funzionale secondo un approccio di tipo "androide". [119]

---

[116] A. NAPOLEONE, *La digitalizzazione dei contratti pubblici*, in F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, A. NAPOLEONE (a cura di) *I nuovi contratti pubblici. Analisi ragionata del nuovo Codice dei contratti pubblici* (D. Lgs. 36/2023), Dike Giuridica, 2023, p. 32. Nel testo oggetto di analisi, si enfatizza il ruolo cruciale degli articoli costituzionali, con particolare riguardo all'articolo 97, i quali rappresentano i pilastri normativi su cui si fonda l'ordinamento dell'amministrazione pubblica. Si evidenzia altresì il ruolo significativo del principio costituzionale introdotto dalla legge n. 1 del 2001, che ha riformato il Titolo V della Costituzione, e ha affrontato la questione dell'informatica e della tecnologia, soprattutto in relazione alle competenze legislative tra Stato e Regioni. Infine, si sottolinea l'importanza della coordinazione informatica dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, assegnata allo Stato, con l'obiettivo di garantire l'interoperabilità dei dati e rispettare l'autonomia amministrativa delle regioni e degli enti locali.

[117] D. U. GALETTA, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in Federalismi.it, Fasc. n. 13/2023, p. viii.

[118] P. FORTE, N. PICA, *Principi per la digitalizzazione e l'automazione nel ciclo di vita dei Contratti pubblici*, in AA. VV. (a cura di), *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, in Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 328.

[119] P. FORTE, N. PICA, *Principi per la digitalizzazione e l'automazione*, *op.cit.*, p. 305.

ISSN 2036-7821

Le disposizioni in oggetto, nello specifico, trattano della legittimità delle decisioni automatizzate, comprese quelle adottate tramite "intelligenza artificiale"[120]. Si tratta di un principio che, pur se nuovo nel suo essere codificato, trova radici in numerose fonti europee e in una consolidata giurisprudenza amministrativa.[121]

La recente introduzione dell'articolo 30 nel Codice rappresenta dunque un importante sviluppo normativo nel contesto della digitalizzazione dei contratti pubblici. Questa disposizione, che tratta del "possibile" utilizzo (non costituendo dunque un obbligo) delle procedure automatizzate in "*machine learning* e *deep learning*"[122], è pionieristica nell'ordinamento italiano poiché fornisce un quadro normativo specifico per l'impiego di tali tecnologie, compresa "l'intelligenza artificiale"[123].

---

[120] E. GABELLINI, *La comodità nel giudicare: la decisione robotica*, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Fasc. n. 4/2019, p. 1305, secondo cui, «quando si parla di intelligenza artificiale si suole compiere una distinzione tra intelligenza artificiale forte e quella debole. La prima si basa sull'assunto che anche i calcolatori siano capaci di stati cognitivi e di pensiero e conseguentemente si propone di costruire menti artificiali; diversamente, la seconda si prefigge di realizzare sistemi artificiali capaci di svolgere compiti complessi, che simulano i processi cognitivi umani, senza riprodurli. Le decisioni robotiche rientrano nella seconda categoria». Sul tema si veda inoltre A. ALBANESE, *La responsabilità civile per i danni da circolazione di veicoli ad elevata automazione*, in Europa dir. priv., 2019, pp. 995 ss.; G. CAPILLI, *La responsabilità per la produzione di robot*, in G. ALPA (a cura di), La responsabilità del produttore, Milano, 2019, pp. 625 ss.; G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in Contratto impr., 2020, pp. 713 ss.; M. COSTANZA, *L'intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, in Giur. it., 2019, pp. 1686 ss.; M. INFANTINO, *La responsabilità per danni algoritmici: prospettive europeo continentali*, in questa Rivista 2019, pp. 1762 ss.; N.F. FRATTARI, *Robotica e responsabilità da algoritmo. Il processo di produzione dell'intelligenza artificiale*, in Contratto impr., 2020, pp. 458 ss.; G. DI ROSA, *Robot e responsabilità per danni*, in C. BARONE (a cura di), *L'algoritmo pensante, Dalla libertà dell'uomo all'autonomia dell'intelligenza artificiale*, Trapani, 2020, pp. 85 ss.; U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020; G. PASCERI, *Intelligenza artificiale, algoritmo e machine learning*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021, pp. 22 ss.

[121] F. TALLARO, *La digitalizzazione del ciclo dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it , 2023, pp. 5 ss.; P. FORTE, N. PICA, *Principi per la digitalizzazione e l'automazione nel ciclo di vita dei Contratti pubblici*, in AA. VV. (a cura di), *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, in Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 307.

[122] Sul tema si veda S. WEIDMAN, *Deep learning. Dalle basi alle architetture avanzate con Python*, Tecniche Nuove, 2020, Cap. III; R. MARMO, *Algoritmi per l'intelligenza artificiale. Progettazione dell'algoritmo, dati e machine learning, neural network, deep learning*, HOEPLI, 2020, Cap. VIII.

[123] E. GABELLINI, *La comodità nel giudicare: la decisione robotica*, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Fasc. n. 4/2019, p. 1305; in particolare, nel dibattito sull'intelligenza artificiale, emergono due approcci distinti: l'intelligenza artificiale forte e quella debole. L'intelligenza artificiale forte presuppone che i calcolatori siano in grado di sviluppare stati cognitivi e processi di pensiero simili a quelli umani, con l'obiettivo di creare menti artificiali. Al contrario, l'intelligenza artificiale debole si concentra sulla creazione di sistemi capaci di compiere compiti complessi, che simulano i processi cognitivi umani senza replicarli completamente. Le decisioni robotiche rientrano in quest'ultima categoria. Sul tema si veda inoltre A. ALBANESE, *La responsabilità civile per i danni da circolazione di veicoli ad elevata automazione*, in Europa dir. priv., 2019, pp. 995 ss.; G. CAPILLI, *La responsabilità per la produzione di robot*, in G. ALPA (a cura di), *La responsabilità del produttore*, Milano, 2019, pp. 625 ss.; G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in Contratto impr., 2020, pp. 713 ss.; M. COSTANZA, *L'intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, in Giur. it., 2019, pp. 1686 ss.; M. INFANTINO, *La responsabilità per danni algoritmici: prospettive europeo continentali*, in questa Rivista 2019, pp. 1762 ss.; N.F. FRATTARI, *Robotica e responsabilità da algoritmo. Il processo di produzione dell'intelligenza artificiale*, in Contratto impr., 2020, pp. 458 ss.; G. DI ROSA, *Robot e responsabilità per danni*, in C. BARONE (a cura di), *L'algoritmo*

ISSN 2036-7821

Si sottolinea l'importanza di queste innovazioni nel migliorare l'efficienza e l'efficacia delle gare stesse, con un riconoscimento esplicito dell'intelligenza artificiale come soluzione tecnologica d'avanguardia.
Tuttavia, va notato che l'implementazione di tali tecnologie è ancora in una fase iniziale e l'utilizzo di algoritmi di apprendimento è limitato, principalmente, al confronto automatico di "alcuni parametri caratterizzanti le offerte e conoscibili". Ciò nondimeno, è plausibile che, con il crescente accumulo di dati, in futuro prossimo, si possano sviluppare algoritmi di apprendimento più sofisticati, rendendo cruciale l'inclusione di norme specifiche per regolare il loro utilizzo. A tale scopo, l'articolo 30 stabilisce disposizioni tecniche volte a garantire trasparenza e sicurezza, richiedendo la disponibilità del c.d. "codice sorgente" e la comprensibilità delle decisioni automatizzate, nonché la supervisione umana per verificarle e, se necessario, correggerle. Inoltre, è fondamentale che tali misure siano conformi a obblighi di non discriminazione nei confronti di individui in base a diversi criteri, quali nazionalità, origine etnica, opinioni politiche, religione, appartenenza sindacale, caratteristiche personali, stato di salute, genere o orientamento sessuale.
L'articolo 30 del nuovo Codice apre quindi la strada a molteplici opportunità di digitalizzazione per le amministrazioni pubbliche, consentendo lo sviluppo di sistemi automatizzati basati sull'intelligenza artificiale, con potenziali applicazioni in tutte le fasi delle gare d'appalto. Tra queste, gli algoritmi predittivi rappresentano un esempio significativo, utilizzando tecniche di *machine learning* per migliorare l'efficienza nella pianificazione delle gare e nella valutazione delle offerte. Questi sistemi, basati sull'analisi dei dati storici e l'apprendimento automatico, hanno il potenziale per ottimizzare i processi decisionali e migliorare la programmazione delle gare d'appalto, conducendo a una maggiore efficienza complessiva. Questa innovazione normativa si colloca all'interno di un quadro legislativo più ampio, che si propone di "incentivare" l'utilizzo delle tecnologie digitali al fine di migliorare l'efficienza e la trasparenza dell'attività amministrativa nel suo complesso.[124] Tale

pensante, Dalla libertà dell'uomo all'autonomia dell'intelligenza artificiale, Trapani, 2020, pp. 85 ss.; U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, in Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020; G. PASCERI, *Intelligenza artificiale, algoritmo e machine learning*, in Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021, pp. 22 ss.

[124] A. PAVAN, *Pubblica Amministrazione e Intelligenza Artificiale: a che punto siamo?*, in www.altalex.com , il 23 marzo 2021, p. 2; in particolare, è importante notare che l'obbligo di promuovere l'utilizzo delle nuove tecnologie nell'attività amministrativa è chiaramente sancito sia dalla Legge sul procedimento amministrativo (L. 241/1990) che dal Codice di Amministrazione Digitale (D. Lgs 82/2005). In primo luogo, l'articolo 3-bis della L. 241/1990 stabilisce inequivocabilmente che «le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati». In secondo luogo, l'articolo 12 del CAD prescrive che «le pubbliche amministrazioni nell'organizzare autonomamente la propria attività utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione, nonché per l'effettivo riconoscimento dei diritti dei cittadini e delle

ISSN 2036-7821

iniziativa è coerente con le direttive europee e si allinea ai "limiti" [125] e ai "principi" [126] affermati dalla giurisprudenza amministrativa.

5. Considerazioni finali.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici ha introdotto principi guida fondamentali, tra cui il "principio di risultato" e il principio di "digitalizzazione", che assumono un ruolo centrale nell'intero impianto normativo, esercitando una profonda influenza sulle interpretazioni e sulle applicazioni pratiche delle disposizioni legislative. Questa recente trasformazione normativa, frutto di un'attenta revisione critica, mira a colmare le lacune e le frammentazioni che storicamente hanno afflitto il sistema dei contratti pubblici. In tal modo, il legislatore propone di stabilire una "cornice" normativa armonica e unitaria, capace di promuovere un uso qualificato e giustificato della "discrezionalità amministrativa", sfruttando appieno i benefici offerti dalle tecnologie digitali e dalla maggiore accessibilità ai dati, nonché dalla trasparenza amministrativa. In questa prospettiva, si evidenzia come «il nucleo fondamentale del diritto amministrativo consiste nell'essere il diritto dei principi e delle garanzie universali che riguardano l'attività amministrativa, sia in termini di regolamentazione che di erogazione, nell'ambito del perseguimento degli scopi o degli interessi della collettività o del gruppo sociale pertinente, corrispondenti contemporaneamente a diritti dei membri della comunità». [127]

Il nuovo Codice dei contratti pubblici mira dunque a una normazione meno dettagliata, ampliando lo spazio decisionale dell'amministrazione, dove, per valorizzare i poteri discrezionali dei funzionari pubblici, è necessaria un'amministrazione dinamica ed efficiente, basata su "capacità" e "responsabilità",

---

imprese di cui al presente Codice in conformità agli obiettivi indicati nel Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione».

[125] TAR Lazio, Sez. III bis, 13/09/2019, n. 10964. Nel caso in questione, si trattava dell'assunzione di docenti scolastici in base a un piano straordinario contemplato dalla legge n. 107/2015, comunemente nota come "Buona Scuola", il quale affidava a un algoritmo il compito di gestire trasferimenti e assegnazioni. Il Tribunale Amministrativo Regionale (TAR), nel pronunciare una sentenza favorevole al ricorrente, ha evidenziato il ruolo subordinato dell'algoritmo, una posizione confermata anche dalla recente sentenza del 18 dicembre 2020, n. 13692. In essa si afferma che le procedure informatiche, pur raggiungendo un alto grado di precisione e addirittura di perfezione, non possono mai sostituire appieno l'attività cognitiva, discrezionale e valutativa svolta da un funzionario (essere umano).

[126] Cons. Stato, sez. VI, 13/12/2019, n. 8472; nello specifico tale pronuncia evidenzia i tre pilastri della legalità algoritmica quali: il principio di conoscibilità dell'algoritmo, il principio di non esclusività della decisione algoritmica e il principio di non discriminazione algoritmica. Sul tema si veda F. NASSUATO, *Legalità algoritmica nell'azione amministrativa e regime dei vizi procedimentali*, in Ceridap, Rivista Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche, Fasciolo Speciale n.1 (2022), p. 156.

[127] S. CASSESE, *Diritto amministrativo. Una conversazione con Luisa Torchia*, Bologna, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 43.

ISSN 2036-7821

fattori imprescindibili per instaurare rapporti di fiducia, ridurre le condotte omissive e restituire alla responsabilità il ruolo di stimolo o "incentivo" al cambiamento.[128]
Ciò nonostante, la legislazione e la giurisprudenza hanno reso sempre più evidente la complessità di distinguere chiaramente tra principi giuridici generali e settoriali, a causa delle frequenti "sovrapposizioni" e reinterpretazioni da parte delle corti nazionali e sovranazionali finendo con una distorsione che ne altre sia la natura che la loro portata.[129]
In un contesto sociale/economico sempre più complesso, i principi giuridici forniscono dunque una linea guida o una "bussola"[130] di riferimento per le decisioni giuridiche, assicurando che queste siano coerenti con il sistema normativo complessivo e permettendo al diritto di adattarsi alle evoluzioni sociali e alle sfide contemporanee.
Il principio di risultato, in sinergia con la fiducia reciproca e l'accesso al mercato, riveste un'importanza cruciale nel contesto dei contratti pubblici, in virtù della sua intrinseca natura "interpretativa" o "ermeneutica".[131] Tale caratteristica gli conferisce la capacità di influenzare significativamente le modalità di attuazione pratica, soprattutto nei casi in cui si verifichino spazi di discrezionalità. In questa prospettiva, la recente giurisprudenza sta cominciando a delineare l'impatto del principio di risultato, mettendo in rilievo due aspetti significativi: in primo luogo, la sua funzione di bilanciamento tra altri principi giuridici e, in secondo luogo, l'importanza di un'applicazione proporzionata e motivata di tale principio al fine di salvaguardare il miglior interesse pubblico. È essenziale inoltre considerare anche la qualità della prestazione e il conseguimento degli obiettivi, accanto alla tempestività e all'economicità dell'azione amministrativa, per assicurare un adeguato equilibrio tra i diversi interessi coinvolti.
Analogamente, le sfide connesse alla digitalizzazione e all'introduzione dell'intelligenza artificiale (IA), delineate nel Nuovo codice dei contratti pubblici, costituiscono un intervento legislativo di rilievo nel contesto del cambiamento delle pubbliche amministrazioni. Innanzitutto, vi è la necessità di implementare l'ecosistema nazionale di e-procurement, richiedendo una riconfigurazione sostanziale dei procedimenti, degli adempimenti e dell'organizzazione sia degli attori pubblici che di quelli privati operanti nel settore. Tale compito richiede un approccio attento e coordinato, dove le regole tecniche stabilite dall'Agid per le piattaforme di

[128] R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il principio della fiducia nell'articolo 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in AA.VV. (a cura di), *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, in Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 53.
[129] M. R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in AA. VV. (a cura di), *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, in Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 13.
[130] M. R. SPASIANO, *Codificazione di principi*, *op. cit.*, *p. 15.*
[131] M. R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in Federalismi.it, Fasc. n. 9/2024, pp. 217 ss.

ISSN 2036-7821

e-procurement e le disposizioni dell'Anac in merito alla gestione dei dati costituiscono i primi passi verso il raggiungimento di questo obiettivo. In secondo luogo, si pone l'esigenza di: trovare un equilibrio tra l'obbligo giuridico di motivare le decisioni e l'utilizzo degli algoritmi dell'IA, garantendo che le decisioni delle pubbliche amministrazioni siano comprensibili in modo adeguato;[132] garantire il controllo e la "supervisione"[133] da parte dell'uomo sull'utilizzo derivante dalle applicazioni algoritmiche secondo una prospettiva "antropocentrica", evitando che la tecnologia sostituisca la responsabilità umana.[134]

Tuttavia la digitalizzazione dei contratti pubblici non è solo una questione di adozione di nuove tecnologie, ma anche una questione di "fiducia digitale"[135] nell'interazione tra gli operatori economici e le istituzioni pubbliche, con il fine ultimo di rafforzare la governance pubblica, migliorare l'efficienza e l'efficacia delle politiche pubbliche, assumendo il perseguimento del comune obiettivo di tempestività e risultato.[136]

---

[132] D. U. GALETTA, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in Federalismi.it, Fasc. n. 12/2023, p. xiv.

[133] Cfr. M. BUSUIOC, *Accountable artificial intelligence: Holding algorithms to account*, in Public Administration Review, 2021, pp. 36 ss.; N. DIAKOPOULOS, *Algorithmic accountability reporting: On the investigation of black boxes*, New York: Columbia Univ., Tow Center for Digital Journalism, 2014.

[134] A. CORRADO, *I nuovi contratti pubblici, intelligenza artificiale e blockchain: le sfide del prossimo futuro*, in Federalismi.it, Fasc. n. 19/2023, p. 154.

[135] G. M. RACCA, *La "fiducia digitale" nei contratti pubblici tra piattaforme e data analysis*, in Istituzioni del Federalismo, 2023, pp. 357 ss.

[136] G. M. RACCA, *Trasformazioni e innovazioni digitali nella riforma dei contratti pubblici*, Diritto Amministrativo, fasc.4, 1, 2023, p. 723. Nel saggio in esame, si evidenzia con particolare rilievo l'importanza della fiducia digitale quale elemento cardine per un cambiamento sostanziale del paradigma contrattuale. Questa evoluzione riconfigura il contratto non più come un mero strumento di negoziazione tra parti contrapposte, esposto ai consueti rischi di comportamenti opportunistici, bensì come un accordo collaborativo fondato sulla digitalizzazione dei processi. I modelli contrattuali che si basano sull'utilizzo di strumenti digitali consentono di superare le incertezze progettuali, assicurando una definizione univoca, dettagliata e condivisa dei ruoli, dei tempi e delle responsabilità. Tale approccio promuove un interesse comune, generando un risultato vantaggioso per tutte le parti coinvolte, orientato verso una esecuzione tempestiva ed efficace del contratto. La collaborazione digitale, adottata quale framework di alleanza tra tutti gli attori coinvolti, inclusi appaltatori, subappaltatori e professionisti, permette di superare le sfide legate al riconoscimento dei ruoli e alla determinazione dei compensi, con particolare riferimento alle piccole e medie imprese e alle prestazioni professionali richieste. Inoltre, favorisce la mitigazione dei rischi associati agli appalti integrati. È imprescindibile che l'interesse a partecipare a relazioni contrattuali basate sulla reciproca fiducia sia considerato un elemento qualificante dell'accordo stesso, e non un aspetto secondario. Questo approccio potrebbe altresì favorire lo sviluppo di meccanismi di rilevamento tempestivo di situazioni che possano compromettere la fiducia reciproca, inclusi potenziali conflitti di interesse, evidenziati da opportuni sistemi di allerta. In tale contesto, l'uso di strumenti digitali per l'indagine e l'analisi potrebbe svolgere un ruolo cruciale nel garantire il rispetto di tali principi e nell'assicurare l'evoluzione verso modelli contrattuali più solidi e trasparenti. Per ulteriori approfondimenti sul tema, si veda inoltre G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in giustizia-amministrativa.it, giugno 2023; C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei Contratti Pubblici, Annotato articolo per articolo. D. lgs. 31 marzo 2023 n. 36*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023.

ISSN 2036-7821

In conclusione, l'efficacia dei principi dipenderà dalla loro corretta e concreta applicazione, che richiederà non solo un costante adeguamento normativo ma anche un adeguata interpretazione giurisprudenziale che riesca a equilibrare o "bilanciare" la flessibilità dei processi decisionali con la tutela dei diritti dei cittadini e il rispetto della legalità. [137] Spetta pertanto alla dottrina e alla giurisprudenza il delicato compito di delineare accuratamente il ruolo dei principi codificati, con particolare riguardo al principio di risultato, al fine di promuovere un nuovo approccio integrato e dinamico. Tale approccio deve tener conto delle costanti evoluzioni normative e giurisprudenziali al fine di superare gli ostacoli rappresentati dall'inefficienza e dall'immobilismo burocratico.

Tuttavia, l'influenza pervasiva "dell'eredità del passato" [138], la "frammentarietà" strutturale del sistema amministrativo italiano e la manifesta resistenza al cambiamento (tecnologico e culturale) si riflettono nei ritardi riscontrati nell'adozione delle innovazioni, rispetto a contesti europei analoghi. [139] Nell'ambito di questa situazione si determina una marcata disomogeneità negli approcci e nelle tempistiche operative all'interno della pubblica amministrazione, configurandola come un'entità caratterizzata da "lentezza e contraddittorietà". [140] Ciò nonostante, in un panorama in cui l'amministrazione pubblica continua ad essere percepita come un ostacolo allo sviluppo economico e sociale del Paese, i principi emergenti sembrano incarnare l'aspirazione dei governi e del legislatore a realizzare finalmente un'amministrazione efficiente e "funzionale". [141] Questa aspirazione si pone l'obiettivo di superare le inefficienze croniche e di allinearsi ai più alti standard di governance, cercando di trasformare l'apparato burocratico in un motore propulsivo per il progresso nazionale, piuttosto che in un freno al dinamismo economico e sociale.

[137] M. R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in Federalismi.it, Fasc. n. 9/2024, pp. 224 ss.

[138] A. NATALINI, *Come il passato influenza la digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in Rivista trimestrale di Diritto Pubblico, Fasc. n.1/2022, pp. 95 ss.

[139] Intervento del Professor Sabino Cassese in occasione della presentazione del libro, *Le strutture del potere. Intervista di Alessandra Sardoni*, tenutosi il 4 giugno 2024, presso il Palazzo Esposizioni a Roma; hanno partecipato come autori, Miguel Gotor, Assessore alla Cultura di Roma Capitale, Marco Delogu, Presidente Azienda Speciale Palaexpo, Manuela Veronelli, Consigliera Azienda Speciale Palaexpo.

[140] S. CASSESE, *L'amministrazione digitale*, in www.ilfoglio.it , 2024, p. 3.

[141] M. R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in AA. VV. (a cura di), *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, in Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 27.

ISSN 2036-7821