

Il diritto dell'economia

ISSN 1123-3036

rivista quadrimestrale
open access di dottrina,
giurisprudenza
e documentazione

ottobre 2024

2

promossa da

Università degli Studi
"Mediterranea" di Reggio Calabria



Università degli Studi
Mediterranea
di Reggio Calabria

Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane



STEM Mucchi Editore

issn 1123-3036

d **e** Il diritto dell'economia

rivista quadrimestrale *open access* di
dottrina, giurisprudenza e documentazione

Promossa da



Università degli Studi
Mediterranea
di Reggio Calabria

Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane

con il sostegno di

UNISS
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI SASSARI



DIPARTIMENTO DI
GIURISPRUDENZA

anno 70, n. 114 (2 2024)



Mucchi Editore

Pubblicazione finanziata con i fondi del “Bando per progetti di ricerca Interdisciplinare – DM 737/2021 risorse 2021 - 2022 (D.R. 688/2023) dell’Università degli studi di Sassari”.

Direttore Responsabile: Prof. Fabrizio Fracchia - Università Commerciale “Luigi Bocconi” di Milano, Via Röntgen, 1 - 20136 - Milano - tel. 02.583.652.25.

La rivista «Il diritto dell’economia», fondata e diretta dal 1954 al 1987 da Mario Longo, ha continuato la pubblicazione, dal 1987, su iniziativa di Elio Casetta e Gustavo Vignocchi.

issn 1123-3036

© STEM Mucchi Editore, via Jugoslavia, 14, 41122, Modena

info@mucchieditore.it

info@pec.mucchieditore.it

www.mucchieditore.it

facebook.com/mucchieditore

twitter.com/mucchieditore

instagram.com/mucchi_editore

www.ildirittodelleconomia.it



Creative Commons (CC BY-NC-ND 4.0 IT)

Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.

Grafica, impaginazione, gestione sito web: STEM Mucchi Editore Srl - Modena

Pubblicato nel mese di maggio 2024

Comitato di direzione

Carlos Botassi	(Universidad de La Plata - Argentina)
Daniele M. Cananzi	(Università Mediterranea di Reggio Calabria)
Omar Chessa	(Università degli Studi di Sassari)
Andrea Comba	(† Università di Torino)
Daniel Farber	(University of Berkeley)
Vittorio Gasparini Casari	(Università di Modena e Reggio Emilia)
Guido Greco	(Università Statale - Milano)
Estanislao Garcia Arana	(Università di Granada - Spagna)
Neville Harris	(University of Manchester)
Francesco Manganaro	(Università Mediterranea di Reggio Calabria)
Massimo Occhiena	(Università di Sassari)
Aristide Police	(Università Luiss di Roma)
Michel Prieur	(Université de Limoges)

Comitato scientifico

Laura Ammannati	(Università Statale - Milano)
Sandro Amoroso	(Università La Sapienza - Roma)
Carla Barbati	(Università IULM)
Mario Bertolissi	(Università di Padova)
Cristina Campiglio	(Università di Pavia)
Giovanni Cordini	(Università di Pavia)
Alessandro Crosetti	(Università di Torino)
Gabriella de Giorgi	(Università del Salento)
Marco Dugato	(Università di Bologna)
Rosario Ferrara	(Università di Torino)
Denis Galligan	(University of Oxford)
Carlo E. Gallo	(Università di Torino)
Marco Gestri	(Università di Modena e Reggio E.)
Francesco Marani	(Università di Modena e Reggio E.)
Anna Marzanati	(Università Bicocca - Milano)
Giuseppe Morbidelli	(Università La Sapienza - Roma)
Fabio Merusi	(Università di Pisa)
Giuseppe Pericu	(Università degli Studi di Milano)
Ornella Porchia	(Università di Torino)
Pierluigi Portaluri	(Università di Lecce)
Margherita Ramajoli	(Università Bicocca - Milano)
Giuseppe Restuccia	(Università di Messina)
Franco Gaetano Scoca	(Università La Sapienza - Roma)
Domenico Siclari †	(Università per stranieri "D. Alighieri" di R. Calabria)
Antonello Tancredi	(Università di Palermo)
Sara Tommasi	(Università del Salento)
Francesco Vetrò	(Università di Parma)

Comitato editoriale

Miriam Allena (pres.)	Rosamaria Iera	Andrea Primerano
Giovanni Barozzi Reggiani	Giuseppe La Rosa	Elisabetta Romani
Lorenzo Bimbi	Antonietta Lupo	Giuseppe Carlo Ricciardi
Lorenzo Caruccio	Alberto Marcovecchio	Susanna Quadri
Elisabetta Codazzi	Calogero Micciché	Francesco Scalia
Michela Colapinto	Viviana Molaschi	Mauro Silvestri
Mariaconcetta D'Arienzo	Saul Monzani	Silla Vernile (deleg. dal Direttore)
Letterio Donato	Clara Napolitano	Alice Villari
Silia Gardini (deleg. dal Direttore)	Pasquale Pantalone (deleg. dal Direttore)	Patrizia Vipiana
Annalaura Giannelli	Michela Petrachi	Francesco Zammartino

La pubblicazione di articoli e contributi proposti alla rivista è subordinata alla seguente procedura:

- Il lavoro (non superiore a 10.000 parole) è sottoposto a un esame preliminare da parte della direzione (o di un suo componente delegato), per rilevare la sua attinenza alle caratteristiche ed ai temi propri della rivista, nonché l'eventuale presenza di evidenti e grossolane carenze sotto il profilo scientifico.
- Il successivo referaggio consiste nella sottoposizione del lavoro alla valutazione di due professori ordinari esperti nella materia, italiani o stranieri, scelti dalla direzione nell'ambito di un comitato di referees o, in casi eccezionali, inerenti alla specificità dell'argomento trattato, all'esterno dello stesso. La procedura di referaggio richiede un tempo minimo di almeno due mesi.
- Il sistema di referaggio è quello cieco previsto dalla normativa vigente: lo scritto è inviato in forma anonima a chi deve procedere alla revisione e all'Autore non è comunicato chi procederà alla stessa. Chi effettua la revisione è vincolato a tenere segreto il proprio operato e si impegna a non divulgare l'opera e le relative informazioni e valutazioni, che sono strettamente confidenziali: l'accettazione preventiva di questo vincolo e di questo impegno è preconditione per assumere il compito di referaggio.
- I nomi dei revisori consultati per la valutazione dei lavori pubblicati dalla rivista nel corso dell'anno sono pubblicati in apposito elenco nell'ultimo fascicolo dell'annata senza riferimento ai lavori valutati.
- I revisori invieranno alla direzione (o al componente delegato), la proposta finale, che può essere di: accettazione dello scritto per la pubblicazione (eventualmente con un lavoro di editing); accettazione subordinata a modifiche migliorative, sommariamente indicate dal revisore (in questi casi lo scritto è restituito all'autore per le modifiche da apportare); non accettazione dello scritto per la pubblicazione.
- I revisori, nel pieno rispetto delle opinioni degli autori e a prescindere dalla condivisione del merito delle tesi da essi sostenute, dovranno tenere in specifica considerazione l'originalità e l'utilità pratica delle idee espresse nel lavoro, nonché la conoscenza delle fonti pertinenti, la consapevolezza culturale, la consistenza critica del percorso argomentativo e la correttezza formale.
- La direzione della Rivista o almeno quattro membri della stessa (compreso il Direttore responsabile) possono decidere la pubblicazione in deroga di contributi che non abbiano caratteristica di Saggio o con un numero di battute inferiore a 20.000 e, per alcuni lavori specifici (soprattutto considerando le caratteristiche dell'Autore o la loro natura), possono altresì decidere di non procedere alla valutazione anonima, effettuando essi stessi una motivata valutazione del contributo e fornendo apposita giustificazione della deroga. Quest'ultima tipologia di contributi non può superare complessivamente le 40 pagine per numero; i relativi lavori saranno contrassegnati nell'indice dell'annata con un asterisco. Non è sottoposto a referaggio l'eventuale "editoriale" all'inizio del fascicolo.
- Nel caso in cui uno dei componenti del Comitato di direzione intenda pubblicare un proprio lavoro nella Rivista, la procedura sarà gestita interamente da un altro componente delegato del Comitato di direzione, garantendo l'anonimato dei referees.

The publication of articles and contributions in the journal is dependent upon compliance with the following procedure:

- The work (not exceeding 10,000 words) is subject to a preliminary examination on the part of the editors or their delegate to assess its relevance to the journal's characteristics and themes, as well as the possible presence of evident and glaring shortcomings of a scientific nature.
- The subsequent peer review involves submitting the work for review by two full professors (Italian or foreign) who are experts in the relevant field, selected by the editors or their delegate from among a committee of referees or exceptionally from outside the committee, depending on the particular expertise required in relation to the subject matter of the work. The procedure requires at least two months.
- The peer review system is the so-called blind peer review method provided by law: the text is sent to the reviewer in anonymous form and the Author is not told the name of the reviewer. The reviewers are obliged to keep their task confidential and undertake not to divulge the work or the information and evaluations which are considered strictly confidential: prior acceptance of this obligation and undertaking is a necessary condition for accepting the task of carrying out a peer review.
- The names of the referees consulted for assessment of works to be published by the journal during the year are disclosed in a special list in the last issue of the year, without reference to the works reviewed.
- The referees shall send the editors or their delegate the final proposal, which may be: acceptance of the work for publication (possibility after editing); acceptance subject to improvements, indicated in summary form by the referee (in these cases the work shall be sent back to the author in order to make the necessary changes); not to accept the work for publication.
- Referees must also bear in mind the originality and practicality of the ideas expressed in the work, as well as the cultural awareness and critical constancy of the line of argument.
- The Board of Editors or at least four members of the Board of Editors itself (including the Editor-in-chief) may decide to publish contributions even if they are not configured as essays, or with a number of characters below 20,000 and, for a number of specific works (especially considering the characteristics of the Author or their nature), may also decide not to proceed with anonymous assessment, themselves carrying out a motivated evaluation of the contribution and providing a specific justification of the exception. The latter type of contributions may not exceed 40 pages per issue over all; relative works will be marked in the index of the year with an asterisk. Any "editorial", at the beginning of the issue, won't be submitted for referral procedure.
- Should one of the members of the Board of Editors intend to publish a work of his own in the Journal, the procedure will be managed entirely by another delegated member of the of the Board, thus guaranteeing the anonymity of the referees.

Norme per la preparazione degli originali destinati alla rivista «Il diritto dell'economia»

L'originale, completo di testo, note e **abstract**, deve essere inviato (in formato .doc o .docx) per e-mail all'indirizzo del direttore responsabile (fabrizio.fracchia@unibocconi.it): il file complessivo non deve superare **10.000 parole** e deve essere **reso anonimo dall'Autore**. L'abstract non deve superare le **150 parole**.

Il testo deve essere completo di titolo e sommario, deve essere suddiviso in paragrafi numerati progressivamente e deve indicare per ogni paragrafo il titolo (da riportare nel sommario con i numeri dei paragrafi).

In calce al contributo in formato cartaceo o nella mail di accompagnamento occorre indicare:

Cognome, nome, qualifica accademica (con l'indicazione della Università di appartenenza) e/o qualifica professionale; recapito di posta elettronica che l'Autore acconsente sia pubblicato sulla Rivista.

La correzione delle bozze avviene di norma in via redazionale.

Anche al fine di evitare ritardi nella pubblicazione dei contributi si raccomanda agli AA. la massima cura nella redazione degli originali in conformità alle seguenti indicazioni, tenendo presente che **originali redatti non in conformità ai criteri redazionali potranno non essere presi in considerazione per la pubblicazione:**

- per i nomi degli AA. citati in nota usare il **carattere tondo (no maiuscoletto)** con l'iniziale del nome che precede il cognome (es., M. Nigro);
- per le parole straniere usare il corsivo;
- le **virgolette devono essere basse (nel testo e in nota) tutte le volte che c'è una frase o un passo riportato da un altro testo, Autore, giurisprudenza o legge**. Lo stesso vale per i titoli delle leggi, delle direttive e così via;
- all'interno delle virgolette e in genere in tutto il testo devono essere in corsivo solo le parole straniere;
- Non si inserisce "p." prima dell'indicazione delle pagine
- **In ogni caso, occorre seguire un criterio di uniformità nel testo e nelle note.**
- Le note devono essere numerate progressivamente (in corrispondenza del richiamo nel testo)
- Deve essere usato il corsivo per il titolo dell'opera citata, nonché per la Rivista (abbreviata) o il volume in cui essa è riportato, secondo gli esempi seguenti:

Per le citazioni di dottrina:

E. Casetta, *Brevi considerazioni sul c.d. diritto amministrativo dell'economia*, in *Dir. econ.*, 1955, 339 ss.;

F. Merusi, M. Passaro, *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, VI, Agg., Milano, 2002, 143 ss.;

S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in Id. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, *Dir. amm. gen.*, I, Milano, 2003, 273 ss.;

F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, 1996.

Per le opere collettanee:

Aa.Vv., *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 1999; oppure

E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1989.

Per le citazioni successive alla prima, ad es.: E. Casetta, *op. cit.*, 340; oppure (in caso di più opere dello stesso A.: E. Casetta, *Brevi considerazioni*, cit., 340.

Per le citazioni di giurisprudenza:

Cons. Stato, ad. plen., 1 aprile 2000, n. 1, in *Cons. Stato*, 2000, I, 301 ss.;

Corte cost., 15 gennaio 1999, n. 12, in *Foro it.*, 1999, I, 267 ss.;

Cass, ss.uu., 12 marzo 1998, n. 128, in *Giur. It.*, 1999, I, 2, 315 ss.;

Per le abbreviazioni degli altri collegi, ovvero delle Riviste e dei periodici, si può fare riferimento, ad es., all'elenco del repertorio generale del Foro italiano o della Giurisprudenza italiana, **sempre secondo criteri di uniformità**.

Lo stesso vale per le altre abbreviazioni delle parole più correnti (es.: v., *op. cit.*, cfr., ss., ecc.).

In caso di dubbi, si consiglia di prendere a modello gli articoli già pubblicati sulla Rivista

Le opinioni espresse nei contributi pubblicati impegnano i soli Autori. La Direzione non assume alcuna responsabilità nemmeno per eventuali errori od omissioni nella correzione delle bozze.

Indice n. 114 (2 2024)

ARTICOLI E SAGGI

<i>Fabio Cintioli</i> , L'interpretazione degli articoli 9 e 41 della Costituzione dopo la legge cost. n. 1 del 2022: l'amministrazione e il giudice amministrativo	»	11
<i>Renato Rolli</i> , L'interdittiva antimafia: misure di prevenzione connesse e controllo giudiziario	»	31
<i>Guido Befani</i> , Usi pubblici del mare e territorializzazione marittima: prospettive geo-giuridiche della pianificazione energetica del mar Mediterraneo.....	»	59
<i>Ilaria Genuessi</i> , Tutela della persona tra Stato, Terzo settore e co-amministrazione ...	»	119
<i>Cecilia Polce</i> , <i>Antitrust</i> tra procedimento e processo. La giurisprudenza amministrativa nel biennio 2022-2023	»	145
<i>Maurizio Cafagno</i> , La digitalizzazione dei contratti pubblici alla luce del ripensamento del rapporto tra vincoli ed obiettivi nel nuovo codice	»	175
<i>Gian Franco Cartei</i> , Il rischio operativo e i suoi confini	»	189
<i>Marco Mazzamuto</i> , Il diritto al primo colpo: unilateralità degli effetti e della esecuzione delle pretese amministrative	»	219
<i>Giovanni Tulumello</i> , Tutela dell'ambiente, attività amministrativa, sindacato giurisdizionale: un cambio di prospettiva?	»	257
<i>Antonietta Lupo</i> , Il <i>golden power</i> nella prospettiva del diritto amministrativo: osservazioni sullo strumento e sulle sue dinamiche.....	»	317
<i>Pier Giorgio Visconti</i> , <i>Golden power</i> e libertà europee: verso una restrizione delle normative sul controllo degli investimenti esteri?.....	»	341
<i>Diana Pittelli</i> , Il <i>Golden Power</i> tra divieto di aiuti di Stato e controllo sulle sovvenzioni estere	»	369
<i>Alessio Sardo</i> , <i>Matteo Timo</i> e <i>Giovanni Tuzet</i> , John L. Austin e il provvedimento amministrativo	»	399
<i>Armando Lorusso</i> , Autorità, libertà e mercati digitali: scenari nuovi della regolazione indipendente	»	435
Note sui collaboratori	»	471

L'interpretazione degli articoli 9 e 41 della Costituzione dopo la legge cost. n. 1 del 2022: l'amministrazione e il giudice amministrativo*

Fabio Cintioli

SOMMARIO: 1. Beniamino Caravita di Toritto e il diritto dell'ambiente. – 2. Il dibattito costituzionale e i punti di convergenza. – 3. I punti controversi. Il bilanciamento del valore della tutela dell'ambiente. – 4. (*Segue*) Le generazioni future. – 5. (*Segue*) L'art. 41 e i limiti all'iniziativa economica privata. – 6. (*Segue*) L'art. 41 e la pianificazione economica. – 7. L'amministrazione. – 8. Il giudice amministrativo.

1. *Beniamino Caravita di Toritto e il diritto dell'ambiente*

Non credo sia casuale che Beniamino Caravita abbia scelto il diritto ambientale come uno dei suoi terreni preferiti di riflessione e ricerca.

In molti hanno già ricordato in questi ultimi mesi nei primi contributi a lui dedicati la *summa* del suo pensiero in argomento: la centralità e primarietà dell'essere umano, visto al crocevia di un intreccio di diritti e doveri in una dimensione sia individuale sia collettiva, da opporre agli estremismi di un fondamentalismo ecologico a lui sin da principio ben chiaro nel suo manifestarsi; l'irrinunciabilità dei valori di pluralismo e tolleranza e dei principi organizzativi e procedurali che formano il collante dello Stato di diritto e che anche in materia di tutela dell'ambiente devono trovare puntuale osservanza, evitando le scorciatoie di nuove ideologie; la centralità della scienza e della ricerca, le cui capacità innovative possono sole consentire di attuare il miracolo dello sviluppo sostenibile¹.

* Scritto dedicato agli *Scritti in memoria di Beniamino Caravita di Toritto*.

¹ Valga il richiamo alla prima edizione del suo *Diritto pubblico dell'ambiente*, Bologna, 1990, al quale hanno fatto richiamo sia M. Cecchetti, *Introduzione. La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente nella memoria di Beniamino Caravita di Toritto*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Atti del convegno del 28 gennaio 2022, Napoli, 9 e ss.; nonché A. Morrone, *L'ambiente nella Costituzione. Premesse di un nuovo "contratto sociale"*, ivi, 91 e ss.

In questi tre punti in effetti ritroviamo la personalità, l'apertura consapevole al "nuovo", mai impulsiva e mai totalizzante, e la formazione culturale di Beniamino, di grandissimo spessore. Egli non credo potesse definirsi un "conservatore", sarebbe davvero semplicistico ed i suoi studi lo testimoniano. Tuttavia, nel suo desiderio di tuffarsi nella modernità, di abbracciare sempre nuove categorie, di elaborare un pensiero critico su profili ancora inesplorati, manifestava sempre un approccio meditato, mai banale, che gli consentiva di evitare fughe in avanti e di valorizzare quell'etica della responsabilità di weberiana accezione che in pieno lo contraddistingueva in tutte le sue attività.

Quindi, l'attenzione che Beniamino Caravita ha rivolto al diritto dell'ambiente era in linea col suo percorso di ricerca e con le sue attitudini umane e più intime: guardare al nuovo con gli strumenti del presente e del passato.

La sua profonda cultura giuridica, poi, gli consentiva di muoversi con destrezza in un ambito, quello del diritto ambientale, che cumula da sempre profili e problemi rientranti in differenti partizioni dell'ordinamento: dal diritto costituzionale al diritto amministrativo; dal diritto comunitario al diritto privato. Ed a questo proposito non è casuale che Egli si fosse cimentato negli ultimi anni della sua attività scientifica e professionale, con i risultati che la sua maestria puntualmente esibiva, in un altro settore che mostra analogia eclettica: il diritto antitrust.

Molte le esperienze che mi legano a Beniamino: dalla vivace stagione che vedeva riuniti intorno alla Presidenza del Senato, nella XIV legislatura, un gruppo di studiosi che confidavano sulla possibilità di varare una riforma costituzionale della forma di Governo, alla collaborazione per Federalismi e alle molte vicende forensi che ci hanno visto insieme. Tra i non pochi ricordi desidero citare quelli degli anni spesi insieme nel Comitato legislativo di Regione Lombardia e durante i quali Egli in particolare mi colpì, ancora una volta, proprio per la formidabile abilità nello sceverare complicate questioni di apparente dettaglio, utilizzando strumenti propri dei più vari segmenti dell'ordinamento e senza ovviamente mancare di avvalersi, con le giuste dosi, della sua visione di costituzionalista, se del caso col vezzo di utilizzare qualche parola in tedesco, lingua che dominava.

Così, venendo al tema prescelto per questo scritto che vuole fargli omaggio, il suo contributo scientifico al diritto ambientale è stato uno dei più saldi punti di riferimento del percorso di questa materia. Intendo riferirmi, prima ancora che alla riforma costituzionale degli artt. 9 e 41 sui quali mi soffermerò, al vibrante percorso giurisprudenziale che, in una triangolazione tra diritto europeo, costituzionale e amministrativo (i tre principali punti di osservazione di Caravita), manifestò la concreta rilevanza del bene ambiente come valore costituzionale di ordine primario, benché mai assorbente in eccesso e mai "tiranno". La modernità, del resto, come Egli ci insegnava, deve filtrare per le tre coordinate che abbia-

mo testé ricordato: un umanesimo di fondo come culla dei valori in discussione, lo Stato di diritto e l'organizzazione procedimentale degli interessi e delle voci e il valore della scienza.

Cercherò, dunque, di farne tesoro per le considerazioni che seguiranno, con le quali, partendo dalla recente riforma costituzionale, vorrei provare a descrivere le conseguenze e l'impatto che essa potrebbe avere nei riguardi dell'amministrazione e della giurisdizione amministrativa.

2. *Il dibattito costituzionale e i punti di convergenza*

Sono ormai numerosi i commenti dedicati alla recente riforma costituzionale degli articoli 9 e 41 della Costituzione. È possibile, pertanto, iniziare con alcune considerazioni di sintesi, che traggono spunto da tali contributi per offrire un parametro concettuale per le considerazioni successive.

Vi sono anzitutto alcuni punti di convergenza nel dibattito, che possiamo rapidamente ricordare.

Il primo concerne la scelta del Parlamento di considerare e dunque qualificare dal punto di vista giuridico l'ambiente e, specificamente, gli ecosistemi e la biodiversità come un complessivo valore costituzionale collocato in modo solenne all'articolo 9, anziché come un diritto soggettivo di incerto contenuto e di non chiara appartenenza dal punto di vista della sua titolarità². Enunciare l'ambiente come oggetto di tutela costituzionale in quanto valore compreso tra quelli che la carta fondamentale mette sotto la propria protezione significa anche, come è stato ben ricordato, stabilire che esiste un dovere di carattere generale che è funzionale alla tutela di questo bene e che deve tradursi in altrettante politiche pubbliche che all'ambiente dovranno rivolgersi. Sebbene sia opportuna una certa cautela nel dosaggio di tale valore (ad esempio, sembra eccederne forse il significato costituzionale l'idea di equipararlo addirittura a cardini costituzionali come il principio di democrazia o il pluralismo o l'eguaglianza) e nonostante per tale aspetto si debba condividere l'idea di chi ritiene che questa novella abbia i tratti della riformabilancio piuttosto che non quelli della riforma-programma in quanto non innova ma è ricognitiva del diritto vivente, è indubbio che la sua esplicitazione tra le norme di principio della Costituzione abbia un significato tutt'altro che trascurabile.

Il secondo punto di convergenza concerne la menzione della Repubblica come entità alla quale nel suo complesso è rimessa la tutela dell'ambiente. Il dovere di protezione ambientale, dunque, non è prerogativa esclusiva dell'uno

² In tal senso M. Cecchetti, *Introduzione*, cit.; nonché F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, cit., 123 e ss.

o dell'altro ente che compone lo Stato-apparato, ma concerne e interessa tutte le istituzioni della Repubblica senza eccezioni. Per certi aspetti può dirsi esso divenga patrimonio dello Stato-comunità. Mi sembra a questo proposito del tutto condivisibile e peraltro maggioritaria nei primi commenti sulla riforma l'opinione secondo cui questa investitura in capo alla Repubblica sia perfettamente compatibile con l'ordine delle competenze statali e regionali che in materia legislativa sono state fissate dall'articolo 117 così come interpretato dalla Corte costituzionale in questi due decenni dalla riforma del titolo V. Per un verso, la tutela dell'ambiente rimane una materia di carattere trasversale e dunque nella misura in cui enuncia un obiettivo da raggiungere consente alla competenza legislativa dello Stato di espandersi lungo l'intero ordinamento senza limitazioni preventive; per altro verso, al legislatore regionale è concesso di intervenire in questa materia a patto che rispetti le coordinate fissate dallo Stato e secondo una direzione che tende ad accentuare i profili di tutela anziché a ridurli.

Il terzo punto di convergenza è una derivazione della già descritta configurazione dell'ambiente come valore costituzionale anziché come diritto soggettivo. Si tratta infatti del riconoscere che la riforma conferma la centralità del decisore pubblico nella rispettiva qualità di Parlamento e pubblica amministrazione quale destinatari dell'indirizzo costituzionale così enunciato.

È da notare che in alcune delle prime analisi si sottolinea che il dovere di tutela dell'ambiente si rivolgerebbe prevalentemente al legislatore e in qualche misura anche all'amministrazione, ma non al giudice, che sarebbe tenuto soltanto a registrare il dato costituzionale così come filtrato dalle leggi che correttamente lo implementassero³. Non sono mancate tuttavia opinioni diverse che, probabilmente riannodandosi anche alle dottrine dell'interpretazione costituzionalmente orientata, sembrano affermare che l'inserimento esplicito in Costituzione della tutela dell'ambiente, degli ecosistemi e della biodiversità abbia una portata tale da interessare direttamente anche il giudice nella sua attività di interpretazione delle leggi⁴.

Al decisore pubblico comunque spetta il compito di individuare e calibrare, di volta in volta, la portata che il dovere di protezione dell'ambiente deve assumere. Sicché in questa operazione sarà inclusa, tra l'altro, la definizione del rapporto tra ambiente e paesaggio, che pure ha suscitato nel dibattito sviluppatosi all'indomani della riforma non poche discussioni: si ricorda in particolare l'opinione di chi ritenne che accoppiare la tutela dell'ambiente a quella del paesaggio avrebbe provocato il rischio di sacrificare quel valore che nell'originaria previsione dell'articolo 9 aveva ampliato i suoi prevedibili iniziali confini grazie all'ope-

³ M. Cecchetti, *Introduzione*, cit.

⁴ F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9*, cit.

ra del pensiero di studiosi come Alberto Predieri⁵; l'immagine di sterminati campi destinati ad ospitare pale eoliche ed impianti di energia solare con pregiudizio della bellezza d'insieme che il paesaggio, assorbente anche la dimensione urbanistica, aveva saputo offrire emergeva evidente nelle preoccupazioni di chi alimentava questi dubbi⁶. Mi sembra che, comunque, esse possano essere risolte rimandando, appunto, al legislatore così come anche all'amministrazione la ricerca di un giusto equilibrio. E della necessità di bilanciare ed equilibrare i valori in gioco diremo tra un attimo.

3. *I punti controversi. Il bilanciamento del valore della tutela dell'ambiente*

Veniamo adesso a ricordare quali sono invece i punti controversi che il dibattito fino ad oggi ha lasciato sul terreno.

La prima e forse più delicata questione attiene al peso specifico che il valore della tutela ambientale dovrà assumere in relazione a tutti gli altri valori protetti dalla Costituzione repubblicana.

Nel tentativo di riassumere le opinioni, possiamo dire che la prima di esse ritiene che la riforma non provochi alcun mutamento dei principi già affermati a questo riguardo dalla Corte costituzionale nella ben nota giurisprudenza Ilva⁷. Si tratta dunque dell'opinione che conferma, anche dopo la riforma, che la tutela dell'ambiente debba essere oggetto di un bilanciamento con gli altri valori che venissero in conflitto con essa. Per un verso (valga per l'ambiente come per ogni altro valore costituzionale) si deve rifuggire dal pericolo di coniare "valori tiranni", i quali possano assorbire in via assoluta e preventiva un dato profilo di tutela con sacrificio di altri valori costituzionali⁸. Per altro verso, si tratta in fondo solo di ribadire anche in questo campo la tradizionale e consolidata tecnica della Corte costituzionale, che consiste nell'applicare la logica del temperamento tra valori: nella soluzione del caso concreto si deve sempre evitare il sacrificio totale dell'uno rispetto all'altro e scegliere una strada che consenta, appunto, di temperare, vale a dire di attribuire all'uno e all'altro lo spazio possibile nella determinata situazione di interesse.

⁵ Rinvio alla raccolta di scritti curata da G. Morbidelli e M. Morisi, *Il paesaggio di Alberto Predieri*, Bagno a Ripoli, 2019.

⁶ G. Severini, P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in www.giustiziainsieme.it.

⁷ M. Cecchetti, *Introduzione*, cit.; in senso dubitativo R. Bifulco, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, cit., 69 e ss.

⁸ In particolare, Corte cost. sent. n. 85 del 2013.

Non sono mancate tuttavia opinioni diverse, le quali ritengono che l'inserimento della tutela dell'ambiente nell'articolo 9 anzitutto abbia il significato della riforma-programma, con contenuto dunque nettamente innovativo: non si tratterebbe di una novella che ha lo scopo di limitarsi a registrare il diritto vivente. Il passaggio successivo è quello di assumere che la riforma addirittura impedisca a monte ogni possibilità di bilanciamento e di compromesso quando è in gioco la tutela dei valori ambientali⁹. È, questa, la tesi che in sostanza confeziona la tutela dell'ambiente come valore non solo primario ma anche assoluto e che quindi dallo stabilire un preciso ordine gerarchico degli interessi tutelati dalla Costituzione nei fatti prelude all'abbandono della tecnica del bilanciamento quando viene in gioco la tutela dell'ambiente. Non molto diverso da questo approccio è quello di chi ritiene che in linea di principio lo stabilire un ordine gerarchico sia compatibile con i valori costituzionali e che, nello specifico, la novella dell'articolo 9 introduca un imperativo categorico di tutela dell'ambiente, ponendo le premesse per un'inevitabile modifica della giurisprudenza Ilva¹⁰. Il sostrato culturale di questa posizione è quello che affida alla tutela dell'ambiente un compito ultimativo, che riguarderebbe la sopravvivenza di tutte le forme di vita al fine di liberare la società dei viventi da un rischio potenziale ma effettivo di sua estinzione.

La questione è indubbiamente molto delicata e per affrontarla in maniera adeguata si dovrebbe andare ben oltre le pagine di questo scritto, che devono restare nei limiti di una sintesi del dibattito.

Ci si limita allora ad osservare che, se fosse vero che la riforma prelude alla fine di ogni bilanciamento quando è in gioco la tutela dell'ambiente, si dovrebbe dire che il compito del decisore pubblico sarebbe destinato inevitabilmente a scolorire; nei fatti esso finirebbe probabilmente nel risolversi in quello di anteporre di volta in volta ogni profilo di protezione ambientale a quello che inerisce alla protezione di altri valori costituzionali. Inoltre, questo tipo di ragionamento è esattamente quello che, a mio parere, apre le porte alla creazione di valori tiranni, trascurando il fatto che la tecnica del contemperamento è consustanziale all'equilibrio costituzionale e si salda, grazie all'opera della Corte costituzionale, ad uno di quei principi fondamentali che caratterizzano l'ordine costituzionale e quindi simbolicamente resistono persino al processo di revisione di cui all'articolo 138 Cost.¹¹. Se davvero la riforma avesse inteso riservare alla tutela dell'ambiente una tale posizione di assoluto primato, dovremmo allora riprendere in seria considerazione le preoccupazioni di chi aveva ritenuto durante il corso della sua appro-

⁹ G. Azzariti, *Appunto per l'audizione presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica del 16 gennaio 2020 - Modifica articolo 9 della Costituzione*, in www.osservatorioaic.it, 2020, 1, 73, per una visione nella quale l'ambiente diviene un bene *extra commercium*.

¹⁰ A. Morrone, *L'ambiente nella Costituzione*, cit.

¹¹ Sui valori tiranni, è di rito la citazione di C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, ed. italiana, Milano 2008.

vazione che essa potesse porsi in contrasto coi principi supremi dell'ordinamento costituzionale e varcare i limiti frapposti alla revisione costituzionale¹².

Se è vero, come ritengo lo sia, che la funzione del costituzionalismo sia principalmente quella di ostacolare l'avvento di nuovi totalitarismi, quale ne sia la natura, è indispensabile ricordare sia che la sovranità appartiene al popolo e che questo sconsiglia nuove rigidità costituzionali, sia la circostanza che l'esperienza storica ci dimostra che gli abiti che il totalitarismo può assumere sono molto diversi di epoca in epoca e che il loro tratto fondante è l'unicità del pensiero, attraverso la quale si afferma la concentrazione del potere. Potrebbe bastare questo per sconsigliare di mettere da parte la tecnica del bilanciamento.

Di fronte, poi, al drammatico pericolo dell'estinzione della specie, purtroppo non si può fare a meno di evocare anche il principio di proporzionalità e nel contempo il ruolo, eccedente la stessa dimensione del costituzionalismo nazionale, che compete alla dinamica delle relazioni internazionali tra Stati sovrani, entro e fuori le organizzazioni sovranazionali. L'affacciare lo sguardo oltre i confini europei, e guardando soprattutto ad Est, ci fa capire che esistono elementi e dati di fatto che dovrebbero parimenti condizionare la portata da assegnare a questo valore costituzionale: di fronte a un rischio simile, lo sforzo che la nostra Costituzione e quindi la Repubblica italiana può approfondire è inevitabilmente assai limitato rispetto al resto dell'umanità. Sarà dunque più utile approfondire sforzi di politica internazionale per persuadere gli Stati sovrani che rimangono indifferenti a questo pericolo piuttosto che piegare la Costituzione ad inedite rigidità che molti problemi potrebbero generare nel contesto socio-economico della stessa Repubblica.

Infine, dal momento che è acquisito al dibattito tra gli studiosi che la politica e il Parlamento vivono una stagione di crisi e che è concreto il pericolo di una caduta della loro legittimazione nei riguardi dei cittadini, sembra non troppo meditato attribuire a questa riforma, benché varata quasi all'unanimità, un effetto così potente e tale da alterare le radici della struttura costituzionale e del modo in cui la Corte costituzionale ha continuato ad renderla viva nel corso di tutti questi decenni¹³.

¹² Così T. Frosini, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it, paper*, 23 giugno 2021.

¹³ G.L. Conti, *Note minime sulla sopravvivenza dei valori ambientali alla loro costituzionalizzazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2022, 2, 194 e ss., il quale osserva che i lavori preparatori della legge costituzionale 1/2022 sono particolarmente scarni e che il tema maggiormente dibattuto è stato la tutela degli animali.

4. (Segue) *Le generazioni future*

Il secondo punto critico riguarda l'estensione della tutela anche alle generazioni future.

Secondo alcune voci sarebbe stato opportuno direttamente enunciare la nozione di sviluppo sostenibile, che avrebbe garantito alla disposizione una portata precettiva più efficace. In verità, su questo aspetto mi sembra ragionevole l'osservazione di chi invece ritiene che il riferimento alle generazioni future costituisca un'effettiva e apprezzabile innovazione del tessuto costituzionale e che in essa sia implicito, nella misura che il corso degli eventi potrà determinare, l'evocazione dello stesso sviluppo sostenibile come chiave di svolgimento della tutela ambientale¹⁴.

Vi è stato anche chi ha criticato il riferimento testuale alle generazioni future, per il fatto che avrebbe determinato una dimensione marcatamente antropocentrica e che quindi avrebbe svalutato la tutela dell'ambiente in sé, che dovrebbe essere sempre assicurata a prescindere dal riferimento alla posizione e agli interessi degli esseri umani¹⁵.

La migliore obiezione a questo tipo di perplessità la si può trarre proprio dagli scritti di Beniamino Caravita, i quali anche su questo aspetto possono fungere da guida per l'interprete e che, credo, possano certamente esser condivisi nel loro svolgimento ulteriore. La tutela dell'ambiente non può sganciarsi da una centralità della persona umana, benché intesa in senso ovviamente non solo individuale ma anche collettivo. Sicché un'estensione della tutela anche a beneficio delle generazioni future è una scelta che completa in maniera equilibrata e corretta una riforma costituzionale come quella in discussione.

Del resto, accusare la riforma di antropomorfismo significa, a mio parere, anche aderire ad una concezione delle politiche ambientali molto precisa: quella della c.d. "impronta ecologica", che ritiene che la presenza di ciascun individuo sia un peso per l'ecosistema, un vero e proprio agente di deterioramento del suo equilibrio e che pertanto la politica ecologica debba consistere in una continua e costante compensazione della stessa esistenza umana. Le implicazioni filosofiche di tale "antiumanesimo ambientalista" sono però evidenti e ne segue un completo ribaltamento del percorso seguito da Kant nei postulati della ragion pratica: l'umanità da fine torna ad essere un semplice mezzo¹⁶. Un passaggio sull'interpretazione delle norme costituzionali al quale, se davvero così fosse sostenuto, si dovrebbe resistere con convinzione.

¹⁴ F. Fracchia, *L'ambiente* nell'art. 9, cit.

¹⁵ F. Rescigno, *Quale riforma per l'art. 9*, in *Federalismi.it - paper*, 23 giugno 2021.

¹⁶ Cfr. E. Capozzi, *Politicamente corretto*, Venezia, 2018, 139 e ss., in part. 159.

Guardare al futuro e alle nuove generazioni significa emancipare le decisioni di politica ambientale da troppo ristrette visioni legate all'attualità e ancor più da eventuali condizionamenti di carattere politico e di ricerca del consenso che solo alle generazioni attuali rivolgersero lo sguardo. Si tratta di una formula che implica un richiamo forte alla responsabilità della classe dirigente: la protezione dell'ambiente abbraccia anche il futuro. Nel giudicare la riforma, poi, non si deve neppure trascurare la ricchezza di implicazioni che il riferimento alle generazioni future può avere in campi che sono sì diversi dal diritto ambientale, ma accomunati dal rilievo di doveri intergenerazionali ispirati dal canone di solidarietà *ex art. 2 Cost.*¹⁷.

Questo aspetto non fa che confermare quanto complessa e delicata sia l'operazione di bilanciamento, dato che gli assetti delle generazioni future non sono agevolmente prevedibili *ex ante* e questo, dunque, inocula un seme di dubbio nella scelta degli strumenti da adottare.

Anche per questa ragione ritengo che il riferimento alle generazioni future non debba a sua volta esser letto come strettamente condizionato da una prospettiva di intensificazione della tutela ambientale di per sé. L'interesse delle generazioni future non è caratterizzato da una relazione unilaterale ed esclusiva con l'ambiente, ma è un interesse che si lega anche ad altri aspetti: ad esempio, quello della crescita economica, dello sviluppo del mercato del lavoro, della conservazione di equilibri di bilancio pubblico sopportabili. In altre parole, se è vero che il bilanciamento rimane la chiave di volta per ordinare i valori costituzionali e se è vero che le generazioni future esprimono un interesse multiforme che dev'essere oggetto di tutela, non ci si deve stupire se nei fatti il modo di proteggere l'ambiente anche a beneficio delle generazioni future sia tale da ponderare scelte equilibrate che possano, senza cadere in un eccesso di antropomorfismo, tener conto di altri interessi e valori costituzionali in gioco.

5. (Segue) *L'art. 41 e i limiti all'iniziativa economica privata*

Il terzo punto critico riguarda la riforma dell'articolo 41 Cost., che, come sappiamo, per un verso ha previsto che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi con danno per l'ambiente e, per altro verso, ha incluso tra i fini di una programmazione che potrebbe condizionare l'impresa privata, accanto ai fini di carattere sociale, quelli di carattere ambientale.

¹⁷ Rinvio alle riflessioni fatte da F. Fracchia e P. Pantalone in *Decider(ci) per la morte: crisi, sostenibilità, energie rinnovabili e semplificazioni procedurali*, Napoli, 2022; e da P. Pantalone, in *La crisi pandemica dal punto di vista dei doveri*, Napoli, 2023.

La prima di queste due novità ha registrato una prevalenza di opinioni favorevole a ritenerla come componente di una riforma-bilancio¹⁸. Infatti, il principio secondo cui l'iniziativa economica non può svolgersi con danno per l'ambiente è stato considerato esattamente corrispondente a quel che la giurisprudenza costituzionale e il diritto vivente avevano nel frattempo introdotto nell'ordinamento: la protezione dell'ambiente è valore costituzionale che, dovendo affermarsi in relazione a tutti i valori costituzionali in eventuale conflitto, non può che richiedere un contemperamento anche con la protezione della libertà economica e con le condotte che si sviluppano nel mercato.

Insomma, non è una novità il fatto che nell'ordinamento italiano l'attività d'impresa incontri un limite nella protezione dell'ambiente.

Mi sembra siano rimaste minoritarie, perciò, le opinioni che invece attribuiscono a questa previsione un significato innovativo, che esprime non soltanto un limite esterno ma anche un limite interno all'iniziativa economica privata¹⁹. In definitiva, si tratta di opinioni che mi sembra si riaggancino alla tesi che nega o comunque riduce la possibilità di un bilanciamento del valore ambientale con altri valori in conflitto e che per questo, nell'istituire un ordine gerarchico che pone in posizione di primato la tutela dell'ambiente, non può che anteporla in maniera assoluta e conformativa all'attività di impresa privata. Ne dovrebbe dunque scaturire una sostanziale modifica della giurisprudenza costituzionale in argomento.

A tali ultime impostazioni si può tuttavia replicare con quanto già osservato in precedenza a proposito del principio del bilanciamento, gli argomenti valgono in maniera speculare. È da aggiungere soltanto che il ritorno della teoria dei limiti interni nell'orbita dell'articolo 41, alla fin fine, sembra riproporre vecchie tesi che sono rimaste tuttavia sconfitte in passato e che al tempo erano state proposte sulla base di un bagaglio politico istituzionale e culturale oggettivamente solido, benché non condiviso dallo scrivente e rimasto perdente nel percorso della storia²⁰. Inoltre, mi sembra che questa riproposizione dei limiti interni implichi anche una revisione troppo forte del punto di equilibrio che faticosamente è stato trovato nel corso di decenni dalla Corte costituzionale²¹. Mi sembra allora discutibile pensa-

¹⁸ Mi sembra che in tal senso possano esser riassunte le considerazioni di L. Casseti, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di nuovi equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, *Federalismi.it*, 2 febbraio 2022; analogamente M. Cecchetti, op. cit.

¹⁹ A. Morrone, *L'ambiente nella Costituzione*, cit.

²⁰ Mi sia concesso rinviare, anche per i richiami ivi contenuti, al mio *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, *Dir. soc.*, 2009, 373 e ss.

²¹ Su questo profilo, e con una puntuale analisi sulle conseguenze che, insieme agli indirizzi provenienti dal diritto UE, ne sono derivate per la regolazione amministrativa dell'economia, M. Ramajoli, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'articolo 41 della Costituzione*, *Dir. amm.*, 2008, 121 e ss.

re che oggi quel tipo di approccio possa esser riproposto in relazione ad un obiettivo certamente fondamentale e primario come la tutela dell'ambiente, ma inevitabilmente impalpabile, proprio per la sua natura di valore costituzionale, esposto ad inevitabili e complesse ponderazioni e destinato comunque ad esser storicamente condizionato dai progressi che la scienza e la tecnica hanno fatto e potranno ancora fare per assicurarne una migliore protezione²². Anche qui il contributo di Beniamino Caravita ci aiuta, aggiungendovi la notazione che è proprio lo sviluppo dell'attività di impresa che fa da motore alla ricerca e al progresso scientifico.

6. (Segue) *L'art. 41 e la pianificazione economica*

Veniamo così alla seconda innovazione che ha riguardato l'articolo 41.

Più di un commentatore ha visto proprio nell'inserimento dei fini ambientali quale oggetto della programmazione economica una delle novità effettive della riforma: questa volta una vera e propria riforma-programma. Si è addirittura ravvisata in questa innovazione una modifica della costituzione economica e una vera e propria rivoluzione destinata a modificare il rapporto tra valori costituzionali e attività di impresa. Stabilire che compete alla Repubblica di definire i fini ambientali attraverso la programmazione economica significherebbe porre le basi costituzionali per un non scontato ritorno della politica e della programmazione industriale in Italia. La tutela dell'ambiente diventerebbe addirittura il fondamento di una stagione di rinnovato protagonismo dei poteri pubblici nell'economia e nella politica industriale²³. Si fa ricorso alle tre definizioni di economia che si sono succedute nel tempo: la *brown* o *red economy*, la *green economy* e la *blue economy*. Mentre la prima preluderebbe ad un'economia usa e getta che conduce ad una produzione totalmente libera e sostanzialmente disinteressata del problema ambientale, la seconda, la *green economy*, evoca una produzione che deve avvenire nel rispetto dell'ambiente e che vede nell'ambiente un limite all'esercizio dell'attività d'impresa. La *blue economy* invece comporterebbe un vincolo positivo all'attività economica, imponendo una sua vincolata transizione verso un sistema economico che produca e favorisca modelli di consumo intrinsecamente idonei a tutelare l'ambiente. In altre parole, la *blue economy* esemplifica la piena attuazione del modello di economia circolare.

²² Per la considerazione che l'ambiente, proprio in quanto valore costituzionale in senso tecnico, rende pressoché impossibile fornire una definizione esaustiva e aprioristica dell'oggetto della tutela, G. Morbidelli, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Studi in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, 1133 e ss.

²³ F. de Leonardis, *La riforma "bilancio dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge cost. n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, cit., 49 e ss.

Benché brillantemente esposte e con sincero entusiasmo, riesce difficile allo scrivente aderire a questo tipo di considerazioni. In primo luogo, le perplessità poc'anzi espresse circa il ritorno dei limiti interni all'attività economica possono riproporsi verso un ragionamento che, proiettandosi verso così significativi vincoli alla politica industriale e quindi al libero sviluppo delle relazioni imprenditoriali, introduce appunto altrettanti limiti interni e conformativi e di carattere forse anche ancor più pressante, aprendo le porte ad un potere pubblico pianificatorio e ad una funzione amministrativa attuativa della pianificazione che potrebbero rivelarsi molto invasivi. In secondo luogo, rilanciare in maniera così forte l'idea di una programmazione economica improntata all'ambiente non può che suscitare reazioni preoccupate, che si rifugiano nel classico dibattito che ha visto il confronto tra economia pianificata ed economia libera. Per quanto ammantate dal nobile fine di tutelare l'ambiente, le tesi che accettano una pianificazione vincolata dell'economia in misura così significativa vanno inevitabilmente incontro alle obiezioni filosofiche, economiche e politiche che il collettivismo in economia ha incontrato e che si sono dimostrate storicamente ben fondate. Valga anche qui, poi, il richiamo al carattere indefinito della tutela ambientale e al ruolo della scienza e della tecnica, che inevitabilmente potranno via via condizionare e modificare il modo di tutelare l'ambiente; e l'impresa, peraltro, ne sarebbe il motore costante. Si tratterebbe anche di capire chi sia il pianificatore, perché, considerata la sempre più pressante presenza dell'ordinamento dell'Unione europea, è molto dubbio che a livello statale sia possibile per la Repubblica elaborare una propria linea di politica e di programmazione industriale. E se poi fosse vero che il pianificatore deve fare i conti con l'Europa, se non addirittura accettare che sia l'Europa stessa ad assumere le vesti del pianificatore, non potremmo che ricordare che la formula dell'economia sociale di mercato che sta al centro dell'edificio europeo ancora oggi parte dal primato della libertà di impresa e mi appare incompatibile con una visione pianificatoria a tutto tondo. Certo, assistiamo proprio in questi mesi all'attuazione di un PNRR che, attraverso la sua finalizzazione alla transizione energetica, nei fatti influenza non poco la direzione della politica industriale in Italia. Ma questo è un fenomeno che è passato per un avallo esplicito e comunque storicamente contingente della Repubblica, che ha assunto le sue scelte siglando un accordo con l'UE; altra cosa sarebbe accettare un simile mutamento di impostazione, una "rivoluzione" appunto, a livello di fonti costituzionali.

7. *L'amministrazione*

Chiediamoci adesso come questo dibattito sulla riforma costituzionale (e soprattutto i suoi esiti) possa incidere sull'atteggiamento dell'amministrazione e su quello del giudice amministrativo.

Il decisore pubblico cui la riforma si rivolge non è soltanto il legislatore ma sicuramente anche l'amministrazione. Basti osservare il fatto che le scelte concrete, trovando sovente nella legge come punto di riferimento soltanto delle clausole di carattere generale, sono il luogo nel quale il bilanciamento tra tutela ambientale e valori confliggenti dev'essere fatto in maniera efficace e affrontando tutti i dilemmi del caso. Si tratterà non soltanto di porre a confronto la tutela dell'ambiente con quella degli altri interessi in gioco, riguardino essi l'impresa, il lavoro, la salute o la stessa protezione del paesaggio; si dovrà anche, in qualche misura, valorizzare l'estensione della tutela alle generazioni future, se è vero che con questo passaggio la Costituzione ha voluto richiamare il principio dello sviluppo sostenibile.

Certo, l'operazione è complessa e richiede l'uso di una non facile discrezionalità amministrativa.

A parte la questione che attiene al rapporto tra ambiente e paesaggio e che ha dato luogo come ricordato ad un vivace dibattito tra gli studiosi, per dimostrare quanto sia difficile definire le scelte concrete si può ricordare che esistono dei casi nei quali dietro l'apparente frizione tra tutela dell'ambiente e attività di impresa si cela in realtà il contrasto tra due differenti proiezioni della stessa tutela ambientale. Pensiamo all'ipotesi di alcune produzioni chimiche che, per un verso, si avvalgono di fattori produttivi che, stando al principio di precauzione, potrebbero avere un impatto ambientale e richiederebbero di conseguenza sempre più intense misure di contenimento e che, per altro verso, sono però coesenziali coi loro prodotti finiti ad altri cicli produttivi che a loro volta costituiscono un perno della cosiddetta transizione energetica. L'esempio potrebbe essere quello delle batterie dei veicoli a trazione elettrica, le quali appunto si avvalgono di produzioni provenienti dal settore chimico. Complesso, dunque, il bilanciamento e particolarmente ricco l'esercizio della discrezionalità dato che, per dirla con la formula di Giannini, molti sono gli interessi pubblici primari e secondari in gioco.

Queste difficoltà, a mio parere, possono generare una preoccupazione di fondo.

Dovendo essere esercitata la discrezionalità con saggezza ed equilibrio tra due poli che di volta in volta spingeranno verso conclusioni opposte, il timore è che, in una stagione di comprensibile e condivisibile attenzione anche di livello costituzionale al tema ambientale, l'amministrazione possa essere indotta ad una

più “facile” scelta che sacrificasse il necessario bilanciamento e finisse per orientarsi a favore di una tutela pressoché assoluta dell’ambiente, persino con sacrificio della protezione degli interessi delle generazioni future. Mi sembra una considerazione realistica, anche perché è innegabile che in Italia per ragioni profonde di carattere storico la cultura d’impresa è rimasta piuttosto trascurata ed a livelli non soddisfacenti, così come è innegabile che uno dei dilemmi del diritto ambientale sia quello di tener conto in maniera ragionevole e senza eccessi delle spinte popolari che, in nome della tutela dell’ambiente, si oppongono con continuità e vigore ai progetti di sviluppo infrastrutturale e agli insediamenti produttivi che sono nondimeno essenziali non solo per la crescita economica ma per la stessa transizione energetica. L’esperienza italiana lo testimonia efficacemente; basti pensare ad alcune vicende degli anni recenti, su tutte forse la resistenza opposta dal territorio al progetto TAP in Puglia, relativo ad un impianto di trasporto di gas naturale che ha consentito alla Repubblica una fonte di approvvigionamento energetico alternativo rivelatasi addirittura essenziale in questo frangente storico.

A ciò deve aggiungersi che l’amministrazione italiana vive comunque una stagione molto difficile e ci appare sovente fragile, soprattutto nelle occasioni in cui è chiamata ad effettuare le scelte più complesse dal punto di vista degli interessi in gioco e delle conseguenze che possono derivarne. L’amministrazione italiana, specie quella “decidente”, come si addice alla materia ambientale, è stata interessata da un vero e proprio “attacco alla discrezionalità” in nome di non sempre ben meditate politiche di prevenzione della “corruzione” e vive nella difficoltà di districarsi tra moltissime e complicate disposizioni che sono state il frutto di una troppo estesa codificazione del diritto amministrativo²⁴. Questo stato di cose come è stato dimostrato dagli ormai numerosi scritti sul fenomeno della burocrazia difensiva, amplifica la responsabilità del funzionario e induce sovente l’amministrazione a rifugiarsi nella scelta che meglio protegge il funzionario stesso da responsabilità e rischi e che spesso finisce per coincidere con la propensione per una tutela ambientale che sfugge al necessario bilanciamento con i valori in conflitto²⁵.

C’è da chiedersi allora come possa influire su questo stato di cose la riforma costituzionale.

A mio parere la constatazione dello stato dei fatti consiglia molta cautela nell’interpretazione delle norme costituzionali. Qualora infatti si facessero strada le tesi che mirano a dequotare l’operazione di bilanciamento della tutela ambien-

²⁴ Sia concesso di rinviare per una illustrazione più ampia di questi concetti al mio *Risultato amministrativo, PNRR e contratti pubblici, Dir. e proc. amm.*, 2022, 523 e ss.

²⁵ Si può citare in proposito M. Cafagno, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e “burocrazia difensiva”*, *Dir. econ.*, 2018, 625 e ss. Cfr. altresì S. Cassese, *Che cosa resta dell’amministrazione pubblica?*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 8; M. Delsignore, M. Ramajoli, *La prevenzione della corruzione e l’illusione di una amministrazione senza macchia*, ivi, 61 e ss.

tale con gli altri valori in possibile conflitto, avremmo il rischio che la tendenza dell'amministrazione, pur talora comprensibile, a cercare la strada di una deresponsabilizzazione preventiva venga con esse ad incrociarsi, in definitiva utilizzando il dato costituzionale degli articoli 9 e 41 per eludere l'esercizio della discrezionalità amministrativa così come l'ordinamento richiede sia esercitato. Si finirebbe così per tradire non soltanto quei valori costituzionali che fossero confliggenti con la tutela ambientale, ma anche il ruolo centrale che la Costituzione stessa affida alla funzione amministrativa. Tra gli insegnamenti che ricaviamo dagli scritti di Beniamino Caravita v'è la costante attenzione all'importanza del procedimento, della partecipazione e delle garanzie che nel procedimento stesso sono previste proprio per l'esercizio di una corretta, per quanto complessa discrezionalità. Dunque, è nel procedimento e nella ricchezza della sua istruttoria che gli interessi in gioco saranno valutati, ma dopo questo momento l'amministrazione potrà e dovrà effettuare le sue scelte in modo consapevole.

8. *Il giudice amministrativo*

Passando infine al giudice amministrativo e al modo in cui la riforma costituzionale degli articoli 9 e 41 Cost. e le sue interpretazioni potranno incidere sul suo sindacato sulle scelte che riguardano la tutela ambientale, è necessario fare una precisazione preliminare.

È ben noto e ricco il dibattito sull'interpretazione costituzionalmente orientata della legge e dunque sugli spazi che il giudice si riserva nell'interpretare e applicare determinate norme di legge in funzione e alla luce della propria lettura del dato costituzionale.

Non pochi sono i dubbi sollevati su questa tecnica di giudizio, che rischia di alterare il principio di separazione dei poteri nel rapporto tra legislativo e giudiziario, di confondere i due separati momenti della *legis-latio* e *legis-executio* e di generare gravi incertezze che potrebbero minare alla radice l'effettività dell'ordinamento giuridico²⁶.

Questo problema è indubbiamente al centro dell'interpretazione degli articoli 9 e 41 e interessa tuttavia perlopiù il giudice ordinario e non il giudice amministrativo. O perlomeno così dovrebbe essere.

²⁶ Sul rischio del disordine nell'ordinamento giuridico e sui problemi, sia di sistema sia applicativi, che nascono dalle interpretazioni costituzionalmente orientate, cfr. M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, nonché *Interpretazione conforme a costituzione* (ad vocem), *Enc. dir.*, Annali, vol. IX, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 470 e ss.

Mentre l'operazione di interpretazione della legge assume un rilievo centrale nel giudizio civile come in quello penale, manifestandosi come il campo elettivo di applicazione dell'interpretazione costituzionalmente orientata, il giudice amministrativo incentra invece la sua cognizione in un sindacato che assume come punto di riferimento il potere pubblico. Egli quindi, al di là dei casi in cui vengano in gioco specifiche violazioni di legge o profili di incompetenza amministrativa, utilizza la chiave dell'eccesso di potere, che oggi ha aggiunto visibilmente all'uso dei tradizionali vizi sintomatici un più ampio sindacato di ragionevolezza e proporzionalità. Questa tecnica di giudizio fa sì che il profilo dell'interpretazione della legge, pur restando ovviamente importante nel contesto della sua cognizione, non abbia un carattere esaustivo e che viceversa appaia primario il controllo sul modo in cui il potere pubblico ha effettuato la sua scelta.

È stato scritto, con profondità di analisi e lucida comprensione delle dinamiche effettive di tale processo, che il giudice amministrativo è stato sovente non solo "creatore" dei principi, ma anche un giudice che tende persino a porsi in una posizione, se non addirittura sovraordinata, parallela a quella dello stesso legislatore, con una sostanziale inversione dell'ordine formale della gerarchia delle fonti, ove i principi generali del diritto designano in realtà i principi generali del giudice. La giurisprudenza amministrativa e il diritto che ne è sorto sono apparsi tali allora da iscriversi nel solco di un recupero dello spazio "creativo" della giustizia "graziosa" in funzione di limitazione del potere pubblico e del primato giacobino della legge. La specialità del giudice amministrativo è, dunque, figlia della specialità del sistema delle fonti che il diritto amministrativo esibisce e il principio costituzionale secondo il quale il giudice è soggetto soltanto alla legge (art. 101 Cost.) sarà sì valido anche per tale giudice, ma con l'assunzione di un significato molto diverso da quello che vale per il giudice ordinario²⁷. Aggiungo in proposito che questa tecnica di sindacato resiste persino all'imponente codificazione che il diritto amministrativo ha dovuto registrare in nome di una (solo dichiarata, ma non conseguita) semplificazione del diritto amministrativo in questi ultimi due decenni, dato che l'insieme di tali disposizioni, se indubbiamente complica non poco l'attività dell'amministrazione, non impedisce al giudice di estrapolarne dei principi che, in sintonia con quelli tradizionali, sono poi la chiave per esercitare il suo sindacato sul potere.

Si intuisce pertanto che il sindacato del giudice amministrativo dovrà filtrare il valore costituzionale che si voglia assegnare alla riforma degli articoli 9 e 41 Cost. attraverso un suo vaglio sulla ragionevolezza e proporzionalità della scelta. In buona sostanza, si tratta pur sempre di controllare la scelta discrezionale attraverso una verifica del rispetto di quei paletti esterni oltre i quali il merito ammini-

²⁷ M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, *Dir. amm.*, 2015, 683 e ss.

strativo sconfinava in una dimensione che il diritto attrae a se stesso attraverso quel taglio di legittimità che è tipico dell'eccesso di potere.

Si potrà molto discutere su quale sia, di volta in volta, la natura della discrezionalità esercitata dall'amministrazione. Talora essa ci apparirà come discrezionalità tecnica, lì dove la funzione amministrativa si avvalga di profili di carattere scientifico ed opinabili riassunti in una clausola generale stabilita nella legge, talaltra invece assumerà i tratti della discrezionalità pura e questo specie quando la tutela dell'interesse ambientale dovrà essere valutata insieme alla protezione di altri interessi in conflitto.

Questo significa che il giudice amministrativo è chiamato in questi casi a fungere da controllore di quel bilanciamento che abbiamo visto essere consubstanziale all'applicazione di ogni principio e valore della Costituzione. Nella specie, affrontando il quesito circa la ragionevolezza della scelta fatta nel concreto dall'amministrazione, il giudice potrà appurare se i dati che costituiscono la premessa della decisione siano stati correttamente e compiutamente acquisiti nel procedimento e vagliati ai fini della decisione. Il vizio procedimentale, a sua volta, potrà essere causa di annullamento del provvedimento impugnato, non soltanto alla luce della rilevanza di siffatte illegittimità e pur tenendo anche conto di quanto dispone l'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990, ma anche in considerazione del rilievo che, anzitutto dal diritto dell'U.E. è assegnato agli elementi del procedimento ed agli aspetti giuridico-formali: basterà menzionare il bando dell'istituto del silenzio-assenso dalla materia delle autorizzazioni ambientali.

Dopodiché, il giudice dovrà valutare l'intrinseca ragionevolezza della determinazione amministrativa, sulla base di una cognizione di tutti gli elementi, anche di tipo scientifico e non giuridico, nonché la proporzionalità del provvedimento secondo la triplice scansione del relativo sindacato che si snoda attraverso il controllo di idoneità, di necessità e di proporzionalità in senso stretto. Ed in questa fase la questione del confronto tra tutela ambientale nello specifico e tutela dell'impresa, del lavoro, del paesaggio, ad esempio, diverrà centrale. Ed è qui che viene in rilievo l'interpretazione degli artt. 9 e 41 così come novellati nel 2022.

Qualora fosse vero che dalla riforma costituzionale discende, se non un azzeramento, quantomeno una forte riduzione del bilanciamento tra l'ambiente ed i valori costituzionali confliggenti, probabilmente questo tipo di sindacato non potrebbe neppure svolgersi o comunque non potrebbe essere assicurata quel tipo di dinamica che prelude al suo buon funzionamento. È infatti nel bilanciamento e nel contemperamento tra i valori che, come si diceva, si manifesta il cuore del sindacato processuale sulla discrezionalità.

Tutto ciò dimostra quanto importante sia il dibattito sulla portata della riforma costituzionale e quante le sue ricadute. E pone in rilievo l'ennesima

ragione che sconsiglia fughe in avanti che volessero imporre una gerarchia rigida a beneficio della tutela ambientale, dato che altrimenti dovremmo accettare il sacrificio parziale di un altro valore costituzionale che costituisce vero e proprio baluardo dello Stato di diritto, nella Repubblica come anche nell'Unione europea: il principio di effettività della tutela giurisdizionale nei confronti di qualsiasi atto dell'amministrazione.

Fabio Cintioli - Abstract

L'interpretazione degli articoli 9 e 41 della Costituzione dopo la legge cost. n. 1 del 2022: l'amministrazione e il giudice amministrativo

Il contributo ripercorre il dibattito dottrinale che ha accompagnato la recente riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione, soffermandosi sull'impatto che essa potrà avere sull'attività amministrativa e sul sindacato del giudice amministrativo.

The interpretation of Articles 9 and 41 of the Constitution after Constitutional Law No. 1 of 2022: the public administration and the administrative judge

The paper traces the legal doctrinal debate surrounding the recent reform of Articles 9 and 41 of the Constitution, focusing on the impact it may have on administrative activity and the administrative judicial review.

L'interdittiva antimafia: misure di prevenzione connesse e controllo giudiziario

Renato Rolli

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli strumenti amministrativi volti al contrasto del fenomeno di infiltrazione mafiosa: la documentazione e l'informazione antimafia. – 2.1 (*segue*) ... l'informazione antimafia. – 2.1.1. (*segue*) ... modalità di acquisizione. – 2.1.2. (*segue*) ... gli effetti. – 2.1.3. (*segue*) ... l'efficacia temporale. – 2.2. (*segue*) ... le cc.dd. *white list*. – 3. Interdittiva antimafia e controllo giudiziario. – 3.1. (*segue*) ... il potere del g.a. di decidere sui ricorsi contro l'interdittiva antimafia in presenza del controllo giudiziario volontario. – 4. Interdittiva antimafia, controllo giudiziario e Codice dei contratti pubblici. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

L'allarmante crescita del numero delle interdittive emesse negli ultimi tempi è indice della forte ingerenza delle mafie nel territorio nazionale e sovranazionale.

I dati statistici rappresentano una cartina tornasole del fenomeno: il numero delle imprese interdette è passato da circa 1 ogni 14.000 del 2015, a 1 ogni 4.500 del 2022; se, dunque, nel 2015 veniva interdetta una impresa al giorno, nel 2022 sono interdette più di tre imprese ogni giorno¹.

Sul fronte amministrativo, le risorse a disposizione per contrastare la criminalità organizzata, in particolare le mafie, sono connotate da un approccio alla tutela volto alla prevenzione. Non sorprende che le moderne organizzazioni mafiose non dipendano più esclusivamente da attività illegali ma utilizzino anche imprese e società legittime nel quadro di un'economia legale.

Le attività violente a carattere militare del passato sono state soppiantate da tattiche e approcci volte all'infiltrazione nella Pubblica Amministrazione per l'e-

¹ Fonte Anac, aggiornato al 22/01/2024, in <https://www.anticorruzione.it/-/interdittive-antimafia-in-costante-aumento-busia-un-campanello-d-allarme-per-la-sua-ampiezza->.

secuzione di operazioni apparentemente lecite. A questo proposito, la criminalità organizzata ha già dimostrato la sua abilità nel raggiungere risultati notevolmente favorevoli, sia in termini di guadagni finanziari che di influenza sociale, stabilendo così uno sconcertante e notevole dominio sul territorio².

Il legislatore ha riconosciuto l'importanza cruciale di dotarsi di misure efficaci per contrastare l'infiltrazione delle mafie nei settori economico e imprenditoriale. Per affrontare questo problema, l'attuazione delle misure interdittive antimafia, che fungono da meccanismo di certificazione per determinare la presenza o meno di influenza mafiosa nelle imprese che stipulano contratti con la pubblica amministrazione, si rivela uno strumento prezioso. Questo approccio consente di affrontare efficacemente la fluidità dei nuovi sforzi imprenditoriali della mafia, impedendo alle organizzazioni criminali di partecipare agli appalti pubblici o a qualsiasi contratto che coinvolga enti pubblici, nonché limitando il loro accesso alle risorse comunitarie³.

2. *Gli strumenti amministrativi volti al contrasto del fenomeno di infiltrazione mafiosa: la documentazione e l'informazione antimafia*

Per contrastare l'attività mafiosa e affrontare il problema dell'infiltrazione mafiosa negli enti locali, la documentazione antimafia viene utilizzata come strumento amministrativo di tutela, la quale si affianca peraltro alla possibilità dello scioglimento dei consigli comunali e provinciali⁴. Con tale termine si indicano una serie di misure volte a impedire alle imprese coinvolte in collusioni mafiose di esercitare attività economiche che richiedono rapporti con la Pubblica Amministrazione⁵.

² Così P. Parisi, *La documentazione antimafia*, in R. Cantone, L. Della Ragione (a cura di), *Diritto penale dell'antimafia. Profili sostanziali e processuali-Prevenzione penale ed amministrativa-Sistema delle confische*, Pisa, 2021, 464.

³ In tema si v. E. Mezzetti, *L'impresa mafiosa*, in E. Mezzetti, L. Luparia Donati (a cura di), *La legislazione antimafia*, Bologna, 2020, 204 ss.

⁴ P. Parisi, *Lo scioglimento degli enti locali per infiltrazioni mafiose*, in R. Cantone, L. Della Ragione (a cura di), *Diritto penale dell'antimafia. Profili sostanziali e processuali-Prevenzione penale ed amministrativa-Sistema delle confische*, Pisa, 2021, 495, afferma che la possibilità di incidere con lo strumento de quo, previsto all'interno dell'art. 143 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (c.d. Tuel), rappresenta di certo un unicum nell'ordinamento giuridico italiano se si considera il fatto che lo stesso trova applicazione anche al di fuori dei casi che destano allarme sociale, senza dubbio più insidiosi in quanto non connotati dal clamore delle armi o della violenza. D. Bosioc, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni e condizionamenti di tipo mafioso: una nuova stagione?*, in R. Balduzzi, J. Luther (a cura di), *Dal federalismo devolutivo alla spending review. Annuario Drasd 2012*, Milano, 2013, 337, afferma anche che la misura preventiva dello scioglimento degli enti locali per infiltrazioni mafiose prevista nel nostro ordinamento non possiede eguali nella legislazione degli altri Paesi.

⁵ Si v. F. Figorilli F., W. Giulietti, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, 2021, 14.

È evidente, quindi, che l'attenzione del legislatore è innegabilmente rivolta al contrasto delle c.d. mafie imprenditoriali⁶.

Come precisato dall'articolo 84, comma 1, cod. Antimafia, la documentazione antimafia comprende sia la comunicazione antimafia che l'informazione antimafia.

Entrambi i processi alternativi⁷ di accertamento e certificazione hanno lo scopo di informare la Pubblica Amministrazione sugli ostacoli che potrebbero impedire il rilascio di specifici atti o il perfezionamento di determinati contratti con soggetti o enti che cercano di entrare in rapporto con la stessa. Nonostante questo obiettivo comune, i due processi differiscono in termini di contenuto⁸.

Come precisato dall'art. 84, comma 2, cod. Antimafia la comunicazione antimafia è volta ad accertare se si sia verificata una delle cause di decadenza, sospensione o interdizione previste dall'art. 67, cod. Antimafia che abbiano comportato l'interdizione del soggetto dall'ottenimento di determinate licenze amministrative, autorizzazioni, concessioni, certificati e altre misure. Il successivo III comma, art. 84, cod. Antimafia introduce l'informazione antimafia, detta anche interdittiva antimafia, che comprende, oltre alla suddetta certificazione, anche la verifica di eventuali tentativi da parte di organizzazioni mafiose di infiltrarsi e influenzare le decisioni e le operazioni delle società o imprese di cui al comma 4 della disposizione da ultimo citata⁹.

In relazione all'informazione antimafia il comma 4, art. 84, cod. Antimafia fornisce un'analisi dei diversi scenari qualificabili come «tentativi di infiltrazione mafiosa». La verifica di tali situazioni rientra, in definitiva, nella competenza valutativa dell'Amministrazione¹⁰ la quale potrà applicare l'interdittiva antimafia qualora ricorrano: provvedimenti che comportano misure cautelari o senten-

⁶ In termini analoghi P. Arlacchi, *La mafia imprenditrice. L'anima mafiosa e lo spirito del capitalismo*, Bologna, 1983.

⁷ Cfr. art. 89-bis, cod. antimafia, ex art. 2, c. 1, lett. d), d.lgs. 13 ottobre 2014, n. 153.

⁸ P. Parisi, *Op. cit.*, 469. In tema si v. anche F. Caringella, *La normativa antimafia, in contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007, 2310 ss.; V. Antonelli, *Il diritto amministrativo preventivo a servizio della sicurezza pubblica*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019.

⁹ In tema si rinvia a M. Mazzamuto, *Interdittive prefettizie: rapporti tra privati e giusto procedimento*, in *Giur.it*, 2020, 1471; J.P. De Jorio, *Le interdittive antimafia e il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali*, Napoli, 2019; G. Amarelli, S. Sticchi Damiani, *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019; A. Longo, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in *www.federalismi.it.*, 19, 2019; C. Commandatore, *Interdittiva antimafia e incapacità giuridica speciale: un difficile equilibrio*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 3, 917 e ss.; F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *www.giustamm.it*, 2018, 6, 10 e ss.; P. Pirruccio, *L'informativa antimafia prescinde dall'accertamento di fatti penalmente rilevanti*, in *Giur. mer.*, 2009, 2, 503 e ss.

¹⁰ G. Trombetta, *Le interdittive antimafia: un istituto sotto attacco?*, in *Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review*, anno XI, 2021, 2, 98; si v. anche Neri V., *Informativa antimafia e contrasto alla criminalità organizzata*, in *corr. Merito*, 2010, 800 ss.

ze penali, anche non definitive, per delitti contro la pubblica amministrazione, la libertà individuale, il patrimonio con mezzi violenti o con frode, criminalità organizzata rientranti nella competenza della D.D.A., ed altri reati che suscitano un notevole allarme sociale nei confronti dell'economia pubblica, dell'industria e del commercio; proposte o disposizioni per l'attuazione di misure di prevenzione personali o patrimoniali; omessa denuncia all'Autorità Giudiziaria di atti di concussione e di estorsione aggravata con utilizzo di metodi mafiosi; di accertamenti disposti dal prefetto in conformità alla legge, nonché di quelli da effettuarsi in un'altra provincia da parte dei prefetti competenti su richiesta dell'autorità procedente; cambiamenti nell'assetto dirigenziale, nella rappresentanza legale o nella titolarità di aziende individuali o quote sociali da parte di soggetti che risiedono stabilmente con soggetti alle disposizioni indicate nelle prime due categorie, indicanti l'intenzione di eludere la normativa antimafia¹¹.

2.1. (segue) ... *l'informazione antimafia*

Obiettivo principale del Codice Antimafia è individuare i soggetti e gli enti tenuti a procurarsi la documentazione antimafia, nonché i rapporti specifici che necessitano di tale documentazione prima di stipulare contratti con la Pubblica Amministrazione. Secondo l'art. 83, comma 1, l'obbligo di procurarsi tale documentazione grava non solo sugli enti puramente pubblici, ma anche sui soggetti privati che rivestono rilevanza nella loro veste pubblica, sia per il controllo diretto dello Stato sia per il loro ruolo strumentale nel soddisfare le esigenze della comunità¹².

Prima di stipulare qualsiasi appalto, subappalto o emanare qualsiasi provvedimento relativo a lavori, servizi o forniture pubbliche, le parti devono acquisire documentazione antimafia. Tale obbligo si applica anche alle eventuali licenze, autorizzazioni, concessioni, iscrizioni, certificati, abilitazioni e concessioni riconducibili alla Pubblica Amministrazione di cui all'art. 67, cod. Antimafia¹³.

¹¹ In tema il Cons. Stato, sez. III, 8 marzo 2017, n. 1109 ha affermato che «gli elementi di inquinamento mafioso, ben lungi dal costituire un *numerus clausus*, assumono forme e caratteristiche diverse secondo i tempi, i luoghi e le persone e sfuggono, per l'insidiosa pervasività e mutevolezza, anzitutto sul piano sociale, del fenomeno mafioso, ad un preciso inquadramento».

¹² Cfr. E. Pezzuto, *Nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia*, in R. Razzante (a cura di), *Commentario al codice antimafia*, Pisa, 2020, 152; v. anche S. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in www.Giustiziamm.it, 2016, 3, 2-3.

¹³ Cfr. anche art. 25, c. 1, lett. c), della l. 17 ottobre 2017, n. 161, in forza del quale l'obbligo di acquisire la documentazione antimafia è stato previsto anche per i casi di concessione di terreni agricoli e zootecnici demaniali ricadenti nell'ambito dei regimi di sostegno previsti dalla politica agricola comune, nonché su tutti i terreni agricoli, a qualunque titolo acquisiti, che usufruiscono di fondi europei o statali per importi superiori a euro cinquemila; restano fuori dall'obbligo di acquisire la documentazione antimafia solo le ipotesi elencate all'interno del comma 3, art. 83, cod. Antimafia.

Il legislatore ha deciso di implementare i requisiti di certificazione antimafia per alcuni individui ed enti come misura proattiva per prevenire il fenomeno mafioso. Questo strumento consente allo Stato di identificare potenziali rischi e proteggersi da qualsiasi sostegno o finanziamento involontario che potrebbe contribuire alla crescita e alla proliferazione delle organizzazioni criminali¹⁴. Inoltre, la normativa specifica le singole tipologie di rapporti che necessitano di documentazione antimafia, come delineato nell'art. 83, comma 1, cod. Antimafia. Inoltre, l'art. 85, cod. Antimafia fornisce un elenco completo dei soggetti ed enti che devono essere sottoposti a verifica, con particolare attenzione alla struttura organizzativa delle imprese e alle diverse forme in cui operano¹⁵.

Ampliando l'ambito del processo di verifica, l'ultimo comma dell'art. 85, cod. Antimafia comprende i "familiari maggiorenni conviventi" dei soggetti verificati. Parte degli studiosi¹⁶ ha criticato la decisione del legislatore di ampliare lo *screening* oltre coloro che ricoprono incarichi ufficiali all'interno dell'ente oggetto di verifica. Inoltre, il Codice Antimafia, in particolare all'art. 91, stabilisce un perimetro più specifico per la sua applicazione, sulla base del quadro generale delineato nell'art 83 della medesima normativa, che copre sia aspetti soggettivi che oggettivi.

Una volta stabilito che la raccolta dell'informazione antimafia deve avvenire solo quando i contratti, i subappalti o l'emanazione di taluni provvedimenti di cui all'art. 67, cod. Antimafia rivestono valore significativo e determinato nell'ammontare¹⁷, si determina quando si può dedurre la presenza di tentativi di infiltrazione mafiosa. Tale inferenza può essere eseguita sulla base di provvedimenti di condanna, anche non ancora definitivi, per reati di sostegno all'attività delle organizzazioni criminali, nonché di concrete evidenze che l'attività d'impresa, direttamente o indirettamente, possa agevolare attività criminose o esserne influenzata in qualche modo¹⁸. Lo scopo di tale disposizione è quello di evitare di relegare l'interprete in ambiti rigidamente predeterminati e di garantire che non

¹⁴ Parisi, *op. cit.*, 471.

¹⁵ Di cui ai commi 1, 2, 2-bis, 2-ter e 2-quater della medesima disposizione di legge.

¹⁶ Parisi, *op. cit.*, 473.

¹⁷ L'art. 91, comma 1, cod. Antimafia stabilisce, infatti, 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, 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».

¹⁸ Cfr. art. 91, comma 5, cod. Antimafia.

venga ostacolata la funzione di prevenzione del fenomeno mafioso, che la normativa in materia mira a realizzare¹⁹.

2.1.1. (segue) ... *modalità di acquisizione*

L'acquisizione delle informazioni antimafia dipende in primo luogo dalla valutazione discrezionale condotta dall'autorità prefettizia. Tale valutazione si basa sull'individuazione di alcune circostanze indicative che stabiliscono un collegamento tra l'ente e un'organizzazione criminale²⁰, suggerendo quindi la presenza di infiltrazioni mafiose. In pratica, i soggetti autorizzati consultano la banca dati nazionale per accedere alle informazioni antimafia²¹.

Esistono due approcci distinti per divulgare le informazioni desiderate, come delineato dall'art. 92, cod. Antimafia.

Il recupero dei dati viene generato automaticamente dall'interrogazione del *database*²². Queste informazioni acquisite vengono definite "liberatorie" e non richiedono alcun intervento da parte del prefetto: l'informazione liberatoria (assunta da database) presuppone che l'impresa sia censita e che non vi siano risultanze a suo carico.

Viceversa, se il soggetto con il quale si intende stipulare il contratto non risulta essere censito, ovvero se talune delle circostanze di cui al predetto articolo vengono rilevate attraverso la consultazione di banche dati o con indizi di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84, comma 4, cod. Antimafia è previsto che il prefetto svolgerà le necessarie indagini e divulgherà l'informativa antimafia interdittiva entro il termine di trenta giorni dalla data della consultazione, prorogabile nei casi di indagini complesse.

Nel secondo scenario l'informazione è qualificata come interdittiva e nasce dall'attuazione di un processo investigativo condotto dalle prefetture, che valuta-

¹⁹ Così C. Villanacci, *Gli effetti civilistici dell'interdittiva antimafia*, in *Norma*, 2021, 4.

²⁰ Cfr. N. Durante, *Ambiti di discrezionalità in materia di documentazione antimafia per le imprese*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2013, 3.

²¹ Ai sensi dell'art. 97, cod. Antimafia si tratta, non solo, dei soggetti, su indicati, su cui grava l'obbligo di acquisire in generale la documentazione antimafia di cui all'art. 83, cod. Antimafia ma, anche, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, gli ordini professionali e l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, per le finalità di cui all'art. 6-bis del codice di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (cd. codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE).

²² Parisi, *op. cit.*, 483; cfr. anche l'art. 92, c. 1, cod. Antimafia secondo cui «[...] in tali casi l'informazione antimafia liberatoria attesta che la stessa è emessa utilizzando il collegamento alla banca dati nazionale unica».

no la presenza di eventuali influenze mafiose utilizzando ragionamenti sia induttivi che probabilistici²³.

2.1.2. (segue) ... *gli effetti*

Anche gli effetti delle due tipologie di certificazione possono essere differenziati. Mentre il rilascio della comunicazione antimafia comporta interdizioni che riguardano iscrizioni, autorizzazioni e provvedimenti di attività imprenditoriale, oltre al divieto di appalti di lavori pubblici, servizi e forniture²⁴, l'impatto dell'informazione antimafia è più ampio²⁵. Serve a comprendere ulteriori fenomeni non affrontati nella comunicazione antimafia, integrandone così gli effetti.

In base all'art. 89-*bis*, cod. Antimafia emerge inoltre che l'interdittiva tiene luogo della comunicazione, rendendola superflua.

In conformità a quanto previsto dagli artt. 84, comma. 4 e 91, comma 6, cod. Antimafia spetta al prefetto emettere un provvedimento interdittivo antimafia come misura sostitutiva, successivo alla presentazione della comunicazione antimafia²⁶.

2.1.3. (segue) ... *l'efficacia temporale*

Secondo quanto previsto dall'art. 86, Cod. Antimafia, la durata della comunicazione e dell'informazione antimafia è fissata in un periodo che può estendersi dai 6 ai 12 mesi, salvo modifiche dell'assetto societario.

La giurisprudenza ha giocato un ruolo cruciale nel trovare una soluzione interpretativa che restituisca coerenza all'impatto complessivo della documentazione antimafia.

Tale giurisprudenza è univoca nell'affermare che la misura interdittiva, diretta a individuare la minaccia di influenza mafiosa, non diminuisce di efficacia con il

²³ Si v. Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2020, n. 452 nonché cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2018, n. 2343, secondo il quale l'indagine *de qua* consentirebbe ai prefetti di adottare l'interdittiva antimafia senza che gli stessi ravvisino una certezza oltre ogni ragionevole dubbio circa il pericolo di infiltrazione mafiosa, ma piuttosto sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti che facciano ritenere sussistente la presenza di un condizionamento mafioso o solo plausibile il pericolo di infiltrazioni mafiose, e non già una infiltrazione consumata.

²⁴ Villanacci, *op. cit.*, 5.

²⁵ Villanacci, *op. cit.*, 6, precisa che «L'informazione antimafia, prima del decreto correttivo n. 153/2014, esplicava i suoi effetti soltanto nei contratti pubblici, nelle concessioni e sovvenzioni, avendo, una portata limitata ai soli rapporti con la Pubblica amministrazione».

²⁶ L'art. 89-*bis*, comma 2, cod. Antimafia prevede che «L'informazione antimafia adottata ai sensi del comma 1 tiene luogo della comunicazione antimafia richiesta».

mero trascorrere del tempo. È indiscutibile che il mero decorso del tempo non fa venir meno la necessità della sussistenza di prove di tentata infiltrazione mafiosa e della conseguente decadenza di quanto riportato nell'interdittiva. Inoltre, la precedente informazione resta un valido esito investigativo per i futuri procedimenti²⁷.

Sulla base di tale analisi si può concludere che la "risalenza" dei dati utilizzati per determinare l'efficacia o meno del provvedimento interdittivo non è importante. Ciò che è invece cruciale è la presenza di nuovi fatti positivi e il loro consolidamento, che porterà l'azienda a passare definitivamente da uno stato negativo a un completo allontanamento dall'influenza mafiosa. È evidente che l'attuazione dell'interdittiva non rappresenta il momento esatto in cui l'azienda entra in contatto con la criminalità organizzata. Questa connessione potrebbe aver avuto origine molto prima²⁸.

La disposizione contenuta nel DPR n. 252/1998, in particolare nell'art. 2, comma 1, poi recepito nell'art. 86, commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 159/2011, va interpretata come attinente ai casi in cui la documentazione conferma l'assenza di infiltrazioni mafiose, comunemente definite informazioni negative. Si precisa che la presente disposizione non si applica agli indizi che indicano la presenza di pericolo, in quanto tali rilievi mantengono la loro rilevanza anche dopo il termine indicato nella disposizione²⁹.

Quando le aziende ricevono informazioni che svelano le cause alla base del condizionamento, l'Amministrazione è obbligata a rivalutare se le preoccupazioni per la sicurezza e l'ordine pubblico superano prevalgano sulla libertà imprendito-

²⁷ Cons. St., sez. VI, 30 dicembre 2011, n. 7002; Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2012, n. 292; Cons. St., sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4602, la limitazione temporale di efficacia dell'interdittiva antimafia, prevista dall'art. 86, comma 2, del D.Lgs. n. 159 del 2011, deve intendersi riferita ai casi nei quali sia attestata «l'assenza di pericolo di infiltrazione mafiosa, e non già ai riscontri indicativi del pericolo, i quali ultimi conservano la loro valenza anche oltre il termine indicato nella norma. La comunicazione e l'informazione antimafia hanno rispettivamente la validità di 6 e 12 mesi, salvo il caso di intervenute variazioni nell'assetto societario. Con riguardo al profilo letterale, l'art. 86, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011 ha riferito la rilevanza del termine di dodici mesi non alla data di «emanazione» della interdittiva che rileva il pericolo della infiltrazione (e, cioè, ad un'unica data, di cui dovrebbero tenere conto i soggetti indicati nell'art. 83, commi 1 e 2), ma alla data di «acquisizione» della interdittiva, da parte dei medesimi soggetti, data che ben può variare e comunque non può essere unica in presenza di diverse amministrazioni che la richiedano, e ricevano, non contestualmente (si pensi, ad esempio, a diverse gare, svolte e concluse in diversi periodi, o all'erogazione di contributi a sostegno di numerose aziende agricole). A tale proposito i legali rappresentanti delle imprese destinatarie di comunicazioni o informazioni in corso di validità hanno l'obbligo di comunicare alla Prefettura qualsiasi modifica dell'assetto proprietario e dei propri organi sociali entro 30 giorni dalla data della modifica, trasmettendo copia dell'atto o contratto che determina tali modifiche e, in caso di variazione degli organi sociali, la dichiarazione sostitutiva di certificazione dei familiari conviventi resa dai soggetti subentrati nelle cariche. La violazione dell'obbligo di comunicazione delle variazioni societarie è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 20.000 a 60.000 Euro. Gli elenchi dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa istituiti presso questa Prefettura ai sensi della legge 190/2012 (c.d. *white list* provinciali) sono consultabili sul sito web istituzionale.

²⁸ Cons. St., Sez. III, 25 gennaio 2022 n. 488.

²⁹ Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2014, n. 292.

riale della parte interessata, e quindi a verificare se emergano fatti a favore dell'imprenditore. Pertanto, la chiave per superare il rischio di inquinamento mafioso non risiede nel tempo intercorso dall'ultima verifica senza che si siano verificati episodi negativi, ma piuttosto nel verificarsi di eventi positivi che introducono in modo convincente ed efficace elementi di incertezza rispetto alla situazione precedentemente individuata³⁰.

Gli argomenti letterali forniscono supporto alla soluzione ermeneutica logico-sistematica. In primo luogo, sul piano letterale, è importante considerare l'orizzonte temporale stabilito dall'art. 86, comma 2, del D.lgs. n. 159/2011. Il legislatore ha individuato specificamente come evento rilevante l'"acquisizione" di informazioni da parte delle Amministrazioni, il che significa che il divieto di contrarre, così come previsto dall'art. 94, D.lgs. n. 159/2011, si applica alla conoscenza che le Amministrazioni hanno ottenuto successivamente allo svolgimento delle indagini e non al momento in cui l'informazione è stata inizialmente rilasciata.

Inoltre, sempre in base all'aspetto letterale, la clausola *rebus sic stantibus*, così come delineata dall'art. 86, comma 2, D.lgs. n. 159/2011, assume rilevanza nel caso in cui intervengano cambiamenti negli assetti societari e gestionali della società, tali da alterare la valutazione su cui si basa l'informativa fornita dalla Prefettura.

Inoltre, dal punto di vista teleologico, è essenziale mantenere l'efficacia temporale illimitata del divieto in materia di informazione antimafia. Tale divieto ha finalità preventiva, volta a contrastare eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa nel settore degli appalti pubblici. Pertanto, è evidente che tale obiettivo non può tollerare alcuna limitazione o interruzione nella sua attuazione³¹.

2.2. (segue) ... *le cc.dd. white list*

«Il fenomeno della criminalità organizzata con le sue articolate reti e la capacità di influenzare diversi settori si pone come una minaccia costante alla stabilità delle istituzioni e al benessere della comunità. È stato per questo necessario prevedere nuove misure di contrasto al fenomeno mafioso in quanto, le misure repressive già presenti nel nostro ordinamento risultavano non essere più sufficienti»³².

Preliminarmente occorre procedere a un inquadramento dei singoli Istituti per poi evidenziare e rappresentare la correlazione esistente fra essi, di recente affermata dalla Suprema Corte di cassazione³³ sulla scorta dell'equivalenza

³⁰ Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2014, n. 292.

³¹ Cons. St., sez. V, 1° ottobre 2015, n. 4602.

³² G. D'Angelo, *Per un diritto amministrativo antimafia: considerazione sul d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159*, in *Giustamm*, 2012, 7.

³³ Corte Cass n. 2156 del 19.01.2023.

dei presupposti legittimanti il diniego della iscrizione nella *white list* con quelli dell'interdittiva antimafia. Ciò che accomuna i due istituti è la medesima ratio e finalità di tutela dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della pubblica amministrazione.

Esiste, di fatto, una significativa somiglianza tra le circostanze che giustificano il rifiuto dell'iscrizione nella *white list* e quelle che rendono necessaria l'attuazione di una interdittiva, pur con una distinzione: la prima nasce da un atto di un privato, mentre la seconda nasce da un atto d'ufficio³⁴. Di conseguenza, la decisione di negare l'iscrizione nella *white list*, che si fonda sulle informazioni interdittive antimafia relative all'azienda, diventa assolutamente obbligatoria³⁵.

Lo strumento delle *white list* prefettizie è previsto e disciplinato dall'art. 1, c. 52 e ss. della L. 190 del 2012 (modificata dall'art. 29, c.1, d.l. 90/2014). Trattasi di un elenco tenuto presso ogni Prefettura provinciale e la cui consultazione viene agevolata attraverso l'utilizzo di una *banca dati* nazionale³⁶. In tale elenco vengono iscritte le imprese (per una durata di 12 mesi a decorrere dalla data in cui è stato adottato il provvedimento che dispone la medesima iscrizione) ritenute affidabili in quanto prive del rischio di collusione con le organizzazioni criminali e non esposte ai tentativi di infiltrazione mafiose. Ne deriva l'obbligo per le PP.AA., in materia di affidamento dei contratti pubblici e specie nei settori valutati a rischio, di operare una sorta di verifica preventiva sulla legalità degli operatori economici, di avvalersi delle w.l. anche al fine di derivarne la documentazione antimafia liberatoria, imprescindibile per il succedaneo affidamento delle commesse pubbliche.

³⁴ Il potenziamento della *white list*, modulo ormai generalizzato nella legislazione antimafia, dopo le esperienze delle ricostruzioni post-sismiche in Abruzzo e in Emilia, e dall'"accreditamento" antimafia degli operatori economici in appositi elenchi, tenuti dalle Prefetture, influisce sulla portata dei protocolli di legalità e del sistema pattizio delle misure antimafia, che mantiene una propria vitalità, in quanto scongiura a priori il rischio di infiltrazioni mafiose in imprese chiamate a svolgere attività di particolare rilievo, tenute, per svolgere la loro attività (anche nei rapporti tra privati, o con soggetti sovvenzionati dallo Stato, come per la ricostruzione post-sismica), ad essere iscritte in appositi elenchi, previa verifica della loro impermeabilità mafiosa da parte delle Prefetture. Il Consiglio di Stato, sez. III, 11/04/2019, n. 191 ritiene che l'iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa (cd. *white list*) è disciplinata dagli stessi principi che regolano l'interdittiva antimafia, in quanto si tratta di misure volte alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della Pubblica Amministrazione.

³⁵ Nella sentenza del Consiglio di Stato, sezione VI, 26 settembre 2018, n. 5547 si legge «Ritiene, tuttavia, il Collegio, in considerazione della pacifica giurisprudenza in materia, che il diniego di iscrizione nella *White list*, basato sull'informazione interdittiva antimafia a carico della Società, assume carattere del tutto vincolato, sicché, ai sensi dell'art. 21-*octies* della L. n. 241/1990, al giudice è attribuito il potere di non procedere all'annullamento del provvedimento negativo, seppur adottato in violazione di norme sul procedimento».

³⁶ Circolare Ministero dell'Interno 13 giugno 2022 n. 38877-Contrasto alle infiltrazioni mafiose nell'ambito della realizzazione delle progettualità inerenti al Piano Nazionale di Ripresa e di Resilienza (PNRR) in cui viene evidenziato che «risulta essenziale la funzione della Banca Dati Nazionale Unica della Documentazione Antimafia (BDNA) la quale costituisce quel necessario apparato tecnologico destinato sia a canalizzare qualsivoglia richiesta di documentazione antimafia, sia a restituire, alla platea dei soggetti richiedenti, gli esiti dei controlli avvenuti».

Tali indagini e controlli, ovviamente, sono finalizzati al perseguimento e alla tutela e dei principi costituzionali, coesenziali in materia economica, dell'ordine pubblico economico e della libera concorrenza (art. 41) oltreché del buon andamento e imparzialità dell'operato della PA (art. 97)³⁷.

Per quanto inerisce l'iscrizione nella w.l. e al fine della partecipazione alla gara, l'operatore economico deve riscontrare due coesistenti condizioni. *In primis* l'assenza di cause di decadenza, sospensione o divieto ex art. 67 D.Lgs. 159/2011 (c.d. *Codice antimafia*); in second'ordine non devono emergere tentativi di infiltrazione nell'impresa da parte della criminalità organizzata evincibili dai c.d. *reati spia*, indici sintomatici e rilevatori di cui agli artt. 84 e 91 dello stesso Codice. Riassumendo, le amministrazioni pubbliche interessate acquisiscono la documentazione antimafia-*comunicazione e informazione*³⁸ - e le imprese che operano nei settori ritenuti a più alto rischio di infiltrazione mafiosa hanno pertanto l'obbligo di registrazione nelle w.l. di tutti coloro -fornitori, prestatori di servizio ed esecutori- non soggetti ai tentativi di infiltrazione mafiosa. Conseguentemente, precisa l'art. 52-*bis* della L. 190/2012, l'iscrizione in tale elenco-di cui al c. 52, «tiene luogo della comunicazione e dell'informazione antimafia liberatoria anche ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti relativi ad attività diverse da quelle per le quali essa è stata disposta».

La richiamata disciplina normativa mette in evidenza come lo scopo della *white list* non sia quello di prendere atto delle risultanze del casellario giudiziale o del certificato dei carichi pendenti, quanto piuttosto quello di selezionare le imprese che risultino del tutto esenti da qualunque rischio, anche desunto in via indiziaria, di infiltrazioni e/o condizionamenti da parte della criminalità organizzata.

Invero, in ragione della peculiarità del fenomeno mafioso, la valutazione prefettizia prescinde dall'accertamento in sede penale di uno o più reati connessi all'associazione di tipo mafioso e non postula la prova di fatti di reato, della effettiva infiltrazione mafiosa nell'impresa o dell'effettivo condizionamento delle scelte dell'impresa da parte di associazioni o soggetti mafiosi, essendo sufficiente il tentativo eventuale di infiltrazione, avente lo scopo di condizionare le scelte dell'impresa anche senza la prova che tale scopo si sia in concreto realizzato³⁹.

³⁷ S. Gambacurta, *Le novità in materia di procedimento amministrativo e di contratti pubblici. Le white list, in Anticorruzione: commento alla riforma: la legge 6 novembre 2012, n. 190 e i provvedimenti attuativi: D.Lgs. 235/2012 (Incandidabilità), D.Lgs. 33/2013 (Trasparenza), D.Lgs. 39/2013 (Incompatibilità), D.Lgs. 62/2013 (Codice comportamento), D.P.C.M. 18 aprile 2013 (White list)*, F. Ferrero, S. Gambacurta (a cura di), Santarcangelo di Romagna, 2013.

³⁸ La *comunicazione*, quindi, consiste nell'attestazione sulla sussistenza o meno di una delle cause di cui al citato art. 67; l'*informazione*, invece, si fonda su una valutazione latamente discrezionale in merito alla sussistenza o meno di tentativi di infiltrazione mafiosa desumibile da specifici elementi fattuali che consentono a norma dell'art. 84, c. 4, del D.Lgs 159/2011(Codice)-l'individuazione di collegamenti o comunque connessioni con associazioni criminali.

³⁹ Cfr. T.A.R. Emilia Romagna, sez. I. 5 gennaio 2017, n. 7.

Esemplificativa di tale impostazione sistematica è la giurisprudenza che considera legittimo il rifiuto di iscrizione nella w.l. fondato sulla ritenuta esposizione dell'amministratore di una società a condizionamento da parte di organizzazioni di tipo mafioso, in ragione degli stretti legami di parentela e dagli stabili rapporti con soggetti le cui imprese sono state raggiunte da interdittive antimafia definitive e inoppugnabili.

L'interdittiva antimafia rinviene il suo fondamento nell'azione inibitoria di ogni attività contrattuale con la pubblica amministrazione al fine di prevenire ogni tipologia di minaccia di inquinamento dell'economia legale. Nello specifico consiste nell'accertamento sia della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art 67 del Codice Antimafia, sia l'attestazione della sussistenza, o meno, di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa finalizzate a condizionare l'operatività e le scelte delle imprese interessate (art. 84, c.3, Codice Antimafia). L'esito di tale valutazione, di natura preventiva e cautelare, approderà a provvedimento di natura "liberatoria" in base al procedimento di cui all'art.90, c. 1, del Codice Antimafia, il quale prevede che l'informativa antimafia viene conseguita tramite la consultazione della Banca dati Nazionale unica da parte dei soggetti autorizzati (art. 97, c. 1 Codice). Il rilascio appunto *liberatorio* sarà immediato e senza alcun intervento da parte del Prefetto⁴⁰, laddove non si rinvenga a carico dei censiti la sussistenza di una delle cause di decadenza, sospensione o divieto di cui all'art. 67, o di tentativi di infiltrazione mafiosa ex art. 84, c. 4. L'interdittiva antimafia, quindi, viene rilasciata dall'autorità prefettizia, in seguito alla procedura prevista dall'art. 92, commi 2 e 3, Codice, e riguarda i casi di soggetti non inseriti o rispetto ai quali, a seguito alla consultazione della BDN, emerge l'esistenza di una delle cause di decadenza, sospensione o divieto di cui all'art. 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa ex art 84, c. 4.

Per quanto attiene al rapporto fra la *white list* e l'*interdittiva antimafia* v'è da evidenziare l'identità di presupposti che presiedono all'interconnessione esistente fra il diniego di iscrizione nell'elenco *de quo* e l'interdittiva. Il Consiglio di Stato (Sez. III 18.07.2023 N. 7045)⁴¹ ha precisato, in via ulteriore e senza soluzione di continuità con precedenti pronunce e pareri⁴² che «... le informazioni interdittive antimafia – e gli analoghi provvedimenti di diniego di iscrizione nell'elenco di fornitori di beni e prestatori di servizi previsto dall'art. 1, commi 52-57, del-

⁴⁰ V. Neri, *Informativa antimafia e contrasto alla criminalità organizzata*, in Corr. merito, 2010.

⁴¹ In sede di appello avverso la sentenza del TAR Piemonte del 4 marzo 2022, con la quale è stato respinto il ricorso proposto per l'annullamento, previa sospensione, del provvedimento del Prefetto della Provincia di Torino del 10.3.21 con il quale veniva disposto il rigetto dell'istanza della società ricorrente per l'iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori (c.d. white list) istituito presso la medesima Prefettura e la contestuale cancellazione della medesima dall'elenco delle imprese richiedenti l'iscrizione.

⁴² *Ex plurimis*, Consiglio di Stato, Ad. plen., n. 3, Sez III N. 21 del 4.1.2022; sez I, parere n. 1060 del 18.06.21; Cons. Stato, sez. I, pareri nn. 487 del 20.03.23, n. 2030 del 20.12.2022 e n. 1181 del 7.7.22.

la L. 6.11.2012, N. 190 e dal P.P.C. 18 aprile 2013, c.d. *white list*, sotto questo profilo assimilabili nel sistema della prevenzione antimafia-costituiscono misure anticipatorie in funzione di difesa della legalità, non hanno natura sanzionatoria, ma cautelare e preventiva in funzione di massima anticipazione della soglia di prevenzione per apprestare la salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della Pubblica Amministrazione e sono volte a colpire l'azione della criminalità organizzata impedendole di avere rapporti con la pubblica amministrazione».

White list e interdittiva antimafia condividono di certo le stesse premesse fattuali nel contesto della funzione tesa a prevenire il nefasto contatto fra la P.A. e i sodalizi criminali. Bisogna comunque evidenziare la differenza fra i due istituti nell'ambito della legislazione antimafia. La richiesta di iscrizione nella *white list* viene sollecitata dal privato operatore economico mentre l'interdittiva viene adottata in seguito a procedimento promosso d'ufficio. Effetti e presupposti sono, però, simili, atteso che in seguito a istanza di iscrizione scattano le verifiche tese al controllo dei presupposti di regolarità e conformità al codice antimafia, di cui si è detto. Il controllo *negativo* potrà sfociare nell'interdittiva vera e propria. Il procedimento di verifica innestato risponderà, secondo la conforme e consolidata giurisprudenza amministrativa, a un criterio probabilistico e anche di carattere indiziario, parametrato al principio del *più probabile che non*. In effetti sia il provvedimento di diniego di iscrizione nella *white list* che l'adozione dell'interdittiva non necessitano di prove intese in senso processual-penalistico e quindi rispondenti al criterio dell'oltre *ogni ragionevole dubbio* informante il conseguimento della certezza della responsabilità penale (ex art. 533 Cpp.). Pertanto, l'emanazione di tali preclusivi provvedimenti non necessita di vera e propria prova dell'infiltrazione mafiosa ma è sufficiente la presenza di elementi sintomatici e presuntivi, appunto indiziari, dai quali si può evincere il *pericolo* di ingerenze e collusioni con la criminalità. Il connesso procedimento si palesa, a parere di chi scrive, discrezionale e di natura rigidamente prognostica nonostante l'attenuazione fornita dall'introduzione nel Codice antimafia del *contraddittorio* in sede di rilascio dell'interdittiva antimafia e la previsione della c.d. *prevenzione collaborativa* che attribuisce al Prefetto la facoltà di maggiore duttilità decisionale ove ci si trovi in presenza di *agevolazione occasionale* della criminalità da parte dell'operatore economico⁴³.

Sempre in merito al rapporto intercorrente tra interdittiva antimafia e w.l., pregnanti e significativi appaiono i principi stabiliti dal Consiglio di Stato⁴⁴. Dopo aver sottolineato l'unicità e organicità degli istituti *de quibus* rispetto al

⁴³ E. Leotti, *I poteri certificativi del Prefetto quali strumento di contrasto alla criminalità organizzata: inquadramento sistematico ed aspetti problematici*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁴ Cons. Stato, Sez. III, 3 aprile 2019 n. 2211.

sistema della prevenzione, evidenza che le *white list* sono regolate dagli stessi principi rinvenibili nelle interdittive antimafia e dalla medesima funzione di tutela dell'ordine pubblico economico e dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione. Nella pronuncia viene precisato, altresì, l'identità dell'oggetto dell'accertamento, vale a dire la sussistenza degli elementi indicatori e sintomatici del pericolo di ingerenza della criminalità organizzata nella dinamica delle imprese. Occorre, comunque, sottolineare la diversità di ambito soggettivo dell'operatività degli istituti ove si consideri che la disciplina delle w.l. prefettizie si applica esclusivamente agli operatori economici che svolgono attività particolarmente esposte al rischio di infiltrazioni da parte della criminalità organizzata-c.d. settori a rischio⁴⁵. Tale divergenza unitamente a quanto su esposto -in merito alla richiesta di iscrizione nella *white list* sollecitata dal privato operatore economico mentre l'interdittiva viene adottata d'ufficio- consente di poter configurare il rapporto fra i due istituti in termini di complementarità più che di sovrapposibilità.

3. *Interdittiva antimafia e controllo giudiziario*

Con la Legge n. 161/2017 il legislatore ha introdotto nel Codice antimafia l'istituto del controllo giudiziario all'art. 34-*bis*⁴⁶.

Tale istituto costituisce una misura di prevenzione patrimoniale e riflette l'intento legislativo di fornire al sistema giudiziario un approccio alternativo al sequestro e alla confisca. Sebbene condivida obiettivi simili con l'amministrazione giudiziaria, esistono differenze evidenti. Ciò assume particolare rilevanza nelle situazioni in cui le circostanze suggeriscono un rischio concreto di infiltrazioni mafiose che potrebbero incidere sull'operatività aziendale⁴⁷.

Il controllo giudiziario volontario in particolare, così come delineato dal comma 6 dell'art. 34-*bis*, cod. Antimafia, funge da punto di convergenza tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria. Questo strumento garantisce un equilibrio tra le esigenze dell'ordine pubblico e la salvaguardia della libertà d'impresa e dei diritti di proprietà⁴⁸.

⁴⁵ Trasporto di materiali a discarica per conto terzi, trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi, 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, autotrasporto per conto terzi, guardiania di cantieri etc.

⁴⁶ Il controllo giudiziario in precedenza era previsto all'art. 34, comma 8, D.lgs. n. 159/2011.

⁴⁷ F. Balato, *La nuova fisionomia delle misure di prevenzione patrimoniali: il controllo giudiziario delle aziende e delle attività economiche di cui all'art. 34 bis codice antimafia*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 3.

⁴⁸ G. Amarelli, *La Cassazione riduce i presupposti applicativi del controllo giudiziario volontario*, in *www.sistemapenale.it*, 2021.

Nonostante l'accoglienza entusiastica da parte della dottrina, l'attuazione del controllo giudiziario volontario si è rivelata impegnativa a causa della sovrapposizione tra organi amministrativi e giudici ordinari⁴⁹.

Il controllo giudiziario volontario è una misura preventiva disposta dal tribunale alle aziende che hanno ricevuto informazioni antimafia⁵⁰ e hanno proposto impugnazione contro le stesse. Tuttavia, affinché la misura venga concessa, il tribunale deve accertare il rischio di infiltrazione criminale e valutare se l'azienda può mitigare tale rischio ricorrendo le condizioni di cui all'art. 34-*bis*⁵¹.

Il giudice, dopo aver svolto il contraddittorio secondo le modalità previste dall'articolo 127 c.p.p., dispone il controllo giudiziario se ricorrono le condizioni necessarie. Tale disposizione è revocabile e può essere sostituita con altre misure di prevenzione patrimoniale. È opportuno precisare che la revoca è un'eventualità, ed è successiva, in quanto legata al sopravvenuto accertamento di fatti nuovi i quali, ad avviso del giudice, sono incompatibili con il prosieguo della misura. Il contraddittorio, finalizzato all'eventuale revoca, prevede la partecipazione di diversi soggetti, tra cui la procura distrettuale competente e il prefetto responsabile dell'informazione antimafia. La decisione viene presa sulla base della relazione fornita dall'amministratore giudiziario.

Alla concessione della misura di prevenzione volontaria segue l'immediata sospensione del provvedimento interdittivo prefettizio pendente a carico dell'impresa. Ciò consente alla stessa di riconquistare la sua posizione nella c.d. *white list* della prefettura e di poter avere rapporti giuridici con gli enti pubblici. Ciò avviene ponendosi sotto il controllo del giudice delegato e dell'amministratore giudiziario nominato dal tribunale ordinario competente.

Esiste una forte connessione di interdipendenza tra il controllo giudiziario e l'interdittiva. Questa connessione è evidente per due ragioni. In primo luogo, il giudice può concedere il controllo giudiziale volontario (così come disciplinato dall'art. 34-*bis*, comma 6, d.lgs. n. 159/2011) solo nel caso in cui venga contestualmente impugnata l'interdittiva antimafia. In secondo luogo, nella prospettiva dell'autorità amministrativa competente, il Prefetto⁵² ha il potere di valutare l'esito positivo del controllo giudiziario, che diventa un fattore significativo per aggiornare e rivalutare l'interdittiva prefettizia⁵³. Tale interdipendenza è ulteriormente supportata dalle disposizioni normative, come stabilito dall'art. 34-*bis*

⁴⁹ A. Romano, *Il Controllo Giudiziario: tra esigenze di tutela dell'ordine pubblico e diritto d'impresa*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 9, 1223 ss.

⁵⁰ Ai sensi dell'art. 84, comma 4, D.lgs. n. 159/2011.

⁵¹ A. Romano, *Il Controllo Giudiziario*, cit.

⁵² F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *giustamm.it*, 2018, 6.

⁵³ A. Romano, G. Tinebra, *Il Diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013.

comma 7, d.lgs. n. 159/2011, il quale precisa che il provvedimento di controllo giudiziario sospende il termine di cui all'art. 92 comma 2⁵⁴.

Da questa specifica componente normativa trae origine il dubbio sulla sospensione del giudizio amministrativo in relazione all'ammissione al provvedimento di controllo. Si è così diffusa una prassi incentrata sulla messa in discussione dell'obbligo del giudice amministrativo di pronunciarsi sui ricorsi avverso le interdittive antimafia, in particolare nei casi in cui l'impresa ha chiesto e ottenuto il provvedimento di controllo giudiziario da parte del Tribunale di prevenzione⁵⁵.

Negli ultimi tempi si è assistito ad un significativo dibattito tra gli studiosi di diritto e in sede giurisdizionale in merito alla prassi e ai dati legislativi. Tale dibattito ha portato a due distinti rinvii all'Adunanza Plenaria: l'ordinanza 6 luglio 2022, n. 5615, sulla quale si è pronunciata l'Adunanza Plenaria n. 6/2023 e l'ordinanza 6 giugno 2022, n. 4578⁵⁶, sulla quale si è pronunciata con sentenza l'Adunanza Plenaria n. 7/2023⁵⁷.

3.1. (segue)... *il potere del g.a. di decidere i ricorsi contro l'interdittiva antimafia in presenza del controllo giudiziario volontario*

Le Plenarie del Consiglio di Stato svoltesi nel 2023 e conclusesi con le sentenze nn. 6, 7 e 8 hanno fatto luce sulla correlazione tra l'impugnazione dell'informazione antimafia che comporta l'interdizione e il controllo giudiziario volontario, o

⁵⁴ T. Bene, *Tentativi di aggressione alle risorse pubbliche. Il rafforzamento del sistema di prevenzione antimafia*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2022, 1.

⁵⁵ G. Amarelli, *La Cassazione riduce i presupposti applicativi del controllo giudiziario volontario ed i poteri cognitivi del giudice ordinario*, 10 marzo 2022, in *sistemapenale.it*.

⁵⁶ Che ha posto il quesito, risolto negativamente, sulla necessità di attendere che – all'esito della misura concessa dal giudice della prevenzione sulla base di una prognosi favorevole – il Prefetto rivaluti ex art. 91, comma 5, D.lgs. n. 159/2011 la situazione dell'operatore economico ai fini antimafia, discendendone, a seguito di un'informativa liberatoria, la cessazione della materia del contendere nel giudizio amministrativo. Cons. di Stato, sez. III, ord. 6 giugno 2022, n. 4578, «Vanno sottoposti all'Adunanza plenaria i seguenti quesiti:

a) se la proposizione della domanda per controllo giudiziario c.d. 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». Deve ritenersi che la tesi sulla cessazione della materia del contendere nel giudizio amministrativo non possa essere condivisa in quanto si fonda sulla necessaria sospensione dello stesso il che, come si vedrà e accogliendone le argomentazioni, verrà confutato dall'Adunanza Plenaria n. 7/2023.

⁵⁷ Cfr. anche Cons. Stato, Adunanza plenaria, sent. 13 febbraio, 2023, n. 8, in *giustamm*. In dottrina si v. R. Rolli, V. Bilotto, F. Bruno, *Interdittive antimafia e controllo giudiziario volontario: l'Adunanza plenaria mette la parola fine (?) al dibattito rapporto tra i due istituti*, 24 aprile 2023, in *ratioiuris.it*.

a richiesta, come previsto dall'articolo 34-*bis*, comma 6, D.lgs. n. 159/2011⁵⁸. In tali sedi si è affermato l'orientamento dell'indipendenza dei procedimenti.

Diverse interpretazioni giurisprudenziali sono emerse riguardo alla possibilità o meno del giudice amministrativo di definire nel merito i ricorsi avverso l'interdizione antimafia quando un'impresa ha chiesto e ottenuto il controllo giudiziario. Una prospettiva, nota come tesi della pregiudizialità processuale, è stata supportata dall'ordinanza di rinvio n. 4578 del 2022. Secondo tale tesi, l'ammissione della società al controllo giudiziario costituirebbe motivo giustificabile per sospendere temporaneamente il giudizio amministrativo o, in alternativa, riprogrammare l'udienza per allinearla ai tempi della misura preventiva.

Secondo tale orientamento, la pendenza del giudizio di impugnazione dell'interdittiva rappresenta una condizione necessaria ai fini degli effetti del controllo giudiziario, peraltro non solo al momento della proposizione della domanda di quest'ultimo ma per l'intera durata dello stesso⁵⁹.

Pertanto, il limite genetico dell'*iter* di controllo giudiziario, nello specifico il ricorso – in *itinere* – contro l'interdittiva antimafia, ne rappresenta una condizione di procedibilità. Tale tesi trova conforto nell'effetto sospensivo previsto dall'art. 34-*bis*, comma 7, D.lgs. n. 159/2011. Secondo tale disposizione, la misura di controllo giudiziario sospende le conseguenze dell'impossibilità di costituire rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione a causa dell'interdizione dell'informazione antimafia.

In tale prospettiva, secondo l'ordinanza di rinvio n. 4578 del 2022 la temporaneità dell'effetto sospensivo postula che il giudizio pendente contro l'interdittiva antimafia non venga definito. Qualora il ricorso venisse respinto, l'interdittiva diventerebbe permanente, rendendo impossibile ogni rapporto giuridico con la Pubblica Amministrazione. Verrebbe conseguentemente a decadere l'effetto sospensivo derivante dal collocamento della società sotto controllo giudiziario⁶⁰.

In senso più ampio, la necessarietà della sospensione appare motivata dalla volontà di evitare una decisione potenzialmente sfavorevole rispetto al ricorso avverso l'interdittiva. Questa decisione ostacolerebbe l'obiettivo di ristrutturare un'impresa infiltrata dalla criminalità organizzata. Pertanto, al fine di garantire la corretta attuazione della procedura prevista dall'art. 34-*bis*, e in coerenza con l'obiettivo di risanamento delle imprese colpite dalla criminalità organizzata, è necessario che il ricorso avverso l'interdittiva passi in secondo piano. La sospen-

⁵⁸ In tema M.A. Sandulli, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, in *giustiziainsieme*, 2022.

⁵⁹ V. Finocchio, *Controllo giudiziario e informazione interdittiva antimafia: un rapporto complesso*, in *Il foro italiano*, 2022, 3, 380-387.

⁶⁰ A.M. Maugeri, *Prevenire il condizionamento criminale dell'economia: dal modello ablatorio al controllo terapeutico delle aziende*, in *Dir. pen. cont.*, 2022, 1, 106-161.

sione del processo diventa lo strumento attraverso il quale regolare i rapporti tra i due istituti: il giudizio amministrativo deve essere sospeso fino alla conclusione del procedimento di controllo giudiziario.

Al contrario, due ulteriori ordinanze di rinvio (nn. 5615 e 5624 del 2022) hanno accolto la tesi dell'indipendenza dei procedimenti. Tali ordinanze hanno precisato che il nesso tra il giudizio di impugnazione e il controllo giudiziario debba essere accertato esclusivamente nella prima fase genetico-applicativa, senza richiedere esplicitamente che il primo procedimento sia ancora in corso per la validità del secondo⁶¹.

Diversa è invece la prospettiva di un'altra parte della giurisprudenza secondo cui l'accoglimento di una richiesta di ammissione al controllo giudiziario da parte del Tribunale di prevenzione penale rende inammissibile ogni ricorso al giudice amministrativo ed estingue ogni interesse alla sua decisione, anche a fini risarcitori. Secondo tale tesi, la richiesta di ammissione al controllo giudiziario implica l'acquiescenza nei confronti dell'interdittiva. Tuttavia, l'Adunanza plenaria n. 6 del 2023 ha riaffermato l'autonomia delle valutazioni dell'autorità prefettizia e del Tribunale di prevenzione penale, respingendo così *a fortiori* la teoria dell'acquiescenza.

Allo stesso modo, l'Adunanza plenaria ha esaminato la teoria della pregiudizialità processuale, respingendola in ultima analisi. A questa conclusione si è giunti sulla base di molteplici argomentazioni. Innanzitutto, sottolineando il principio di legalità. L'orientamento il quale sostiene la sospensione del giudizio amministrativo è priva di qualsiasi fondamento testuale e non è supportata da alcuna previsione normativa. Nello specifico, l'art. 34-*bis*, comma 6, D.lgs. n. 159/2011 si limita a precisare che la società in questione deve impugnare l'interdittiva quando intende sottoporsi a controllo giudiziario, senza richiedere che il giudizio impugnatorio sia pendente per tutta la durata di tale controllo⁶².

Neppure sul piano logico-sistematico, si rileva, la tesi in esame è realizzabile. L'interdittiva serve allo scopo di impedire che organizzazioni mafiose "statiche" si infiltrino nell'economia, sulla base delle precedenti indagini condotte dall'autorità prefettizia. Il controllo giudiziario, in linea con la funzione preventiva del sistema informativo antimafia, mira anche a ristrutturare dinamicamente l'impresa colpita dalla presenza mafiosa. Per raggiungere questo obiettivo è necessaria una prognosi positiva che superi le circostanze che hanno portato all'interdittiva, oltre alla verifica della occasionalità del favoreggiamento mafioso.

⁶¹ A. Coiante, *All'adunanza plenaria la questione sulla sospensione necessaria del giudizio amministrativo in caso di ammissione dell'impresa al controllo giudiziario*, in *Fofo amm.*, 2022, 10, 1183 ss.

⁶² M. Di Florio, *Brevi considerazioni sui rapporti nel "diritto vivente" tra interdittiva prefettizia e controllo giudiziario volontario dell'impresa in odor di mafia*, in *La legislazione penale*, 2021, 3, 8.

Scopo di tale funzione è quello di operare non solo quando vi siano sospetti di influenza mafiosa, ma anche, e con ancora maggiore urgenza, quando tale influenza non sia più contestata. In termini più semplici, anche se l'interdittiva non viene annullata dopo il ricorso al giudice amministrativo e viene confermato che l'azienda ha subito infiltrazioni mafiose, non diminuisce la necessità di risanare l'impresa. Al contrario, l'esigenza diventa ancora più critica una volta accertato in via definitiva che l'azienda è suscettibile di infiltrazioni mafiose⁶³.

La tesi dell'autonomia dei procedimenti è corroborata dalla disposizione di cui all'art. 34-*bis*, comma 7, D.lgs. n. 159/2011, poiché nessuno degli esiti indicati richiede che il giudizio interdittivo rimanga irrisolto nel corso della procedura di controllo giudiziario.

La norma sospensiva, che implica l'inefficacia degli effetti dell'incapacità contrattuale derivanti dall'interdittiva antimafia, è infatti cruciale per l'efficace attuazione del controllo giudiziario. Consente all'impresa di proseguire la propria attività con l'obiettivo finale di risolvere la questione di fondo che ha portato al provvedimento antimafia.

Allo stesso modo l'Adunanza plenaria giustifica la sospensione del termine stabilito dall'art. 92, comma 2, del D.lgs. n. 159/2011, relativo alle condizioni preliminari per ottenere l'informazione antimafia. Questa sospensione elimina l'obbligo per l'autorità prefettizia di verificare i tentativi di infiltrazione durante il controllo giudiziario in corso, poiché entrambi hanno lo stesso scopo preventivo. Anche se si accerta che un'impresa ha subito infiltrazioni mafiose, è comunque consentito recuperarla sotto il controllo dell'autorità giudiziaria penale. Le conseguenze delineate dall'art. 34-*bis*, comma 7 sono pienamente compatibili con l'eventuale inoppugnabilità dell'interdittiva, dopo il rigetto del ricorso. Il fatto che l'influenza mafiosa sia definitivamente accertata, come testimonia il rigetto del ricorso avverso l'atto prefettizio, non ostacola l'attuazione del controllo giudiziario⁶⁴.

L'evidenziato aspetto della funzione risanatrice del controllo giudiziario è evidenziato non solo dal dato testuale della legge, ma anche dall'esame della giurisprudenza della Corte di Cassazione. Da tale disamina non emerge alcun rapporto pregiudiziale tra l'impugnazione dell'interdittiva antimafia e il controllo giudiziario, oltre quanto già previsto in sede genetica ai sensi dell'art. 34-*bis*, comma 6, cod. Antimafia. Dalla giurisprudenza di legittimità non è possibile ricavare una posizione specifica ed esplicita circa la necessità che il giudizio di impugnazione rimanga pendente fino alla conclusione della procedura di controllo giudiziario.

⁶³ F. Bartolini, *Un chiarimento sul nuovo rapporto tra interdittive antimafia, controllo giudiziario volontario*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2020, 11, 1466-1470.

⁶⁴ M.A. Sandulli, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, cit.

Le sentenze in questione sottolineano che la sospensione del giudizio amministrativo come strumento di opportunità distorcerebbe lo scopo del processo. Invece di servire come strumento per tutelare situazioni giuridiche soggettive e far rispettare la legge, diventerebbe un mero meccanismo per avviare forme di protezione aggiuntive. Ciò pregiudica anche la funzione sospensiva del processo, come delineata negli artt. 79, co. 1, c.p.a. e 295, c.p.c.⁶⁵.

L'attuazione della sospensione del processo serve come misura precauzionale per mitigare la possibilità di sentenze contraddittorie. Tale misura affonda le sue radici nel concetto di dipendenza pregiudiziale, come richiamato dall'art. 295, c.p.c., ed è ritenuta tassativa in quanto potenzialmente lesiva del principio costituzionale della ragionevole durata del processo, come precisato dall'art. 2, comma 2, c.p.a.

Sarebbe inopportuno attribuire al processo giudiziario la responsabilità del raggiungimento degli obiettivi di politica legislativa sospendendo il giudizio sull'interdittiva antimafia per tutta la durata del controllo giudiziario. Questa aspettativa va oltre il dovere del giudice di rispettare la legge (come previsto dall'art. 101, II comma, Cost.). Una siffatta applicazione dell'istituto supererebbe il dato normativo, determinandone un'applicazione ultronea, di cui all'art. 295, c.p.c.

Inoltre, il concetto di sospensione necessaria comporterebbe nella sua essenza “un paradosso logico”, in quanto si fonda sulla necessità non di evitare pronunce contraddittorie, ma piuttosto una pronuncia sfavorevole sul ricorso avverso l'interdittiva, nell'errata convinzione che tale possibilità possa impedire gli obiettivi di ripresa dell'azienda. In realtà, secondo i sostenitori della pregiudizialità processuale, la sospensione del processo viene percepita come una soluzione a eventuali giudizi sfavorevoli⁶⁶.

Le condizioni previste dall'art. 295, c.p.c. sono, in definitiva, inesistenti.

L'Adunanza Plenaria n. 7 del 2023, da ultimo, ha portato alla luce ulteriori elementi che contraddicono la tesi della sospensione necessaria. Uno di questi è il recente ampliamento del sistema delle misure di prevenzione, di competenza prefettizia, con l'inserimento di strumenti di recupero aziendale assimilabili al controllo giudiziario. Tali strumenti, denominati misure amministrative di prevenzione collaborativa, trovano applicazione nei casi di agevolazioni occasionali di cui all'art. 94-*bis*, D.lgs. n. 159/2011.

La medesimezza del presupposto delle predette misure e del controllo giudiziario evidenzia la condivisione delle finalità di questi due strumenti, validando quanto previsto dall'art. 94-*bis*, comma 3. Tale disposizione prevede che i prov-

⁶⁵ V. Finocchio, *Controllo giudiziario e informazione interdittiva antimafia*, cit.

⁶⁶ A.M. Maugeri, *Prevenire il condizionamento criminale dell'economia*, cit.

vedimenti amministrativi cessino in caso di controllo giudiziario, sancendo in tal modo la prevalenza di quest'ultimo.

Si è trascurata l'assenza di una normativa che regoli il rapporto tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario, confermando così la mancanza di qualsiasi influenza reciproca⁶⁷.

Riassumendo le considerazioni ermeneutiche fin qui esposte, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha ritenuto che il controllo giudiziario di cui all'art. 34-*bis*, comma 6, D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, non giustifica la sospensione del giudizio di impugnazione relativo all'informazione interdittiva antimafia. È importante notare che l'assoggettamento al controllo giudiziario non impedisce la rapida risoluzione del giudizio amministrativo, trattandosi di procedimenti distinti e indipendenti⁶⁸.

4. *Interdittiva antimafia, controllo giudiziario e Codice dei contratti pubblici*

Nel perseguire il contrasto alle infiltrazioni mafiose, il legislatore si è adoperato per rafforzare l'efficacia dell'interdittiva antimafia all'interno del Codice dei contratti pubblici. Ciò è particolarmente evidente nella revisione complessiva dei criteri per escludere operatori specifici dalla partecipazione alle procedure di gara. Obiettivo primario dell'aggiornamento del Codice dei contratti pubblici è quello di garantire una gestione trasparente, competitiva ed efficiente delle risorse pubbliche.

È ormai evidente il ruolo cruciale dell'interdittiva antimafia e del Codice dei contratti pubblici nel contrasto alle infiltrazioni mafiose nelle pubbliche amministrazioni. L'interdittiva antimafia, prendendo di mira soggetti con comprovati collegamenti con la criminalità organizzata, impedisce loro di fatto di partecipare a gare o di aggiudicarsi appalti pubblici. Parallelamente, il Codice dei contratti pubblici contiene specifiche disposizioni che garantiscono la legalità e l'integrità degli appalti pubblici. I concorrenti sono tenuti a dichiarare la loro non sottoposizione a eventuali divieti antimafia e ad affermare l'assenza del qualsiasi collegamento con la criminalità organizzata. È responsabilità della stazione appaltante effettuare controlli approfonditi per verificare l'ammissibilità dei concorrenti, escludendo così eventuali contraenti che non soddisfino i requisiti necessari.

⁶⁷ Cfr. A. Merlo, *Codice antimafia, controllo giudiziario. Ancora controversi i rapporti fra controllo giudiziario "volontario" e interdittive*, in *Giur. It.*, 2023, 12, 2721 ss.

⁶⁸ M. Romano, *Il controllo giudiziario: tra esigenze di tutela dell'ordine pubblico e diritto d'impresa*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 9, 1223.

Obiettivo essenziale del collegamento tra l'interdittiva antimafia e il Codice dei contratti pubblici è il rispetto dei principi di legalità e trasparenza. Questo obiettivo mira principalmente ad affrontare in modo efficace il problema della criminalità organizzata che si infila nel settore degli appalti pubblici. Il divieto antimafia adotta misure proattive per prevenire tali infiltrazioni, mentre il Codice dei contratti pubblici delinea le norme e i controlli necessari per garantire la corretta amministrazione delle risorse pubbliche⁶⁹.

Il recente decreto legislativo n. 36 del 2023 è entrato nell'ordinamento giuridico, determinando l'approvazione del nuovo Codice dei contratti pubblici. Tale codice recepisce e amplia le disposizioni del Codice Antimafia, applicandole sia al processo di selezione degli appaltatori che all'esecuzione dei contratti con la Pubblica Amministrazione⁷⁰.

Il Codice dei contratti pubblici, di recente attuazione, apporta significative modifiche agli aspetti organizzativi delle procedure di gara, che si riflettono nel contenuto dei bandi di gara, delle lettere di invito e dei capitolati di gara. Tali modifiche impattano in particolar modo sulla parte descrittiva delle operazioni di gara. Un aspetto importante è affrontato dal codice nell'art. 93, che disciplina la costituzione, la nomina e il funzionamento della commissione giudicatrice nelle procedure selettive che vengono aggiudicate in base all'offerta economicamente più vantaggiosa. Tale disposizione, tuttavia, introduce anche norme essenziali per la composizione e l'assegnazione del seggio di gara nelle procedure aggiudicate in base al criterio del prezzo più basso. Secondo il codice, la commissione deve essere composta da un numero dispari di membri che possiedano competenze nello specifico settore relativo all'appalto o alla concessione. La normativa prevede anche la nomina di membri supplenti. In particolare, la composizione della commissione di gara rappresenta uno sviluppo nuovo. Prevede inoltre che la commissione sia presieduta e composta da dipendenti della stazione appaltante o delle amministrazioni beneficiarie dell'intervento. Questi soggetti devono disporre del quadro giuridico necessario e delle competenze professionali adeguate. Solo nei casi in cui vi sia carenza di professionalità qualificate all'interno dell'organico la stazione appaltante può scegliere il Presidente ed i membri della commissione tra funzionari di altre amministrazioni. Nei casi in cui sussista documentata indisponibilità, la stazione appaltante potrà selezionare anche professionisti esterni. Inoltre, il RUP potrà essere incluso nella commissione giudicatrice⁷¹.

⁶⁹ R. Rolli, F. De Cicco, *Mafia e contratti pubblici: ciò che cambia col nuovo codice*, in *Ratioiuris*, 12 ottobre 2023.

⁷⁰ M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustizia insieme*, 2022.

⁷¹ G. della Cananea, M. Dugato, M. Renna A. Police, *Semplificare la disciplina degli appalti pubblici si può. Meglio agire subito*, in *Giustiziainsieme*, 5 aprile 2020.

La nuova normativa elimina eventuali conflitti funzionali tra i dipendenti della stazione appaltante. L'intento del Legislatore è quello di valorizzare le competenze interne delle amministrazioni aggiudicatrici e di garantire il coinvolgimento nel processo di valutazione delle offerte di soggetti a conoscenza delle effettive esigenze dell'ente. È importante valutare l'idoneità delle nomine della Commissione e garantire che le scelte siano effettuate in modo trasparente, basato sulla competenza e sulla rotazione, e libere da qualsiasi ostacolo soggettivo o conflitto di interessi. Inoltre, l'art. 93 consente riunioni elettroniche della commissione, garantendo la riservatezza delle comunicazioni. Il regolamento impone inoltre l'uso di piattaforme di *procurement* digitale per la valutazione della documentazione di gara e delle offerte dei partecipanti⁷².

Oltre ai progressi compiuti in termini di nomina delle commissioni, il nuovo regolamento pone una forte enfasi sull'operatore economico. Delinea i criteri necessari che un operatore economico interessato deve soddisfare per partecipare ad una procedura di gara indetta dalla Pubblica Amministrazione. Tali criteri comprendono sia requisiti generali, comunemente definiti requisiti "moralì", sia requisiti speciali. I requisiti generali sono obbligatori per legge e si applicano a tutte le procedure di gara, mentre i requisiti speciali sono specifici per ogni singola procedura come determinato dalla *lex specialis*. Già il Codice del 2016 richiedeva il possesso di requisiti di merito morale, il cui mancato raggiungimento comportava l'automatica esclusione. Tuttavia, il Codice 2023 attribuisce ancora maggiore importanza a questi "requisiti generali" e introduce una serie di fattori escludenti che determinano in modo efficace e tempestivo quali soggetti possono partecipare alle procedure di gara⁷³.

La versione riformata del Codice sottolinea l'importanza che l'operatore economico soddisfi determinati criteri per essere considerato affidabile. Tali criteri includono dimostrare e dichiarare di non aver tenuto comportamenti vietati o di non essere incorso in sanzioni, penali o amministrative. A causa della natura soggettiva della valutazione dei "requisiti moralì", è necessario valutare ciascun caso individualmente, indipendentemente dal tipo o dal valore dell'offerta.

La precedente normativa era caratterizzata da disposizioni lunghe e macchinose, che inevitabilmente comportavano numerose incertezze interpretative e applicative. Prendendo atto di tale problematica, il nuovo Codice delineato dal D.Lgs. n. 36/2023 ha avuto l'obiettivo di snellire e semplificare la normativa, con l'obiettivo finale di migliorarne la comprensibilità e l'accessibilità⁷⁴.

⁷² G. Clemente Di San Luca, L. De Fusco, *Il principio di autonomia contrattuale nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2023, 21.

⁷³ D. Stefania, A. Di Bari, *Le principali novità del nuovo codice dei contratti*, in *anci.it*.

⁷⁴ M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit.

Il nuovo Codice ha ristrutturato con successo la disciplina relativa alle cause di esclusione, risultando in un insieme di regole più organizzato e conciso. In precedenza, queste norme erano sparse e contorte, ma ora sono chiaramente delineate negli artt. 94-98. L'art. 94 affronta le cause dell'esclusione "automatica", mentre l'art. 95 copre le cause dell'esclusione "non automatica". L'art. 96 si concentra sulla regolamentazione dell'esclusione, mentre l'art. 97 tratta dell'esclusione dei partecipanti ai gruppi. L'art. 98, infine, affronta il tema dei gravi illeciti professionali. Questa ristrutturazione della normativa ha notevolmente migliorato la chiarezza e l'impostazione metodica del Codice.

Nell'art. 94 sono ricompresi i casi più gravi in cui le misure correttive non possono essere attuate dall'operatore economico e l'amministrazione aggiudicatrice non ha spazio per una valutazione discrezionale.

L'art. 95 comprende le situazioni considerate critiche e che possono essere risolte dall'operatore economico o valutate dalla stazione appaltante in termini di impatto concreto sulla procedura, tenendo conto del loro livello di gravità, se significativo o meno grave.

La prima categoria comprende una serie di fattori interdittivi direttamente collegati a casi che incidono fortemente sull'affidabilità e sull'onestà dell'operatore economico. Rientrano tra queste le condanne per reati gravi, le cause di confisca, sospensione o interdizione previste dalle leggi antimafia, le sanzioni interdittive in base a specifiche norme, la liquidazione giudiziale o procedimenti rilevanti connessi a crisi d'impresa, nonché le ipotesi di illiceità contributiva accertate in via definitiva, nonché le irregolarità fiscali.

All'interno della categoria dei criteri di esclusione "non automatici" delineati dall'art. 95, rientrano tutti i fattori ostativi derivanti da significative violazioni delle norme sulla sicurezza sul lavoro o sulla tutela dell'ambiente. Rientrano inoltre in questa categoria le cause legate alla commissione di gravi illeciti professionali o circostanze caratterizzate da irregolarità contributive o fiscali irrisolte che minano la credibilità dell'operatore economico.

Le cause di esclusione automatica, come previsto dall'art. 94, sono specificamente definite in base alla loro idoneità a determinare l'immediata esclusione dalla gara. Tale esclusione scaturisce unicamente dal verificarsi e dalla conferma di alcuni "fatti storici" riconducibili ad associazioni di tipo mafioso.

I primi quattro commi dell'art. 94 non fanno altro che duplicare il contenuto già presente nel precedente art. 80, D.lgs. n. 50/2016. La disposizione precedente, come previsto nel nuovo art. 94, prevedeva l'interdizione automatica nelle situazioni in cui soggetti avevano ricevuto condanne definitive per specifici reati elencati in quella disposizione, a meno che il reato non fosse depenalizzato, revocato o estinto.

A differenza della precedente normativa non rileva più ai fini dell'esclusione dei partecipanti il c.d. patteggiamento per i reati gravi elencati nella norma stessa. Pertanto in tali casi i partecipanti non verranno esclusi.

Nello specifico, il I comma, art. 94 si allinea con l'art. 80, D.lgs. n. 50 del 2016. Inizialmente la Commissione ha inteso semplificare la disposizione inserendo in uno specifico allegato l'elenco dei reati e delle figure soggettive soggette all'esclusione obbligatoria come precisato al comma 3, art. 80. Tale soluzione non è stata però adottata per garantire una consultazione più rapida.

L'attività di riforma legislativa ha avuto impatto anche sul II comma della disposizione in esame, con l'obiettivo di ottenere un migliore allineamento al quadro normativo complessivo europeo riguardo al concetto di *self-cleaning*⁷⁵. In particolare, è stato stabilito che nel caso in cui l'impresa venga posta sotto controllo giudiziario, ai sensi dell'art. 34-*bis*, D.Lgs. n. 159/2011, al momento dell'aggiudicazione i criteri di esclusione conseguenti ad un procedimento interdittivo antimafia non operino. Si è ritenuto fondamentale assicurare coerenza nell'ambito applicativo del requisito di cui all'art. 80, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016, nei confronti degli enti sottoposti a controllo antimafia di cui all'art. 85, cod. Antimafia (D.Lgs. n. 159/2011)⁷⁶. Inoltre in tema, l'Anac ha chiarito che «L'operatore economico interessato dalla misura giudiziaria può partecipare alle gare d'appalto, fermo tuttavia il necessario mantenimento, in capo allo stesso, dei requisiti generali e speciali di partecipazione alla gara, per tutta la durata della procedura stessa e fino alla completa esecuzione del contratto d'appalto, senza soluzione di continuità. La causa di esclusione, infatti, non opera se l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario»⁷⁷.

La normativa di cui all'art. 94 disciplina il processo di "autopulizia" nelle situazioni in cui il motivo dell'esclusione sia intervenuto prima della presentazione dell'offerta. In questi casi spetta all'operatore economico informarne la stazione appaltante contestualmente all'offerta. Inoltre, l'operatore deve dichiarare che sono state adottate misure specifiche o impegnarsi ad attuarle durante la gara se non è possibile farlo immediatamente. La recente normativa si è particolarmente concentrata sull'individuazione dei soggetti ai quali attribuire la causa di decadenza, come delineato nei commi III e IV.

La nuova normativa apporta una significativa novità non inserendo nei requisiti generali alcuna menzione dei c.d. "cessati" dalla carica. Tuttavia, nel caso di un concorrente in cui uno dei soci è una persona giuridica, viene ora specificato che la valutazione dovrà essere effettuata dagli amministratori di quella società se detengono una posizione di controllo. Inoltre, la normativa precedente non faceva più

⁷⁵ C. Filicetti, *Self cleaning e interdittiva antimafia (nota a Cons. St., Sez. III, 19 giugno 2020, n. 3945)*, in *Giust. Ins.*, 2020.

⁷⁶ Cfr. Atto di segnalazione Anac n. 3, 27 luglio 2022.

⁷⁷ Cfr. Anac, Parere in funzione consultiva, n. 2, 24 gennaio 2024.

alcun riferimento all'azionista di maggioranza, ma ciò vale solo per le società con quattro o meno azionisti. Questo cambiamento non sembra indebolire l'importanza della protezione sociale, della legalità e della trasparenza negli appalti pubblici⁷⁸. Il III comma, infatti, introduce un nuovo ruolo che deve rispondere alle valutazioni positive dei requisiti generali. Questa figura è denominata "amministratore di fatto", responsabile dell'assunzione delle decisioni e della gestione degli affari aziendali, anche senza una nomina esplicita e valida. L'amministratore di fatto deve dimostrare di possedere tutti i requisiti generali previsti dalla normativa.

Il IV comma affronta la questione degli azionisti persone giuridiche. Inizialmente la giurisprudenza applicava la previsione del contagio solo ai soci unici persone fisiche, escludendo le persone giuridiche⁷⁹. Tuttavia, una seconda prospettiva sostiene che anche le persone giuridiche possono essere soggette a questa disposizione, ma solo se sono azionisti di maggioranza⁸⁰. Passando al V comma, si è ulteriormente approfondito sulle circostanze che porterebbero all'esclusione dalla procedura di gara. Nello specifico, tale comma ha esplicitamente delineato e disciplinato le cause obbligatorie di esclusione, precedentemente affrontate in modo disorganico e frammentato⁸¹.

Per quanto riguarda la categoria appalti PNRR è stata inserita una specifica causa di esclusione obbligatoria. La causa di esclusione relativa alle procedure concorsuali, prevista dalla lett. 5 b), art. 80 D.lgs. n. 50/2016, è stata espressa al V comma, lett. d). Tale causa di esclusione riguarda gli operatori economici che hanno subito liquidazione giudiziale, che si trovano in stato di liquidazione coatta amministrativa o in concordato, o sono sottoposti a procedimenti per la dichiarazione di una di queste situazioni. È importante notare che tale causa è considerata "obbligatoria" poiché opera in modo automatico e necessario, fatta salva la decisione del giudice civile. Inoltre, i casi di cui alla lett. f-ter) e g) del comma 5, art. 80, D.lgs. n. 50 del 2016 sono state segnalate come altre cause di esclusione obbligatoria, eliminando il riferimento all'Osservatorio ANAC⁸².

L'esclusione degli operatori economici per il mancato pagamento di tasse, imposte e contributi è trattata al VI comma. Si precisa che sono soggetti ad esclusione obbligatoria coloro che hanno commesso gravi violazioni in materia di versamenti di imposte, tributi o contributi previdenziali, come determinati dalla legislazione italiana o estera. Le violazioni specifiche che costituiscono in violazioni gravi sono elencate nell'Allegato II.10. A tal proposito, per snellire il codice, il concetto di "violazione grave" definitivamente accertata e la conseguente esclu-

⁷⁸ R. Rolli, F. De Cicco, *Mafia e contratti pubblici: ciò che cambia col nuovo codice*, cit.

⁷⁹ Cons. St., sez. V, 2 ottobre 2020, n. 5782.

⁸⁰ Cons. St., sez. III, 2 marzo 2017, n. 975.

⁸¹ M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit.

⁸² R. Rolli, F. De Cicco, *Mafia e contratti pubblici: ciò che cambia col nuovo codice*, cit.

sione obbligatoria sono stati spostati nell'Allegato II.10. La precedente normativa accorpava una causa di esclusione obbligatoria e una causa facoltativa, entrambe legate al mancato versamento di imposte, tasse e contributi previdenziali. Per chiarezza, il legislatore ha separato queste cause in distinte disposizioni: art. 94 per l'esclusione automatica e art. 95 per l'esclusione non automatica. Inoltre, il VII comma⁸³ sottolinea l'importanza dell'Allegato II e delinea le procedure per eventuali future modifiche allo stesso.

5. Conclusioni

I dati richiamati in premessa sulle imprese interdette rappresentano un campanello d'allarme sull'ampiezza del fenomeno mafioso, che impone costanti e rinnovate riflessioni.

Ad un attento esame, le sentenze articolate dall'Adunanza Plenaria affermano un messaggio chiaro: l'attuale associazione tra controllo giudiziario e interdittiva antimafia non è sufficiente a comprendere la logica di fondo della sospensione del giudizio delineata dall'art. 295 c.p.c. Questi due processi si svolgono cronologicamente, procedendo con ritmi diversi e su percorsi paralleli ma non coincidenti.

Tuttavia, nonostante si tratti di un dettaglio minore, la Plenaria riconosce una piccola possibilità: il giudice conserva la capacità di valutare, sulla base del proprio prudente apprezzamento, le circostanze specifiche del caso per prendere una decisione in merito al rinvio di cui all'art. 73, comma 1 bis, c.p.a.

Nel riconoscere la portata del Codice dei contratti pubblici, è necessario considerare attentamente le scelte assunte dal legislatore per garantire il buon funzionamento delle attività imprenditoriali e l'interesse acquisito della Pubblica Amministrazione ad attuare misure di controllo efficaci e tempestive che evitino impugnazioni agli appalti e alle interdittive, nonché ritardi nel completamento dei progetti.

Le revisioni attuate nel Codice degli appalti ha rappresentato un cambiamento di direzione rispetto ai principi giuridici consolidati, in particolare in relazione al controllo giudiziario. Il nuovo Codice, invero, ha stabilito che nel caso in cui l'impresa venga posta sotto controllo giudiziario ai sensi dell'art. 34-bis, D.Lgs. n. 159/2011, al momento dell'aggiudicazione debbano essere previste disposizioni di inoperabilità dei criteri di esclusione conseguenti ad un procedimento interdittivo antimafia.

⁸³ Nel comma 7 dell'art. 94 d.lgs. n. 36/2023 è previsto che, in sede di prima applicazione del codice, l'allegato di cui al comma 6 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

Renato Rolli - Abstract

L'interdittiva antimafia: misure di prevenzione connesse e controllo giudiziario

Il lavoro parte dalla definizione dell'ampiezza del fenomeno mafioso il quale impone costanti e rinnovate riflessioni. Per tale ragione, effettua una attenta analisi degli strumenti amministrativi volti al contrasto del fenomeno di infiltrazione mafiosa: la documentazione e l'informazione antimafia. Delineata la normativa di settore e i principi fondamentali, lo studio approda al rinnovato Codice dei contratti pubblici, soffermando l'attenzione sugli esiti scaturenti dall'applicazione dell'istituto del controllo giudiziario.

The anti-mafia interdiction: related prevention measures and judicial control

The work starts from the definition of the extent of the mafia phenomenon which requires constant and renewed reflections. For this reason, it carries out a careful analysis of the administrative tools aimed at combating the phenomenon of mafia infiltration: anti-mafia documentation and information. Having outlined the sector regulations and the fundamental principles, the study arrives at the renewed Public Contracts Code, focusing attention on the outcomes resulting from the application of the institution of judicial control.

Usi pubblici del mare e territorializzazione marittima: prospettive geo-giuridiche della pianificazione energetica del mar Mediterraneo*

Guido Befani

SOMMARIO: 1. Lo *Zeitgeist* della transizione energetica del mare: premesse introduttive di metodo e di contenuti. – 2. Territorializzazione marittima e pianificazione energetica: le sovrapposizioni concettuali di apprensione dello spazio marino. – 3. Gli effetti della territorializzazione marittima sugli usi pubblici del mare. – 4. I riflessi geo-giuridici dell'*usus* energetico *offshore*. – 5. La dimensione amministrativa transfrontaliera delle zone economiche esclusive: la collaborazione pianificatoria inter-statale. – 6. La pianificazione intersettoriale del mare: contenuto e natura giuridica dei piani di gestione dello spazio marittimo. – 7. La complessità organizzativa della pianificazione marittima italiana. – 8. Le prospettive dimensionali di accentramento di funzioni del CIPOM nel piano nazionale per il mare. – 9. Pianificazione energetica marittima e *Green Deal* europeo: la possibile sintesi energetico-istituzionale del PNIEC. – 10. L'irradiazione giuridica della sovranità territoriale nell'interazione terra-mare: l'ambito *onshore* della portualità allargata. – 11. Considerazioni conclusive sulle potenzialità giuridiche delle installazioni solari marittime *offshore*.

1. *Lo Zeitgeist della transizione energetica del mare: premesse introduttive di metodo e di contenuti*

Il possibile utilizzo della superficie del mare per produrre energia rinnovabile, attraverso l'eolico e il fotovoltaico galleggianti, il moto ondoso e le maree oceaniche, rappresenta una nuova e interessante prospettiva di sfruttamento econo-

* Il presente contributo rappresenta le considerazioni scientifiche e i risultati dell'attività di ricerca nel terzo semestre del PON "Ricerca e Innovazione" 2014-2020 - Azione IV.6 Contratti di ricerca su tematiche Green, nell'ambito del progetto dell'Università degli studi di Trieste «I *Green Ports*: prospettive dei porti verdi nel piano di ripresa tra risparmio del suolo, efficientamento energetico e partenariati pubblico-privati» sotto la supervisione scientifica del Professor Andrea Crismani.

mico dello spazio marittimo e un elemento centrale di realizzazione degli ambizioni obiettivi di transizione energetica².

La valorizzazione dell'energia marina, tuttavia, è un fenomeno che determina l'apprensione materiale del pelo dell'acqua e che, potendo spingersi anche ben oltre l'orizzonte delle acque territoriali, solleva nuovi e interessanti quesiti giuridici di compatibilità con gli usi pubblici del mare, perché si sovrappone al tema politico della territorializzazione marittima e deve ancora essere ricostruita nelle sue coordinate geo-giuridiche essenziali.

In questo senso, lo sfruttamento energetico delle porzioni di mare libero richiede che i diversi decisori coinvolti nel "governo del mare", rispetto alle ritrovate pretese di espansione della sovranità dello Stato, abbiano un approccio di sistema nel processo di pianificazione dello spazio marittimo, con un'ampia visione unitaria sul lungo periodo che presuppone una cooperazione e un coordinamento a livello strategico, multisettoriale, multiobiettivo³.

La pianificazione dello spazio, tuttavia, è un fenomeno sempre più complesso perché, come già rilevato in dottrina, «il territorio è uno, le istituzioni ed i fenomeni di aggregazione sono numerosi e differenziati, esprimendo comunità di vario tipo e dimensioni che, spesso, neppure si riconoscono nei rispettivi limiti istituzionali⁴».

Questa considerazione di teoria generale ritrova tutta la sua pregnante attualità nello spazio marittimo, laddove il mare, ontologicamente caratterizzato da una naturale indeterminatezza e assenza di confini, ha assunto una differente connotazione economica, politica e giuridica in funzione dell'attuale *Zeitgeist*⁵, lo "spiri-

² Come si evince dalla Comunicazione della Commissione su «Un nuovo approccio per un'economia blu sostenibile nell'UE - Trasformare l'economia blu dell'UE per un futuro sostenibile» (COM(2021) 240 final, del 17.5.2021) e Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2022 su una strategia europea per le energie rinnovabili offshore (2021/2012(INI)), l'energia elettrica rinnovabile *offshore* è divenuta una delle fonti energetiche con il prezzo più competitivo, con una diminuzione del costo medio ponderato e livellato globale della produzione di energia derivante dall'eolico *offshore* pari al 48 % fra il 2010 e il 2020, periodo nel quale tali valori sono passati da 0,14 EUR a 0,071 EUR per kWh, e quindi costituisce un elemento fondamentale nella transizione verde, aprendo la strada a un'economia moderna, efficiente in termini di utilizzo delle risorse e competitiva, nonché uno dei pilastri più importanti per il conseguimento degli ambiziosi obiettivi climatici dell'UE; che l'energia rinnovabile *offshore* ha la capacità di utilizzare enormi fonti di energia per proteggere le famiglie dalla povertà energetica. In questo senso, è evidente l'elevato potenziale naturale sia per l'energia eolica prodotta da turbine *offshore* fissate al fondale sia per quella prodotta da turbine *offshore* galleggianti.

³ La stessa Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 (c.d. Convenzione di Montego Bay), evidenzia nel preambolo la consapevolezza che i problemi legati all'uso degli spazi oceanici siano strettamente collegati e devono essere considerati nel loro insieme. In questo senso, la pianificazione degli spazi oceanici costituisce il logico avanzamento e la logica strutturazione degli obblighi e dell'utilizzo dei diritti concessi nell'ambito della Convenzione, nonché uno strumento pratico per assistere gli Stati membri nel rispetto dei loro obblighi.

⁴ G. Abbamonte, *Programmazione economica e pianificazione territoriale*, in *Enc. dir.*, agg. II, Milano, 1998, 796 ss.

⁵ Reso evidente dall'Obiettivo 14 dell'Agenda ONU 2030 "Conservare e utilizzare in modo durevole gli oceani, i mari e le risorse marine per uno sviluppo sostenibile", nonché dalla risoluzione ONU 72/73 del 2017,

to del tempo” che influenza culturalmente una determinata epoca, perché il mare, nei nuovi scenari di transizione energetica, è destinato a divenire uno spazio sempre più conteso tra gli Stati e dove si proietta, nel modo più incisivo e innovativo possibile, la manifestazione evidente della sovranità attraverso l’appropriazione materiale e l’occupazione esclusiva della superficie del pelo dell’acqua, sulla falsa riga della possibilità già ammessa in via temporanea per sole le acque territoriali, dove trovano applicazione in via analogica le disposizioni sul demanio marittimo⁶.

attraverso la quale le Nazioni Unite hanno dichiarato la decade 2021-2030 il “Decennio delle Scienze del Mare per lo Sviluppo Sostenibile” al fine di mobilitare la comunità scientifica, i governi, il settore privato e la società civile intorno a un programma comune di ricerca e di innovazione tecnologica per un oceano pulito, sano, predicibile nelle sue condizioni attuali e future, sicuro, sostenibile, trasparente e fonte di ispirazione. Inoltre, nelle sue coordinate giuridiche essenziali, il tema della sostenibilità marittima si rinviene anche nella convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, adottata a Montego Bay il 10 dicembre 1982; nella convenzione sulle zone umide d’importanza internazionale segnatamente come *habitat* degli uccelli acquatici e palustri, adottata a Ramsar il 2 febbraio 1971; nella convenzione sulla diversità biologica, adottata a Rio de Janeiro il 5 giugno 1992 e nella convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, adottata a New York il 9 maggio 1992. La definizione a livello comunitario di una nuova politica marittima integrata, in linea con gli obiettivi individuati dalla Strategia di Lisbona del 23-24 marzo 2000 per la crescita e l’occupazione, si concretizzava anche nel Libro Verde dell’Unione europea del 7 giugno 2006 dal titolo «Verso una futura politica dell’Unione: oceani e mari nella visione europea». L’obiettivo di privilegiare un approccio globale e trasversale nella gestione delle attività connesse agli usi del mare è ribadito ed evidenziato anche nel Libro Blu della Commissione del 10 ottobre 2007 «Una politica marittima integrata per l’Unione europea» con la presa di coscienza che il rapido e costante incremento delle pressioni antropiche sui mari europei rappresenta un rischio tanto per gli ecosistemi marini quanto per le popolazioni che ne usufruiscono. Al fine di far fronte a tale rischio, la Commissione ha proposto un’agenda politica destinata ad abbracciare tutti i settori marittimi, basata su l’esplicito riconoscimento della correlazione di tutte le questioni connesse agli oceani e ai mari europei e della necessità che le politiche marittime vengano elaborate congiuntamente al fine di ottenere i risultati auspicati affinché le azioni condotte nell’ambito delle diverse politiche settoriali che interessano il mare vengano sviluppate seguendo un approccio olistico, all’interno di un contesto politico coerente. Queste considerazioni politiche hanno così rappresentato i presupposti della Comunicazione della Commissione del 25 novembre 2008, «Tabella di marcia per la pianificazione dello spazio marittimo: definizione di principi comuni nell’UE» (COM (2008) 791 def.). La successiva comunicazione del 17 dicembre 2010, «Pianificazione dello spazio marittimo nell’UE - risultati ed evoluzione futura», (COM (2010) 771 def), ha dato atto del raggiungimento di un consenso generale circa l’opportunità di improntare la futura normativa europea sulla pianificazione marittima ai principi prospettati nella tabella di marcia del 2008. Inoltre, grazie al fotovoltaico galleggiante, è possibile sfruttare la superficie dell’acqua per generare energia solare e le installazioni solari *offshore* presentano grandi potenzialità, di cui la strategia dell’UE per le energie rinnovabili *offshore* tiene già conto nella Comunicazione «Strategia dell’UE per sfruttare il potenziale delle energie rinnovabili *offshore* per un futuro climaticamente neutro» (COM(2020) 741). Da ultimo, il tema è stato evidenziato dalla Relazione del 3 maggio 2022, presentata dalla Commissione al Parlamento Europeo sullo stato di attuazione della direttiva 2014/89 istitutiva di un quadro per la pianificazione strategica dello spazio marittimo (COM(2022) 185 final), laddove prende coscienza che «la domanda di spazio marittimo per varie finalità, quali la conservazione dell’ecosistema e della biodiversità, la produzione di energia rinnovabile, il trasporto marittimo, la pesca, l’acquacoltura e il turismo è in aumento ed è pertanto necessario un approccio integrato alla pianificazione e alla gestione»; pianificazione e gestione intesa come «uno strumento politico trasversale che consenta alle autorità pubbliche e ai portatori di interessi di seguire un approccio integrato, coordinato e transfrontaliero. Applicando un approccio ecosistemico, essa intende promuovere lo sviluppo sostenibile delle economie marittime e costiere e l’uso sostenibile delle risorse marine e costiere». Su tali aspetti, nell’economia del presente contributo, si veda, F.M. Di Majo, *I prossimi scenari ambientali europei nel settore marittimo e problematiche giuridiche nell’attuazione delle future normative*, in *Riv. Dir. Nav.*, 2022, 1, 217 ss.

⁶ Ai sensi dell’art. 36 del Codice della navigazione, infatti «l’amministrazione marittima, compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, può concedere l’occupazione e l’uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di

Ma è proprio la dimensione spaziale della sovranità statale che, nel tracciare il limite del “mare territoriale” giuridicamente inteso⁷, inizia a protendere verso un nuovo orizzonte sfumato tra politica, economia e diritto perché abbraccia tanto la protezione militare degli interessi nazionali in “alto mare”⁸, quanto lo sfruttamento dell’economia marittima in quella stessa porzione di mare, in una cornice di giuridicità internazionale non sempre esaustiva ed esauriente nel perimetrare le prerogative sovrane attribuite agli Stati rivieraschi⁹.

È questo il fenomeno della territorializzazione marittima¹⁰, che racchiude e sintetizza le principali sfide della geopolitica del mare, laddove i fattori geografici e le complessità derivanti dalla co-presenza e inter-dipendenza politico-istituzio-

zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo». Inoltre, l’art. 524 del Regolamento della navigazione marittima, stabilisce che, per l’occupazione e l’uso di zone di mare territoriale e per l’esercizio della polizia sul mare territoriale, si applicano le disposizioni sul demanio marittimo previste dal Codice della navigazione.

⁷ Ai sensi dell’art. 2 del Codice della navigazione sul Mare territoriale: «Sono soggetti alla sovranità dello Stato i golfi, i seni e le baie, le cui coste fanno parte del territorio della Repubblica, quando la distanza fra i punti estremi dell’apertura del golfo, del seno o della baia non supera le ventiquattro miglia marine. Se tale distanza è superiore a ventiquattro miglia marine, è soggetta alla sovranità dello Stato la porzione del golfo, del seno o della baia compresa entro la linea retta tirata tra i due punti più foranei distanti tra loro ventiquattro miglia marine. È soggetta altresì alla sovranità dello Stato la zona di mare dell’estensione di dodici miglia marine lungo le coste continentali ed insulari della Repubblica e lungo le linee rette congiungenti i punti estremi indicati nel comma precedente. Tale estensione si misura dalla linea costiera segnata dalla bassa marea. Sono salve le diverse disposizioni che siano stabilite per determinati effetti da leggi o regolamenti ovvero da convenzioni internazionali».

⁸ Giuridicamente inteso come dalla Convenzione di Montego Bay come quella porzione di mare oltre il limite determinato dagli spazi sui quali gli Stati costieri esercitano la loro sovranità o giurisdizione (art. 86). In alto mare tutti gli Stati esercitano in maniera paritaria le libertà previste dal diritto internazionale. Il regime giuridico dell’alto mare è ispirato all’idea della libertà di tutti gli Stati, i costieri o interclusi, di svolgere le loro attività connesse alla navigazione, al sorvolo, posa di cavi e condotte sottomarine, costruzione di isole artificiali o altre installazioni, la pesca, la ricerca scientifica (art. 87).

⁹ Significativa al riguardo è la previsione dell’art. 56 della Convenzione di Montego Bay sui «Diritti, giurisdizione e obblighi dello Stato costiero nella zona economica esclusiva», laddove è riconosciuto l’espreso godimento di: a) diritti sovrani sia ai fini dell’esplorazione, dello sfruttamento, della conservazione e della gestione delle risorse naturali, biologiche o non biologiche, che si trovano nelle acque soprastanti il fondo del mare, sul fondo del mare e nel relativo sottosuolo, sia ai fini di altre attività connesse con l’esplorazione e lo sfruttamento economico della zona, quali la produzione di energia derivata dall’acqua, dalle correnti e dai venti; b) giurisdizione conformemente alle pertinenti disposizioni della presente Convenzione, in materia di: i) installazione e utilizzazione di isole artificiali, impianti e strutture, ii) ricerca scientifica marina, iii) protezione e preservazione dell’ambiente marino. A livello europeo, la direttiva 89/269, per espressa previsione «non inficia i diritti sovrani e la giurisdizione degli Stati membri sulle acque marine che derivano dal pertinente diritto internazionale. Più specificamente, l’applicazione della presente direttiva non influisce sul delineamento e la delimitazione delle frontiere marittime da parte degli Stati membri in conformità delle pertinenti disposizioni della Convenzione di Montego Bay». Su tali aspetti, si veda *ex multis*, T. Scovazzi, *Mare nel diritto internazionale pubblico* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1994; A. Vallega, *Governo del mare e sviluppo sostenibile*, Milano, 1993.

¹⁰ Per un commento sulla territorializzazione marittima, si rinvia *ex multis* a S. Gallinelli, *La territorializzazione del Mare Nostrum: i confini marittimi nel Mediterraneo e la Zona economica esclusiva italiana*, in *Rivista di geopolitica e commercio estero*, 2021, 2, 20 ss.; F. Ruschi, *Occupazione del mare e nascita della sovranità marittima. Un itinerario tra storia, geografia e diritto*, in *Gnosis*, 2020, 2, 122 ss.; L. Vita, *Il Mediterraneo risveglia l’Italia. Una ZEE per ricostruire una proiezione regionale*, in *Rivista Marittima*, Settembre 2021; F. Caffio, *Glossario di Diritto del Mare. Supplemento alla Rivista Marittima*, novembre 2020, nonché a F. Caffio, N. Carimeo, A. Leandro, *Elementi di diritto e geopolitica degli spazi marittimi*, Bari, 2013, spec. 95 ss.

nale tra i vari Stati, impone di rivedere, con una diversa collocazione sistematica, le relazioni giuridico-spaziali dello Stato¹¹ *sul* mare, in quell'aspetto della geopolitica che è già stata definita nel dizionario di Norberto Bobbio come la disciplina di studio «dei rapporti tra l'*homo politicus* e lo spazio¹²».

Volendo tirare le fila delle premesse introduttive, la struttura del presente contributo intende evidenziare e provare a mettere a sistema le potenzialità giuridiche di utilizzo a fini energetici delle porzioni di mare libero, perché la possibile occupazione della superficie del pelo dell'acqua con piattaforme galleggianti, fenomeno già normato e definito entro i limiti delle acque territoriali¹³, se da un lato consente di smarcare alcune delle maggiori criticità amministrative riscontrabili per l'installazione delle infrastrutture *offshore* in prossimità della costa¹⁴, apre però a diversi interrogativi giuridici di ammissibilità laddove avvenga nella zona contigua o in alto mare, soprattutto in quelle aree geografiche ristrette, come il Mediterraneo, delimitato da plurimi ordinamenti sovrani che condividono frontiere marittime nello stesso bacino e che, rispetto agli oceani, è ontologicamente esposto alla competizione inter-Statale nella delimitazione delle zone economiche esclusive¹⁵.

Ebbene, ricostruendo le differenze che intercorrono tra gli elementi squisitamente politici della territorializzazione marittima (che in quanto espressione del potere marittimo impatta sulle relazioni internazionali) rispetto alla diversa funzione di pianificazione energetica del mare e di gestione dello spazio marittimo (che presuppone, finalizza e riassume i concetti di potere marittimo e strategia marittima dai quali germoglia e dai quali ne subisce l'influenza politica per la

¹¹ Aspetto già evidenziato da N. Greco, *conflittualità di interessi, policentrismo istituzionale e le ipotesi integrative nella tutela e nella gestione delle coste e del mare*, in *Dir. Trasporti*, 1992, spec. 719.

¹² Sul punto, si rinvia alla voce di sistematica di M. Cesa, *Geopolitica*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 2014 spec. 386.

¹³ Come già evidenziato, oltre all'art. 524 del Regolamento della navigazione marittima e dall'art. 36 del Codice della navigazione, si vedano le disposizioni dell'art. 12, comma 3 del d.lgs. 387/2003 per l'autorizzazione all'installazione di impianti e infrastrutture *offshore*.

¹⁴ Con particolare riferimento all'eolico *offshore*, dove è evidente l'impatto paesaggistico delle pale installate in prossimità della costa, così come il potenziale impatto sulle rotte migratorie dell'avio fauna. Su questi aspetti, si vedano P. Chirulli, *L'eolico offshore nella prospettiva del PNRR*, in G.F. Cartei (a cura di), *Energie rinnovabili e Piano azionale di Ripresa e Resilienza, Atti del convegno 25 giugno 2021*, Napoli, 2022 53 ss.; N. Spadaro, *L'eolico offshore: difficoltà procedurali interne e spunti per una riflessione comparativa con la Gran Bretagna*, in *Riv. giur. amb.*, 2022, 4, 1041 ss. Sul complesso iter procedimentale di autorizzazione degli impianti *offshore*, relativamente al 'balletto' della attribuzione delle competenze al rilascio della VIA e dell'autorizzazione unica si veda I. Lolli, *La realizzazione dei parchi eolici off-shore in Italia: quis, quid. Ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando?*, in F. Benincasa (a cura di), *Monitoring of Mediterranean coastal areas: problems and measurements techniques*. Atti del settimo simposio internazionale, Bologna, 2021, 495 s.

¹⁵ Risale già al *De jure naturae et gentium* di Samuel von Pufendorf del 1672 la distinzione concettuale e scientifica sugli oceani mondiali come qualcosa di diverso dai mari interni europei. Sul punto, oltre alle generali considerazioni di U. Lanza (a cura di), *Il regime giuridico internazionale del mare Mediterraneo*, Milano, 1987, si veda altresì G. Camarda, *Le zone economiche esclusive nel Mediterraneo*, in *Riv. dir. nav.*, 2020, 2, 751 ss.

ricerca di una cooperazione transfrontaliera¹⁶) è possibile identificare nella pianificazione il nucleo giuridico essenziale di un'attività amministrativa funzionalmente preposta al duplice presupposto di consentire, da un lato, la coesistenza di usi e attività concorrenti nello spazio marittimo e, dall'altro, di garantire uno sviluppo sostenibile dell'economia marittima.

In tale ottica, tuttavia, sono necessari degli approfondimenti ulteriori per verificare se questa attività rappresenti una legittima prerogativa statale e una legittima modalità di sfruttamento economico della superficie marittima, ovvero se una simile modalità di apprensione spaziale permanente apra all'astrazione concettuale giuridica, apparentemente ossimorica, di "territorio marittimo" dove la strategia marittima diventa la proiezione della politica estera di espansione dello Stato "con altri mezzi"¹⁷.

La risoluzione di questo interrogativo, infatti, è finalizzata a mettere in evidenza e valorizzare la differenza che intercorre tra il mero sfruttamento materiale dell'utilità economica ricavabile dalla scarsità del "bene mare"¹⁸ rispetto alle legittime prerogative sovrane esercitabili dagli Stati conformemente al diritto marittimo. Questo approccio, oltretutto, risulta essere metodologicamente prodromico a scrutinare il possibile superamento delle criticità amministrative riscontrabili nel pruriginoso "rapporto visivo" tra la costa e il mare o dell'evidente complessità decisionale amministrativa domestica caratterizzata da incerti regimi autorizzatori e posizioni regionaliste ideologicamente ricalcitranti (si pensi al paradigmatici-

¹⁶ Per approfondimenti, si veda A. Flamigni, *Evoluzione del potere marittimo nella Storia*, Roma, 2011 nonché A.T. Mahan, *L'influenza del Potere Marittimo sulla Storia (1660-1783)*, Roma, 1994.

¹⁷ Come è stato già autorevolmente osservato da Antonio Flamigni nel suo *Alcune considerazioni sul potere marittimo*, in *Rivista marittima*, dicembre 1989, «teoricamente il dominio del mare è una condizione bellica, se non altro perché esso impedisce l'uso di questo elemento all'avversario. Ma è bene chiarire che i presupposti per ottenerlo si evidenziano essenzialmente in tempo di pace, non soltanto con la costruzione di flotte quanto, specialmente, con il mantenimento di legami commerciali, economici e finanziari che la Nazione marittima instaura con gli altri Stati». Su tali aspetti, si veda anche M. Romano, *Del principio d'espansione degli Stati ovvero della formazione naturale del diritto coloniale*, Avola, 1902.

¹⁸ Si vedano al riguardo le sempre attuali considerazioni di Salvatore Pugliatti nella sua voce, *Beni (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, vol. V, Milano, 1959, 186 ss., il quale afferma la rilevanza dell'analisi economica e ritiene proficuo, anche per il diritto, il riferimento al concetto di "utilità" per capire lo spessore giuridico dei beni. Secondo il Maestro, inoltre, per configurare il concetto di bene in senso giuridico, è necessario tracciare una linea di demarcazione tra il pensiero economico e il giuridico, rilevando come la scienza economica consideri i beni «in rapporto alla loro utilità e utilizzabilità da parte degli uomini», mentre la scienza giuridica «li considera sotto il profilo della tutela da parte dell'ordinamento giuridico» proprio perché «il diritto determina i titoli che garantiscono il godimento, il possesso, la disponibilità di beni». Sulla falsariga di tale impostazione è anche D. Messinetti, *Oggetto dei diritti* (voce), in *Enc. Dir.* Vol. XXIX, cit., 815 ss. Per la ricostruzione dell'ampio dibattito dottrinario sul punto, si veda G. Pescatore, *L'ambiente e il diritto. Considerazioni di sintesi*, in *Pesca e tutela dell'ambiente marino*, 1988, 159 ss., laddove fa riferimento a una asserita demanialità in senso lato del mare, atteso che l'inerenza pubblica del bene porta a una significativa coincidenza tra le visioni economiche e quelle giuridiche.

co caso del contenzioso sul parco eolico del Mar Grande di Taranto¹⁹) perché il tema delle modalità di estensione dell'intervento pubblico nelle acque internazionali deve essere prima scrutinato attraverso la ricostruzione della legittimità del rapporto tra i pubblici poteri nella loro relazioni spaziali sul mare "libero", nelle implicazioni giuridiche di relazione diretta con la strategia marittima di apprensione, controllo, difesa e "zonizzazione" per destinazioni d'uso funzionali delle varie porzioni di mare e nelle conseguenze di simili scelte strategiche nei rapporti diplomatici con gli altri Stati rivieraschi. Di conseguenza, una volta risolto il primo aspetto, stante la complessità della gestione operativa del mare e le complessità normative e sovrapposizioni procedurali, il tema deve essere poi ricostruito superando le possibili aporie amministrative residue, soffermandosi sul contenuto e sulle modalità operative di attuazione della pianificazione marittima da parte degli Stati, soprattutto nella funzione di ricerca di "coerenza" sia verso l'esterno delle relazioni internazionali, sia verso l'interno con gli altri strumenti di governo del territorio, che ben può rappresentare un'operazione amministrativa (nel senso di risultato amministrativo unitario²⁰).

In questa operazione, pertanto, non appare utile e opportuno soffermarsi sulle tematiche ambientali di contrasto all'inquinamento marino, sulla tutela delle risorse ittiche e sullo sfruttamento dei fondali, già oggetto di apposite convenzioni internazionali e già ampiamente scrutinate dalla dottrina²¹, perché, rispet-

¹⁹ La vicenda del quale è ricostruita da N. Spadaro, *L'eolico offshore: difficoltà procedurali interne e spunti per una riflessione comparativa con la Gran Bretagna*, in *Riv. giur. amb.*, 2022 spec., 4, 1051.

²⁰ Sull'evoluzione concettuale della nozione di operazione amministrativa, si vedano le sistematiche ricostruzioni di teoria generale di D. D'Orsogna, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005, spec. 84 e gli ampi richiami bibliografici ivi menzionati.

²¹ In ordine sparso, sulla vastità dei temi richiamati, si rinvia *ex multi* alle posizioni di F. Di Leo, *Ammissibilità della rivendicazione di diritti reali degli Stati sulle risorse della piattaforma sottomarina*, in *Riv. ital. Dir. petrol.*, 1958, 144 ss.; Id., *Il diritto degli Stati sulla piattaforma marina nelle risoluzioni della Convenzione di Ginevra*, in *ivi*, 204 ss.; G. Ferraro, *Tutela dell'ambiente marino*, in *Riv. giur. amb.*, 2000, 5, 865 ss.; U. Leanza, *Diritto internazionale e diritto interno nella protezione dell'ambiente marino*, in *Studi marittimi*, 1985, 24, 24 ss.; T. Treves, *Il nuovo diritto del mare e le convenzioni internazionali sulla protezione dell'ambiente marino*, in *Dir. mar.*, 1991, 1, 219 ss.; V. Sarace (a cura di), *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino*, Milano, 1983; A. Vigarié, *Economia marittima e geostrategia degli oceani*, Milano, 1992; A. Xerri Salamone, *Tutela dell'ambiente marino* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, App. VII. Torino, 1987, 917 ss.; E. Sessa, *Sfruttamento minerario e tutela dell'ambiente marino: ricostruzione dei principi generali in materia di responsabilità degli Stati nella prassi internazionale recente*, in *Riv. giur. amb.*, 2012, 5, 535 ss.; D. Addis, *La gestione integrata delle coste nelle politiche del Mediterraneo e dell'UE: due strumenti a confronto*, in *Agricoltura Istituzioni Mercati*, 2013, 3, 95 ss.; I. Caracciolo, U. Leanza, *L'Unione europea e la protezione dell'ambiente marino del Mediterraneo dall'esplorazione e sfruttamento di idrocarburi "offshore"*, in *Riv. dir. nav.*, 2013, 2, 625 ss.; S. Vaccari, *Le nuove disposizioni in tema di prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi e le problematiche giuridiche connesse*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2015, 2, 8 ss.; F.M. Torresi, *La disciplina giuridica dello sfruttamento ed estrazione degli idrocarburi in mare*, in *Dir. mar.*, 2016, 4, 846 ss.; M. Roiatti, *Strategia europea di sfruttamento energetico dell'oceano Atlantico*, in *Gnosis*, 2016, 1, 42 ss.; G. Camarda, *Diritto marittimo e diritto del mare. Archeologia marina, pesca e governance ambientale. in ricordo di Giovanni Tumbiolo e Sebastiano Tusa*, in *Giureta*, 2019, 164 ss.; S. Carrea, *Tutela dell'ambiente e poteri degli Stati sugli spazi marini: riflessioni a margine della decisione della Corte internazionale di giustizia del 21 aprile 2022 nel caso Nicaragua c. Colombia*, in *Riv. giur. amb.*, 2022, 4, 1093 ss.; G. Torta, *Il*

to al tema di ricerca proposto, nulla aggiungono al problema pubblicistico dell'estensione delle prerogative statali nell'alto mare con l'occupazione del pelo d'acqua per la produzione di energia rinnovabile.

In questo senso, con particolare riferimento a quello spazio politico-marittimo del "Mediterraneo allargato"²², occorre rimarcare come il ruolo e il valore della marittimità e dell'economia del mare rappresentano il naturale collegamento per l'approfondimento della rilevanza giuridica dell'incerto profilo spaziale della pianificazione marittima e delle sue inevitabili "interazioni terra-mare", che, come si vedrà, ben possono ritrovare nell'ambito portuale uno degli elementi centrali di irradiazione della sovranità statale.

Infatti, proprio l'individuazione del perimetro d'interesse scientifico di analisi, vale a dire l'incerto elemento dimensionale della pianificazione del mare, assume una sua autonoma rilevanza gius-economica particolarmente attrattiva per la scienza giuridica, perché il sistema marittimo si colloca, senza apparente soluzione di continuità, in una duplice dimensione spaziale "a geometria variabile" che dal porto, unico epicentro stabile e definito, si irradia prima verso l'interno del sistema economico del suo immediato retro-terra, travalicando le tradizionali delimitazioni di competenze e attribuzioni amministrative tra i vari enti di governo del "territorio terrestre", e poi si irradia verso l'esterno delle difese foranee portuali, proiettandosi su quello specchio d'acqua antistante che rappresenta un possibile e nuovo "territorio marittimo" da pianificare, per approdare, infine, all'incerta nozione, già elaborata dagli economisti marittimi, delle *maritime industrial development areas*²³ e dai contorni giuridici tutt'altro che definiti proprio a

delicato equilibrio tra la tutela dell'ambiente e la promozione delle attività economiche nella pianificazione dello spazio marino, in *ambienteditto.it*, 2023, 1, 125 ss.; A. Moliterni, *La tutela degli ecosistemi marini nel prisma della pianificazione integrata delle aree costiere*, in *Riv. giur. amb.*, 2023, 1, 171 ss. nonché G. Cataldo, *Il mare "conteso"*, cit. e gli ampi riferimenti bibliografici ivi menzionati.

²² Sulla nozione di mediterraneo allargato, quale porzione politica di mare che si estende oltre i confini naturali del mediterraneo geografico di Gibilterra e di Suez, abbracciando Mar Rosso e Golfo Persico a oriente e Golfo di Guinea a occidente, si rinvia *ex multis* alla trattazione di E. Campelli, G. Gomel (a cura di), *Il Mediterraneo allargato, una regione in transizione: conflitti, sfide, prospettive*, Roma, 2022, nonché a A. Leto, *I nuovi confini del mediterraneo fra geopolitica e nuova cultura dell'acqua*, in *Gnosis*, 2023, 1, 25 ss. e M. Ceccorulli, *La dimensione marittima dell'Unione europea nel Mediterraneo allargato: opportunità, rischi e prospettive*, Centro militare di studi strategici, Dipartimento relazioni internazionali, Roma, 2015.

²³ Come già evidenziato in altri miei studi, le *maritime industrial development areas* sono state teorizzate da André Vigarié e riprese poi da Adalberto Vallega, importante geografo economico, nel suo *Ecumene oceano: il mare nella civiltà: *ieri, oggi, domani*, Milano, 1985 che aveva teorizzato e modellizzato molte delle funzioni di territorializzazione che i porti riescono a realizzare sul territorio e quelle che potenzialmente potevano essere sviluppate anche in un'ottica di mutamento delle funzioni portuali verso la globalizzazione sempre più spinta. Sul punto, cfr. A. Vigarié, *Economia marittima e geostrategia degli oceani* (trad. it. di G. Ridolfi), 1992, nonché Id., H.D. Smith, *The new frontiers of marine geography*, Consiglio nazionale delle ricerche, Roma, 1988. Al riguardo, senza alcuna pretesa di eshaustività, sia consentito ulteriormente rinviare al mio *L'ordinamento amministrativo-funzionale dei porti verdi tra congestione di competenze, efficientamento energetico e transizione ecologica*, in *Riv. giur. edil.*, 2022, 5, 425 ss.

fronte delle nuove possibilità di sfruttamento economico-produttivo e energetico del mare con installazioni solari marittime.

L'auspicato risultato scientifico di una trattazione sugli effetti della territorializzazione marittima, volto a rimarcare proprio lo *Zeitgeist* della transizione energetica, in ultima analisi, è quello già evidenziato in dottrina di provare a «indirizzare il processo di pianificazione non solo in funzione della crescita del sistema portuale, ma su un livello territoriale di ampia scala volto al contempo a favorire uno sviluppo portuale compatibile con l'ambiente, con i servizi di trasporto, con la mobilità, con le aree urbane e territoriali di riferimento²⁴» e, in questo ultimo senso, proprio la complessità e mutevolezza dell'area "territoriale" di riferimento, nella sua dimensione protesa verso il mare aperto, attraverso l'approccio metodologico di un'analisi multi-prospettica, suggeriscono di ricostituire il nuovo epicentro dell'economia del mare proprio sul "bene porto" quale cardine dell'integrazione funzionale terra-mare ispirata alla sostenibilità della pressione antropica.

2. *Territorializzazione marittima e pianificazione energetica: le sovrapposizioni concettuali di apprensione dello spazio marino*

Muovendo dal sempre attuale assunto di Hans Kelsen secondo il quale «tutti i problemi che sorgono in una teoria generale dello Stato devono essere traducibili in problemi che hanno senso nella teoria generale del diritto²⁵», per scongiurare possibili sovrapposizioni e imbarazzi ermeneutici tra i concetti di "territorializzazione" e "pianificazione", bisognerà incentrare l'analisi sull'unico elemento comune tra i due termini, attraverso la scomposizione concettuale della strategia marittima che, oltre la sua essenza politico-militare²⁶, è riassumibile in tre elementi giuridicamente rilevanti: il primo, rappresentato dall'individuazione dei

²⁴ A Crismani, B.A. Masso, *Green Ports: strumenti e misure*, in *Riv. giur. edil.*, 2021, 5, spec. 219.

²⁵ H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1954, spec. 211.

²⁶ La strategia marittima può essere definita come quella capacità di uno Stato o di una coalizione di Stati (le c.d. alleanze multi-laterali) di usare *il mare* per i propri interessi, avendo pianificato la capacità sia di difenderli (azione protettiva) contro eventuali minacce, sia di impedire che questi siano messi a rischio da un potenziale avversario (azione offensiva o preventiva) che possa usare il mare contro di essi. Nella necessaria economia del presente contributo, si rinvia alla relazione dell'ammiraglio Roberto Domini «Il significato del potere marittimo» tenuta al convegno del 29 marzo 2023 "L'Italia è un Paese marittimo?" presso l'Università degli studi di Trieste pubblicata in G. Befani (a cura di), *L'Italia è un Paese marittimo? Il Pubblico potere nella protezione navale degli interessi nazionali*, Trieste, 2024, 27 s. oltre all'elaborazione di A. Lambert, *Sea-Power State (Maritime Culture, Continental Empires and the Conflict That Made the Modern World)*, New Haven, 2018; J.S. Corbett, *Some Principles of Maritime Strategy*, London, 1988, B. Biraghi, *Il potere marittimo nelle relazioni internazionali*, in *Rivista marittima*, aprile 1993, nonché all'elaborazioni teoriche di O. Di Giamberardino, *Strategia dei grandi spazi*, in *Rivista marittima*, 1948 e R. Bernotti, *La strategia come studio*, in *ivi*, marzo 1960, entrambi ripubblicati in G. Giorgini, R. Nassirgh (a cura di), *Il pensiero navale italiano dal dopoguerra a oggi*, Studi di sulla strategia navale a cura dell'Ufficio Storico di SMM, Roma 1996.

fini pubblici perseguibili dallo Stato *sul* mare; il secondo, rappresentato dall'aprontamento di mezzi adeguati, di strumenti operativi e dell'organizzazione preposta al loro raggiungimento; il terzo, rappresentato dalla co-presenza di altri ordinamenti, espressioni di altre strategie marittime poste a garanzia degli interessi nazionali potenzialmente confliggenti tra loro²⁷.

La territorializzazione marittima, infatti, rappresenta un grandissimo tema che, nel travalicare la sua spiccata dimensione militare e geopolitica, assume una decisiva e autonoma rilevanza giuridica di sicuro interesse scientifico per i potenziali impatti sugli usi pubblici del mare, laddove, come si vedrà, l'*usus* energetico-marittimo²⁸ sta diventando una nuova manifestazione tangibile del *dominium*²⁹ statale dei mari e un peculiare rapporto giuridico esclusivo dello Stato *sullo* spazio marino, in grado di mettere seriamente in discussione il postulato cardine del diritto internazionale marittimo secondo il quale «nessuno Stato può legittimamente pretendere di assoggettare alla propria sovranità alcuna parte dell'alto mare³⁰».

Più in dettaglio, con specifico riferimento all'esperienza mediterranea, poiché il fenomeno della territorializzazione marittima insiste su un'area complessa, con delle evidenti implicazioni di natura politica, economica e strategico-militare (prima che giuridica) tali da interessare il più ampio e delicato scenario del "Mediterraneo allargato", inquieto teatro di confronto di sovranità tra gli Stati, la dimensione amministrativa delle funzioni di pianificazione dello spazio marino

²⁷ Questi tre aspetti strategici, in particolare, traspaiono con nitore anche nel libro blu contenuto nella Comunicazione della Commissione del 10 ottobre 2007, COM (2007) 575 def., «Una politica marittima integrata per l'Unione europea», laddove emerge la consapevolezza che un quadro amministrativo certo per gli affari marittimi richieda «strumenti di pianificazione orizzontale che coinvolgano le varie politiche marittime settoriali e sostengano un processo decisionale integrato».

²⁸ In parallelo allo sviluppo tecnologico industriale, che ha permesso lo sfruttamento dei fondali marini per l'estrazione di materie prime, siano essi idrocarburi, terre rare o materie prime critiche, le esigenze di contrasto ai cambiamenti climatici con la diffusione dell'energia *offshore* è essenziale per perseguire gli obiettivi dell'accordo di Parigi e sostenere l'impegno dell'UE a conseguire l'obiettivo di azzeramento delle emissioni nette di gas a effetto serra al più tardi entro il 2050, in linea con i più recenti dati scientifici, come confermato nel *Green Deal* europeo e nel piano per la ripresa NextGenerationEU; sottolinea che un'economia a emissioni zero richiede la diffusione dell'energia rinnovabile su una scala senza precedenti. Sul punto, si rinvia a J.R. Hein, *Deep-ocean mineral deposits as a source of critical metals for highand green-technology applications: Comparison with land-based resources*, in *Ore Geology Reviews*, 2013, 51, 11 ss. nonché H.J. Kearsley, *Il potere marittimo ed il XXI secolo*, cit.

²⁹ Nella dottrina NATO (NATO AJP-3.1, *Allied Joint Maritime Operations*) il dominio è declinabile in vari ambiti: c'è un ambito *politico*, derivante dalla presenza di Nazioni sovrane, gli Stati che si affacciano sul mare e che condizionano, in qualche modo, l'accesso allo stesso; il secondo ambito spaziale, il più recente dei quali è quello *cibernetico* (per il quale sono stati conati i termini di *cyber war*, *cyber defense*, *cyber attack*, *cyber space*) derivante dalla possibilità di impiegare le potenzialità dell'informatica e delle reti globali per danneggiare un avversario o per influenzare in qualche modo le sue azioni, quello cibernetico è ormai diventato a tutti gli effetti un dominio autonomo, che si aggiunge ai quattro classici domini "fisici", vale a dire il *mare*, la *terra*, l'*aria* – dove si muovono gli aerei – e lo *spazio* – dove si muovono i satelliti. F. Martini, *Mare territoriale e nuovi interessi energetici*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2011, 173-174, 111 ss.

³⁰ Cristallizzato nell'art. 89 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare.

sta iniziando ad assumere un decisivo rilievo giuridico autonomo rispetto alle tradizionali funzioni di polizia doganale, di controllo delle coste e di sicurezza della navigazione³¹, proprio per consentire di realizzare lo sfruttamento delle utilità energetiche ricavabili dal mare in un contesto geografico chiuso, ristretto e ravvicinato tra ordinamenti diversi.

Ebbene, il potere marittimo, che nell'ordine politico del tempo di pace si manifesta nella «forza-somma» risultante dalla composizione di «commercio e industria di mare³²», al netto della sua dimensione prettamente geopolitica e militare³³, è giuridicamente percepibile come la manifestazione della sovranità dello Stato *sul* mare e *nel* mare, diventando così una nuova e mutevole forma di manifestazione del potere territoriale, sia perché la nozione di mare giuridico non corrisponde più solo alla sua accezione geografica e sia perché lo spazio d'acqua non rappresenta più il limite negativo della porzione di sovranità della prospettiva antropologica della terraferma offerta da Carlo Schmitt³⁴. Anzi, rispetto alla asserita de-territorializzazione del diritto³⁵, ne rappresenta una genuina manifesta-

³¹ Su tali aspetti, oltre alla voce enciclopedica di N. Ronzitti, *Pirateria (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXIII, 1983, 912 ss., si vedano G. Andreone, G. Bevilacqua, G. Cataldi, C. Cinelli, (a cura di), *Insecurity at Sea: Piracy and other risks to Navigation*, Napoli, 2013, nonché G. Bevilacqua, *Counter Piracy Armed Services, the Italian System and the Search for Clarity on the Use of Force at Sea*, in *Italian Year Book of International Law*, 2012, XXII, 39 ss.

³² Secondo la celebre definizione di Giulio Rocco nel suo *Riflessioni sul potere marittimo*, Napoli, 1814.

³³ Il potere marittimo, definibile come «la capacità di navigare quando e dove occorre, in pace e in guerra» è declinabile in due aree: il c.d. potere navale da un lato, cioè la marina, la flotta, la capitaneria di porto e tutte le articolazioni elementari dello Stato che operano sul mare, e la marina mercantile dall'altro, ovvero il sistema del commercio mercantile che orbita in un'area economica parallela e interdipendente con la prima. Sul punto, cfr. A. Flamigni, *Evoluzione del potere marittimo nella storia*, Roma, 2011; Id., *Alcune considerazioni sul potere marittimo*, cit.; F. Gniffetti, *Considerazioni sul potere marittimo*, in *ivi*, settembre 1979; G. Giorgerini, *Aspetti attuali del potere marittimo. Contributo alla formazione dell'ufficiale di Marina*, in *Rivista marittima*, agosto-settembre 1990; R. Nassigh, *Gli obiettivi del potere marittimo*, in *ivi*, marzo 1993. A.T. Mahan, *The Influence of Sea Power Upon History, 1660-1783*, 2010; G. Till, *Sea Power: A guide for the Twenty-First Century*, London, 2018; H.J. Kearsley, *Il potere marittimo ed il XXI secolo*, Roma, 2001, nonché W.O. Stevens, A. Westcott, *A History of Sea Power*, New York, 1920. Sugli aspetti geopolitici della marittimità si vedano C. Jean, *La riscoperta della geopolitica*, in *Rivista Marittima*, novembre 1992 e A. Flamigni, *A proposito di geopolitica*, in *ivi*, aprile 1993.

³⁴ C. Schmitt, *Terra e mare. Una riflessione sulla storia del mondo*, trad. it a cura di G. Gurisatti, Milano, 2002, nonché a F. Ruschi, *Questioni di spazio. La terra, il mare, il diritto secondo Carl Schmitt*, Torino, 2012.

³⁵ Sostanzialmente sopraffatto dalle due componenti esogene rappresentate, in primo luogo, dal sopravanzare del diritto sovranazionale, sia esso internazionale o di derivazione europea, e in secondo luogo dal progresso della tecnologia e dei fenomeni economico-finanziari trans-nazionali del mercato. Su tali aspetti, nella necessaria economia del presente contributo, e nella consapevolezza di un limite di trattazione per un tema così vasto, si vedano le elaborazioni di N. Irti, *Norma e luoghi, problemi di geodiritto*, Bari, 2006. Ugualmente, appaiono fondamentali le considerazioni di H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, Milano, 1978, laddove rimarca proprio la funzione degli obblighi interazionali quale grimaldello che consente di abbattere la «impenetrabilità» dei confini istituzionali dello Stato. Sullo stesso argomento, si vedano anche T. Martines, G. Silvestri, *Fortuna e declino dei concetti di sovranità e di autonomia*, in *Economia Istituzioni Territorio*, 1990, 1, 7 ss.; Id., *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 1, 3 ss.; S. Ortino, *Il nuovo Nomos della Terra. Profili storici e sistematici dei nessi tra innovazioni tecnologiche, ordinamento spaziale, forma politica*, Bologna, 1999; S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Bari, 2003, Id., *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Bologna, 2016; L. Ronchetti, *Il Nomos infranto:*

zione di permanenza delle prerogative sovrane degli Stati, iniziando a sconfessare con vigore la grande statuizione dogmatico-giuridica di derivazione groziana sui mari quali *res quae occupari non possunt*³⁶.

In questo modo, la territorializzazione marittima, calata nello strumento tipico della pianificazione amministrativa e della regolazione delle attività economiche (icasticamente già definita «la madre di tutte le funzioni³⁷»), si pone ideologicamente nella stessa linea evolutiva della scienza giuridica, che proprio *dal* mare (e dalla sua naturale vocazione di facilitare l'incontro tra culture e ordinamenti diversi) ha elaborato le maggiori 'novità' concettuali introdotte dai rappor-

globalizzazione e Costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici, Napoli, 2007, Id., *Il nomos della deterritorializzazione*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, 99 ss.; M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati, globalizzazione*, Bologna, 2008; A. Di Martino, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, 2010; A. Carrino, *Il problema della sovranità nell'età della globalizzazione. Da Kelsen allo Stato-mercato*, Roma, 2014; C. Salazar, *Territorio, confini, "spazio": coordinate per una mappatura essenziale*, in *Rivista AIC*, 2017, 3, 2 ss.; G. Scaccia, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivista AIC*, 2017, 3, 25 ss. nonché M. Clarich, *Istituzioni, nuove tecnologie, sviluppo economico*, Napoli, 2017.

³⁶ Per approfondimenti sull'apprensione dimensionale marittima, oltre all'elaborazione sistematica della voce di A Scialoja, *Mare* (voce), in *Nuovo Dig. It.*, Vol. VIII, Torino, 1939, si veda anche T.W. Fulton, *The sovereignty of the Sea. An historical account of the claims of England to the dominium of the British seas and of the evolution of the territorial waters; with special reference to the rights of fishing and the naval salute*, Edinburgh, 1911 (ristampa anastatica del 2010, Clark) nonché G. Cataldo, *Il mare "conteso". Lo sfruttamento del fondale a fini energetici tra Stato e Regioni. Profili costituzionali*, Bari, 2020.

³⁷ Così G. Corso, M. De Benedetto, N. Rangone, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Bologna, 2022, spec. 30, laddove, tra le fonti della regolazione, assumono un decisivo rilievo gli atti di pianificazione energetico-economico-ambientale. Nella necessaria economia del presente contributo, sulle dinamiche evolutive del ruolo dei pubblici poteri nella regolazione dei rapporti economici, si vedano *ex multis* a S. Amorosino, "Neoprogrammazioni" pubbliche o private e mercati in trasformazione, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, 2022, 4s, 46 ss., Id., *La regolazione pubblica delle attività economiche*, Torino, 2021; F. Bassanini, *Lo Stato promotore: come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, 2021; G.F. Ferrari, *Il diritto pubblico dell'economia: oggetto, modelli ed evoluzione storica*, in Id. (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Milano 2019; F. De Leonardi, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Dir. econ.*, 2018, 3, 697 ss.; G. di Plinio, *Nuove mappe del caos. Lo Stato e la costituzione economica della crisi globale*, in G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari, *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Torino, 2012; F. Merusi, *Variazioni su crisi economica e regolazione*, in *Dir. econ.*, 2010, 4, 623 ss.; M. Giusti, *Gli ambiti dello studio giuridico dell'economia*, in M. Giusti, E. Bani (a cura di), *Complementi di Diritto dell'economia*, Padova, 2008; M. Ramajoli, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 121 ss.; L. Giani, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; M. Libertini, *Le riforme del diritto dell'economia, regolazione e concorrenza*, in *Gior. dir. amm.*, 2002, 805 ss.; G. Palma, *Economia pubblica e programmazione*, Napoli, 1980. Sul significato del termine "funzione", come nozione di teoria generale del diritto, si vedano le elaborazioni di F. Modugno, *Funzione* (voce), in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 301 ss. nonché F. Benvenuti, *Funzione (I teoria generale)* (voce), in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989. Sulla nozione di "funzione pubblica" quelle di G. Miele, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. giur.*, 1933, spec. 193; S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Padova, 1937, 143 ss.; con riguardo alla specifica nozione di "funzione amministrativa" F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, spec. 122; M.S. Giannini, *In principio sono le funzioni*, in *Amministrazione civile*, 1957, 1, 11 ss.; F. Grelle, *Munus publicum. Terminologia e sistematiche*, in *Labeo*, 1961, 7, 308 ss.; S. Cassese (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo*, II ed. Vol. II, Milano, 2003; M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2005; M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008.

ti marittimi, dal quale sono germogliate alcune delle maggiori innovazioni e *fictiones* della scienza giuridica.

Si pensi al diritto internazionale che ha trovato una delle sue prime e autorevoli collocazioni sistematiche proprio nella marittimità del *De iure praedae* di Ugo Grozio³⁸, oppure la stessa qualificazione giuridica della nave come *res connexa* di derivazione romanistica, ponendosi quale primordiale esempio di astrazione di una autonoma personalità giuridica³⁹, o ancora al principio della bandiera che oltre a estendere la sovranità e la legge dello Stato nel regolare i fatti interni la comunità navale (a prescindere da dove questa transiti o ormeggi⁴⁰) ne determina anche l'autonoma 'nazionalità' (che può così divergere da quella dell'armatore⁴¹)

³⁸ Sul punto, oltre alla classica elaborazione groziana del *mare liberum*, si veda, F. Sanfelice di Monteforte, *Guerra e Mare. Conflitti, politica e diritto marittimo*, Milano, 2015, laddove il diritto internazionale, specie quello marittimo, è frutto della volontà di regolare i contenziosi tra Stati, le situazioni che potrebbero portare a una guerra e, infine, le modalità di quest'ultima, in modo da evitare che questa raggiunga livelli di violenza senza limiti, tali da generare l'odio imperituro tra i popoli, nonché T. Scovazzi, *Elementi di diritto internazionale del mare*, Milano, 2002, 65 ss. e la voce sistematica di G. Cataldi, *Mare (dir. int.)* (voce), in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, 3587 ss.

³⁹ In questo senso, nonostante l'inquadramento giuridico formale della nave come "bene mobile registrato", questa configura in realtà una *res connexa*, come bene complesso, perché formata da un insieme di parti costitutive, oltre a pertinenze e accessori di più disparata natura e identità, tutti funzionalizzati all'esercizio della funzione di navigazione unitariamente intesa, con la conseguenza che un'eventuale sostituzione delle singole sotto-parti non altera l'identità della nave in quanto tale. La proprietà della nave, oltretutto, è divisa in quote, denominate *caratì*, pari ad un ventiquattresimo del totale. Su tali aspetti, si rinvia alle voci sistematiche di D. Gaeta, *Nave (dir. nav.)* (voce), in *Enc. dir.*, Vol. XXVII, Milano, 1977, spec. 646, U. Leanza, *Navi private* (diritto internazionale) (voce), in *Nuovissimo Dig. It.*, Appendice, V, Torino, 1984, 182; G. Righetti, *Nave* (voce), in *Dig. Comm.*, Vol. X, Torino, 1994, 154 ss.; G. Conetti, *Nave ed aeromobile nel diritto internazionale privato* (voce), in *ivi*, 186 ss., M. Carretta, *Nave* (voce), in *Trattato breve di diritto marittimo* a cura di A. Antonini, Vol. I, Milano, 2007, 299 ss., nonché alle elaborazioni di M. Grigoli, *La nave nella giurisprudenza*, Padova, 1974; U. Leanza, *Sulla nozione di nave nel diritto internazionale pubblico*, in Studi in onore di M.L. Corbino, Milano 1999, 171 ss. Sui profili della personalità giuridica nel diritto romano si veda R. Orestano, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, Torino, 1968; G. Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali esposta con speciale considerazione del diritto moderno italiano*. Vol. I. Parte generale, Firenze, 1913 nonché B. Biondi, *Il diritto romano*, Bologna, 1957. Sulle nozioni di teoria generale, si rinvia a F. Messineo, *Per l'individuazione del soggetto collettivo non personificato*, in *Arch. giur.*, 1952, 3 ss.; S. Pugliatti, *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, in *Id.*, *Diritto civile*, Milano, 1951, 395 ss.; F. Galgano, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, 553 ss., nonché *Id.*, "Pubblico" e "privato" nella qualificazione della persona giuridica, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 277 ss.

⁴⁰ Si veda in tal senso l'art. 4 Cod. nav., laddove prescrive per le navi e aeromobili italiani in luogo o spazio non soggetti alla sovranità di alcuno Stato «sono considerati come territorio italiano», così come l'art. 5 sulla legge regolatrice degli atti e fatti compiuti a bordo di navi e di aeromobili in navigazione in luogo o spazio soggetto alla sovranità di uno Stato estero, laddove prescrive che questi siano regolati dalla legge nazionale della nave o dell'aeromobile in tutti i casi nei quali, secondo le disposizioni sull'applicazione delle leggi in generale, dovrebbe applicarsi la legge del luogo dove l'atto è compiuto o il fatto è avvenuto. Per approfondimenti, si rinvia *ex multis* a S.M. Carbone, *Legge della bandiera e ordinamento italiano*, Milano, 1970 nonché a S.M. Carbone, L. Schiano di Pepe, *Conflitti di sovranità e di legge nei traffici marittimi tra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010.

⁴¹ Principio affermato dalla storica decisione della Corte Permanente di Arbitrato dell'Aja del 1905. Sul punto, per le conseguenze del principio e sulle "bandiera ombra" cfr. F. Sanfelice di Monteforte, *Guerra e Mare*, cit., spec. 84.

o ancora si pensi al paradigmatico caso *gamberetti-tartarughe*⁴² e l'affermazione dei principi di diritto amministrativo sul piano internazionale.

In questo senso, la progressiva alterità e compenetrazione che il diritto amministrativo sta assumendo su quello marittimo e della navigazione⁴³ nella regolazione delle relative attività economiche, con l'apparente contaminazione di elementi allogeni e interdisciplinari rispetto ai temi più inclini all'ortodossia di questo settore disciplinare⁴⁴, conferma al contrario, e ancora una volta, la fon-

⁴² Ovvero la controversia del 1997 insorta tra India, Malesia e Thailandia avverso il divieto imposto dagli Stati Uniti all'importazione di gamberetti e derivati, introdotto a protezione di alcune specie di tartarughe marine poste in pericolo dall'utilizzo di alcuni metodi di pesca particolarmente invasivi. Sul punto, nella necessaria economia di questo contributo, si rinvia *ex multis* a S. Cassese, *Gamberetti, tartarughe e procedure. Standards globali per i diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 3, 657 ss.

⁴³ Fenomeno certo non nuovo, già attenzionato dalla dottrina che, con particolare riferimento alla tutela ambientale, ha rilevato la prorompente emersione di nuovi valori nel contesto sociale in ragione dell'interesse della collettività alla salubrità dell'ambiente e al mantenimento delle condizioni di fruibilità generale dei beni ambientali, che si è concretata in una incisiva politica di tutela ambientale attinente la realtà nautica. Sul punto si veda M. Grigoli, *Profili del nuovo volto del diritto della navigazione*, in *Giust. Civ.*, 1996, 2, spec. 263. Analoghe le considerazioni sui "diritti speciali" nei rapporti fra diritto commerciale, diritto marittimo e diritto comune, di T. Ascarelli, *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 1934, 32, 1 s., laddove rileva che le norme di diritto privato si trovano accanto a quelle di diritto amministrativo, processuale e penale, costituendo quell'insieme di norme «così diverse nel loro carattere formale, che sorge, nella sua unità, il diritto speciale». Inoltre, come già evidenziato in altri miei studi, l'inevitabile natura composita del diritto marittimo e della navigazione, dove l'impronta pubblicistica contraddistingue ormai l'intero sistema, è bene rappresentata dalle considerazioni di Dante Gaeta, che ha già nel 1963 rilevava come «In senso ampio è diritto della navigazione tutto il complesso delle norme giuridiche che regolano la materia della navigazione (marittima, interna ed aerea). Sotto questo punto di vista è di diritto della navigazione non soltanto la norma dettata espressamente per disciplinare la materia della navigazione, ma anche la norma di diritto comune (privato o pubblico) che, emanata per tutti i rapporti in genere, si applica alla materia della navigazione quando difetti una norma speciale per i rapporti occasionati dalla navigazione stessa. In senso stretto e più proprio, invece, è diritto della navigazione solo il complesso delle norme che regolano direttamente e particolarmente la materia della navigazione. Ora quando si parla di diritto della navigazione, s'intende alludere soltanto a quel complesso di norme che sono emanate appositamente per la materia della navigazione e che normalmente mirano a regolare in un dato modo, diverso dal regolamento degli altri interessi, gli interessi ricollegati all'attività di navigazione». Nella sua accezione ampia, lo stesso Autore rileva in riferimento alle varie disposizioni del codice della navigazione che «dobbiamo constatare che rientrano nella materia di navigazione le contravvenzioni previste dal codice della navigazione (art. 1238), la materia disciplinare (artt. 1249 e 1250) e la materia relativa alle zone portuali, all'ordinamento dei porti e approdi, alla organizzazione amministrativa, alla previdenza e all'assistenza del personale, al regime amministrativo della navi e alle modalità d'intervento dello Stato nella costruzione di esse, alle concessioni e autorizzazioni relative a servizi di trasporto, di rimorchio e di traino, alla polizia della navigazione (art. 1330)». Per approfondimenti, oltre a D. Gaeta, *Nozione, oggetto e caratteri del diritto della navigazione*, in *Riv. dir. nav.* 1963, I, 114 ss. e G. Pericu, *L'intervento dello Stato nel settore della marina mercantile (armamento e cantieristica)*, in F. Merusi (a cura di), *Legislazione economica italiana dalla fine della guerra al primo programma economico*, Milano, 1974, nella necessaria economia del presente contributo, sia consentito rinvia alle ulteriori considerazioni già formulate nel mio *L'ordinamento amministrativo-funzionale dei porti verdi*, cit. e ai riferimenti bibliografici ivi richiamati.

⁴⁴ Come quelli attinenti all'ordinamento amministrativo della marina mercantile, dei porti e delle autorità di sistema portuale, dell'organizzazione del personale addetto alla navigazione marittima e delle concessioni demaniali marittime. Sul punto, gli esempi di trattazione pura del tema nell'ambito pubblicistico del diritto marittimo sono abbastanza datati. Si vedano, in tal senso, C. Bruno, *Diritto marittimo amministrativo*, Roux e Viarengo, 1900; D. Maiorana *Navigazione*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* a cura

damentale attualità e rilevanza dell'insegnamento di Francesco Carnelutti perché rappresenta uno degli episodi più efficaci per dimostrare che, alle volte, «bisogna uscire dal diritto per capire il diritto⁴⁵».

Infatti, anche a livello metodologico, l'opportunità e la rilevanza di uno sconfinamento solo apparentemente meta-giuridico sulle implicazioni della territorializzazione marittima e del potere marittimo negli strumenti di pianificazione e gestione degli spazi marittimi⁴⁶, funzionalmente preposte alla tutela degli interessi nazionali in una cornice di cooperazione transfrontaliera, trovano una conferma scientificamente rilevante (e ancora attuale) nella posizione anti-segregazionista di Riccardo Orestano⁴⁷, perché gli interessi nazionali che gli Stati proiettano e proteggono *sul* mare coinvolgono e abbracciano una serie di ambiti e prerogative di natura prettamente pubblicistica⁴⁸.

di V.E. Orlando, 1914, Vol. 7.2. e la ricostruzione istituzionale di F. Carfi, *Lezioni di diritto Marittimo Amministrativo*, Livorno, 1968.

⁴⁵ F. Carnelutti, *L'antinomia del diritto naturale*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, spec. 516. Con lo stesso approccio metodologico si vedano anche W. Cesarini Sforza, *Il progresso nella scienza del diritto*, in *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto*, I, *Filosofia e teoria generale*, Milano, 1967, spec. 133, laddove evidenzia per lo studioso che analizza una problematica, l'esigenza di scandagliare, adottando i criteri e gli strumenti propri delle varie scienze, di cui il diritto è solo una di esse, capace, nella sua funzione verificatoria, di proporsi rispetto all'oggetto di indagine come sua significativa "esperienza", nonché M.S. Giannini, *Futurologia e diritto*, in *Futuribili*, 1971, 16 ss., laddove sottolinea l'eventualità inversa, ovvero che sia il giurista, incalzato da sollecitazioni "esterne", a sollecitare a sua volta con il proprio operato l'attenzione di sociologi, economisti e politologi, perché questi temi siano affrontati con maggiore decisione, considerando anche che lo studio futurologico del diritto passa per quello degli istituti giuridici e questo non può prescindere da una prospettiva interdisciplinare.

⁴⁶ Come ha osservato già Giuseppe Abbamonte (*op. cit.*) l'impegno per la pianificazione territoriale è interdisciplinare e le motivazioni sono composite, andandosi dalle istanze costituzionali alle esigenze tecniche, alle dimensioni che debbono di volta in volta assumere i singoli piani, se si vuole che essi abbiano incidenza reale nella vita delle comunità.

⁴⁷ Cfr. R. Orestano, *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, spec. 186, laddove rileva che l'innovazione sollecita lo studioso a quell'approccio fatto di "sconfinamenti" in aree del sapere diverse da quelle familiari. Analogamente, Id., *Il «metabolismo» dei giuristi*, in *Foro it.*, 1981, 4, spec. 84, laddove rimarca l'importanza che i giuristi dismettano il loro abito mentale "segregazionista", perché «non vi è aspetto, di qualunque fenomenologia, che possa essere considerato privativa di taluno, con esclusione di altri. Nel quadro di questa problematica, vi è anche la necessità che il giurista, per i suoi fini – e senza che abbia a suonare scandalo od offesa per giuristi e non giuristi – proceda, ove non li trovi già pronti da qualche parte, ad adattare gli strumenti di cui disponga o a fabbricarli, da sé, come può, per muoversi oltre le "frontiere" tradizionali, per esplorare territori a lui inconsueti, per coglierli quanto ritiene utile alle sue costruzioni. Altri li giudicherà rozzi, rispetto a quelli affinati e lucidati dall'uso di secoli, oppure imperfetti o non rispondenti ai canoni di una astratta "teoria della conoscenza". L'importante, per il giurista, è che servano a lui». La necessaria economia del presente contributo non consente i necessari approfondimenti sul problema del metodo giuridico e della scienza del diritto. Nella consapevolezza di un tale limite, si rinvia in termini generali alle posizioni di N. Bobbio, *Metodo* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. X, 602 ss.; Id., *Scienza e tecnica del diritto*, Torino, 1934; G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, Roma, 1937; F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940; F. Todescan, *Metodi e ideologie della scienza giuridica: appunti dalle lezioni*, Pescara, 1979; H. Kelsen, *Scienza giuridica e diritto*, a cura di Federico Lijoi, Torino, 2008, nonché G. Rossi, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca dei concetti giuridici elementari*, in *Quaderns de Derecho Público*, 2004, 21.

⁴⁸ Sempre Dante Gaeta rileva che «Sono tanti e tanti gli interessi pubblici che si manifestano nell'attività navigatoria, che lo Stato non può fare a meno di intervenire per proteggerli, per assicurarne la soddisfazione e per anteporli agli interessi privati: fondamentali sono l'interesse della Nazione allo sviluppo della marina mer-

Pertanto, poiché è già stato dimostrato come la formazione di un piano sia sempre «attività di natura interdisciplinare che ha motivazioni tecniche e politiche⁴⁹», dalla comprensione dei diversi rapporti di forza tra gli Stati rivieraschi, dei risvolti geopolitici della marittimità e delle molteplici implicazioni sulle possibili modalità di sfruttamento energetico marino, deriva una nuova e maggiore consapevolezza dello spirito normativo contemporaneo, che dalla direttiva 2014/89 istitutiva di un quadro comune europeo per la pianificazione dello spazio marittimo (adottata proprio per pervenire a una gestione efficace delle attività marittime e all'utilizzo sostenibile delle risorse marine attraverso un approccio ecosistemico⁵⁰), si riflette giocoforza sugli strumenti giuridici e sulle procedure necessarie e propedeutiche all'organizzazione amministrativa dello spazio marino, alla zonizzazione marittima delle diverse destinazioni d'uso insediabili in mare e all'istituzione delle zone economiche esclusive⁵¹.

Infatti, per i pubblici poteri, l'attività di pianificazione ha costituito da sempre una delle tecniche fondamentali di azione che si è posta in stretta correlazione con la programmazione economica, per determinare e scandire nel tempo e nello spazio i diversi interventi propedeutici alla realizzazione degli obiettivi pub-

cantile e dell'aviazione civile e l'interesse al sicuro e ordinato svolgimento della navigazione. La subordinazione dell'interesse privato all'interesse pubblico è certamente un fenomeno ormai comune a tutto il campo del diritto ed è il motivo ispiratore della nostra Costituzione, ma essa nel diritto della navigazione si manifesta con il segno della tradizione romanistica del Digesto (*ad summam reipublicae navium exercitio pertinet*: D.14.1.1.20), donde la funzione pionieristica assoluta dal nostro diritto, e con la caratteristica dell'espansione a quasi tutto il campo dallo stesso diritto regolato» cfr. D. Gaeta, *Aspetti pubblicistici del diritto della navigazione*, in *Trasporti*, n. 28, 1982, spec. 38. Cfr. altresì L. Alesii, *L'evoluzione del regime giuridico dei beni pubblici connessi alla navigazione*, in A. Xerri Salamone (a cura di), *Profili di diritto della navigazione*, Napoli, 2003; L. Acquarone, *Aspetti pubblicistici della disciplina delle imprese portuali*, in *Riv. dir. nav.*, 1967, I, 3 ss.

⁴⁹ Tema non nuovo per la dottrina, laddove l'attività di programmazione e pianificazione diviene un preciso «metodo di azione» che è stato oggetto di studio da parte di una specifica disciplina, la «planologia», che si occupa proprio della definizione e dell'elaborazione delle tecniche e degli strumenti di programmazione con un approccio multidisciplinare. In questo senso, si veda la ricostruzione di Giuseppe Abbamonte, (*op. cit.*), laddove le espressioni tecnica e politica devono essere intese in senso molto ampio: nella tecnica si include l'utilizzazione di tutto quanto si sa nei vari settori degli interessi umani e dei beni che possono soddisfare i bisogni, mentre la motivazione politica determina le risposte alle varie istanze, che non sono valutabili secondo specifiche regole ma, piuttosto, involgono principi e indirizzi.

⁵⁰ Come è noto, nel 2021 la Commissione ha pubblicato degli orientamenti per l'attuazione di un approccio ecosistemico nella pianificazione dello spazio marittimo, dal titolo *Guidelines for implementing an ecosystem-based approach in maritime spatial planning*, consultabili su <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a8ee2988-4693-11ec-89db-01aa75ed71a1>.

⁵¹ Che nell'ordinamento giuridico italiano trova il suo referente normativo nella legge 14 giugno 2021, n. 91. Sul punto, cfr. più diffusamente *infra*, par. 4 nonché C. Telesca, *Pianificazione dello spazio marittimo: stato dell'arte e prospettive evolutive*, in *Riv. dir. nav.*, 2022, I, 13 ss. A. Zervaki, *Introducing maritime spatial planning legislation in the EU: fishing in troubled waters?*, in *Maritime Safety and Security Law Journal*, 2015, I, 95 ss. nonché G. Tellarini, *I più recenti interventi comunitari nell'ambito dello sviluppo della politica marittima integrata dell'Unione europea*, in *Italian maritime journal*, 2014, 2, 2 ss.

blici⁵², fino quasi a sovrapporsi, non senza incertezze, con la funzione generale di governo del territorio⁵³.

3. *Gli effetti della territorializzazione marittima sugli usi pubblici del mare*

La comprensione delle conseguenze derivanti dai diversi rapporti di forza tra gli Stati rivieraschi, dei risvolti geopolitici della marittimità e delle molteplici implicazioni sulle possibili modalità alternative di tutela degli interessi energetico-nazionali *sul* mare, trova un suo riflesso evidente negli strumenti giuridici di attuazione delle politiche marittime, oltre che nei procedimenti amministrativi

⁵² In questo senso, riprendendo l'insegnamento di Giannini sulla storicità delle pianificazioni, «la fissazione degli obiettivi, la provvista delle risorse necessarie, l'approvvigionamento dei mezzi hanno costituito oggetto di deliberazioni degli uffici reggenti, quindi di pianificazioni, se si vuole primitive e rudimentali, ma pur sempre pianificazioni in quanto attività di durata proiettate nel futuro, con ordinate spazio-temporali, oggetti ed obiettivi. Ciò che difetta è la tecnica pianificatoria e il documento di sintesi da qualificare come piano». Sul punto, si rinvia a M.S. Giannini, *Pianificazione* (voce), in *Enc. Dir.*, Vol. XXXIII, 1983, nonché a F.G. Scoca, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1981, 1376, laddove rileva come all'atto di programmazione spetti la fissazione di una scala di priorità e la individuazione e una prima ponderazione degli interessi in gioco. In termini più generali, sulla funzione pianificatoria e organizzatrice dei poteri pubblici, all'elaborazione di teoria generale di G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968 di M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1966 nonché di V. Bachelet, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. Cost.*, 1961, 904 ss.

⁵³ Le possibili declinazioni dei piani di governo e di assetto del territorio, rubricati nella denominazione generale di strumenti urbanistici, hanno progressivamente assunto la nomenclatura più disparata a seconda dell'interesse pubblico posto a specifica salvaguardia dell'assetto generale del territorio, dai piani di coordinamento ai piani di assetto, ai piani settoriali di intervento, ponendosi come una conferma specifica della necessaria attenzione interdisciplinare per la pianificazione territoriale, oscillando tra parte normativa e esigenze tecniche, per disciplinare le funzioni insediabili e il dimensionamento delle possibili attività. Sui molteplici limiti dell'attività di pianificazione, già ampiamente evidenziati dalla dottrina, senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia ai rilievi di G. Mengoli, *Sui limiti del potere di pianificazione urbanistica*, in *Riv. giur. edil.*, 1983, spec. 316; V. Cerulli Irelli, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 389 ss.; P. Urbani, *Urbanistica, tutela del paesaggio e interessi differenziati*, in *Le Regioni*, 1986, 665 ss.; E. Cardi, *La ponderazione degli interessi pubblici nella pianificazione urbanistica*, in *Foro Amm.*, 1989, 864 ss. L'economia del presente contributo non consente ulteriori dissertazione sulla notoria crisi della pianificazione urbanistica, troppo rigida e statica rispetto al dinamismo delle esigenze collettive delle popolazioni interessate. Nella consapevolezza di tale limite, sulla crisi del sistema della pianificazione, si rinvia *ex multis* a A. Angiuli, *Il governo comunale del territorio alla ricerca di "sistema"*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, II, Napoli, 2013, 991 ss.; P. Stella Richter, *La fine del piano e del suo mito*, in *Riv. giur. urb.*, 2017, 3; nonché M.G. Della Scala, *Lo sviluppo urbano sostenibile e gli strumenti del governo territoriale tra prospettive di coesione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. Amm.*, 2018, 4, 787. Infine, come già rilevato in altri studi, per quanto essa sia accessoria o complementare, l'urbanistica sembra comunque mantenere una certa centralità, perché costituisce il terminale necessario di una serie di misure che vedono il territorio quale principale destinatario. Sicché, se è vero che, come insegnato da Giannini, «non c'è settore della vita pubblica che non abbia un riflesso urbanistico», appare allora fisiologico che i relativi interventi debbano confluire nella dimensione «spazio-temporale» cristallizzata dalla pianificazione territoriale. Sul punto, oltre a M.S. Giannini, *Relazione*, (Atti del Convegno, Perugia, 9-10 ottobre 1971), in *Urbanistica e regioni*, 1971, 24, si rinvia a G.M. Caruso, G. Befani, *L'urbanistica e lo spopolamento in Italia*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2020, 2, 347 ss.

necessari e propedeutici a realizzare e consentire l'effettivo godimento delle utilità energetiche ricavabili *dal* mare.

Infatti, il progressivo incremento della “domanda di spazio marittimo” per gli usi economici più disparati, come l'installazione di piattaforme *offshore* per la produzione di energia rinnovabile, l'estrazione di materie prime critiche e la prospezione dei fondali per sfruttamento di idrocarburi, hanno determinato l'esigenza di favorire e regolamentare la coesistenza pacifica e sostenibile degli usi del mare e, ove opportuno, un'ideale ripartizione dello spazio marittimo tra i possibili usi rivali e confliggenti⁵⁴, richiedendo una strategia integrata di pianificazione e di gestione cooperativa delle diverse attività nel tempo e, soprattutto, nello spazio.

In questo senso, le conseguenze giuridiche derivanti dalla territorializzazione marittima, se da un lato consentono di ritenere definitivamente superata l'originaria metodologia della “gittata della palla di cannone⁵⁵” come parametro di misurazione *ubi finitur vis armorum* della possibilità di controllo statale del mare antistante la costa⁵⁶, dall'altro celano il rischio di scardinare il suo stesso presupposto ideologico, ovvero non più solo la protezione della costa da minacce esterne (militari, commerciali e ambientali), quanto la ritrovata pretesa di espansione territoriale a danno della libertà dei mari, con l'antico principio del *mare liberum* di derivazione groziana che cede il passo a un ritrovato *mare clausum*⁵⁷ il quale, come si vedrà, oltre a prefigurare una proliferazione dei conflitti di sovranità tra Stati⁵⁸, estende a una diversa dimensione giuridica il concetto apparentemente ossimorico di “territorio marittimo”.

Più nello specifico, la dimensione amministrativa delle funzioni di pianificazione dello spazio marino manifesta delle evidenti complessità nel Mediterraneo,

⁵⁴ Come è il trasporto marittimo e la pesca, la conservazione degli ecosistemi e della biodiversità, la promozione del turismo, gli impianti di acquacoltura, la tutela del paesaggio e del patrimonio culturale sottomarino, assieme alle considerevoli pressioni antropiche sugli ecosistemi marini e sulle risorse ittiche.

⁵⁵ Come già evidenziato in dottrina, il superamento degli inconvenienti pratici legati all'accertamento della distanza effettivamente coperta dalla gittata dei cannoni è merito dell'elaborazione di Ferdinando Galiani nella sua opera del 1782 *De' doveri dei principi neutrali verso i principi guerreggianti, e di questi verso neutrali libri due*. Sul punto, oltre a T. Scovazzi, *Mare nel diritto internazionale pubblico*, cit., si vedano le considerazioni di G. Cataldi, *Il passaggio delle navi straniere nel mare territoriale*, Milano, 1990.

⁵⁶ M. Maresca (a cura di), *Lo spazio mediterraneo della mobilità. Assetti organizzativi, concorrenza e regolazione delle infrastrutture strategiche*, Udine, 2010.

⁵⁷ Come è noto, in contrapposizione alla posizione groziana del *mare liberum*, la coeva teoria del *mare clausum* risale all'opera di John Selden, nel suo *Mare clausum seu de dominio maris libri duo*, pubblicato a Londra nel 1635.

⁵⁸ Come anticipato, il rapporto giuridico dello Stato *sul* mare, si può sintetizzare come la facoltà di disporre del territorio marittimo (l'antico *ius utendi at abutendi*) così come nella pretesa di escludere ogni altro soggetto da qualsiasi esercizio di potere sul medesimo (l'antico *ius excludendi alios*). Tali aspetti sono già stati evidenziati in dottrina, specie da Umberto Leanza, nel suo *Il nuovo diritto del mare e la sua applicazione nel Mediterraneo*, Torino, 1993, spec. 361, laddove prospetta che la possibile istituzione della zone economiche esclusive da parte di tutti gli stati costieri comporterebbe la scomparsa della porzione dell'alto mare causando una modifica dello stato giuridico del Mediterraneo finora esistente.

laddove la territorializzazione marittima, nell'interessare la propagazione della sovranità statale sulla ulteriore porzione di mare rispetto al mare territoriale, rappresenta la manifestazione giuridica di quel potere marittimo che, da una dimensione prettamente politica, complice il continuo progresso evolutivo delle tecnologie e l'attrattività economica delle attività estrattive dei fondali, ha reso possibile e strategicamente opportuno lo sfruttamento delle utilità marittime situate oltre le dodici miglia dalla costa, portando in avanti il fenomeno dell'estensione del dominio dello Stato, prima sulla piattaforma continentale, e successivamente anche alle zone economiche esclusive, già oggetto di apposita regolamentazione pattizia dalla Convenzione di Montego Bay⁵⁹, volta a regolare anche la titolarità delle risorse minerarie dei fondali marini⁶⁰.

⁵⁹ Come è noto, la zona economica esclusiva è un istituto che negli anni recenti si è andato sovrapponendo a quello della piattaforma continentale, riconoscendo allo Stato costiero il controllo esclusivo su tutte le risorse economiche della zona, sia biologiche sia minerali, per un'estensione massima di 200 miglia marine, un limite calcolato a partire dalla linea di base del mare territoriale. L'articolo 74 della citata Convenzione prevede, anche in questo caso, che alla delimitazione di tale zona tra Stati frontalieri o contigui si proceda sulla base di accordi tra gli Stati stessi. Il problema della sovrapposizione non è certamente nuovo in dottrina, per i maggiori contributi della quale si rinvia a G. Cansacchi, *L'occupazione dei mari costieri. Critica di una dottrina del diritto internazionale*, Torino, 1936; F. Florio, *Il mare territoriale e la sua delimitazione*, Milano, 1947; M. Giuliano, *Diritti e obblighi degli Stati*, Vol. I, *L'Ambiente e l'attività degli Stati*, Padova, 1956, nonché a B. Conforti, *Il regime giuridico dei mari*, cit.

⁶⁰ L'art. 78 della Convenzione, in particolare, stabilisce la libertà per tutti gli Stati costieri di utilizzare le acque e lo spazio atmosferico sovrastante anche oltre il mare territoriale essi hanno il diritto esclusivo di sfruttare tutte le risorse della piattaforma, intesa, ai sensi dell'art. 77, come quella parte del suolo marino contiguo alle coste che costituisce il naturale prolungamento delle terre emerse e che si mantiene ad una profondità costante prima di sprofondare negli abissi. Tuttavia, ai sensi dell'art. 77, par. 3, il diritto sulla piattaforma è "funzionale" al solo controllo e sfruttamento delle risorse. Quanto alla Zona economica esclusiva, gli art. 55 e ss. della Convenzione stabiliscono che questa può estendersi fino a 200 miglia marine, e l'istituzione comporta per lo Stato costiero il controllo esclusivo su tutte le risorse economiche della zona, siano esse biologiche o minerali. Ad ogni modo, per bilanciare gli effetti pregiudizievoli per quegli Stati che non hanno accesso al mare, o che hanno un accesso svantaggiato per condizioni geografiche, gli art. 69 e 70 della Convenzione prevedono per tali Stati il "diritto" a partecipare su basi eque allo sfruttamento di una parte "appropriata" delle risorse biologiche eccedentarie, previo accordo con gli Stati costieri, e senza nulla specificare sulle risorse minerarie. Cfr. sul punto M. Roiatti, *Strategia europea di sfruttamento energetico dell'oceano Atlantico*, in *Gnosis*, 2016, 1, 42 ss.; F. Martini, *Mare territoriale e nuovi interessi energetici*, cit.; D. Attard, *The Exclusive Economic Zone in International Law*, Oxford, 1987; S. Rosenne, *Exploitation and Protection of the Exclusive Economic Zone and the Continental Shelf*, in *Yearbook of the AAA*, Vol. 54-55-56, 1986, 63 ss.; T. Treves (a cura di), *Lo sfruttamento dei fondali marini internazionali*, Milano, 1982; P. Mengozzi, *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, Milano, 1971; F. Di Leo, *Ammissibilità della rivendicazione di diritti reali degli Stati sulle risorse della piattaforma sottomarina*, in *Riv. ital. Dir. petrol.*, 1958, 144 ss.; Id., *Il diritto degli Stati sulla piattaforma marina nelle risoluzioni della Convenzione di Ginevra*, in *ivi*, 204 ss. Relativamente alle risorse dei fondi marini, oltre i limiti evidenziati, gli Stati costieri devono contemplare l'applicazione di un regime improntato all'idea di «patrimonio comune dell'umanità» espressa nella Risoluzione 17 dicembre 1970, n. 2749-XXV dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, denominata Dichiarazione dei principi disciplinanti il fondo del mare e degli oceani ed il loro sottosuolo, al di là dei limiti della giurisdizione nazionale. Cfr. al riguardo E.W. Zimmerman, *World Resources*, New York, 1951, spec. 445; nonché T. Treves, *Il diritto internazionale del mare e lo sfruttamento delle risorse*, in *Enciclopedia degli idrocarburi*, 495 ss. Sulla ricerca e sfruttamento di idrocarburi nel mare territoriale e nella piattaforma continentale, cfr. a riguardo G. Guglielmi, *Idrocarburi* (voce), in *Enc. Dir.*, Vol. XIX, 981 ss., spec. il n. 9 su ricerca e coltivazione di idrocarburi nel mare territoriale e nella piattaforma continentale. (*continental shelf*

In tale cornice, appare evidente l'impatto che la territorializzazione marittima assume sugli usi pubblici del mare, che tradizionalmente hanno rappresentato una categoria aperta, perché diretti al soddisfacimento di interessi e bisogni pubblico-sociali correlati *al* mare, che sono gradualmente emersi e attualizzati in parallelo dell'evoluzione storica e socioeconomica dello *Zeitgeist*, da bilanciare e ponderare con le prerogative pubblicistiche di difesa nazionale e protezione dei confini, di sicurezza della navigazione e di polizia doganale.

Infatti, rispetto ai classici usi pubblici del mare, corrispondenti alle attività storicamente in connessione diretta *con* il mare (pesca, navigazione, cantieristica), hanno trovato una progressiva sistemazione altri interessi economici all'utilizzo indiretto *del* mare per soddisfare esigenze collettive connesse al turismo e alla balneazione, all'industria e al commercio, alla pianificazione urbanistica delle coste, allo sfruttamento alternativo delle risorse biologiche, alla tutela e fruizione del paesaggio, dell'ambiente e del tempo libero (che, come si vedrà, rappresentano anche la c.d. "dimensione permanente" del demanio marittimo-portuale⁶¹) che per il momento hanno solo ampliato (e forse a dismisura) la valorizzazione del tema della promozione della concorrenza "interna" tra i titolari di concessioni demaniali marittime sulla terra-ferma⁶².

o *plateau continental*) spec. 994. Per la ricerca e coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi nel mare territoriale e piattaforma continentale si veda la l. italiana 21 luglio 1967, n. 613, che riconosce una particolare preminenza all'ENI. Per una disamina, invece, delle legislazioni petrolifere estere in chiave comparata, cfr. la relazione alla Camera dei Deputati dell'On. Dosi, alla legge 11 gennaio 1957, n. 6 e sia la relazione al disegno di legge sulla ricerca e la coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi sulla piattaforma continentale della l. 21 luglio 1967, n. 613. Cfr., inoltre, *Il regime delle risorse minerarie dei fondi marini internazionali: dalla Dichiarazione di principi del 1970, alla Convenzione sul diritto del mare del 1982, all'Accordo integrativo del 1994*, in T. Treves, *Fondi marini internazionali* (voce), in *Enc. Dir.*, aggiornamento, Vol. II, 1998, 347 ss. Cfr. da ultimo anche i rilievi di E. Sessa, *Sfruttamento minerario e tutela dell'ambiente marino: ricostruzione dei principi generali in materia di responsabilità degli Stati nella prassi internazionale recente*, in *Riv. giur. amb.*, 2012, 5, 535 ss.

⁶¹ Per una disamina delle varie tipologie di usi pubblici del mare, si rinvia all'elaborazione di M. Olivi, *Beni demaniali ad uso collettivo. Conferimento di funzioni e privatizzazione*, Padova, 2005; Id., *Profili evolutivi dei beni demaniali marittimi*, in *Dir. mar.*, 2004, 2, 363 ss. e di S. Avanzi, *Il nuovo demanio nel diritto civile, amministrativo, ambientale, comunitario, penale, tributario*, Milano, 2000, spec. 84 ss.

⁶² Tematica non certo nuova in dottrina. Nella necessaria economia del presente contributo, per approfondimenti sul noto problema del bilanciamento di tutela tra le esigenze di stabilità dei concessionari e la promozione della concorrenza nel settore delle concessioni demaniali marittime, si rinvia *ex multis* a M. Gnes *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi problemi, prospettive*, 2023; L. Vitulli, *La regolazione delle zone costiere: le concessioni demaniali marittime fra concorrenza e tutela ambientale*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2022, 1, 341 ss.; M.C. Girardi, *Concorrenza, demanio marittimo e tutela dei diritti tra frammentazione giuridica ed esigenze di bilanciamento. Riflessioni a partire dal disegno di legge per il mercato e la concorrenza*, in *Federalismi.it*, 2022, 15, 60 ss. S. Villamena, *Concessioni demaniali marittime e concorrenza. (Profili ricostruttivi e modalità operative)*, in G. Lami (a cura di), *Le concessioni demaniali marittime tra passato presente e futuro*, Padova, 2010, 85 ss.; C. Angelone, *Demanio marittimo ad uso turistico-ricreativo: concorso di più domande di concessione e diritto di insistenza*, in *Dir. tur.*, 2008, 283 ss.; F. Francario, *Se questa è nomofilachia. Il diritto amministrativo 2.0 secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, in giustizia insieme*, 28 gennaio 2022; M.A. Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle concessioni balneari alla luce delle sentenze nn 17 e 18 dell'Adunanza Plenaria*, in *Diritto e Società*, 2021, 3, 331 ss.

Come premesso, tuttavia, i nuovi scenari di transizione energetica e di valorizzazione dell'energia marittima, stanno delineando una diversa prospettiva di analisi degli usi pubblici del mare, offerta da una differente visione che muove dall'*interesse* (pubblico) al controllo dello spazio marino in funzione di difesa militare e ambientale, per approdare all'*uso* (pubblico) esclusivo della porzione spaziale, cioè una visione non più strutturalmente funzionale ai singoli beni demaniali marittimi (porti, spiagge, lidi e rade⁶³) ma stabilmente ancorata a una porzione autonoma di spazio marino, interessata dal fenomeno di apprensione materiale del pelo dell'acqua, che merita di essere ricostruita nelle sue coordinate geo-giuridiche essenziali.

4. *I riflessi geo-giuridici dell'usus energetico offshore*

Il termine *offshore*, traducibile letteralmente in “fuori costa”, indica l'ubicazione marittima di opere realizzate “al largo”. Questa considerazione terminologica, tuttavia, manifesta conseguenze differenti a seconda della misura della lontananza dalla costa degli impianti di energia rinnovabile, perché, giuridicamente, lo spazio marino può essere ripartito in tre zone: territoriale, contigua e alto mare e, a seconda della distanza, divergono le prerogative sovrane dello Stato, aprendo a possibili problemi di inquadramento sistematico.

In questo senso, per fugare potenziali sovrapposizioni concettuali, vale la pena richiamare la considerazione di teoria generale secondo la quale «confondere il “mare naturale” con la “disciplina giuridica del mare” rischierebbe di far perde-

⁶³ Infatti, affinché esista l'uso pubblico del mare è necessario che esso sia riconducibile all'impiego di un bene marittimo avente le caratteristiche fisico-morfologiche di una delle specie indicate negli artt. 28 e 29 del codice della navigazione, laddove ascrivono al demanio marittimo, rispettivamente, il lido, la spiaggia, i porti, le rade, lagune, foci dei fiumi che sboccano in mare, i bacini di acqua salmastra che almeno durante una parte dell'anno comunicano liberamente col mare; i canali utilizzabili ad uso pubblico marittimo, così come le costruzioni e le altre opere appartenenti allo Stato, che esistono entro i limiti del demanio marittimo e del mare territoriale, che «sono considerate» come pertinenze del demanio stesso. Sul punto, si vedano M. Olivi, *Profili evolutivi dei beni demaniali marittimi*, cit.; F. Benvenuti, *Il demanio marittimo fra passato e futuro*, in *Riv. Dir. nav.*, 1965, I, 154; F.A. Querci, *Demanio marittimo*, in *Enc. dir.*, 1964, 92 ss.; G. Santaniello, *Evoluzione della legislazione sui beni e sulle opere del demanio marittimo*, in *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione (ISAP)*, in A.M. Sandulli (a cura di), *I lavori pubblici*, Vicenza, 1967, 275. Nell'economia del presente contributo, per una disamina dei maggiori e significativi contributi dottrinari sui beni pubblici, cfr. *ex multis* M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, 1963; M. Renna, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, nonché A. Police (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008. Con specifico riferimento all'evoluzione del bene porto, cfr. *ex multis*, F. Munari, *La trasformazione dei porti da aree demaniali portuali a mercati: amministrazione e gestione delle aree portuali tra sussidiarietà e privatizzazione*, in *Dir. mar.*, 2004, 374; F. Manganaro, *Il porto da “bene demaniale” ad “azienda”* in A. Police (a cura di), *I beni pubblici*, cit., 247 ss.; S. Licciardello, *Demanio marittimo ed autonomie territoriali*, in A. Police (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, 265 ss.; A. Police, *I beni di proprietà pubblica*, in F.G. Scoca, (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2008, 639 ss.

re gran parte delle utilità proprie di uno studio giuridico⁶⁴» perché ciascuna delle porzioni di mare ha delle sue prerogative di utilizzo e un regime giuridico definito di prerogative di sovranità marittima esercitabile dallo Stato.

Nel mare territoriale, come è noto, l'acquisto della sovranità statale è automatico e lo Stato esercita entro le dodici miglia dalla costa gli stessi poteri che ha sulla terra ferma, sebbene con le due fondamentali limitazioni del diritto di passaggio inoffensivo di navi straniere in tempo di pace e del divieto di esercitare la giurisdizione penale in ordine a fatti puramente interni alla nave straniera⁶⁵.

Al di fuori delle acque territoriali, il limite negativo della libertà dei mari è stato progressivamente eroso dalle esigenze di sfruttamento economico dei fondali marini (a partire dal noto Proclama Truman del 1945 sulla piattaforma continentale⁶⁶) e quelle di tutela della risorsa ittica dalla depredazione incontrollata nel "mare presenziale", così come dal progressivo esercizio di funzioni di vigilanza marittima nella "zona contigua"⁶⁷.

Tuttavia, rispetto allo sfruttamento della piattaforma continentale (dove lo Stato ha un diritto sovrano "funzionale" al controllo e sfruttamento delle risorse⁶⁸) e della zona economica esclusiva (dove lo Stato ha il controllo esclusivo di tutte le risorse biologiche e minerali), nell'alto mare la domanda di utilizzo di porzioni di spazio marino per finalità energetiche, rende ora la superficie del pelo

⁶⁴ G. Cataldo, *Il mare "conteso"*, cit. spec. 19, che, nel rimarcare il concetto rileva che «soprattutto per le categorie che più interessano la ricerca, ovvero il "mare territoriale" e la "piattaforma continentale", risaltano i medesimi rilievi evidenziati in generale per uno studio sul territorio dello Stato».

⁶⁵ Sul punto, oltre alla voce sistematica di B. Conforti, *Mare territoriale* (voce), in *Enc. dir.* Vol. XXV, Milano, 1975, 652 ss., per la trattazione della questione relativa alla natura giuridica del mare territoriale si rinvia a N. Greco, *Proprietà pubblica e gestione delle coste*, Roma, 1973, 65 ss. laddove, per ampi richiami storici sulle pretese statali di dominio dei mari si veda D.A. Azuni, *Sistema universale dei principii del diritto marittimo dell'Europa*, Trieste, 1796, spec. 22 ss. e C. Schmitt, B. Nice, *Sovranità dello Stato e libertà dei mari*, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, Vol. 8, 1941, 1-2, 60 ss.

⁶⁶ Il riferimento è al Proclama del Presidente Truman n. 2667 del 1945 mediante il quale gli Stati Uniti hanno rivendicato il diritto di sfruttamento delle risorse naturali del suolo e del sottosuolo della piattaforma continentale. Sul punto, per approfondimenti, cfr. C. Focarelli, *Trattato di diritto internazionale*, Torino, 2015, spec. 744 e gli ampi richiami bibliografici ivi menzionati.

⁶⁷ Ai sensi dell'art. 33 della Convenzione di Montego Bay, nella zona contigua al suo mare territoriale, lo Stato costiero può esercitare il controllo necessario al fine di: a) prevenire le violazioni delle proprie leggi e regolamenti doganali, fiscali, sanitari e di immigrazione entro il suo territorio o mare territoriale; b) punire le violazioni delle leggi e regolamenti di cui sopra, commesse nel proprio territorio o mare territoriale. La zona contigua non può estendersi oltre 24 miglia marine dalla linea di base da cui si misura la larghezza del mare territoriale.

⁶⁸ Art. 77, della Convenzione di Montego Bay, lo Stato costiero esercita sulla piattaforma continentale diritti sovrani allo scopo di esplorarla e sfruttarne le risorse naturali. I diritti sono esclusivi nel senso che, se lo Stato costiero non esplora la piattaforma continentale o non ne sfrutta le risorse, nessun altro può intraprendere tali attività senza il suo espresso consenso. I diritti dello Stato costiero sulla piattaforma continentale non dipendono dall'occupazione effettiva o fittizia o da qualsiasi specifica proclamazione. Le risorse naturali indicate nella presente Parte consistono nelle risorse minerali e altre risorse non viventi del fondo marino e del sottosuolo come pure negli organismi viventi appartenenti alle specie sedentarie, cioè organismi che, allo stadio adulto, sono immobili sul fondo o sotto il fondo, oppure sono incapaci di spostarsi se non restando in continuo contatto fisico con il fondo marino o con il suo sottosuolo.

d'acqua del mare un "bene scarso" il quale, una volta occupato da impianti galleggianti, non è più utilizzabile liberamente da chiunque (se non limitatamente alla posa di condotte e cavi sottomarini, di sorvolo o di navigazione sommersa⁶⁹).

Dal descritto fenomeno della territorializzazione marittima, pertanto, deriva una netta inversione di tendenza dell'ambito di validità del rapporto tra il diritto e lo spazio marino, perché nella pianificazione spaziale marittima verrebbe a mancare il binomio territorio-corpo sociale e perché lo spazio del mare è fisicamente non delimitabile, circostanza che rende necessario ricostruire e scomporre l'ambito applicativo dello "spazio marino" oggi interessato dalla produzione energetica *offshore*.

Anticamente, infatti, rispetto alla spinta ordinante del *nomos der erde* schmittiano⁷⁰, quella che è stata definita la "desolante sterilità delle distese marittime"⁷¹ aveva comportato una sostanziale anomia del *mare liberum* oltre l'orizzonte naturale delle acque territoriali⁷². In conseguenza di questa caratteristica ontologica del mare, il *dominium* statale si esprimeva attraverso il potere navale, con la protezione del monopolio commerciale nel contrasto della pirateria e del contrabbando, con la pretesa di regolare unilateralmente la giurisdizione dello Stato talassocratico attraverso l'assoggettamento (previo "saluto navale" di sottomissione) delle navi straniere ai controlli di polizia⁷³ e altre forme giuridiche di autotutela forzosa (diritto di visita, diritto di inseguimento, diritto di preda).

Ebbene, se la sovranità marittima statale era esercitabile unicamente attraverso il potere navale, progressivamente esteso anche alla prevenzione dagli inquinamenti altrui⁷⁴, la territorializzazione marittima apre però a diversi scenari giuridici, perché la riscontrata e ossimorica astrazione concettuale di "territorio marit-

⁶⁹ Cfr. C. Vagaggini, *Il regime giuridico dei cavi sottomarini: gli sviluppi normativi nello scenario internazionale, europeo e nazionale*, in *Riv. dir. nav.*, 2022, 1, 179 ss.

⁷⁰ Dove cioè l'occupazione della terra rappresenta l'atto primordiale che istituisce il diritto. C. Schmitt, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello «Jus publicum europaeum»*, Milano, 1991 spec. 23.

⁷¹ F. Ruschi, *Occupazione del mare e nascita della sovranità marittima*, cit., laddove rileva che «la percezione del mare come *away-place*, spazio eccentrico e fundamentalmente ostile, aveva precise ripercussioni sulla sua qualificazione giuridica rispetto alla natura anomica e anarchica dei mari. Anche quel sofisticatissimo dispositivo normativo che è stato l'ordinamento romano ha offerto ben poche soluzioni: il *Corpus iuris civilis*, monumento insuperato della scienza giuridica, disciplinava la pesca, gli allevamenti ittici, lo sfruttamento del corallo e delle spugne, regolava lo statuto dei relitti che il mare aveva gettato sulle spiagge, sanciva i principi del diritto della navigazione ponendo particolare attenzione alla tutela dei beni trasportati e alla ripartizione del rischio, ma le distese marine finivano per sfumare».

⁷² Principi poi trasfusi nelle quattro Convenzioni di Ginevra sul diritto del mare del 1958 e poi in quella di Montego Bay, del 1982. Sul punto, si veda B. Conforti, *Le Convenzioni di Ginevra sul "diritto del mare"*, in Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano, 1959, IX, 201 ss. M.P. Rizzo, *Principi di libertà e istanze di solidarietà nel regime giuridico internazionale dei mari*, Cust, Messina, 1987.

⁷³ U. Leanza, L. Sico, *La sovranità territoriale*, vol. II, *Il mare*, Torino, 2001, spec. 3.

⁷⁴ G. Romanelli, *Problemi giuridici della difesa del mare*, in *Dir. trasp.*, 1988, 2, 76 ss., nonché D. Gaeta, *La difesa del mare nel diritto italiano*, in *Dir. mar.*, 1984, 811 ss.

timo”, inizialmente negata dalla dottrina⁷⁵, è basata sul presupposto dogmatico, tanto caro alla scienza gius-pubblicista, che “la sovranità si misura con il territorio”⁷⁶ perché il territorio è uno degli elementi costitutivi dello Stato⁷⁷ e perché il

⁷⁵ Si veda, sul punto, l’originaria posizione negazionista di Benedetto Conforti, nel suo *Il regime giuridico dei mari* cit., laddove rilevava l’impossibilità di equiparazione del mare territoriale al territorio statale a causa della mancanza dell’intesa tra gli Stati sulla sua esatta delimitazione. In altri termini, per una critica al concetto liminale di “mare patrimoniale”, si veda G. Righetti, *Trattato di diritto marittimo*, Vol. I, Milano, 1987 spec. 516.

⁷⁶ G. Guarino, *Il governo del mondo globale*, Milano, 2000. Parte della dottrina ha già rilevato come «Il territorio non sarebbe qualcosa in cui lo Stato può intessere un legame relazionale, perché non è qualcosa di esterno rispetto ad esso, ma è lo Stato stesso, o meglio un momento dell’essenza di questo. In ragione di ciò inconcepibile e al più erroneo sarebbe il tentativo di ricondurre tale rapporto entro lo schema di un dritto reale – come la proprietà, in cui la res, pur essendo nella esclusiva disponibilità del proprietario, non si confonde mai con quest’ultimo, che esercita su di essa un pieno potere di dominium senza, però derivare la sua stessa essenza (o esistenza) della proprietà o meno della res stessa». Cfr. sul punto M. Michetti, *Organizzazione del potere e territorio. Legittimità dello Stato e livelli di governo*, Torino, 2021 cit. spec. 9, che in nota 41 richiama l’assunto di G. Diena, *Sulla natura del diritto dello Stato sul proprio territorio*, in *Riv. dir. int.*, 1907, 307-308 secondo cui «la persona è un essere completo senza la cosa, mentre il territorio è un elemento essenziale dello Stato e forma con questo un tutto solo».

⁷⁷ A livello di teoria generale, come è noto, la relazione giuridica tra il territorio e lo Stato non ha riscontrato una immediata e lineare definizione concettuale in dottrina, in questo senso, e a partire dall’ampia disamina sulle teorie giuridiche del territorio svolta da Donato Donati nel suo *Stato e territorio*, Roma, 1924, la scienza gius-pubblicista più risalente, anzi, ha fatto riferimento al territorio in una triplice visione alternativa, o come elemento costitutivo, o come presupposto patrimoniale, o come ambito di validità spaziale entro il quale una determinata istituzione è legittimata ad esercitare il proprio potere. La tesi del territorio come elemento costitutivo dello Stato, riassumibile nel noto postulato di teoria generale di Santi Romano «lo Stato è un territorio» formulato nel suo *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1902, 114 ss.; quindi in Id., *L’ordinamento giuridico*, Firenze, 1951 che è stato successivamente ripreso da Oreste Ranelletti nei suoi *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1911, I, 109 per poi influenzare Guido Zanobini nel suo *Corso di diritto amministrativo*, Vol. I, Milano, 1954, spec. 4, laddove rileva che «il territorio è un elemento costitutivo dello Stato, parte dalla sua consistenza organica. Ciò è dimostrato dalla considerazione che nessuno Stato può esistere senza territorio e che l’acquisto o la perdita di parti di esso importano ampliamento o restrizione dello Stato stesso: colpiscono lo Stato in ciò che esso è, e non in ciò che esso ha». Ugualmente Costantino Mortati nelle sue *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1958, spec. 103 «il territorio è da considerare elemento dello Stato, in quanto contribuisce a farlo essere quello che è, a dargli una sua individualità»; e Massimo Severo Giannini nelle sue *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, spec. 4, laddove rileva che la nozione teorica di ordinamento giuridico generale, il lemma “generale” significa che si tratta di quell’ordinamento giuridico che, per aver acquistato in fatto il massimo di effettività in uno spazio, ha posizione dominante rispetto a tutti gli ordinamenti di altri gruppi operanti nel medesimo spazio. Sulla seconda visione “antropomorfa”, risale a U. Forti, *Il diritto dello Stato sul territorio*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1902, 366 ss., la posizione secondo la quale il territorio sarebbe un mero presupposto dello Stato e non già un suo elemento costitutivo, e su di esso esercita un diritto reale, il territorio è l’oggetto di un diritto di cui sarebbe titolare lo Stato-ente territoriale. In questa chiave teorica il territorio rappresenta un oggetto dello Stato, una res su cui esso esercita il proprio *dominium* come quello che un qualsiasi proprietario esercita sulla sua cosa, perché il territorio rappresenta l’estrinsecazione locale dell’efficacia del suo potere, e che esso Stato può pretendere il riconoscimento come sfera territoriale di potere. La terza visione, come è noto, appartiene a Hans Kelsen, nel suo *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit. spec. 212, laddove rileva che «il territorio dello Stato, in realtà, non è altro che la sfera territoriale di validità dell’ordinamento giuridico chiamato Stato». Rispetto a tali posizioni, si veda anche per la giuspubblicistica tedesca G. Jellinek, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Milano, 1949, 14 ss., che in aderenza alle teorie di Carl Victor von Fricker del territorio come elemento costitutivo dello Stato, considera il rapporto fra Stato e territorio concepibile solo in termini di *imperium*, cioè come rapporto di natura pubblicistica, in cui il territorio è la base spaziale in cui si esplica la signoria dello Stato. Analogamente C.F. Von Gerber, *Diritto pubblico*,

diritto richiede la possibilità di essere attuato anche con la forza in caso di necessità, estendendosi fin dove lo Stato ha la possibilità di imporre la potestà d'impero attraverso l'uso legittimo della forza, in omaggio all'*imperium terrae finitur ubi armorum potestas*⁷⁸.

Ma al contrario, come autorevole dottrina ha già ampiamente evidenziato, se è vero che nel "profondo nascere e svolgersi del diritto", sussiste sempre l'esigenza di un legame terrestre, di un'originaria «necessità dei luoghi⁷⁹» che muove dalla forza tellurica di quello che Jellinek ha definito il «potere di dominazione», cioè di imporre la propria volontà e di metterla coattivamente in esecuzione, tuttavia, la pretesa di territorializzazione dell'alto mare non arriva sconfessare del tutto il postulato cardine del diritto marittimo del «nessuno Stato può legittimamente pretendere di assoggettare alla propria sovranità alcuna parte dell'alto mare⁸⁰».

Infatti, premesso che l'installazione di infrastrutture *offshore* rientra nell'ambito della strategia marittima di ciascuno Stato ed è stato già dimostrato che «la strategia di ogni potere è sempre una strategia di spazi⁸¹», allora appare dirimente rimarcare proprio la differenza che intercorre tra il mero sfruttamento materiale dell'utilità in senso economico ricavabile dal mare e le prerogative sovrane esercitabili dagli Stati conformemente al diritto marittimo.

Questa differenza, pertanto, non comporta una diversa qualificazione giuridica del mare interessato dal fenomeno della pianificazione marittima⁸², circo-

Milano, 1971, laddove il territorio, come elemento essenziale dello Stato, implicherebbe la sua impenetrabilità ed esprimerebbe il «limite geografico del diritto dello Stato» ovvero lo spazio entro cui esso esercita il suo diritto generale di affermarsi e di farsi valere come Stato. Per approfondimenti su di un tema così vasto, nell'economia del presente contributo, oltre a F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Napoli, 1940 si rinvia a G. Scaccia, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, cit.; M. Michetti, *Organizzazione del potere e territorio*, cit., L. Blanco (a cura di), *Organizzazione del potere e territorio: contributi per una lettura storica della spazialità*, Milano, 2008; E. Zaniboni, *Sovranità responsabile e processi redistributivi della ricchezza nel diritto internazionale*, Torino, 2020.

⁷⁸ Su tali aspetti, si rinvia *ex multis* a A. Tesauro, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1960, 119 ss. nonché B. Conforti, *Il regime giuridico dei mari. Contributo alla ricostruzione dei principi generali*, Napoli, 1957; A. Missiroli, *I confini politici del mare. Un panorama mondiale*, Milano, 1990; G. Lizza, *Territorio e potere*, Torino, 1996; M. Giuliano, *Stato, territorio e sovranità territoriale*, in *Commenti e studi*, vol. VI, Milano, 1954, spec. 22; Id., *Diritto internazionale*, II, *Gli aspetti giuridici della coesistenza degli Stati*, Milano, 1974.

⁷⁹ N. Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Bari, 2006, spec. 3, nonché, in termini più generali, A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Milano, 1992, spec. 317.

⁸⁰ Cristallizzato nell'art. 89 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare.

⁸¹ G. Lombardi, *Spazio e frontiera tra eguaglianza e privilegio: problemi costituzionali fra storia e diritto*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, vol. II, 477 ss.

⁸² Sia esso una *res nullius*, una *res communes omnium*, una *res publica* o *res privata*, inquadrabile astrattamente nella nota qualificazione nell'art. 810 cod. civ. dei beni come «cose che possono formare oggetto di diritti», nell'art. 822 cod. civ. laddove tautologicamente, in via residuale, ricomprende nel demanio pubblico anche «gli altri beni che sono dalla legge assoggettati al regime proprio del demanio pubblico». G. Cataldo, *Il mare "conteso"*, cit., spec. 131 richiama la visione concettuale di Forti. Si veda sul punto, U. Leanza, L. Sico, *La sovranità territoriale*, cit. 20, laddove «la quantità pressoché infinita delle acque, tale da evitare il sorgere di un possibile conflitto di interessi, l'inidoneità di queste a produrre, di per sé e direttamente, un'utilità economica, sospingono gli spazi marini fuori dal concetto giuridico di bene. E suggeriscono invece quello di "ambito"».

stanza che ha condotto parte della dottrina a considerare la necessità di un ripensamento della natura giuridica di questa risorsa vuoi in termini demaniali⁸³ (valevole, semmai, per le sole acque territoriali) vuoi come bene comune da tutelare⁸⁴, rispetto alle posizioni di chi ha rilevato con chiarezza dogmatica come «gli spazi marittimi hanno un'unica natura giuridica, non v'è contraddizione con il fatto

entro il quale possono, o meglio debbono, esercitarsi talune funzioni di governo». Sul punto, inoltre, M. Roversi Monaco, *La pianificazione marittima in Italia*, cit. laddove la stessa previsione di una pianificazione, volta a risolvere i possibili conflitti tra usi del mare, testimonierebbe il contrario: il mare territoriale (ma così anche la piattaforma continentale e la zona economica esclusiva) non è più concepito dal legislatore come spazio libero in cui le attività sono regolate solo per garantirne la possibile convivenza, ma è sia uno spazio limitato, occupabile con strutture non amovibili che vanno localizzate in modo appropriato, sia un patrimonio da preservare in quanto contenente risorse esauribili.

⁸³ La natura demaniale era stata originariamente esclusa dalla dottrina più risalente di M.S. Giannini, *I beni pubblici*, cit. spec. 39 laddove considerava il mare territoriale una *res communis omnium*, all'interno della categoria dei beni di proprietà collettiva, atteso il suo elemento caratterizzatore rappresentato da dato funzionale, ovvero l'attitudine della zona marina a essere utilizzata da parte della collettività territoriale costiera, così come da A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, spec. 682, nonché da F. Morandi, *La tutela del mare come bene pubblico*, Milano, 1998, perché il mare rappresentava i connotati tipici dei beni pubblici in senso economico, ovvero la limitatezza qualitativa e l'abbondanza quantitativa, illimitata, delle risorse offerte, di cui chiunque poteva liberamente godere attenendosi solo a determinate norme di convivenza dettate dallo Stato. Tuttavia, alcune posizioni più recenti, di M. Roversi Monaco, *La pianificazione marittima in Italia*, cit., spec. 23, nonché F. Martini, *Mare territoriale e nuovi interessi energetici*, cit. 113 così come dalla giurisprudenza, Cass. Civ. sent. 7 marzo 1975, n. 848, richiamata da G. Cataldo, *Il mare "conteso"*, cit. 142 e M. Roversi Monaco, *op. ult. cit.*, ha affermato che «la disciplina dettata dalla legge per i beni demaniali si estende, in quanto compatibile, anche al mare territoriale, quantunque questo non rientri tra tali beni, ma costituisca, al contrario, una *res communes omnium*. Pertanto, anche rispetto a un tratto di mare territoriale è configurabile un diritto soggettivo speciale, il quale ricorre allorché, pur non restando precluso l'uso comune del bene demaniale a tutti i componenti della collettività *uti cives*, un determinato soggetto risulti abilitato a trarre dal detto bene *uti singulus* utilità maggiori ed eventualmente in tutto o in parte diverse» così come le Sezioni Unite, (Cass. Civ., SS.UU., 14 febbraio 2011, n. 3665) hanno affermato che anche beni non espressamente qualificati dal legislatore come demaniali e non espressamente riservati alla proprietà di enti territoriali, assumono il carattere demaniale e sono soggetti alla disciplina demaniale in virtù della loro funzionalità intrinseca al soddisfacimento di interessi della collettività. Inoltre, si veda anche G. Pescatore, *Alcuni problemi attuali del diritto marittimo in Italia*, in *Dir. mar.*, 1983, 42 dove rileva che «il tema del demanio marittimo e dei porti, non soltanto nell'ambito nazionale, si va sempre più spostando verso due poli: la tutela del bene ambientale (mare nella sua più vasta estensione) e produttivo (porti, con marcata attualità per quelli industriali e turistici)». Nonché G. Cataldo, *Il mare "conteso"*, cit. spec. 138 laddove rileva come «la difficoltà della riconduzione del mare territoriale e della piattaforma nella categoria dei beni in senso stretto, non fa altro che confermare la persistenza del problema del loro inquadramento giuridico, soprattutto in considerazione delle attività economiche estrattive che si svolgono sul fondale, le quali assumono caratteristiche sempre più avanzate e complesse dal punto di vista tecnologico e organizzativo. La conclusione che vede il mare territoriale (assieme alla piattaforma) come bene-oggetto della «pura e semplice» *potestas* statale, può apparire infatti insufficiente soltanto da un punto di vista generale, necessitando invece di ulteriori approfondimenti e accorgimenti se messa all'opera all'interno delle attività di tipo minerario ed estrattivo». Anche sull'alto mare, la dottrina ha rilevato come non appaia del tutto appropriata «la qualificazione di *res communis omnium*: se questa, infatti, esprime adeguatamente l'esistenza di divieti al godimento del bene a titolo singolare, induce, però, l'errata rappresentazione del mare libero in termini di comunione e, dunque, di soggezione ad una sovranità collettiva, che non ha riscontro nella realtà; e perfino implicherebbe la possibilità di divisione del mare tra comunisti». Cfr. U. Leanza, L. Sico, *La sovranità territoriale*, cit. spec. 62.

⁸⁴ F. Morandi, *La tutela del mare come bene pubblico*, cit.

che i poteri sovrani e la giurisdizione dello stato costiero diminuiscono a seconda delle tipologie degli spazi stessi ed a misura che ci si allontani dalla costa⁸⁵.

Ebbene, concentrando l'analisi solo sulle utilità economiche ricavabili dal mare, è possibile evidenziare come, tra i possibili usi pubblici del mare, l'*usus* energetico stia diventando certamente una nuova manifestazione tangibile del *dominium* statale dei mari e un peculiare rapporto giuridico autonomo e escludente dello Stato *sullo* spazio occupato nell'alto mare⁸⁶, che però, a latere di ogni ulteriore e meritoria considerazione sulla natura giuridica delle singole installazioni *offshore*⁸⁷, trova già la sua cornice di legittimazione direttamente dal combinato disposto degli articoli 56, 60 e 80 della Convenzione di Montego Bay, i quali, sia nelle zone economiche esclusive e sia nelle piattaforme continentali, riconoscono allo Stato costiero il diritto esclusivo di costruire e di autorizzare e disciplinare la costruzione, la conduzione e l'utilizzo di "isole artificiali" e di "installazioni e strutture" realizzate per conseguire gli scopi previsti dall'art. 56, che espressamente menziona le «attività connesse con l'esplorazione e lo sfruttamento economico della zona, quali la produzione di energia derivata dall'acqua, dalle correnti e dai venti» nonché per gli «altri fini economici».

L'installazione *offshore* di impianti energetici galleggianti, pertanto, rappresenta unicamente una legittima prerogativa statale e una legittima modalità di sfruttamento economico della superficie marittima, tale da configurare un nuovo *usus* energetico del mare alternativo alla pesca e alla navigazione. Infatti, ai sensi dell'art. 60 co. 8 della Convenzione di Montego Bay, le isole artificiali, le installazioni e le strutture non godono dello *status* di isole, non possiedono un proprio mare territoriale e la loro presenza non modifica la delimitazione del mare territoriale, della zona economica esclusiva o della piattaforma continentale. Inoltre, in caso di necessità lo Stato costiero può istituire, intorno a tali isole artificiali,

⁸⁵ G. Camarda, *Le zone economiche esclusive nel Mediterraneo*, cit. spec. 759.

⁸⁶ Sconfessando l'assunto di Paolo Grossi, laddove, nel suo *L'ordine giuridico medievale*, Bari 2006, spec. 74, rilevava che la terra è un fatto normativo, le distese marittime, irriducibili a qualsiasi forma di proprietà o di dominio, costituiscono la negazione di ogni possibile fenomeno giuridico. Sul punto, si veda anche l'elaborazione di W. D'Alessio, *Mare territorio - Territorio Marino*, in *Porti, mare e territorio*, 1981, 2, 17 ss. e di G. Camarda, *Mare e territorio: problematiche giuridiche e raccordi interdisciplinari*, in *ivi*, 1983, 4, 15 ss.

⁸⁷ Dipendente dalla singola conformazione tecnica-costruttiva con cui l'installazione energetica è posizionata sulla superficie del mare, perché le possibili tecnologie per lo sfruttamento di energia rinnovabile *offshore* abbracciano soluzioni della più disparata natura, assimilabile alle imbarcazioni, navi e natanti, ovvero alle piattaforme 'stabilmente ancorate al suolo' in analogia con le piattaforme petrolifere ed i rigassificatori. Le sostanziali differenze tra le possibili tipologie d'uso e di sfruttamento, rendono pertanto impossibile una loro qualificazione valevole in termini generali e astratti, imponendo, al contrario, una valutazione caso per caso, proprio in base delle diverse caratteristiche costruttive, mobilità o ancoraggio stabile al fondo marino, l'esistenza di mezzi di autonomi di propulsione. Sul punto, si rinvia più ampiamente a E. Orrù, *La configurazione giuridica delle piattaforme e degli impianti offshore alla luce delle nuove esigenze in materia di sicurezza in mare*, in *Trattato breve di diritto marittimo*, I, Milano, 2007, 336.

installazioni e strutture, ragionevoli “zone di sicurezza⁸⁸” all’interno delle quali possa adottare misure atte ad assicurare la sicurezza sia della navigazione sia delle stesse isole artificiali, installazioni e strutture, rientranti (queste sì, se soddisfano determinate condizioni) nell’ambito concettuale dei beni demaniali marittimi⁸⁹.

Volendo tirare le fila del ragionamento, proprio perché il duplice presupposto giuridico della pianificazione marittima, come si vedrà, è dato sia dal consentire la coesistenza di usi e attività concorrenti nello spazio marittimo, sia dalla garanzia di uno sviluppo delle economie marittime ispirato alla sostenibilità dell’azione antropica, appare evidente come l’*usus* energetico, una volta “zonizzato” nei piani di gestione, assumendone la relativa destinazione d’uso *latu sensu* urbanistico, rappresenti solo una diversa modalità di esercizio del descritto potere marittimo dello Stato, laddove il “territorio marittimo” è perciò solo una delle possibili “forme spaziali” dove si estende funzionalmente la giurisdizione statale che si manifesta come *ius excludendi alios* solo sulla piattaforma e sull’infrastruttura, ma non rappresenta certo il “fondamento spaziale” della stessa, perché i diritti sovrani e la giurisdizione degli Stati membri sulle acque marine occupate non mutano natura, ma derivano direttamente dal diritto internazionale marittimo che le funzionalizza al perseguimento di interessi economici.

Tuttavia, poiché notoriamente il diritto ha sempre bisogno di atterrare su un “dove” applicativo, occorre ri-considerare che è proprio nella interazione terra-mare che la sovranità dello Stato (nel duplice senso di Stato-persona e di Stato-organizzazione) ri-espande tutte le sue prerogative istituzionali, laddove, richiamando il fondamentale assunto di Natalino Irti, «il rapporto tra diritto e spazio non è risolto nella banale ricerca di un ‘dove’ applicativo, ma s’innalza a sintesi di vita, in cui la presa di possesso è, insieme, decisione della volontà, principio d’ordine giuridico e costituirsi di un popolo. Così, l’identità di un diritto coincide con l’identità spaziale di un popolo, col suo proprio essere su una parte della superficie terrestre⁹⁰».

Appare quindi indispensabile, per comprendere le conseguenze giuridiche dell’occupazione dell’alto mare per finalità energetiche, ricostruire il rapporto che intercorre tra le norme sulla pianificazione marittima, lo spazio e il tempo, perché rappresenta il delicato banco di prova su cui testare (per riprendere la nota

⁸⁸ Le infrastrutture energetiche sono particolarmente sensibili al tema politico e militare della sicurezza internazionale, perché come sta insegnando la recente esperienza del conflitto russo-ucraino, ben possono essere oggetto di azioni militari dirette. Sulle implicazioni strategico-militari della c.d. *defence diplomacy* e le operazioni marittime in applicazione del potere marittimo sul mare, si veda M. Cosentino, G. Gagliano, G. Giorgerini, *Sicurezza internazionale e potere marittimo negli scenari multipolari*, Como, 2004, 65 ss.

⁸⁹ Secondo la nota definizione di «parti del territorio nazionale e le costruzioni immobiliari di proprietà dello Stato, che sono destinate all’uso pubblico del mare» formulata da Antonio Scialoja nel suo *Corso di diritto della navigazione*, Roma, 1943, spec. 70.

⁹⁰ N. Irti, *Norma e luoghi*, cit. spec. 32.

definizione della Teoria generale delle norme di Hans Kelsen) l'ambito di validità «topografico e cronologico» della territorializzazione marittima.

Infatti, nella rinvenuta presa di coscienza dell'importanza del fattore marittimo nel dibattito politico euro-nazionale⁹¹, il tema della territorializzazione marittima trova nell'ordinamento giuridico italiano un duplice referente normativo, sia nel d.lgs. 17 ottobre 2016, n. 201 di attuazione della direttiva 2014/89, sia nella legge 14 giugno 2021 n. 91 sull'istituzione di una zona economica esclusiva "oltre" il limite esterno del mare territoriale, le previsioni delle quali, specie dove impongono preventivamente la risoluzione di potenziali contrasti inter-statali, appaiono di sicuro e affascinante interesse ermeneutico e scientifico, da coordinarsi con le prospettive di sistema del redigendo piano nazionale per il mare.

5. *La dimensione amministrativa transfrontaliera delle zone economiche esclusive: la collaborazione pianificatoria inter-statale*

Come anticipato, la legge 14 giugno 2021 n. 91, nell'autorizzare espressamente l'Italia all'istituzione di una sua zona economica esclusiva ne ha condizionato il relativo dimensionamento spaziale a partire dal limite esterno del mare territoriale italiano e fino ai limiti determinati sulla base di accordi⁹² con gli Stati «il cui territorio è adiacente al territorio dell'Italia o lo fronteggia».

⁹¹ Sulla interdipendenza che intercorre tra ordinamento europeo e sistemi nazionali e sul preminente ruolo degli apparati amministrativi nazionali nell'esecuzione del diritto e delle politiche dell'Unione europea, si rinvia *ex multis* a L. Parona, *L'influenza del diritto europeo sulla disciplina dei procedimenti amministrativi nazionali*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2021, 3-4, 491 ss.; S. Cassese, *Verso un diritto europeo italiano*, in *ivi*, 2017, 2, 303 ss.; P. Chirulli, *Amministrazioni nazionali ed esecuzione del diritto europeo*, in L. De Lucia, B. Marchetti (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015; D. de Pretis, *Procedimenti amministrativi nazionali e procedimenti amministrativi europei*, in G. Falcon (a cura di), *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario. Ricerche e tesi in discussione*, Padova, 2008; G. della Cananea, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Bari, 2003.

⁹² Soggetti alla procedura di autorizzazione alla ratifica prevista dall'articolo 80 della Costituzione. In questo senso, si veda legge 15 maggio 2023, n. 62 di ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra la Repubblica italiana e la Repubblica di Croazia sulla delimitazione delle zone economiche esclusive, fatto a Roma il 24 maggio 2022, laddove la linea di confine delle zone economiche esclusive su cui le Parti hanno diritto ad esercitare, rispettivamente, i propri diritti sovrani e la propria giurisdizione ai sensi del diritto internazionale coincide con il confine della piattaforma continentale tra le Parti in conformità all'Accordo del 1968 e all'Accordo per la correzione tecnica del 2005. Nel preambolo, infatti, le Parti si dichiarano consapevoli della necessità di delimitare esattamente le zone marittime sulle quali gli Stati hanno titolo ad esercitare i diritti sovrani e la propria giurisdizione nel rispetto del diritto internazionale, e in particolare della Convenzione di Montego Bay, cui aderiscono sia l'Italia sia la Croazia; e affermano altresì la validità dell'Accordo tra il Governo della Repubblica Italiana e il Governo della Repubblica Socialista Federativa di Jugoslavia sulla delimitazione della piattaforma continentale tra i due Paesi fatto a Roma l'8 gennaio 1968 (ratificato con DPR 22 maggio 1969, n. 830, in vigore dal 21 gennaio 1970) e dell'Accordo tra il Governo della Repubblica Italiana e il Governo della Repubblica di Croazia, fatto a Roma tra il 22 e il 29 luglio 2005.

Tuttavia, rispetto a quanto previsto dalla Convenzione di Montego Bay⁹³, l'istituzione della zona economica esclusiva per l'esercizio dei diritti sovrani attribuiti dalle norme internazionali vigenti⁹⁴, può essere sì unilateralmente disposta⁹⁵, ma è giuridicamente subordinata dalla preventiva notifica agli Stati contigui interessati finalizzata alla conclusione dell'accordo finale.

In questo senso, l'istituzione della zona economica esclusiva non deve compromettere l'esercizio degli usi pubblici del mare, in conformità a quanto previsto dal diritto internazionale generale e pattizio, delle libertà di navigazione, di sorvolo e di posa in opera di condotte e di cavi sottomarini «nonché degli altri diritti previsti dalle norme internazionali vigenti». In tale ambito, fino alla data di entrata in vigore di tali accordi, i limiti esterni della zona economica esclusiva sono stabiliti «in modo da non compromettere o ostacolare l'accordo finale».

Per l'ordinamento giuridico italiano, ad ogni modo, le previsioni di coordinamento e di ricerca preventiva dell'accordo con gli altri Stati⁹⁶ rischiano di riproporre le medesime criticità di sovrapposizione spaziale (quasi a rappresentarne una superfetazione giuridica) delle previsioni della legge 8 febbraio 2006,

⁹³ La Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, resa esecutiva dall'Italia con la legge 2 dicembre 1994, n. 689, come è noto, attribuisce agli Stati costieri il diritto di istituire una zona economica esclusiva. Nello specifico, l'art. 55 della Convenzione di Montego Bay la definisce come quella zona economica al di là del mare territoriale e ad esso adiacente, sottoposta allo specifico regime giuridico stabilito nella Parte V della medesima Convenzione. Ai sensi dell'art. 57 la zona economica esclusiva può estendersi tassativamente non oltre le 200 miglia (370,4 km) dalle linee di base da cui è misurata l'ampiezza del mare territoriale (oltre 188 miglia dal mare territoriale). A differenza della piattaforma continentale, per poter divenire effettiva, deve essere oggetto di una proclamazione ufficiale da parte dello Stato costiero, notificata alla Comunità internazionale. In secondo luogo, la piattaforma continentale è individuata nella parte del suolo marino contigua alle coste che costituisce un naturale prolungamento delle coste stesse e che si mantiene a una profondità costante di circa 200 metri, per poi precipitare negli abissi. Lo Stato costiero ha, anche al di fuori del mare territoriale, il diritto esclusivo di sfruttare tutte le risorse della piattaforma. Sussiste il problema di delimitare l'ambito della piattaforma tra Stati frontalieri o contigui. L'articolo 83 della citata Convenzione individua nell'accordo tra gli Stati interessati il criterio sulla base del quale procedere alla delimitazione.

⁹⁴ Una volta istituita, la zona economica esclusiva entra a far parte delle zone marittime di "pertinenza" dello Stato costiero, riconosciute dal diritto internazionale, laddove, ai sensi degli articoli 56 e 58 della Convenzione di Montego Bay in tale zona di mare lo Stato costiero: 1. beneficia di diritti sovrani ai fini dell'esplorazione, dello sfruttamento, della conservazione e della gestione delle risorse naturali, biologiche e minerali, che si trovano nelle acque sovrastanti il fondo del mare, sul fondo del mare e nel relativo sottosuolo: poteri che si sovrappongono a quelli sulla piattaforma continentale, assorbendoli completamente, e includendo anche altre attività dirette a fini economici, come la produzione di energia a partire dall'acqua, dalle correnti e dai venti, ma soprattutto la risorsa di maggior rilievo, ossia la pesca, oggetto principale della sovranità economica dello Stato costiero; 2. esercita la propria giurisdizione in materia di: a) installazione e utilizzazione di isole artificiali, impianti e strutture; b) ricerca scientifica; c) preservazione e protezione dell'ambiente marino.

⁹⁵ Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri e su proposta del Ministro degli esteri.

⁹⁶ Si veda al riguardo, il *Memorandum* di cooperazione bilaterale Italia-Croazia, firmato a Zagabria il 12 gennaio 2009, mediante il quale i due Paesi possono beneficiare di un quadro istituzionale di riferimento, il Comitato di Coordinamento dei Ministri Italia-Croazia che prevede, accanto ad un regolare dialogo sui temi dell'attualità internazionale, una collaborazione strutturata in specifici settori (economia, industria, energia, ambiente, infrastrutture, istruzione e ricerca, agricoltura).

n. 61⁹⁷ che aveva già introdotto le “zone di protezione ecologica” oltre il limite esterno del mare territoriale⁹⁸, inserendosi nella cornice giuridica che già prescrive delle forme di cooperazione transfrontaliera nella gestione degli spazi marini, nel più generale ambito delle cooperazione territoriale europea del settennato 2021-2027⁹⁹, altro grande obiettivo della politica di coesione europea che mira a risolvere i problemi al di là del contesto nazionale e a sviluppare congiuntamente le potenzialità dei diversi territori.

Ebbene, se a livello internazionale la crescente giuridificazione delle relazioni statali ha accresciuto l'importanza del diritto per conseguire consensualmen-

⁹⁷ Alcuni Stati membri dell'area mediterranea, come Croazia, Spagna, Francia, Malta e Italia, hanno stabilito “zone di protezione ecologica” all'interno della dimensione spaziale della zona economica esclusiva. Sul punto, si rinvia alle considerazioni di G. Andreone, *La zona ecologica italiana*, in *Dir. mar.*, 2007, 1, 3 ss.; U. Leanza, *L'Italia e la scelta di rafforzare la tutela dell'ambiente marino: l'istituzione di zone di protezione ecologica*, in *Riv. dir. int.*, 2006, 2, 3309 ss.; L. Pischedda, *Prime note sulla legge 8 febbraio 2006 n. 61 di istituzione di zone di protezione ecologica oltre il limite esterno del mare territoriale*, in *Riv. dir. econ., trasp. e amb.*, 2006, 4, 14 ss.; G. Cataldi, *L'Italia e la delimitazione degli spazi marini. Osservazioni sulla prassi recente di estensione della giurisdizione costiera*, in *Riv. dir. int.*, 2004, 3, 621 ss.

⁹⁸ Le zone di protezione ecologiche sono state considerate una “ipotesi di attuazione parziale” delle ZEE, limitata alla finalità di protezione ambientale. La legge 61/2006 ha rinviato a specifici decreti del Presidente della Repubblica l'istituzione di tali zone, tra le quali si veda la «Zona di protezione ecologica del Mediterraneo nord-occidentale, del Mar Ligure e del Mar Tirreno» istituita con il d.P.R. 27 ottobre 2011, n. 209. Sul punto, si veda M. Roversi Monaco, *La pianificazione marittima in Italia: un percorso in atto*, in *Federalismi. it*, 2018, 19, spec. 7.

⁹⁹ Nel 2021 l'UE è entrata in un nuovo periodo di programmazione pluriennale. Le regole per la cooperazione territoriale europea nel periodo 2021-2027 sono stabilite nel regolamento 2021/1059 del 24 giugno 2021 recante disposizioni specifiche per l'obiettivo «Cooperazione territoriale europea» (Interreg) sostenuto dal Fondo europeo di sviluppo regionale e dagli strumenti di finanziamento esterno. Nel periodo 2021-2027 la cooperazione territoriale europea ha quattro componenti (sezioni): 1. La cooperazione transfrontaliera (componente «Interreg A») sostiene la cooperazione tra le regioni NUTS 3 (nomenclatura delle unità territoriali per la statistica) di almeno due diversi Stati membri situati direttamente ai confini o ad essi adiacenti. Mira ad affrontare le sfide comuni individuate congiuntamente nelle regioni frontaliere e a sfruttare il potenziale di crescita ancora poco utilizzato in aree frontaliere, rafforzando nel contempo il processo di cooperazione ai fini dello sviluppo armonioso generale dell'Unione. 2. La cooperazione transnazionale (componente «Interreg B») consente la cooperazione su più ampi territori transnazionali o territori attorno a bacini marittimi e coinvolge partner dei programmi di livello nazionale, regionale e locale negli Stati membri, ma anche, in alcuni programmi, in paesi terzi (come l'Islanda e il Liechtenstein), paesi partner dell'allargamento e del vicinato e paesi e territori d'oltremare (PTOM), al fine di conseguire un livello più elevato di integrazione territoriale. La cooperazione transnazionale attuata dalle regioni ultraperiferiche rientra in una componente distinta. La componente «Interreg B» sostiene un'ampia gamma di investimenti in progetti connessi all'innovazione e alla transizione verde e digitale. 3. La cooperazione interregionale (componente «Interreg C») opera a livello paneuropeo e interessa tutti gli Stati membri dell'UE e i paesi partner; crea reti volte a sviluppare buone pratiche e facilitare lo scambio e il trasferimento delle esperienze delle regioni virtuose. Si tratta di uno strumento utile a rafforzare la coesione e superare le sfide presenti e future. 4. La cooperazione nelle regioni ultraperiferiche (componente «Interreg D») ha l'obiettivo di consentire alle regioni ultraperiferiche di cooperare con i paesi e i territori vicini nel modo più efficiente e semplice possibile. A tal fine, il regolamento Interreg offre la possibilità di gestire sia i fondi esterni che il FESR nello stesso corpus di norme. Pertanto, nell'ambito della componente D, possono essere pubblicati inviti a presentare proposte per un finanziamento combinato a titolo del FESR, dello strumento di vicinato, della cooperazione allo sviluppo e della cooperazione internazionale.

te obiettivi politico-strategici¹⁰⁰, la preventiva cooperazione transnazionale nella pianificazione dello spazio marittimo è però ancora demandata a uno strumento di *soft law*, oggetto di attenzione politica dalla Commissione oceanografica intergovernativa dell'UNESCO¹⁰¹, laddove, invece, nella specificità dello spazio giuridico europeo, si inserisce nell'alveo della Direttiva 89/2014, che già ha demandato agli Stati membri la definizione delle "fasi procedurali" per contribuire allo sviluppo sostenibile dei settori energetici del mare, dei trasporti marittimi e del settore della pesca e dell'acquacoltura, oltre che per la conservazione, la tutela e il miglioramento dell'ambiente (ivi compresa la resilienza all'impatto del cambiamento climatico) garantendo anche «un'efficace collaborazione transfrontaliera tra gli Stati membri» e la cooperazione con i Paesi terzi extra europei.

Infatti, quale parte integrante del generale processo di pianificazione marittima, la direttiva 89/2014 ha imposto agli Stati membri che condividono un bacino marino di cooperare al fine di garantire che i piani di gestione dello spazio marittimo siano "coerenti e coordinati" nei rispettivi ambiti di natura transnazionale¹⁰², laddove invece la cooperazione con i Paesi terzi extra europei continua a essere svolta in conformità del diritto internazionale e delle sue convenzioni, attraverso la cooperazione istituzionale regionale¹⁰³.

¹⁰⁰ Sul punto, I. Castellucci, *Geodiritto. Il diritto come dimensione della geopolitica e del conflitto*, in *Gnosis*, 2020, 2, 20 ss. e A. Ali, *L'utilizzo del diritto per il conseguimento di obiettivi politico-strategici*, in *ivi*, 173 ss.

¹⁰¹ La Commissione oceanografica intergovernativa dell'UNESCO (IOC/UNESCO) promuove la cooperazione internazionale nelle scienze marine per migliorare la gestione dell'oceano, delle coste e delle risorse marine. La Commissione consente ai suoi 150 Stati membri di lavorare insieme coordinando programmi di sviluppo delle capacità, osservazioni e servizi oceanici, scienze oceaniche, allerta tsunami e alfabetizzazione oceanica. Il lavoro della Commissione contribuisce alla missione dell'UNESCO di promuovere il progresso della scienza e delle sue applicazioni per sviluppare conoscenza e capacità, chiave del progresso economico e sociale, base della pace e dello sviluppo sostenibile. La Commissione è altresì incaricata di coordinare il Decennio delle scienze oceaniche delle Nazioni Unite per lo sviluppo sostenibile 2021-2030, il "Decennio oceanico". Sul punto, si vedano i documenti elaborati in seno alle Nazioni Unite «Tabella di marcia congiunta volta ad accelerare i processi di pianificazione dello spazio marino/marittimo in tutto il mondo», marzo 2017 e la «Roadmap congiunta aggiornata per accelerare i processi di pianificazione dello spazio marittimo in tutto il mondo 2022-2027» che copre un insieme di sei aree prioritarie suddivise in trasversali e pilastri tematici. Nello specifico del trasversale, 1. Supporto alla conoscenza; 2. Sviluppo delle capacità e consapevolezza; 3. Cooperazione transfrontaliera. Nello specifico dei pilastri tematici: 4. MSP intelligente per il clima; 5. Tutela e ripristino del mare; 6. Economia blu sostenibile. Cfr. per approfondimenti <https://www.mspsglobal2030.org/wp-content/uploads/2022/11/MSProadmap2022-2027.pdf>

¹⁰² Tale cooperazione è realizzata attraverso: a) strutture regionali di cooperazione istituzionale esistenti, come le convenzioni marittime regionali; b) reti o strutture di autorità competenti degli Stati membri, e/o c) eventuali altri metodi che soddisfino i requisiti, ad esempio nel quadro di strategie per i bacini marittimi.

¹⁰³ L'esempio più avanzato in questo senso è dato dalla cooperazione in materia di energia nei mari del Nord (North Seas Energy Cooperation, NSEC) che si avvale delle competenze di organizzazioni quali la convenzione Oslo-Parigi, c.d. OSPAR, che riunisce 15 governi e l'UE nella cooperazione alla protezione dell'ambiente marino nell'Atlantico nordorientale. Le energie rinnovabili *offshore* sono ormai una priorità paneuropea e la cooperazione a livello regionale è in fase di estensione a tutti i bacini marittimi e a tutti gli Stati membri. Al riguardo sono molto importanti i lavori in corso nell'ambito del piano di interconnessione del mercato energetico del Baltico (Baltic Energy Market Interconnection Plan, BEMIP) o del gruppo ad alto livello per l'Eu-

Per l'ordinamento giuridico italiano, oltretutto, la cooperazione con gli Stati membri e con i Paesi terzi, nelle rispettive pianificazioni degli spazi marittimi, è stata demandata dall'art. 11 del d.lgs. 201/2016 all'azione congiunta del Ministero per le infrastrutture e i trasporti "d'intesa" con il Ministero degli esteri, per l'individuazione nei piani di gestione dello spazio marittimo, sempre al fine di garanzia della coerenza e coordinamento, della regione o sotto-regione marina interessata dalla cooperazione inter-statale, dove si dovrà tenere conto degli aspetti di natura transnazionale attraverso le «strutture regionali di cooperazione istituzionale» (ovverosia le convenzioni marittime regionali già esistenti).

Nello specifico contesto giuridico del Mar Mediterraneo, si collocano tanto il Piano d'azione per il Mare Mediterraneo del 1975, quanto la Convenzione di Barcellona del 1976, finalizzati entrambi a ridurre l'inquinamento del Mediterraneo e proteggere e migliorare l'ecosistema marino¹⁰⁴. Nel dettaglio, quella di Barcellona è una convenzione regionale quadro e costituisce lo strumento giuridico e operativo del Piano d'Azione delle Nazioni Unite per il Mediterraneo, costituita da sette Protocolli che riguardano le parti operative della convenzione¹⁰⁵, il settimo dei quali, incentrato proprio sulla «Gestione integrata delle zone costiere», appare particolarmente significativo.

Infatti, il Protocollo sulla gestione integrata delle zone costiere del Mediterraneo (Protocollo GIZC) prevede delle specifiche disposizioni finalizzate alla protezione e allo sviluppo sostenibile delle zone costiere del Mediterraneo, intro-

ropa sudoccidentale sulle interconnessioni (High Level Group for south-west Europe on interconnections) e dell'interconnessione energetica nell'Europa centrale e sudorientale (Central and South Eastern Europe Energy Connectivity, CESEC).

¹⁰⁴ G. Torta, *Il delicato equilibrio tra la tutela dell'ambiente e la promozione delle attività economiche nella pianificazione dello spazio marino*, cit.; A. Moliterni, *La tutela degli ecosistemi marini nel prisma della pianificazione integrata delle aree costiere*, cit.; D. Addis, *La gestione integrata delle coste nelle politiche del Mediterraneo e dell'UE*, cit.

¹⁰⁵ I sette Protocolli sono: 1. Protocollo "Dumping" derivante dagli scarichi di mezzi navali ed aerei e Protocollo "Dumping" derivante dagli scarichi di mezzi navali ed aerei o da incenerimento a mare; 2. Nuovo Protocollo "Prevenzione ed emergenza"; 3. Protocollo sulla protezione del Mediterraneo da inquinamento proveniente da fonti terrestri; 4. Aree Specialmente Protette e Protocollo sulla Diversità Biologica; 5. Protocollo per la protezione del Mar Mediterraneo dall'inquinamento derivante dall'esplorazione e dallo sfruttamento della piattaforma continentale e dei fondali marini e del suo sottosuolo "Protocollo Offshore"; 6. Protocollo sulla movimentazione transfrontaliera di rifiuti pericolosi "Rifiuti pericolosi"; 7. Protocollo sulla "Gestione integrata delle zone costiere".

ducendo una serie di principi¹⁰⁶ e obiettivi¹⁰⁷ per la protezione degli ecosistemi marini, la tutela dei paesaggi costieri e insulari, la difesa del patrimonio culturale e lo sviluppo delle attività economiche. Per queste finalità è perciò previsto, all'art. 29 del protocollo, l'impegno diretto degli Stati (o con l'aiuto dell'organizzazione o delle organizzazioni internazionali competenti) a coordinare a livello bilaterale o multilaterale, ove del caso, le strategie, i piani e i programmi nazionali riguardanti zone costiere contigue, con la fattiva partecipazione degli enti amministrativi nazionali competenti. Inoltre, prima di autorizzare o approvare piani, programmi o progetti che possono produrre effetti negativi significativi sulle zone costiere di altre parti, gli Stati devono cooperare mediante notifiche, scambi di informazioni e consultazioni alla valutazione degli impatti ambientali di detti piani, programmi e progetti.

In questo senso, lo spirito normativo della legislazione italiana, sebbene evidenzi il chiaro proposito politico di ricercare preventivamente degli accordi che scongiurino la proclamazione solo cartolare di una ZEE unilaterale, ovvero che ingeneri contenziosi internazionali anche solo nelle modalità di gestione degli spazi marini e delle zone costiere di confine, nella realtà dei fatti lascia sostanzialmente irrisolto alla radice il problema centrale della territorializzazione marittima, (ovverosia la rivendicazione di sovranità escludente sulla porzione dell'alto mare giuridicamente inteso) laddove anche la stessa Direttiva 89/2014 «non infi-

¹⁰⁶ I principi per la gestione integrata delle zone costiere, ai sensi dell'art. 6 del protocollo, prevedono: a) la considerazione del patrimonio biologico e delle dinamiche di funzionamento naturale della zona intercotidale (la zona dell'ambiente marino compresa tra i livelli della bassa e dell'alta marea, che può avere un'estensione di pochi decimetri o di alcuni chilometri in relazione all'escursione delle maree) nonché dell'interdipendenza della parte marina e di quella terrestre; b) la tutela dei sistemi idrologici, geomorfologici, climatici, ecologici, socioeconomici e culturali, per prevenire gli effetti negativi dei disastri naturali; c) l'adozione dell'approccio ecosistemico alla pianificazione e alla gestione delle zone costiere, in modo da assicurarne lo sviluppo sostenibile; d) una governance appropriata, che consenta alle popolazioni locali interessate una partecipazione adeguata e tempestiva nell'ambito dei processi decisionali; e) il coordinamento istituzionale intersettoriale dei vari servizi amministrativi e autorità locali competenti per le zone costiere; f) strategie, piani e programmi per l'utilizzo del territorio che tengano conto dello sviluppo urbano e delle attività socioeconomiche; g) la considerazione della molteplicità e della diversità delle attività nelle zone costiere, dando priorità ai servizi pubblici e alle attività nelle immediate vicinanze al mare; h) una distribuzione bilanciata degli usi sull'intera zona costiera, evitando una crescita urbana eccessiva; i) le valutazioni preliminari dei rischi associati alle varie attività umane e alle infrastrutture, in modo da prevenire gli impatti negativi sulle zone costiere; j) il ripristino dell'ambiente costiero qualora si verificano danni non prevedibili.

¹⁰⁷ La gestione integrata delle zone costiere, ai sensi dell'art. 5 del Protocollo, è finalizzata ai seguenti obiettivi: a) agevolare lo sviluppo sostenibile delle zone costiere attraverso una pianificazione razionale delle attività, in modo da conciliare lo sviluppo economico, sociale e culturale con il rispetto dell'ambiente e dei paesaggi; b) preservare le zone costiere a vantaggio delle generazioni presenti e future; c) garantire l'utilizzo sostenibile delle risorse naturali, e in particolare delle risorse idriche; d) assicurare la conservazione dell'integrità degli ecosistemi, dei paesaggi e della geomorfologia del litorale; e) prevenire e/o ridurre gli effetti dei rischi naturali e in particolare dei cambiamenti climatici, che possono essere provocati da attività naturali o umane; f) conseguire la coerenza tra iniziative pubbliche e private e tra tutte le decisioni adottate da pubbliche autorità, a livello nazionale, regionale e locale, che hanno effetti sull'utilizzo delle zone costiere.

cia i diritti sovrani e la giurisdizione degli Stati membri sulle acque marine che derivano dal pertinente diritto internazionale», in particolare dalla Convenzione di Montego Bay e che «non influisce nel delineamento e la delimitazione delle frontiere marittime da parte degli Stati membri» in conformità delle pertinenti disposizioni della stessa convenzione¹⁰⁸.

Questa evidenza, inevitabilmente, sposta l'attenzione sul contenuto e sulle modalità operative di attuazione della pianificazione marittima da parte degli Stati, soprattutto nella funzione di ricerca di "coerenza" sia verso l'esterno delle relazioni internazionali, sia verso l'interno con gli altri strumenti di governo del territorio, tenendo in debito conto le interazioni terra-mare e il rafforzamento della cooperazione transfrontaliera, laddove quest'ultima è destinata a svolgere un ruolo centrale nel favorire l'allineamento dei piani di gestione dello spazio marittimo ai piani energetici e climatici nazionali, con gli obiettivi più ambiziosi per promuovere le energie rinnovabili *offshore*.

6. *La pianificazione intersettoriale del mare: contenuto e natura giuridica dei piani di gestione dello spazio marittimo*

In termini generali, la pianificazione dello spazio marittimo è stata normativamente intesa come un processo unitario e contestuale di «analisi e organizzazione delle attività nelle zone marine» al fine di conseguire obiettivi ecologici, economici e sociali¹⁰⁹.

Come già anticipato, il suo scopo principale, cristallizzato nel d.lgs. 201/2016, è di disciplinare le diverse modalità di fruizione degli usi pubblici del mare per gestire l'utilizzo dello spazio marino, al fine promuovere lo sviluppo sostenibile dei settori energetici del mare, dei trasporti marittimi, della pesca e dell'acquacoltura, per la conservazione, la tutela e il miglioramento dell'ambiente, compresa la resilienza all'impatto del cambiamento climatico, promuovendo

¹⁰⁸ La ZEE, infatti, a differenza della piattaforma continentale, per poter divenire effettiva deve essere oggetto di una proclamazione ufficiale da parte dello Stato costiero, notificata alla Comunità internazionale, e comporta il controllo esclusivo su tutte le risorse economiche, sia biologiche, sia minerali, per un'estensione massima di 200 miglia marine. Dal momento che i diritti dello Stato costiero riguardano anche il fondo e il sottosuolo marino, la ZEE, quando viene istituita dallo Stato costiero, assorbe la piattaforma continentale, a meno che questa non si estenda oltre le 200 miglia dalle linee di base.

¹⁰⁹ Secondo la formulazione letterale dell'art. 3, co. 1, lett. b), del d.lgs. 201/2016. Cfr. *ex multis*, N. Carnimeo, F. Corona, *La pianificazione spaziale marittima nel diritto dell'Unione europea e la declinazione della normativa unionale nella legislazione italiana*, in *Dir. mar.*, 2023, 1, 5 ss.

e garantendo la coesistenza delle pertinenti attività e dei pertinenti usi oltre che dirimere i conflitti che tali usi possono generare¹¹⁰.

Per realizzare questi obiettivi, lo strumento giuridico a cui è demandata l'effettiva funzione di pianificazione è il piano di gestione dello spazio marino, che deve individuare la distribuzione spaziale e temporale delle pertinenti attività economiche e sociali e dei pertinenti usi delle acque marine, sia presenti sia futuri.

Nello specifico, tra i possibili usi ammessi dalla zonizzazione marina, per espressa previsione dell'art. 5 del d.lgs. 201/2016, è possibile includere: a) zone di acquacoltura; b) zone di pesca; c) impianti e infrastrutture per la prospezione, lo sfruttamento e l'estrazione di petrolio, gas e altre risorse energetiche, di minerali e aggregati e la produzione di energia da fonti rinnovabili; d) rotte di trasporto marittimo e flussi di traffico; e) zone di addestramento militare; f) siti di conservazione della natura e di specie naturali e zone protette; g) zone di estrazione di materie prime; h) ricerca scientifica; i) tracciati per cavi e condutture sottomarine; l) turismo; m) patrimonio culturale sottomarino.

Gli indirizzi e i criteri per la predisposizione dei piani di gestione dello spazio marittimo sono contenuti in delle apposite linee guida, previste dal D.P.C.M. 1 dicembre 2017, il quale prevede che la pianificazione marittima debba presupporre il concetto di "Sistema Mare" quale organico governo delle istanze e delle esigenze, in un'ottica di sviluppo sostenibile, derivanti dalle molteplici attività umane che interessano gli spazi marini oltre che «del loro riverbero nelle relazioni dell'Italia con il Mediterraneo e nelle relazioni dell'Italia, come attore leader del Mediterraneo, con il resto del mondo¹¹¹».

¹¹⁰ Cfr. il considerando 19 della direttiva 89/2014. Tra le ragioni alla base di questo atto normativo, già delineate nella Comunicazione della Commissione europea del 25 novembre 2008, n. 791, Tabella di marcia per la pianificazione dello spazio marittimo: definizione di principi comuni nell'UE (punto 2.2), vi è, innanzitutto, quello di rafforzare l'economia marittima dell'Unione. Ad ogni modo, l'obiettivo di superare approcci frammentari, coordinando politiche settoriali, era già stato individuato dalla direttiva quadro sulla strategia per l'ambiente marino, che ha posto le basi della "politica marittima integrata" per l'Unione europea (2008/56/CE), di cui la direttiva 89/2014 si pone come attuazione. La pianificazione dello spazio marittimo dovrebbe, sotto questo aspetto, perseguire, coordinandoli, gli obiettivi posti da direttive e regolamenti dell'Unione europea in materia di promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, conservazione e sfruttamento sostenibile delle risorse della pesca, conservazione degli habitat naturali, sviluppo della rete transeuropea dei trasporti, sicurezza degli impianti *offshore* di petrolio e gas e in materia di acque, oltre a quelli individuati proprio per lo spazio marittimo nella direttiva quadro sulla strategia per l'ambiente marino (2008/56/CE).

¹¹¹ Si veda in tal senso la prefazione al D.P.C.M. 1 dicembre 2017 di approvazione delle linee guida contenenti gli indirizzi e i criteri per la predisposizione dei piani di gestione dello spazio marittimo. Più nello specifico, le linee guida, partendo da un insieme ragionato e integrato di «quanto oggi esistente» per fornire indirizzi rispetto al risultato strategico a cui la pianificazione dello spazio marittimo deve tendere, individuano e propongono una serie di obiettivi strategici integrati di carattere generale, che devono sì essere sfidanti ma, al tempo stesso, realistici, al fine di contribuire efficacemente a uno sviluppo sostenibile costante e continuo, che tenga conto della tutela del territorio, del paesaggio e del patrimonio culturale, nonché degli aspetti relativi alla sicurezza, in conformità con quanto previsto dalla direttiva.

Per il contenuto dei piani di gestione dello spazio marittimo, rispetto alle indicazioni generali date dalla direttiva 89/2014 e trasposte dal d.lgs. 201/2016, le linee guida forniscono ulteriori elementi e criteri, suddividendo le acque marine pianificabili in tre diverse aree marittime: Mare Mediterraneo occidentale, Mare Adriatico e Mar Ionio (assieme al Mare Mediterraneo centrale¹¹²), ciascuna oggetto di un diverso piano di gestione dello spazio marittimo, in base alle rispettive particolarità morfologiche, ecosistemiche e delle caratteristiche storico-paesaggistiche, economico-produttive e socio-culturali.

In questo senso, la pianificazione marittima si conferma essere uno strumento intersettoriale che consente alle autorità pubbliche e alle parti interessate di applicare un «approccio integrato e coordinato¹¹³», configurandosi come un piano sovra-ordinato ispirato alla coerenza rispetto agli altri strumenti di governo del territorio o di programmazione degli interventi e delle attività terrestri che possono sortire effetti sulle acque marine¹¹⁴.

¹¹² Che corrispondono alle tre sottoregioni marine del Mare Mediterraneo già individuate dal d.lgs. n. 190/2010 (art. 3, comma 1, lett. d) attuativo della direttiva 2008/56/CE sulla strategia per l'ambiente marino. Ciascuna area marittima copre un'estensione su cui si proiettano interessi e competenze di diverse Regioni: Liguria, Toscana, Lazio, Campania, Basilicata, Calabria, Sicilia e Sardegna per l'area marittima del Mare Mediterraneo occidentale; Friuli Venezia Giulia, Veneto, Emilia-Romagna, Marche, Abruzzo, Molise e Puglia per l'area marittima del Mare Adriatico; Puglia, Basilicata, Calabria e Sicilia per l'area del Mar Ionio e del Mare Mediterraneo centrale. I piani di gestione dello spazio marittimo, poi, potranno procedere all'individuazione di sub-aree, dati i caratteri estremamente variegati delle aree marittime di riferimento, determinate sulla base delle caratteristiche dominanti e peculiari che ne consentono la riconoscibilità, sia sotto il profilo morfologico ed ecosistemico che sotto il profilo dei caratteri paesaggistici, storici, economici, produttivi, socio-culturali.

¹¹³ Così come evidenziato nel considerando n. 3 della direttiva 89/2014.

¹¹⁴ Nelle linee guida, nell'allegato 4 «Il quadro del sistema di pianificazione nazionale e regionale/locale in Italia» comprende tutti i livelli della pianificazione che interessano i sistemi costieri e non, anche perché le pianificazioni integrate della zona costiera (ICZM) ed affini sono adottate solo in alcune Regioni. Si pensi ad esempio ai Piani territoriali e paesaggistici regionali e le loro indicazioni di sviluppo per le aree costiere. Alcune Regioni hanno iniziato a sperimentare i Piani Comunali di Costa (già introdotti in Puglia ad esempio) che influenzano molto l'uso dello spazio e delle risorse nell'interfaccia terra/mare. I sistemi di gestione portuale (e le relative pianificazioni settoriali: Piani Regolatori Portuali, Piani della Navigazione, ecc.) sono sicuramente da includere in questa analisi. Di seguito si riporta un elenco di piani e programmi di cui il redattore dei Piani di gestione dello spazio marittimo dovrà tenere conto ai fini della coerenza esterna, se di pertinenza, da integrare caso per caso in funzione del piano di gestione e degli esiti delle consultazioni: a. Documento di Economia e Finanza (DEF) e Programma Nazionale di Riforma (PN.); b. Piani di monitoraggio e piano misure della strategia marina; c. Piano di gestione integrata della zona costiera; d. Piano strategico nazionale della portualità e della logistica; e. PON 2014-2020; e. Programma sviluppo rurale nazionale 2014-2020; f. PO FEAMP 2014-2020; g. Piano strategico nazionale sull'utilizzo del GNL in Italia; h. Piano strategico di sviluppo del Turismo in Italia 2017-2022 e relativi Programmi di attuazione Annuali; i. Programma nazionale triennale della pesca e dell'acquacoltura 2017-2020; j. Piano Strategico per l'Acquacoltura in Italia 2014-2020; k. Piano di gestione del distretto idrografico (8 distretti idrografici - 1. Alpi orientali, 2. Padano, 3. Appennino settentrionale, 4. Appennino centrale, 5. Appennino meridionale, 6. Sardegna, 7. Sicilia); l. Piano paesaggistico o piano urbanistico-territoriale con specifica considerazione dei valori paesaggistici (tutte le Regioni); m. Piani regolatori portuali; n. Programma Nazionale delle Ricerca 2015/2020; o. Piano regolatore generale (città marittime); p. POR 2014-2020; q. Programmi di sviluppo rurale regionali 2014-2020 (tutte); r. Piano cave; s. Piani di gestione locale ex art. 37 lett. m) del reg. (CE) n. 1198/2006 (livello subregionale); t. Flag - CLLD (livello subregionale); u. AZA (*Allocated Zone for Aquaculture*); Piano Nazionale Strategico della portualità e della logistica.

L'importanza della coerenza sistematica tra le rispettive previsioni e della compatibilità normativa è offerta dall'art. 2 del d.lgs. 201/2016, il quale esclude che il piano di gestione trovi applicazione per le «acque costiere o parti di esse che già rientrano nelle pianificazioni urbane e rurali disciplinate da vigenti disposizioni di legge¹¹⁵», al pari delle attività il cui unico fine è la difesa o la sicurezza nazionale, ma purché ciò sia indicato nei piani di gestione dello spazio marittimo.

Infatti, l'art. 5, co. 3 d.lgs. 201/2016 prevede che siano «inclusi ed armonizzati con le previsioni dei piani di gestione dello spazio marittimo» i piani e programmi già esistenti che prendono in considerazione le acque marine e le attività economiche e sociali ivi svolte, nonché quelli concernenti le attività terrestri rilevanti per la considerazione delle «interazioni terra-mare¹¹⁶», elaborati e attuati ai sensi delle disposizioni europee e nazionali previgenti.

I piani di gestione dello spazio marittimo, pertanto, possono essere diretti a sviluppare proposte, direttive e raccomandazioni per un processo operativo e transfrontaliero di pianificazione marittima che deve essere impostato utilizzando un approccio ecosistemico¹¹⁷, tenendo conto delle interazioni terra-mare e del rafforzamento della cooperazione transfrontaliera.

In quest'ultimo senso, il descritto approccio ecosistemico rappresenta proprio lo strumento principale per il corretto sviluppo della pianificazione spaziale marittima, svolgendo un ruolo di raccordo (così come previsto dalle menzionate linee guida) tra la pianificazione marittima e la Direttiva Quadro sulla Strategia Marina, perché ben può funzionare come una “cerniera” di pianificazione articolata su due livelli: uno strategico¹¹⁸, uno funzionale-procedimentale¹¹⁹.

¹¹⁵ Ai sensi dell'art. 2, par. 7, della direttiva 2000/60/CE, le acque superficiali che si estendono dalla linea di base fino a un miglio nautico.

¹¹⁶ Secondo la definizione normativa offerta dall'art. 3 del d.lgs. 201/2016, le “interazioni terra-mare” sono quelle interazioni in cui fenomeni naturali o attività umane terrestri hanno impatto sull'ambiente, sulle risorse e sulle attività marine e in cui fenomeni naturali od attività umane marine hanno impatto sull'ambiente, sulle risorse e sulle attività terrestri.

¹¹⁷ L'approccio ecosistemico -AE (Ecosystem Approach - EA) è un principio sotteso alle formulazioni del Codice di Condotta della Pesca Responsabile (CCRF, FAO 1995). A livello normativo europeo, l'approccio ecosistemico è previsto da diverse direttive quali la Direttiva MSFD (Marine Strategies Framework Directive) del 2008 (2008/56/CE), nella Politica Comune delle Pesca (*Common Fisheries Policy* - CFP) in cui ci si riferisce alla EA dal 2002 (COM(2002)186) e nella Direttiva per la pianificazione dello spazio marittimo 2014/89/UE.

¹¹⁸ Laddove il livello strategico, rappresentato dall'opportuna integrazione ed applicazione dei metodi e degli obiettivi declinati all'interno della Direttiva Quadro sulla Strategia Marina (MSFD), che rappresenta il Pilastro Ambientale della Politica Marittima Integrata e che dunque è lo strumento di interconnessione ed interrelazione tra le diverse normative di settore. A tal proposito, saranno considerati quali riferimenti le definizioni di GES ed i connessi target ambientali ai sensi della Direttiva 2008/56/Ce recepita dal d.lgs. 190/2010, come adottati con decreto ministeriale 17 ottobre 2014.

¹¹⁹ Laddove il livello funzionale - procedimentale, è costituito dall'applicazione dello strumento operativo della VAS, quale metodologia in grado di declinare concretamente la modalità con cui l'Approccio Ecosistemico debba essere integrato ed utilizzato per la definizione dei piani della PSM.

L'elaborazione vera e propria dei piani di gestione, infine, è demandata al Comitato tecnico istituito presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti¹²⁰, il quale, in un'ottica di trasparenza e semplificazione, prevede il costante coinvolgimento di tutte le parti economiche e sociali interessate nelle fasi più importanti del processo decisionale.

Ad ogni modo, a dispetto dell'apparente ricerca di coerenza e di sintesi pianificatoria, le esigenze di coordinamento istituzionale imposte dalla direttiva 89/2014 non trovano ancora un unico ente responsabile dei procedimenti, laddove l'ampia discrezionalità riconosciuta agli Stati membri nel determinare e graduare i diversi obiettivi perseguibili *sul* mare, si riflette sulla complessità organizzativa della pianificazione e gestione dello spazio marittimo, tenuto conto, altresì, che la stessa direttiva 89/2014 prevede all'art. 6 la coerenza tra la pianificazione dello spazio marittimo e il piano o i piani da essa derivanti e gli altri processi, quali la gestione integrata delle zone costiere (cui la raccomandazione 2002/413 ha auspicato l'adozione¹²¹) che rappresenta uno strumento dinamico che non intende sostituire la pianificazione di settore, ma cercare le relazioni tra le diverse attività per individuare azioni finalizzate all'integrazione dei diversi ambiti costa-territorio che, come si vedrà, aprono a nuove prospettive di definizione dell'incerto ambito portuale¹²².

7. *La complessità organizzativa della pianificazione marittima italiana.*

Al pari della pianificazione territoriale, anche la formazione dei piani marittimi ritrova quelle considerazioni di teoria generale di inquadramento come «attività di natura interdisciplinare che ha motivazioni tecniche e politiche¹²³». In

¹²⁰ Composto da rappresentanti dei ministeri coinvolti nel procedimento (tre rappresentanti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di cui uno con funzioni di presidente; due rappresentanti del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare; due rappresentanti del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali; due rappresentanti del Ministero dello sviluppo economico; due rappresentanti del Ministero dei beni culturali e delle attività culturali e del turismo) e da un rappresentante della Regione o delle Regioni appartenenti all'area marina oggetto del piano, designati dalla Conferenza dei presidenti delle Regioni, tutti designati dalle rispettive amministrazioni e nominati con D.M. 13 novembre 2017, n. 529.

¹²¹ Secondo tale raccomandazione, gli Stati membri dovrebbero, in collaborazione con le autorità regionali e le organizzazioni interregionali, sviluppare una strategia nazionale o diverse strategie, per attuare alcuni principi guida per la gestione integrata della zona costiera. Questi ultimi consistono nella considerazione di una prospettiva tematica e geografica ampia e a lungo termine, che tenga conto del principio di precauzione e dei bisogni delle generazioni presenti e future. La gestione delle coste deve, poi, essere "adattativa", ovvero suscettibile di essere modificata nel tempo, sulla base di nuovi problemi e conoscenze. Essa dovrebbe ricercare soluzioni specifiche per questioni specifiche locali. Nella prospettiva di tutela ambientale è previsto come obiettivo da perseguire con la gestione integrata delle zone costiere il rispetto degli ecosistemi.

¹²² Cfr. I. Pinzello, *Città, porto e pianificazione del territorio: la prospettiva degli urbanisti*, in M.R. Spasiano (a cura di), *Sistema portuale italiano tra funzione pubblica, liberalizzazione ed esigenze di sviluppo*, Ed. Scientifica 2013 spec. 546.

¹²³ G. Abbamonte, *Programmazione economica e pianificazione territoriale*, cit.

questo senso, coinvolgendo aspetti di natura politica, economica, ambientale e di cooperazione internazionale, la complessità organizzativa della pianificazione marittima è evidente, perché non solo le amministrazioni interessate dalla pianificazione di settore operano a diversi livelli, ma è anche molto frammentata la gestione complessiva delle attività che si svolgono nello spazio marittimo, in termini di settori di attribuzione, di competenza spaziale e di quadri normativi differenziati¹²⁴.

Come già evidenziato in dottrina, infatti, l'attività di pianificazione e gli atti che ne sono diretta espressione «possono essere manifestazioni di esercizio di poteri differenti rispetto a quelli di cui sono espressione le decisioni puntuali conseguenti alla programmazione¹²⁵», sollevando il noto tema della complessità decisionale amministrativa e della complessità della gestione operativa, ovvero di quel «grande problema amministrativo¹²⁶» che si manifesta ogni qualvolta, a fronte della riscontrata e incontestabile rottura della nozione unitaria dell'interesse pubblico¹²⁷, il soddisfacimento delle esigenze collettive «non avviene più secondo una

¹²⁴ Ai sensi degli art. 822 cod. civ. e 28 e 29 del Codice della navigazione, ad esempio, la titolarità dei beni costieri è dello Stato, su cui esercita azioni di protezione e di conservazione, laddove le regioni, ai sensi dell'art. 117, co. 4, Cost., hanno competenza legislativa in materia di turismo, così come sussiste la potestà concorrente in altri ambiti demaniali marittimi per il «governo del territorio» e i «porti civili». Anche sul profilo della pianificazione territoriale e urbanistica, è stato osservato già che le prerogative dimensionali degli enti territoriali non sono limitate alla terraferma, potendosi estendere anche al prospiciente mare territoriale ogni qual volta sia necessario realizzare un'opera pubblica che possa impattare sullo stato dei luoghi in cui risiede la popolazione comunale. In questo senso, oltre a M. Roversi Monaco, *La pianificazione marittima in Italia*, cit., lo stesso d.lgs. 201/2016 prevede che la pianificazione marittima possa ricomprendere «solo» quella parte di mare territoriale che è vicino alla costa, corrispondente alle acque costiere (che si estendono fino a un miglio nautico dalla linea di base per la misurazione del mare territoriale), laddove, solo fino a quella estensione, è possibile la pianificazione urbanistica. In termini ancor più generali, sulla potestà di pianificazione urbanistica degli enti territoriali, si rinvia alle elaborazioni di A. Andreani, *Note in tema di competenza delle Regioni sul mare territoriale e sulla piattaforma continentale*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1969, 440 ss.; M. Casanova, *Demanio marittimo e poteri locali*, Milano, 1986; F. Roversi Monaco, G. Caia, *Opere a mare e poteri urbanistici*, in *Riv. giur. urb.*, 1988, 3-4, 513 ss.; G. Angelone, *Zone marittime e disciplina urbanistica*, in *Studi in onore di Antonio Lefebvre d'Oviedo*, Milano, 1995, 25 ss., Id., *Lo jus aedificandi sul demanio marittimo e nel mare territoriale*, in *Studi in Onore di Gustavo Romanelli*, Milano, 1997, 29 ss.

¹²⁵ R. Dipace, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *Diritto e società*, 2017, 4, spec. 647.

¹²⁶ Si vedano, in tal senso, le sempre attuali considerazioni di F. Ledda, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, spec. 152., di G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, e di L. Giani, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002.

¹²⁷ Come ha rilevato Giuseppe Pericu, nel suo *Energia e ambiente: emersione e composizione dei vari interessi concorrenti*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1987, 2, 575 «il concetto d'interesse è «portante» nell'analisi dei fenomeni giuridici». Tuttavia, negli ordinamenti democratici e pluralisti, all'indomani e in parallelo dell'avvento di quello che Giannini ha definito lo Stato pluriclasse, è richiesto un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza o di prevalenza per alcuno di essi. Sul punto, si vedano le ricostruzioni dottrinarie di A. Pizzorusso, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972 spec. 68; G. Pericu, R. Ferrara, *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista*, in R. Ferrara, M.A. Sandulli (a cura di), *Trattato di Diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, Vol. I, spec. 21 e M. Cafagno, *Analisi economica del diritto e ambiente. Tra metanarrazioni e pragmatismo*, in *Dir. econ.*, 2019, 2, 155 ss. Sempre sul pluralismo di interessi pubblici, al pari dei diritti, il dibattito giurisprudenziale segnato dalla sentenza della Corte costituziona-

sequenza lineare che si snoda lungo un singolo iter procedimentale ma passa sempre più spesso attraverso una pluralità di azioni, poste in essere da soggetti differenti, che concorrono a realizzare un disegno unitario rispetto al fine¹²⁸».

La funzione di pianificazione dello spazio marittimo, pertanto, nel presupporre il concetto di “sistema mare” quale organico centro istituzionale di riferimento di plurimi interessi, richiede la ricerca di un adeguato livello di governo, che consenta un coordinamento forte, perché un’azione sistemica unitaria e accentrata rappresenta uno dei principali fattori abilitanti per poter favorire *sul* mare uno sviluppo economico sociale e ambientale ispirato alla sostenibilità.

Su tali aspetti, premesso che il piano di gestione dello spazio marittimo deve avere una durata di dieci anni, con possibilità di una revisione di medio termine, e atteso il suo carattere di piano integrato, ben può avere un necessario coordinamento con le scadenze climatico-ambientali degli orizzonti 2030-2050 oltre a un evidente ruolo di riferimento per i singoli piani di settore, dovendo recepire, in sede di prima applicazione, la pianificazione già esistente.

Ebbene, proprio allo scopo di definire con un disegno unitario il processo di pianificazione degli usi e delle attività afferenti lo spazio marittimo è stato istituito un «Tavolo interministeriale di coordinamento sulla pianificazione dello spa-

le n. 85/2013 ha registrato anche per gli “interessi di rango costituzionale” (viepiù quando assegnati alla cura di corpi amministrativi diversi) l’esigenza di ribadire che a nessuno di essi la Carta costituzionale garantisce una prevalenza assoluta sugli altri, perché la loro tutela deve essere «sistemica» e perseguita in un rapporto di integrazione reciproca. La primarietà di valori come la tutela del patrimonio culturale o dell’ambiente implica che gli stessi non possono essere interamente sacrificati al cospetto di altri interessi (ancorché costituzionalmente tutelati) e che di essi si tenga necessariamente conto nei complessi processi decisionali pubblici, ma non ne legittima una concezione ‘totalizzante’ come fossero posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, necessariamente mobile e dinamico, deve essere ricercato – dal legislatore nella statuizione delle norme, dall’Amministrazione in sede procedimentale, e dal giudice in sede di controllo – secondo principi di proporzionalità e di ragionevolezza. In virtù del principio di integrazione delle tutele – riconosciuto, sia a livello europeo (art. 11 del TFUE), sia nazionale (art. 3-*quater* del d.lgs. n. 152 del 2006, sia pure con una formulazione ellittica che lo sottintende) – le esigenze di tutela dell’ambiente devono essere integrate nella definizione e nell’attuazione delle altre pertinenti politiche pubbliche, in particolare al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile. Il principio si impone non solo nei rapporti tra ambiente e attività produttive – rispetto al quale la recente legge di riforma costituzionale 11 febbraio 2022 n. 1, nell’accostare dialetticamente la tutela dell’ambiente con il valore dell’iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), segna il superamento del bilanciamento tra valori contrapposti all’insegna di una nuova assiologia compositiva – ma anche al fine di individuare un adeguato equilibrio tra ambiente e patrimonio culturale, nel senso che l’esigenza di tutelare il secondo deve integrarsi con la necessità di preservare il primo. Se il principio di proporzionalità rappresenta il criterio alla stregua del quale mediare e comporre il potenziale conflitto tra i due valori costituzionali all’interno di un quadro argomentativo razionale, il principio di integrazione costituisce la direttiva di metodo. La piena integrazione tra le varie discipline incidenti sull’uso del territorio, richiede di abbandonare il modello delle «tutele parallele» degli interessi differenziati che radicalizzano il conflitto tra i diversi soggetti chiamati ad intervenire nei processi decisionali.

¹²⁸ In termini sistematici, quindi, l’attenzione si sposta dal singolo procedimento amministrativo alla complessa attività amministrativa necessaria per raggiungere un risultato concreto. Sul punto, nella necessaria economia del presente contributo, si rinvia alle considerazioni di teoria generale di F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, cit. spec. 84, nonché R. Dipace, *L’attività di programmazione*. cit.

zio marittimo¹²⁹», il quale, sentita la Conferenza nazionale di coordinamento delle Autorità di sistema portuale, definisce per ogni sotto-regione marina le linee guida contenenti gli indirizzi e i criteri per la predisposizione dei piani di gestione dello spazio marittimo e l'individuazione delle aree marittime di riferimento, nonché di quelle terrestri rilevanti per le “interazioni terra-mare”.

Infatti, dalla necessità di coordinamento tra i poteri per consentire la coesistenza degli usi pubblici del mare è scaturita l'esigenza che tale gestione avvenga in un'unica sede, che li pianifichi considerando contestualmente gli interessi coinvolti e applicando le diverse discipline di settore pertinenti¹³⁰. Tale esigenza, nel corso del 2022, ha rimesso in discussione l'assetto organizzativo della pianificazione marittima, anche per fronteggiare le nuove sfide di indipendenza energetica nazionale dall'approvvigionamento estero così come tratteggiate dal piano REPower EU¹³¹.

8. *Le prospettive dimensionali dell'accentramento di funzioni del CIPOM nel piano nazionale per il mare*

Una nuova e diversa prospettiva di attuazione della strategia olistica affidata alla pianificazione marittima del “Sistema Mare”, sembra essere offerta dall'accentramento di funzioni in capo al Comitato Interministeriale per le Politiche del Mare, c.d. CIPOM, istituito dall'art. 12 del d.l. 11 novembre 2022 n. 173 pres-

¹²⁹ Istituito presso il Dipartimento per le politiche europee della Presidenza del Consiglio dei ministri, di cui fanno parte un rappresentante per ciascuno dei seguenti Ministeri: degli affari esteri e della cooperazione internazionale, delle infrastrutture e dei trasporti, dello sviluppo economico, delle politiche agricole, alimentari e forestali, dell'ambiente e della tutela del mare e del territorio, dei beni culturali e delle attività culturali e del turismo, della difesa, dell'istruzione e della ricerca scientifica, della salute, del lavoro e delle politiche sociali, dell'economia e delle finanze, del Dipartimento per gli affari regionali, le autonomie e lo sport della presidenza del Consiglio dei ministri e dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli.

¹³⁰ M. Roversi Monaco, *La pianificazione marittima in Italia*, cit., spec. 3.

¹³¹ Come è noto, infatti, all'indomani dell'invasione russa dell'Ucraina, le forti ripercussioni economiche della crisi energetica hanno indotto la Commissione, nell'alveo dei sei obiettivi dell'ottavo programma d'azione per l'ambiente (entrato ufficialmente in vigore il 2 maggio 2022) all'adozione dell'iniziativa REPowerEU dell'8 marzo 2022, con il principale obiettivo nella diversificazione delle fonti energetiche per realizzare la piena indipendenza dell'Unione dai combustibili fossili russi prima del «ben prima del 2030». In tale cornice è stato quindi presentato il 18 maggio 2022 il Piano REPowerEU il quale, per porre fine alla dipendenza dai combustibili fossili della Russia e affrontare la crisi climatica, è fondato sui due pilastri della diversificazione degli approvvigionamenti di gas (attraverso l'aumento delle importazioni “non russe” e l'aumento della produzione interna di biometano e idrogeno) e dalla riduzione del consumo complessivo di combustibili fossili, promuovendo l'efficienza energetica in tutti i settori (edilizia, industria, trasporti, servizi) e la generazione di energia rinnovabile, attraverso il perseguimento dei tre obiettivi strategici del risparmio energetico, della diversificazione dell'approvvigionamento e della sostituzione energetica con fonti rinnovabili, laddove, nella medesima direzione di progressiva rinuncia ai combustibili fossili, la raccomandazione del Consiglio, del 16 giugno 2022 relativa alla garanzia di una transizione equa verso la neutralità climatica, ha previsto la progressiva elettrificazione dei settori energivori con il raddoppio della capacità di generazione eolica e solare entro il 2025 e una maggiore produzione di “combustibili rinnovabili di origine non biologica” finalizzate al risparmio complessivo di almeno 170 miliardi di metri cubi di gas sul consumo annuo entro il 2030.

so la Presidenza del Consiglio dei ministri, con il compito di assicurare proprio il necessario coordinamento e la definizione degli indirizzi strategici delle politiche del mare, ferme restando le singole competenze delle amministrazioni coinvolte nel “governo del mare”.

Il CIPOM, infatti, rappresenta un organo collegiale di coordinamento istituzionale tra i vari ministeri competenti per delineare le nuove politiche marittime¹³² al quale lo stesso art. 12 del d.l. 173/2022 ha demandato l'importante e significativa funzione di elaborazione e approvazione del Piano nazionale del mare, contenente gli indirizzi strategici in materia di tutela e valorizzazione della risorsa mare (dal punto di vista ecologico, ambientale, logistico ed economico); di valorizzazione economica del mare, con particolare riferimento allo sfruttamento delle risorse energetiche (oltre che all'archeologia subacquea, al turismo, alle iniziative a favore della pesca e dell'acquacoltura); della valorizzazione delle vie del mare e sviluppo del sistema portuale; della promozione e coordinamento delle politiche volte al miglioramento della continuità territoriale da e per le isole, al superamento degli svantaggi derivanti dalla condizione insulare e alla valorizzazione delle economie delle isole minori; dalla promozione del sistema-mare nazionale a livello internazionale (in coerenza con le linee di indirizzo strategico in materia di promozione e internazionalizzazione delle imprese italiane); nonché della valorizzazione del demanio marittimo, con particolare riferimento alle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative.

Ebbene, la prospettiva di maggior interesse del Piano nazionale del mare (nelle more di conclusione definitiva della procedura di formazione dei vari piani di gestione dello spazio marino per l'Italia, ancora in essere nonostante il termine ultimo di attuazione della direttiva 89/2014 fosse tarato al 31 marzo 2021) è rappresentata proprio dal suo orizzonte temporale di validità, a cadenza periodica triennale, che suggerisce una sua più duttile conformazione e modulazione dei vari aspetti geo-politici (rispetto alla staticità dei piani di gestione dello spazio marittimo che hanno valenza decennale) con particolare riferimento al ruolo

¹³² Il Comitato è presieduto dal Presidente del Consiglio dei ministri o dal Ministro delegato per le politiche del mare, ed è composto dalle Autorità delegate per le politiche europee, le politiche di coesione e il coordinamento del PNRR e dai Ministri degli esteri, della difesa, dell'economia e delle finanze, delle imprese e del *made in Italy*, dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste, dell'ambiente e della sicurezza energetica, delle infrastrutture e dei trasporti, della cultura e del turismo e per gli affari regionali e le autonomie. Alle riunioni del Comitato partecipano gli altri Ministri aventi competenza nelle materie oggetto delle tematiche poste all'ordine del giorno. I Ministri possono delegare a partecipare un vice Ministro o un Sottosegretario di Stato. Alle riunioni del CIPOM, quando si trattano materie che interessano le regioni e le province autonome, partecipano anche il presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome o un presidente di regione o di provincia autonoma da lui delegato e, per i rispettivi ambiti di competenza, il presidente dell'Associazione nazionale dei comuni italiani (ANCI) e il presidente dell'Unione delle province d'Italia (UPI). Può essere invitato a partecipare alle riunioni del Comitato, con funzione consultiva, ogni altro soggetto ritenuto utile alla completa rappresentazione degli interessi coinvolti e delle questioni trattate.

strategico di risoluzione preventiva dei potenziali conflitti d'uso marittimo e, ove possibile, creare sinergie compatibili tra differenti settori, indispensabile per poter pianificare poi nel dettaglio la gestione effettiva dello spazio marittimo a garanzia della protezione della biodiversità e della sicurezza energetica nei due orizzonti temporali del PNIEC (2030) e del Piano per la transizione ecologica (2050), tutto ciò, anche favorendo uno sviluppo del mare nella triplice dimensione della sostenibilità ambientale-sociale-economica, nel rispetto della Strategia Europea sulle rinnovabili *offshore* e della stessa Agenda ONU 2030.

In questo senso, una conferma di diritto positivo è offerta dall'art. 1 co. 4 del D.M. 8 marzo 2023, laddove demanda al CIPOM di monitorare l'attuazione del Piano del mare e di aggiornarlo annualmente «in funzione degli obiettivi conseguiti e delle priorità indicate anche in sede europea, adottando le iniziative idonee a superare eventuali ostacoli e ritardi», potendo adottare, entro il 31 maggio di ogni anno, un rapporto sulla propria attività e sullo stato di attuazione del Piano che contiene, altresì, una valutazione sulle tendenze in atto in materia di politiche del mare.

Ad ogni modo, nel corso del 2022, in risposta alle perturbazioni dei mercati energetici conseguenti al conflitto russo-ucraino, sono state rimesse seriamente in discussione alcune articolazioni delle attribuzioni di competenze amministrative in materia energetica, con l'istituzione di un centro decisionale apparentemente accentrato nel Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica, che però dovrà condividere la strategia marittima con il neo-istituito Ministero della protezione civile e delle politiche del mare.

Questa considerazione, che si somma alla potenziale (e niente affatto scontata) sovrapposizione tra il piano nazionale del mare e i piani di gestione dello spazio marittimo, ri-solleva il problema pubblicistico generale di individuare la puntuale “dimensione pianificatoria”, ovvero la corretta delimitazione dello spazio da pianificare, laddove, come è stato già osservato, la necessità di un esatto dimensionamento, da compiere secondo concreti riferimenti alla «situazione degli uomini e delle cose¹³³», pone in evidenza che «una buona pianificazione è nient'altro che una fase del divenire della funzione amministrativa, intesa, quest'ultima espressione, nel senso ampio e realisticamente comprensivo di cor-

¹³³ G. Capograssi, *Persona e pianificazione*, in Aa.Vv., *La pianificazione economica e i diritti della persona umana*, in *Quaderni di Justitia*, Vol. 6, Roma, 1955, 14 ss. Inoltre, come rilevato da Giuseppe Abbamonte (op. cit.), la ricerca di regole guida per disciplinare l'uso del territorio, che è il primo elemento cui ci si deve riferire per l'organizzazione e lo svolgimento della vita umana nei suoi vari aspetti, individuali, sociali, economici, non può che partire dal diritto positivo che si è stratificato nel corso dei decenni, per motivazioni non di rado congiunturali. Spesso si è ignorato che il territorio è uno, sicché la sovrapposizione di più interventi sulla stessa zona di territorio ha indebolito la funzione di coordinamento, insita in ogni tipo di piano, atrofizzandone la funzione propulsiva dell'economia che è la motivazione di fondo di ogni programmazione, sia dell'uso del territorio che, immediatamente, dei rapporti socio-economici.

rispondenza biunivoca tra comunità ed apparati¹³⁴». Questa corrispondenza biunivoca si riflette sulle dimensioni geografiche e temporali del piano, a loro volta condizionate dalla situazione dello spazio e dall'accelerazione maggiore o minore delle vicende socio-economiche e politiche sul mare.

In ultima analisi, è proprio il «problema della dimensione¹³⁵» che impone di ricostruire la possibile delimitazione della porzione di mare che tenga conto delle differenze giuridiche e geografiche già riscontrate tra acque territoriali, zona contigua e alto mare, perché questa delimitazione, lascerebbe presagire come, in tale ambito, potrebbero essere proprio i piani di gestione dello spazio marittimo, rientranti nella tipologia dei “superpiani¹³⁶” a disegnare un quadro integrato nel quale i piani di settore¹³⁷, potranno sicuramente definire i loro sub-obiettivi e le eventuali azioni settoriali da intraprendere per localizzare e cantierare tutte le iniziative dirette all'effettivo raggiungimento degli obiettivi ambientali, di transizione e sicurezza energetica¹³⁸, necessitando, però, di una sintesi istituzionale con gli altri piani nazionali energetici e climatici.

¹³⁴ G. Abbamonte, *Programmazione economica e pianificazione territoriale*, cit.; sul punto, si veda anche R. Di Pace, *L'attività di programmazione come presupposto di decisione amministrative*, in *Dir. e soc.*, 2017, 4, 647 ss.; M.R. Spasiano, *La funzione amministrativa: dal tentativo di frammentazione allo statuto giuridico dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2004, 2, 297 ss.

¹³⁵ La rilevanza del momento programmatico nell'ambito dell'esercizio dell'attività amministrativa, infatti, emerge anche dalle considerazioni di D. Sorace, *Atto amministrativo* (voce), in *Enc. Dir.*, 2010, 49, laddove coglie la difficoltà di differenziare programmazione, indirizzo politico e atti di amministrazione e afferma che spesso gli apparati che hanno il compito di indicare spesso non vogliono o non possono dare indicazioni tali da esaurire le scelte possibili tra i diversi interessi e, quindi, da lasciare spazio alla sola esecuzione. Da ciò deriva che con interventi successivi, anche di apparati differenti si diano indicazioni via via più precise, senza tuttavia arrivare al punto in cui residui solo l'attività di esecuzione. Sul ruolo della fase programmatica come «fattore di prefigurazione e di anticipazione delle scelte dei pubblici poteri e, in quanto tale, come fattore di limitazione o di conformazione della successiva attività amministrativa» si veda anche M.S. Giannini, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, spec. 140 e F.G. Scoca, *Attività amministrativa* (voce), in *Enc. Dir.*, agg. Vol. VI, Milano, 2002, 79 ss. e G.M. Esposito, *Il governo delle programmazioni: linee evolutive*, Bologna, 2019.

¹³⁶ Al pari del Piano di bacino previsto dall'art. 65 del d.lgs. n. 152/2006 e del Piano paesaggistico, previsto dall'art. 145 del d.lgs. n. 42/2004.

¹³⁷ Tra i piani, di cui la pianificazione marittima dovrà tener conto rientrano, a mero titolo di esempio, i piani regolatori portuali, i piani paesaggistici, i piani regionali di gestione del demanio marittimo e di zone di mare territoriale adottati da alcune Regioni come forma attuativa, in assenza di disciplina statale, della gestione integrata della zona costiera, o anche i piani attuativi comunali di gestione del demanio marittimo, o i piani comunali di costa. In prima applicazione, essi devono essere inclusi ed armonizzati con le previsioni dei piani di gestione dello spazio marittimo (art. 5, comma 3), cioè non solo “presi in considerazione”, ma più propriamente “inglobati” negli stessi, pur con le modifiche necessarie ad armonizzarli all'indicato livello superiore. Una volta elaborato il piano di gestione dello spazio marittimo, invece, sarà esso a divenire il riferimento per i singoli piani di settore, disegnando la cornice entro la quale questi ultimi potranno collocare i propri obiettivi e le proprie azioni specifiche.

¹³⁸ Si veda, in tal senso, la previsione dell'art. 5 del d.l. 17 maggio 2022, n. 50, c.d. Decreto Aiuti, dettata dalla necessità di diversificare le fonti di approvvigionamento di gas ai fini della sicurezza energetica nazionale e accelerare l'affrancamento dalle forniture estere, per la quale, fermi restando i programmi di decarbonizzazione del sistema energetico nazionale, le opere finalizzate all'incremento della capacità di rigassificazione nazionale mediante “unità galleggianti di stoccaggio e rigassificazione” da allacciare alla rete di trasporto esistente, incluse le connesse infrastrutture, costituiscono interventi strategici di pubblica utilità, indifferibili e urgenti e pre-

9. *Pianificazione energetica marittima e Green Deal europeo: la possibile sintesi energetico-istituzionale del PNIEC*

La Commissione europea, nella sua relazione del 3 maggio 2022 sullo stato di attuazione della direttiva 2014/89 (COM(2022) 185 final¹³⁹) ha evidenziato come la pianificazione dello spazio marittimo ben possa rappresentare uno strumento di accelerazione della transizione ecologica per il raggiungimento degli obiettivi del *Green Deal* europeo per l'economia circolare lo sviluppo sostenibile dei mari (anche) a garanzia di affrancamento energetico dalla dipendenza estera¹⁴⁰.

Il questo senso, sebbene il ruolo strategico della pianificazione dello spazio marittimo fosse già stato rimarcato nella precedente comunicazione della Commissione del 17 maggio 2021 sul nuovo approccio per un'economia blu sosteni-

vedono una serie di deroghe alla normativa della contrattualistica pubblica, l'esenzione e semplificazione procedurale per le valutazioni ambientali oltre a un consistente contenimento dei tempi d'autorizzazione mediante la nomina di commissari governativi.

¹³⁹ <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9048-2022-INIT/it/pdf>.

¹⁴⁰ Il tema della transizione ecologica, nel senso giuridico del termine, abbraccia una moltitudine di interessi pubblici intimamente connessi al conseguimento degli ambiziosi obiettivi dell'Agenda Onu 2030, perché i temi della sostenibilità ambientale, del contenimento delle emissioni clima alteranti, della promozione dell'efficientamento energetico, oltre alla dimensione dei risvolti prettamente ambientali, concorrono a contenere i consumi di energia, realizzando l'auspicato risparmio energetico che, unito alla promozione delle energie rinnovabili, consentirà l'affrancamento dalla leva geo-politica dell'energia sullo scacchiere internazionale. Non secondaria, la sfida della progressiva de-carbonizzazione dell'apparato produttivo europeo, orientato alla neutralità climatica per il 2050 e alla riduzione delle emissioni al 2030 del 55%, ha costituito anche il riferimento politico per l'elaborazione degli investimenti e delle riforme in materia di transizione verde del PNRR, figurandone tra i principi fondamentali base enunciati dalla Commissione UE nella Strategia annuale della Crescita sostenibile - SNCS 2021 (COM(2020) 575 final). In quest'ultimo senso, l'auspicato cambio di paradigma produttivo alla realizzazione dell'economia circolare, è stato già esaminato dalla dottrina nella sua duplice componente di economia "del riciclo" e di "economia circolare organica", che attiene al piano dell'organico, ossia dei prodotti naturali-rinnovabili e realizzati a partire da materie naturali-rinnovabili. In tale ultima prospettiva "organica", si tenta di progettare materiali e prodotti a partire da risorse naturali, in modo che al momento del loro fine vita costituiscano non un *vulnus* per l'ambiente ma un vero e proprio *plus*. Sul punto, si rinvia a F. De Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 170; Id., *Economia circolare (diritto pubblico)* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. VIII, Torino, 2021, 161. Nella consapevolezza della necessaria economia del presente contributo, per l'evoluzione sul dibattito dell'emersione dell'interesse ambientale in senso giuridico, senza alcuna premessa di esautività su di un tema così vasto, si rinvia ai contributi della dottrina classica di M.S. Giannini, *Ambiente: saggio su diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, di U. Pototshnig, *Strumenti giuridici per la difesa della natura*, in *Foro amm.*, III, 1970 e di E. Capaccioli, *Profili giuridico-organizzativi della tutela contro l'inquinamento dell'aria e dell'acqua*, in *Foro amm.*, III, 1970, 299 ss.; F. Merusi, *Prospettive per una gestione pubblica dell'ambiente*, in *Pol. dir.*, 1975, 57 s. F. Benvenuti, *Studi dedicati ai problemi dell'ambiente*, in *Arch. giur.*, 1982, 255 ss. Cfr. inoltre le voci sistematiche di E. Capaccioli, F. Dal Piaz, *Ambiente (tutela dell')* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, App., Torino, 1980, 257 ss.; G. Pericu, *Ambiente (tutela dell')* nel diritto amministrativo (voce), *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, 189 ss. Non da ultimo, cfr. F. Spantigati, *Le categorie giuridiche necessarie per lo studio dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 1999, 236; M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007; F. Fracchia, *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente*, Napoli, 2013; Id., *Environmental Law. Principles, Definitions and Protetico Models*, Napoli, 2015, G. Rossi, *La "materializzazione" del diritto ambientale*, in Id. (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2017.

bile nell'UE (COM(2021) 240 final¹⁴¹), è però nella risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2022 sulla Strategia europea per le energie rinnovabili *offshore* (2021/2012-INI¹⁴²) che la pianificazione dello spazio marittimo ritrova la sua autonomia dimensionale di strumento essenziale e consolidato per facilitare lo sviluppo sostenibile delle energie rinnovabili marittime, laddove, anche grazie al fotovoltaico galleggiante, è ormai possibile sfruttare la superficie dell'acqua per generare energia solare, con le installazioni solari marittime che presentano interessanti potenzialità economiche e industriali¹⁴³.

Infatti, nell'ambito delle possibili utilità energetiche ricavabili dal mare e per consentire agli Stati membri di continuare a tener conto degli obiettivi ambiziosi del *Green Deal* europeo nei loro piani di gestione dello spazio marittimo, appare evidente che la pianificazione dello spazio marittimo prevista dalla direttiva 89/2014 debba essere integrata dalle previsioni della direttiva 2018/2001 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, soprattutto in funzione delle singole specificità locali (in termini di condizioni climatiche, paesaggistiche e ambientali) permettendo agli Stati di individuare con precisione i nuovi spazi marittimi da destinare alla produzione rinnovabile per allineare la singola strategia energetica nazionale agli obiettivi europei.

In questo senso, l'allineamento dei piani di gestione dello spazio marino con i piani energetici e climatici nazionali, può rappresentare proprio quella "operazione amministrativa" di ricerca di un risultato amministrativo unitario, necessaria a sterilizzare il rischio di incompatibilità funzionale nella ripartizione dello spazio marittimo¹⁴⁴, che impone la ricerca di soluzioni di coordinamento e di

¹⁴¹ Laddove evidenzia che maggiore è la domanda di utilizzo dello spazio marittimo, tanto più fondamentale è la pianificazione di tale spazio. La pianificazione dello spazio marittimo è uno strumento essenziale per prevenire conflitti tra priorità politiche e conciliare la conservazione della natura con lo sviluppo economico. In questo senso, l'economia blu può contribuire alla neutralità in termini di emissioni di carbonio attraverso lo sviluppo di energie rinnovabili prodotte in mare (*offshore*) e rendendo più ecologici i trasporti marittimi e i porti. Le energie rinnovabili *offshore* potrebbero contribuire a raggiungere questi obiettivi e generare un quarto dell'energia elettrica dell'UE nel 2050, principalmente (ma non solo) attraverso l'energia eolica *offshore*. Un mix energetico sostenibile negli oceani dovrebbe comprendere (oltre alle turbine eoliche *offshore* fissate al fondale) i parchi eolici galleggianti, l'energia termica e l'energia del moto ondoso e delle maree, tutte tecnologie emergenti che dovrebbero raggiungere la fase commerciale entro dieci anni. Per accelerarne lo sviluppo, nel 2020 la Commissione ha pubblicato una nuova strategia dell'UE per le energie rinnovabili *offshore* che punta a moltiplicare di cinque volte la capacità delle energie rinnovabili *offshore* entro il 2030 e di trenta volte entro il 2050, cui si rinvia per gli approfondimenti consultabili su: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A52021DC0240>

¹⁴² https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0032_IT.pdf.

¹⁴³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni «Strategia dell'UE per sfruttare il potenziale delle energie rinnovabili *offshore* per un futuro climaticamente neutro» (COM(2020) 741).

¹⁴⁴ Infatti, il regolamento (UE) 2018/1999 impone agli Stati membri di presentare i loro piani nazionali per l'energia e il clima entro il 31 dicembre 2019 e di presentare relazioni sullo stato di attuazione ogni due anni; la direttiva 2014/89/UE ha invece imposto agli Stati membri di elaborare i piani per la gestione dello spazio marittimo entro il 31 marzo 2021; il rischio di incompatibilità tra i piani nazionali per l'energia e il clima e i

raccordo tra i diversi poteri e i diversi procedimenti prodromici alla realizzazione dei contestuali obiettivi di mitigazione, adattamento e contrasto ai cambiamenti climatici, la preservazione della biodiversità e la tutela delle risorse ittiche, la riduzione dell'inquinamento, la logistica navale sostenibile la transizione energetica, oltre ad attività e i consolidati usi pubblici del mare quali l'acquacoltura, la pesca e la garanzia di sicurezza dei trasporti marittimi.

Pertanto, se la finalità del piano di gestione dello spazio marittimo è quella di fornire indicazioni di livello strategico e di indirizzo per ciascuna area marittima individuata e declinate nelle possibili sub-aree (da utilizzare anche quale riferimento per altre azioni di pianificazione di settore o di livello locale), tuttavia, il suo carattere di piano sovraordinato e la sua prevalenza e inderogabilità rispetto agli altri atti pianificatori e programmatori o da singoli provvedimenti amministrativi (concessioni o autorizzazioni), appare allora idoneo a garantire chiarezza e certezza giuridica degli usi dello spazio marittimo per gli operatori economici, attraverso il coordinamento di diversi atti amministrativi di regolazione di attività che si svolgano in mare o che siano comunque capaci di avere un impatto sullo spazio marittimo, soprattutto alla luce della previsione generale che, almeno in sede di prima applicazione dei piani di gestione, gli altri piani potenzialmente impattanti debbano essere "inglobati" e, eventualmente, modificati per garantirne l'armonizzazione¹⁴⁵.

In tale ambito, pertanto, appare sicuramente interessante la prospettiva di integrazione futura con le previsioni dell'abrogato Piano per la Transizione Ener-

piani per la gestione dello spazio marittimo sottolinea la necessità di allineare la direttiva sui piani per la gestione dello spazio marittimo e il regolamento sui piani nazionali per l'energia e il clima, nonché altre normative europee pertinenti, imponendo gli Stati membri di coordinare e definire immediatamente piani per lo sviluppo *offshore* per il 2030 e dopo il 2030.

¹⁴⁵ In questo senso, si veda la Proposta di Piano di gestione dello spazio marittimo Adriatico (spec. p. 33), laddove, relativamente alle fonti fossili presenti nell'area in forma di idrocarburi gassosi, il Piano tiene conto del processo in atto per la definizione del Piano per la Transizione Energetica Sostenibile delle Aree Idonee (PiTESAI) nelle more della definizione delle sue previsioni finali. Per le concessioni dell'Adriatico centro-settentrionale (Emilia Romagna, Marche e Abruzzo) ricadenti entro le 12 miglia dalla linea di costa o dal perimetro esterno di aree marine e costiere protette, il Piano per lo Spazio Marittimo prevede la possibilità di mantenere lo sfruttamento fino a esaurimento dei giacimenti, riducendo i conflitti ed aumentando le sinergie con altri settori dell'economia del mare. Per le aree *offshore*, il Piano prevede un approccio analogo allo sfruttamento dei giacimenti a mare entro le 12 miglia, ugualmente nelle more della definizione delle previsioni finali del PiTESAI. Inoltre, nelle zone marine minerarie aperte alla prospezione, all'esplorazione e alla coltivazione di idrocarburi A, B, D e F, depurate delle aree con vincoli assoluti di cui all'art. 6, co. 17 del d.lgs. 152/2006 e all'art. 4 della legge 9 gennaio 1991 n. 9, è attualmente mantenuta la possibilità di presentare istanze di ricerca e di concessione e proseguire le attività di ricerca avviate. Tuttavia, gli obiettivi europei di decarbonizzazione al 2050 rendono incoerente lo scenario di apertura di nuove zone minerarie marine oltre alle attuali ed è inoltre auspicato che si chiudano tutte le zone marine che non sono state mai aperte alla ricerca e alla coltivazione degli idrocarburi e le zone marine aperte ove però non è stata mai presentata alcuna istanza relativa alle attività minerarie. Nell'ambito della dismissione delle piattaforme a valle della loro chiusura mineraria, il Piano per lo Spazio Marittimo intende promuovere la riconversione di tali infrastrutture per altri usi, quali il supporto alla produzione, trasformazione e stoccaggio di energia da fonti rinnovabili in mare, la creazione di aree di 'tutela biologica' e/o di siti di interesse per il turismo e la pesca subacquea, l'acquacoltura e la ricerca marina.

getica Sostenibile delle Aree Idonee, c.d. PiTESAI¹⁴⁶, laddove in seguito all'approvazione del Piano di gestione dello spazio marittimo dovranno essere trasposti gli indirizzi, le raccomandazioni e le previsioni in esso contenute in coerenza con gli obiettivi strategici di approvvigionamento energetico¹⁴⁷.

Per questa integrazione, anche al fine di verificare se sussistano sinergie o antagonismi sia tra obiettivi e misure interne al piano, sia tra obiettivi e misure con altri piani, programmi e strategie, le linee guida già risolvono il problema della tutela dell'affidamento per gli usi energetici marittimi già "acquisiti"¹⁴⁸, raccomandando di assicurare altresì «una razionale pianificazione localizzativa degli impianti *off-shore*, preventiva rispetto alla assegnazione in concessione degli specchi acquei dedicati ed attenta ai valori paesaggistici costieri¹⁴⁹».

A livello di sistema, quindi, poiché il principio generale in base al quale l'individuazione degli obiettivi strategici della pianificazione marittima (evidenziato nella prefazione delle linee guida) impone di tener conto degli obiettivi di sostenibilità ambientale pertinenti agli ambiti territoriali interessati dal processo di pianificazione¹⁵⁰, una possibile sintesi istituzionale tra i diversi strumenti di pianificazione ben può essere rappresentata dal Piano nazionale integrato per l'energia

¹⁴⁶ Le sentenze del Tar del Lazio n. 2858 e n. 2872 del 12 febbraio 2024 hanno definitivamente annullato il PiTESAI per motivi formali, perché l'allora Ministero della transizione ecologica, invece di procedere, come prescritto dall'art. 11-*ter* della legge 11 febbraio 2019, n. 12, all'individuazione delle aree "idonee" all'esercizio delle attività minerarie sulla base di una preventiva valutazione sito-specifica delle singole situazioni, ha proceduto a una individuazione di tipo residuale, applicando, sul territorio interessato dal Piano, una serie di "fattori escludenti" prestabiliti in via generale, astratta e trasversale, talvolta neppure compiutamente graficizzati nel piano medesimo, evidenziando, altresì, come la natura astratta dei vincoli ha illegittimamente interessato concessioni già in essere, dando vita a divieti di estrema estensione e rigidità.

¹⁴⁷ Come si evince dalla Proposta di Piano di gestione dello spazio marittimo Adriatico (spec. p. 26) relativamente al settore energetico, il Piano per lo Spazio Marittimo dell'Area Adriatica si propone di contribuire agli obiettivi europei in tema di decarbonizzazione. A tal fine il Piano intende favorire lo sviluppo di fonti rinnovabili in mare, tenendo conto del potenziale energetico presente, delle caratteristiche delle aree marine e dei loro fondali, delle caratteristiche ambientali e paesaggistiche, dell'interazione con altri su presenti o attesi. Relativamente alle fonti fossili, presenti nell'area in forma di idrocarburi gassosi, il Piano tiene conto del processo in atto per la definizione del PiTESAI e, nelle more della definizione delle previsioni finali di quest'ultimo, prevede di mantenere lo sfruttamento fino a loro esaurimento dei giacimenti con concessioni di coltivazione vigenti, in modo sicuro per l'uomo e per l'ambiente, riducendo i conflitti e aumentando le sinergie con altri settori dell'economia del mare.

¹⁴⁸ L'art. 19.2 delle linee guida sul "Quadro di coerenza - Piani e programmi esistenti a tutte le scale di gestione e pianificazione" prevede espressamente che in sede di prima approvazione, e successivamente in sede di revisione, devono essere indicate le autorizzazioni di infrastrutture per l'approvvigionamento energetico e i titoli minerari rilasciati o in corso di rilascio, e per ciascuno dei titoli minerari di prospezione ricerca e coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi il piano deve recepire la durata massima, comprensiva delle proroghe previste per legge. In questo senso, al Ministero delle infrastrutture è demandato di effettuare la ricognizione iniziale degli atti e delle ordinanze dell'Autorità marittima, dei programmi e processi di pianificazione e di gestione degli usi e degli spazi marittimi prescritti dalla legislazione vigente ed esistenti a livello regionale, nazionale, europeo o internazionale e delle esistenti valutazioni ambientali strategiche.

¹⁴⁹ Cfr. l'art. 3, co. 4 delle linee guida.

¹⁵⁰ Così come previsto dall'art. 3 delle stesse linee guida, nell'individuazione degli obiettivi strategici dovrà essere assicurata la coerenza con gli obiettivi ambientali, secondo quanto previsto dalla direttiva 2008/56/

e il clima¹⁵¹, dove sono stabiliti gli obiettivi nazionali tarati al 2030 sull'efficienza energetica, sulle fonti rinnovabili e sulla riduzione delle emissioni di Co2, nonché gli obiettivi in tema di sicurezza energetica, interconnessioni, mercato unico dell'energia e competitività, sviluppo e mobilità sostenibile.

Proprio sulla promozione delle energie rinnovabili *offshore*, dati i tempi lunghi di realizzazione dei relativi progetti infrastrutturali, la direzione strategico-temporale tarata al 2030 per il PNIEC (così come corroborato dalle previsioni al 2050 del Piano nazionale sulla transizione ecologica), può offrire un contributo significativo al conseguimento degli ambiziosi obiettivi climatici europei. Oltretutto, la rapida diffusione e su larga scala dell'energia rinnovabile è stata posta anche al centro del piano REPowerEU, nel più ampio contesto dell'iniziativa europea che mira a porre fine alla dipendenza estera dai combustibili fossili.

Infatti, per conseguire l'auspicata capacità di installazione di 30/40 gW di energie rinnovabili *offshore* entro il 2050, sarà necessario individuare e impegnare un numero molto maggiore di siti di produzione di energia rinnovabile *offshore* e di connessione alla rete di trasmissione dell'energia elettrica nazionale. Alle autorità nazionali, pertanto, è stato demandato di pianificare in anticipo gli interventi infrastrutturali a lungo termine, valutandone la sostenibilità ambientale, sociale ed economica e garantendone la coesistenza con altre attività e usi pubblici del mare, come la pesca, l'acquacoltura, il trasporto marittimo, il turismo, la difesa della libertà della navigazione.

In quest'ultimo senso, poiché come anticipato la pianificazione dello spazio marittimo rappresenta quello strumento essenziale e consolidato per anticipare i cambiamenti, prevenire e attenuare i conflitti tra le priorità politiche equi-ordinate (e allo stesso tempo, creare sinergie tra settori economici senza pregiudicare l'ambiente e il territorio¹⁵²), nella inevitabile gerarchia degli strumenti di pianificazione, gli obiettivi di sviluppo e promozione delle energie rinnovabili *offshore*, previsti anche dai piani di gestione dello spazio marino, possono ritrovare una

CE (direttiva quadro per la strategia marina) recepita con d.lgs. 190/2010 (allegato 1), adottati con D.M. 17 ottobre 2014.

¹⁵¹ L'ordinamento giuridico italiano ha visto, nell'ambito dell'architettura istituzionale dell'Unione dell'energia, la pubblicazione del PNIEC il 21 gennaio del 2020. In attuazione del Regolamento (UE) 2018/1999 dell'11 dicembre 2018 sulla governance dell'Unione dell'energia, il PNIEC è stato inviato nel gennaio del 2020 alla Commissione europea e recepisce le novità contenute nel Decreto Legge sul Clima nonché quelle sugli investimenti per il *Green New Deal* previste nella Legge di Bilancio 2020. Sul PNIEC italiano la Commissione europea si è pronunciata il 14 ottobre 2020.

¹⁵² La direttiva sulla pianificazione dello spazio marittimo ha imposto a tutti gli Stati membri costieri di presentare alla Commissione europea i piani nazionali di gestione dello spazio marittimo entro il 31 marzo 2021. I piani sono soggetti a valutazione ambientale strategica ai sensi della direttiva 2001/42/CE (direttiva VAS) e alle ulteriori valutazioni imposte dalle direttive Habitat e Uccelli, al fine di garantire la protezione dei siti Natura 2000 e delle specie protette. Tali procedure dovrebbero consentire di evitare e ridurre i potenziali impatti negativi sull'ambiente naturale in una fase molto precoce del processo di pianificazione.

loto fonte sovra-ordinata proprio nel PNIEC che, a livello di sistema energetico nazionale, oltre a definire le modalità di promozione di energia a maggiore contenuto di innovazione, può anche offrire alla dimensione energetica marittima rinnovabile quel necessario e indispensabile coordinamento con i Programmi di cooperazione territoriale europea del settennato 2021-2027¹⁵³ in armonia con le altre previsioni energetiche a valenza su tutto il restante “territorio nazionale”.

Inoltre, se l'altro grande principio di fondamentale importanza nella pianificazione marittima è quello della «coerenza dei piani con gli accordi internazionali già sottoscritti dall'Italia», appare allora particolarmente significativa la circostanza che, ad esempio, nella proposta di Piano di gestione dello Spazio Marittimo per l'area marittima adriatica (ancora in corso di definizione), il limite spaziale orientale della sua estensione geografica sia stato delimitato in perfetta coincidenza con i limiti della piattaforma continentale, già formalmente concordata con gli altri Stati rivieraschi confinanti¹⁵⁴.

Pertanto, considerato anche che l'effettivo godimento delle energie rinnovabili generate *offshore*, è strutturalmente dipendente dal suo utilizzo *onshore*, volendo tentare di soddisfare quel bisogno giuridico di un 'dove' applicativo, appare necessario procedere attraverso la contestualizzazione della cerniera di interazione terra-mare, individuando e perimetrando la zona di ri-espansione delle prerogative di sovranità statale che si irradiano dalla terraferma.

10. *L'irradiazione giuridica della sovranità territoriale nell'interazione terra-mare: l'ambito onshore della portualità allargata*

A livello normativo, le “interazioni terra-mare” sono definite come le «interazioni in cui fenomeni naturali o attività umane terrestri hanno impatto sull'ambiente, sulle risorse e sulle attività marine e in cui fenomeni naturali od attività umane marine hanno impatto sull'ambiente, sulle risorse e sulle attività terrestri¹⁵⁵».

L'ambivalente e vicendevole impatto tra attività terrestri e attività marine, strettamente correlate tra loro, impone perciò di ricostruire il cardine dell'interazione funzionale terra-mare in un possibile nuovo epicentro dell'economia energetica marittima, focalizzando l'analisi proprio sulle potenzialità del “bene porto”.

¹⁵³ Per garantire il successo della pianificazione e della diffusione delle energie rinnovabili *offshore* su vasta scala, infatti, sarà necessario rafforzare la cooperazione regionale, anche attraverso i quadri di cooperazione delle strategie macroregionali dell'UE.

¹⁵⁴ In tal senso, si vedano gli accordi precedentemente siglati dall'Italia con la Jugoslavia nel 1969, con l'Albania nel 1992 e con la Grecia nel 1977 e 2020.

¹⁵⁵ *Ex art. 3, co. 1, lett. f. del d.lgs. 201/2016.*

Nell'ambito portuale, infatti, è immanente una storica rilevanza pubblicistica¹⁵⁶ che continua la sua evoluzione, in parallelo allo *Zeitgeist* marittimo, aprendosi alla "portualità allargata" che ricomprende funzioni complementari, serventi e accessorie alla tradizionale funzione logistica di transito e smistamento delle merci, anch'essa entrata in crisi, dopo che con l'avvento dei *container* e degli imbarchi in modalità *Roll on-Roll off* è stata soppiantata l'originaria funzione prettamente emporiale dei porti¹⁵⁷.

In questo senso, con l'estensione della sua nuova vocazione intermodale e logistica, il porto può diventare anche un polo strategico di approdo dell'energia rinnovabile generata *offshore*, per la connessione alla rete elettrica *onshore* e agli

¹⁵⁶ Come già evidenziato in altri miei studi, la dottrina ha rimarcato che nell'ambito portuale è immanente una storica rilevanza pubblicistica, volta a definire e rimarcare l'apparenza delle aree portuali ad un regime proprietario differenziato e l'annessa integrale (*rectius* ormai semi-integrale) sottoposizione al diritto amministrativo, le origini della quale risalirebbero addirittura ad Ulpiano e alla tradizione romanistica di considerare l'esercizio delle imprese di navigazione «in sommo grado all'interesse della cosa pubblica» (secondo il noto richiamo al Digesto 14.1.1.20, *ideo autem ex voluntate in solidum tenentur qui habent in potestate exercitorem, quia ad summam rem publicam navium exercitio pertinet*), occorre tuttavia rilevare che, nonostante l'intervenuta riforma in chiave pro-concorrenziale, come rilevato dalla stessa giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Sez. IV, sent. 26 settembre 2013 n. 4768) interessano la gestione portuale dalla realizzazione delle infrastrutture, alla polizia portuale, alla gestione dei servizi, all'utenza, al personale portuale, alla sicurezza, trattandosi «di una disciplina che abbina sia aspetti pubblicistici che aspetti strettamente privatistici della navigazione marittima, nell'ambito della quale la disciplina nazionale, sfuma la sua rilevanza in favore delle norme di carattere comunitario ed internazionale». Sulla sottoposizione dei porti al diritto amministrativo, si veda il contributo di D. Maiorana, *Navigazione*, nel *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* a cura di V.E. Orlando, VII, pt. II, Milano, 1914, 236 ss. e l'elaborazione di V. Ferrantelli, *La disciplina giuridica dei porti interni*, in *Corti Br. V*, 1967, 162; G. Siriani, *L'ordinamento portuale*, Milano, 1981; Cfr. sul punto, A. Xerri Salamone, *L'ordinamento giuridico dei porti italiani*, Milano, 1998; G. Taccogna, *Le operazioni portuali nel nuovo diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2009. Per ulteriori approfondimenti, sia consentito rinviare ancora al mio *L'ordinamento amministrativo-funzionale dei porti verdi*, cit.

¹⁵⁷ Sull'evoluzione del sistema portuale si vedano le ricostruzioni di M. Ragusa, *Porto e poteri pubblici. Una ipotesi sul valore attuale del demanio portuale*, Napoli, 2017; A. Crismani, *Competizione cooperativa tra modelli portuali differenziati*, in *Riv. dir. nav.*, 2015, 1, 161 ss.; A. Crismani, B.A. Masso, *Green Ports: strumenti e misure*, cit.; G. Pericu, *Porto (navigazione marittima)* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1985, 424 ss.; Id., *L'intervento dello Stato nel settore della marina mercantile (armamento e cantieristica)*, in F. Merusi (a cura di), *Legislazione economica italiana dalla fine della guerra al primo programma economico*, Milano, 1974; A. Berlinguer (a cura di), *Porti, Retroporti e Zone Economiche Speciali*, Torino, 2018; S. Bologna, *Le multinazionali del mare. Letture sul sistema marittimo-portuale*, Milano, 2010; L. Cuocolo, *Il rilievo strategico dei porti tra diritto ed economia*, in *Quaderni regionali*, 2009, 925 ss. nonché l'elaborazione scientifica di G. Falzea, *Porto e funzione portuale. Premessa ad uno studio del bene porto*, Milano, 1992 e F. Benvenuti, *Ordinamento giuridico dei porti, con particolare riguardo a quelli industriali*, in *Mondo economico*, XIX, 1964, 223 ss.

interconnettori transfrontalieri¹⁵⁸, oltre che per tutta la conseguenziale logistica di manutenzione e intervento servente e associata agli impianti¹⁵⁹.

Queste possibile interazione energetica terra-mare, consente di indentificare il porto come l'unico epicentro stabile e definito di irradiazione della giurisdizione statale verso l'avan-porto spaziale marittimo, assumendo il fenomeno dell'interconnessione e dell'accesso alle energie rinnovabili prodotte in mare un diverso e autonomo rilievo pubblicistico dell'ambito portuale, perché, come rilevato anche dalla Strategia europea per le energie rinnovabili *offshore*, l'interconnessione energetica contribuirà fortemente all'ecologizzazione dei porti, anche in termini di fornitura di elettricità a servizio del *cold ironing*, per lo sviluppo delle reti dei trasporti marittimi e terrestri ispirate alla mobilità marittima sostenibile¹⁶⁰ e di un loro sviluppo come *cluster* industriali circolari, addirittura verso la futura produzione *in situ* di idrogeno rinnovabile quale macro obiettivo ascrivibile al nuovo paradigma del "porto verde"¹⁶¹.

¹⁵⁸ Al considerando 22 della Strategia europea per le energie rinnovabili *offshore*, il Parlamento europeo sottolinea la necessità di investimenti nelle infrastrutture per sostenere l'espansione del settore delle energie rinnovabili *offshore*, in particolare di investimenti nei porti affinché essi possano accogliere turbine e componenti di dimensioni maggiori, offrire attività di gestione e manutenzione (comprese strutture di formazione) e costruire centri di smantellamento e produzione per gli impianti eolici *offshore* galleggianti e fissati al fondale; evidenzia che le energie rinnovabili *offshore* diventeranno fondamentali per la sicurezza dell'approvvigionamento energetico e che occorre adottare le misure necessarie per proteggere le infrastrutture anche dagli attacchi informatici.

¹⁵⁹ In relazione al futuro ruolo dei porti per la produzione di energia rinnovabile, è significativa la posizione espressa dalla *European Sea Port Organization* in un comunicato stampa nel quale accoglie con favore l'ambizione della strategia di mobilità di raggiungere l'obiettivo di trasporto del *Green Deal* per ridurre le emissioni di gas a effetto serra del 90%, lavorando anche per l'inquinamento zero nel settore portuale. L'ESPO condivide pienamente l'approccio tecnologicamente neutrale che la Commissione sta perseguendo. I porti europei possono essere un *partner* strategico per realizzare il *Green Deal* europeo, considerando l'obiettivo "porto a emissioni zero" come un incoraggiamento degli attuali sforzi che i porti europei stanno già compiendo per facilitare la riduzione delle emissioni e contribuire alla transizione energetica dell'economia europea. L'ESPO accoglie con favore a tale riguardo il riconoscimento dei porti come centri di energia pulita. Spera che questo riconoscimento sarà seguito da una strategia più specifica per assistere i porti marittimi in questo ruolo. Tale strategia dovrebbe includere il sostegno alle infrastrutture e agli impianti necessari nei porti marittimi per l'approvvigionamento e il trasporto di nuove energie, in particolare l'idrogeno, il riconoscimento del ruolo dei gasdotti e più in generale maggiori sinergie tra le politiche dei trasporti e dell'energia. La costruzione di un porto a emissioni zero dovrà coinvolgere gli sforzi condivisi e combinati di tutte le parti interessate dei trasporti, dell'industria e dell'energia nell'ecosistema portuale. Cfr. ESPO, 16 December 2020, Press Release, *EU mobility strategy paves the way for Green Deal implementation but needs a vision on seaports as engines of growth and recovery* https://www.espo.be/media/2020.12.16_Mobility%20strategy.pdf

¹⁶⁰ Come indicato nella Comunicazione della Commissione del 19 novembre 2020 dal titolo «Strategia dell'UE per sfruttare il potenziale delle energie rinnovabili *offshore* per un futuro climaticamente neutro» COM(2020)0741, nella comunicazione della Commissione dell'8 luglio 2020 dal titolo «Energia per un'economia climaticamente neutra: strategia dell'UE per l'integrazione del sistema energetico» COM(2020)0299 e nella comunicazione della Commissione dell'8 luglio 2020 dal titolo «Una strategia per l'idrogeno per un'Europa climaticamente neutra» COM(2020)0301; la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili *offshore* offre altresì l'opportunità di produrre idrogeno rinnovabile.

¹⁶¹ Su tale paradigma, sia consentito rimandare ulteriormente il mio *L'ordinamento amministrativo-funzionale dei porti verdi*, cit.

Inoltre, la prospettiva di implementazione energetica delle funzioni portuali (e su tale aspetto, non sembra casuale la scelta legislativa di consentire la costituzione di comunità energetiche rinnovabili da parte delle Autorità di sistema portuale¹⁶²) trova una conferma espressa nella riscontrata necessità che l'organizzazione della pianificazione marittima tenga conto delle interazioni terra-mare mediante una coerenza fra strategie e piani marittimi con i piani terrestri nell'ambito del procedimento di gestione integrata delle zone costiere, laddove è proprio il porto che, in virtù della sua spiccata destinazione funzionale, che «rileva come distinto bene giuridico in quanto tutte le opere che lo compongono sono state artificialmente preposte agli usi pubblici del mare¹⁶³» che però, rispetto alla originaria funzione di monade emporiale, assume una rilevanza sistemica all'interno di una rete intermodale, nell'alveo della quale le tradizionali operazioni di carico-scarico-smistamento merci assumono un diverso significato economico, specie se parametrare alle nuove esigenze di contenimento dell'impatto ambientale e del contenimento dei consumi energetici.

In quest'ottica, con l'istituzione presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti del già menzionato Comitato tecnico per la pianificazione dello spazio marittimo, a cui sono state demandate le funzioni di elaborazione dei piani di gestione «per ogni area marittima», appare significativa l'individuazione della relativa sede presso la Direzione generale per la vigilanza sulle autorità portuali, le infrastrutture portuali e il trasporto marittimo e per vie d'acqua interne, laddove, oltretutto, l'unica autorità competente per l'attuazione della direttiva 89/2014 è proprio il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (lo stesso che sovrintende, vigila e indirizza le attività istituzionali delle autorità di sistema portuale) responsabile del procedimento di pianificazione marittima e della cooperazione transfrontaliera quale soggetto interlocutore con gli altri Stati interessati, così come è sempre del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti la competenza ordinaria sia nell'ambito dei diversi strumenti di programmazione infrastrutturale e logistica portuale in senso stretto, sia attraverso il Comando Generale delle Capitanerie di Porto in materia di sicurezza della navigazione e del trasporto marittimo¹⁶⁴.

Pertanto, questa collocazione istituzionale all'interno della Direzione generale per la vigilanza sulle autorità portuali, lascerebbe presagire come, in tale ambito, saranno proprio i piani di gestione dello spazio marittimo a divenire il riferimento generale di uniformazione per i singoli piani di settore, anche portua-

¹⁶² Il d.l. 50-2022, c.d. Decreto aiuti, all'art. 9 co. 2 consente alle Autorità di sistema portuale di costituire «anche in deroga all'articolo 6 della legge 84/94 sui porti, una o più comunità energetiche rinnovabili» ai sensi del d.lgs. 199/2021.

¹⁶³ F. Manganaro, *Il porto da "bene demaniale" ad "azienda"*, cit., spec. 249.

¹⁶⁴ G.M. Boi, *Le regole di "security" marittima e portuale e le esigenze di declinazione uniforme*, in *Riv. dir. nav.*, 2020, 2, 679 ss.

le¹⁶⁵, disegnando la cornice giuridica entro la quale questi ultimi potranno collocare i propri obiettivi e le proprie azioni specifiche.

In questo senso, come già evidenziato in altri miei studi, anche ai fini di un potenziale ri-allineamento di competenze in capo alle Autorità di sistema portuale nel quadro pianificatorio energetico¹⁶⁶, sta assumendo un significato decisivo la previsione del d.lgs. 169/2016 (così come modificato dal d.lgs. 232/2017) che queste entità promuovano la redazione del Documento di Pianificazione Energetica e Ambientale del Sistema Portuale, c.d. DEASP, considerato che, ai sensi dell'art. 4-*bis* della legge 28 gennaio 1994, n. 84, la pianificazione del sistema portuale «deve essere rispettosa dei criteri di sostenibilità energetica e ambientale, in coerenza con le politiche promosse dalle vigenti direttive europee in materia» e che, proprio a tale scopo, le Autorità di sistema portuale promuovono la redazione del documento di pianificazione energetica e ambientale del sistema portuale «con il fine di perseguire adeguati obiettivi, con particolare riferimento alla riduzione delle emissioni di CO₂».

La riscontrata esigenza di coordinamento pianificatorio, che per espressa previsione delle linee guida è riservato ai piani di gestione dello spazio marittimo, servirà per contribuire allo sviluppo sostenibile dei settori energetici del mare, con lo sviluppo di proposte, direttive e raccomandazioni per un processo operativo e transfrontaliero di pianificazione marittima che promuova anche «la qualità progettuale degli interventi di ampliamento e/o adeguamento delle aree portuali, con particolare attenzione alla salvaguardia e alla valorizzazione delle strutture insediative storiche e dei valori scenici e panoramici del rapporto di inter-visibilità terra-mare¹⁶⁷».

Come già evidenziato, inoltre, i piani per la gestione dello spazio marittimo dovranno essere compatibili con le tendenze marittime future, compresi i nuovi flussi di traffico, le nuove rotte di navigazione e le maggiori dimensioni delle navi, e dovranno garantire, nell'attività di zonizzazione tra usi marittimi prevalenti e secondari, la coesistenza delle infrastrutture energetiche *offshore* con le rotte dei trasporti navali, l'industria della pesca, i sistemi di separazione del traffico, le zone di ancoraggio, l'accesso e le attività delle navi e lo sviluppo portuale.

¹⁶⁵ Come i piani regolatori portuali, i piani regionali di gestione del demanio marittimo o anche i piani attuativi comunali di gestione del demanio marittimo.

¹⁶⁶ A livello di pianificazione e di programmazione, appare rilevante il tema della coerenza esterna dei singoli piani, sia di tipo orizzontale con gli altri piani settoriali equi-ordinati, sia di tipo verticale con i piani di coordinamento sovraordinati. In questo senso, rileverebbe l'esigenza di coerenza del DEASP con gli altri strumenti quali il Piano energetico regionale; il Programma di sviluppo rurale 2014-2020; il Piano regionale delle infrastrutture di trasporto, di mobilità delle merci e della logistica (PRITMML); a livello verticale di pianificazione territoriale regionale: Piano urbanistico regionale generale (PURG) e Piano del governo del territorio (PGT); Piano paesaggistico regionale (PRP); Piano Regionale di qualità dell'aria.

¹⁶⁷ Cfr. l'art. 3, co. 3 lett. j delle linee guida.

Ebbene, considerato altresì che alle autorità di sistema portuale è demandato di svolgere tutte le funzioni stabilite dall'art. 6 l. 84/1994 (tra le quali la lett. E menziona la «amministrazione in via esclusiva delle aree e dei beni del demanio marittimo ricompresi nella propria circoscrizione») è verosimile dedurre, o quanto meno auspicare *iure condendo*, il superamento delle maggiori criticità giuridiche dell'efficientamento portuale e dello sfruttamento dell'energia marittima le quali, al netto delle complessità ingegneristiche e tecnologiche, risulterebbero evidenziare ancora il limite di competenza amministrativa dell'Ente di governo del porto sulla pianificazione dello specchio d'acqua antistante le difese foranee; la sostenibilità finanziaria delle misure di intervento infrastrutturale; le criticità di natura amministrativa e ambientale delle autorizzazioni e la disponibilità di reti elettriche-infrastrutturali con capacità tecnologica adeguata da interconnettere con il retro-porto.

Il problema giuridico più evidente, semmai, è proprio l'esatta perimetrazione dell'estensione dell'ambito portuale a livello strettamente giuridico e amministrativo, soprattutto perché la dimensione spaziale della pianificazione marittimo-portuale «esterna alla circoscrizione delle autorità di sistema portuale» è stata oggetto della sentenza del 26 gennaio 2023 della Corte costituzionale, n. 6/2023, che proprio sul settore portuale, in accoglimento del ricorso della regione autonoma Friuli Venezia Giulia, ha dichiarato incostituzionale la formulazione dell'art. 5, co. 1, lett. b, l. 84/1994 (così come modificato dal d.l. 10 settembre 2021, n. 121) sulla nozione degli «ambiti portuali», normativamente intesi come delimitazione geografica dei singoli porti amministrati dall'Autorità di sistema portuale, relativamente all'inciso «che comprendono, oltre alla circoscrizione territoriale dell'Autorità di sistema portuale, le ulteriori aree, pubbliche e private, assoggettate alla giurisdizione dell'Autorità di sistema portuale¹⁶⁸», che si pone esattamente in linea con le considerazioni di teoria generale già evidenziate in altri miei studi, con riferimento alla complessità dimensionale della portualità sostenibile «a geometria variabile¹⁶⁹».

¹⁶⁸ Secondo la Corte, infatti, la norma dell'art. 4, comma 1-*septies*, lettera a), del d.l. n. 121 del 2021, come convertito, nella parte in cui sostituisce l'art. 5, comma 1, lettera b), della legge n. 84 del 1994, è costituzionalmente illegittima perché in contrasto con le necessarie condizioni di esercizio della chiamata in sussidiarietà. In particolare, al punto 8.5. afferma che «la previsione – peraltro dai contorni oscuri – contrasta con la necessità che la disciplina statale “in attrazione” regoli la funzione amministrativa in termini di pertinenza e stretta indispensabilità. Il legislatore statale, infatti, non indica alcun criterio, geografico o funzionale, per l'individuazione di tali imprecise zone, esterne tanto all'ambito portuale di ciascun porto, quanto al sistema. Viene, così, rimessa alla stessa Autorità chiamata all'esercizio delle funzioni amministrative l'individuazione del perimetro territoriale in cui esse possono essere esercitate».

¹⁶⁹ Sul punto, G. Befani, *L'ordinamento amministrativo-funzionale dei porti verdi*, cit.

11. *Considerazioni conclusive sulle potenzialità delle installazioni solari marittime offshore*

Volendo mettere a sistema i diversi profili evidenziati, è possibile concludere la trattazione con una gradazione di conseguenze logico-giuridiche sulla pianificazione energetica marittima, con particolare riferimento alle potenzialità offerte dalle installazioni solari marittime.

In primo luogo, appare evidente come l'installazione *offshore* di impianti energetici galleggianti rappresenti una legittima modalità di sfruttamento economico della superficie marittima, tale da configurare un nuovo uso pubblico del mare ulteriore alla pesca e alla navigazione. Pertanto, una volta "zonizzato" nei vari piani, l'*usus* energetico assume una destinazione d'uso *latu sensu* urbanistica e rappresenta una diversa modalità di esercizio del potere marittimo dello Stato. Conseguentemente, appare irrilevante e superflua ogni considerazione generale sulla natura giuridica delle singole installazioni *offshore* (dovendo questa essere scrutinate volta per volta in base alle caratteristiche tecnico-costruttive¹⁷⁰).

In secondo luogo, è possibile affermare che la natura giuridica del mare libero, scevra da qualsiasi tentativo di demanializzazione forzata, può seguitare a rimanere immutata nella disciplina offerta dalla Convenzione di Montego Bay e, di conseguenza, non occorrerà la concessione demaniale per installare impianti galleggianti in quella porzione di mare (altro discorso, invece, per le necessarie interconnessioni con la terra ferma, su cui si dirà).

In terzo luogo, con l'ubicazione delle infrastrutture energetiche oltre la formale delimitazione marittima della sfera di sovranità territoriale, è possibile legittimamente pretermettere le regioni e altri enti territoriali minori da qualsiasi ambito di intervento diretto (sia sul profilo autorizzatorio, sia sulla loro legittimazione ad agire in via contenziosa) perché le regioni non hanno soggettività di diritto internazionale in antitesi con lo Stato, unico detentore della sovranità in rapporto paritario con gli altri ordinamenti rivieraschi contermini. Conseguentemente, meritano ulteriore risalto e conferma le considerazioni della dottrina che hanno già dimostrato come «Quanto più il diritto internazionale è paritario, decentralizzato, privo di autorità, rispettoso insomma della sovranità esterna degli Stati, tanto più il diritto amministrativo si presenta diseguale, accentrato, autoritativo, ispirato insomma alla sovranità interna dello Stato¹⁷¹».

In quarto luogo, la scelta politica di localizzare impianti energetici rinnovabili ben oltre il limite delle acque territoriali consente sia di realizzare importanti

¹⁷⁰ Si veda quanto già argomentato *supra*, sub nota 87.

¹⁷¹ Trovano conferma le considerazioni di S. Battini, *Amministrazioni senza stato: profili di diritto amministrativo internazionale*, Milano, 2003, spec. 6.

benefici ambientali e climatici, come il contenimento del consumo di suolo terrestre¹⁷² e l'abbattimento di emissioni, sia di ovviare ai ben noti problemi di compatibilità paesaggistica con la terra ferma o il potenziale impatto sul patrimonio archeologico subacqueo o sui siti Natura 2000 o altre aree protette. Conseguentemente, e con particolare riferimento ai moduli fotovoltaici galleggianti, la relativa installazione di impianti anche di grandi dimensioni in alto mare consente di risolvere alcune delle criticità maggiori dell'eolico in relazione ad altri interessi ambientali (si pensi all'impatto delle pale eoliche sulle rotte migratorie dell'avio fauna o alla conservazione degli habitat subacquei per le torri ancorate al fondale).

In quinto luogo, per cantierare e localizzare *offshore* gli insediamenti energetici galleggianti, oltre ai profili autorizzatori sottesi al procedimento unico¹⁷³, è richiesta una vera e propria funzione di pianificazione energetica dello spazio marittimo, laddove la potenziale (e niente affatto scontata) sovrapposizione tra il piano nazionale del mare e i piani di gestione dello spazio marittimo, risolveva il problema pubblicistico generale di individuare la puntuale "dimensione pianificatoria". Conseguentemente, nelle more dell'effettiva entrata a regime dei vari strumenti di pianificazione marittima, sarebbe utile e doveroso sintetizzare le diverse complessità pianificatorie nel PNIEC per ricostruire una possibile zonizzazione marittima che tenga conto, nella destinazione d'uso spaziale, delle differenze economiche, giuridiche e geografiche tra acque territoriali, zona contigua e alto mare e delle inevitabili "interazioni terra-mare".

In sesto luogo, le necessarie interconnessioni con la terra ferma¹⁷⁴ delle infrastrutture energetiche *offshore*, impongono di cercare una perimetrazione giuridicamente esaustiva dell'ambito d'interazione funzionale terra-mare. In questo senso, è possibile individuare proprio nell'ambito portuale uno degli elementi centrali (anche) di irradiazione della sovranità Statale, perché il territorio, nell'ambito della sua ontologica connotazione antropologica, continua a esprimere e presupporre «un ambito di signoria, che implica l'esercizio di un potere stabile su una determinata porzione di terra¹⁷⁵» e costituisce «lo spazio geografico ed insie-

¹⁷² Aspetto già evidenziato da P. Chirulli, *L'eolico offshore nella prospettiva del PNRR*, cit. spec. 56.

¹⁷³ L'art. 12, co. 3, del d.lgs. 387/2003, prevede che, per gli impianti *off-shore*, incluse le opere per la connessione alla rete e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli stessi impianti, l'autorizzazione unica sia rilasciata a seguito di procedimento unico, dal Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica di concerto il Ministero delle infrastrutture e sentito, per gli aspetti legati all'attività di pesca marittima, il Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali. Con l'autorizzazione unica, le opere per la realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, nonché le opere connesse e sono di pubblica utilità, indifferibili ed urgenti, con conseguente costituzione di un vincolo preordinato all'esproprio e ove occorra, variano allo strumento urbanistico.

¹⁷⁴ P. Chirulli, *op. cit.*, spec. 59.

¹⁷⁵ Così come evidenziato da Tomaso Perassi nel suo *Sul concetto di ente territoriale* del 1913, ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1958, spec. 117.

me il fattore identitario della stessa comunità statale¹⁷⁶». Conseguentemente, rispetto alla pretese di estensione sovrana connesse alla territorializzazione marittima, il potere territoriale che vorrebbe esserne espressione diretta non ha certo trovato un nuovo spazio di manovra, semmai hanno mutato le sue forme, i suoi fini, le sue manifestazioni e le sue modalità di esercizio effettivo *sul* mare, attraverso il porto che ne rappresenta la cerniera istituzionale di promozione degli interessi economici nazionali, attraendo nella tradizionale prerogativa del «controllo marittimo¹⁷⁷» (di importanza fondamentale per la garanzia sicurezza dello spazio marino) anche la pianificazione spaziale marittima, che costituisce uno strumento essenziale della nuova strategia marittima ispirata alla sostenibilità.

È quindi possibile concludere che la naturale sintesi concettuale e dimensionale dell'interazione terra-mare non può che essere il porto, che del potere marittimo ne rappresenta lo strumento di fondamentale attuazione e uno dei suoi principali fattori componenti¹⁷⁸. Pertanto, le prospettive di implementazione di un sistema portuale improntato alla sostenibilità ambientale e le annesse criticità giuridiche riscontrabili in sede di pianificazione marittima tra i vari enti di “governo del territorio”, confermano che in tali settori è ulteriormente necessario l'intervento dei pubblici poteri per perimetrare con chiarezza la mutevole nozione di “ambito portuale” che, auspicabilmente, potrà essere interessato della pianificazione del mare Mediterraneo, in funzione di garanzia della sicurezza energetica nazionale, “*anche*” a contenimento delle emissioni clima alteranti¹⁷⁹, per finalizzare e promuovere una coesistenza organica tra le infrastrutture energetiche *offshore* e gli altri usi pubblici del mare.

¹⁷⁶ M. Michetti, *Organizzazione del potere e territorio*, cit. spec. 7.

¹⁷⁷ F. Botti, *Dal sea power al sea control. Gli odierni nodi della strategia marittima*, in *Rivista Marittima*, luglio-1989, 21 ss.

¹⁷⁸ Come affermato anche nel preambolo della Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2022 su una strategia europea per le energie rinnovabili *offshore* (2021/2012-INI), i porti dell'UE svolgono un ruolo cruciale nel garantire che l'energia eolica *offshore* sia efficiente sotto il profilo dei costi e fungono da punti di accesso per lo sviluppo locale nelle comunità costiere.

¹⁷⁹ In questo senso, si veda sempre la Risoluzione del Parlamento europeo sulla strategia europea per le energie rinnovabili *offshore*, laddove accoglie con favore la proposta della Commissione di revisione del regolamento TEN-E, che mira a conseguire l'obiettivo del *Green Deal* europeo e ad adattare la normativa all'obiettivo di 1,5 °C, come pure l'attenzione rivolta alle esigenze e alle priorità del settore delle energie rinnovabili *offshore*; evidenzia che lo sviluppo di impianti eolici *offshore* ibridi e radiali che siano sostenibili ed efficienti per la produzione, l'interconnessione e la trasmissione richiede sforzi pubblici e privati lungimiranti in termini di progettazione e investimenti; crede fermamente che i quadri normativi dovrebbero agevolare gli investimenti *ex ante*; sottolinea la necessità di garantire il coordinamento e l'allineamento fra i piani di sviluppo delle reti onshore e *offshore*, anche individuando punti di approdo per i collegamenti *offshore* e l'utilizzo delle reti *onshore*.

Usi pubblici del mare e territorializzazione marittima: prospettive geo-giuridiche della pianificazione energetica del mar Mediterraneo

Il possibile sfruttamento dell'energia rinnovabile del mare rappresenta una nuova prospettiva di utilizzo economico dello spazio marittimo che però, potendo spingersi anche ben oltre l'orizzonte giuridico delle acque territoriali, apre nuovi e interessanti quesiti di compatibilità con gli usi pubblici del mare e si inserisce nella problematica geo-politica della territorializzazione marittima che, ri-affermando l'estensione delle prerogative sovrane degli Stati *sul* mare, inizia a sconfessare la statuizione dogmatico-giuridica dei mari quali *res quae occupari non possunt*.

Per cantierare e localizzare gli insediamenti energetici *offshore* è così richiesta una vera e propria funzione di pianificazione energetica dello spazio marittimo, laddove la potenziale (e niente affatto scontata) sovrapposizione tra il piano nazionale del mare e i piani di gestione dello spazio marittimo, ri-solleva il problema pubblicistico generale di individuare la puntuale "dimensione pianificatoria", che impone di ricostruire una possibile zonizzazione marittima che tenga conto, nella destinazione d'uso spaziale, delle differenze economiche, giuridiche e geografiche tra acque territoriali, zona contigua e alto mare, e che, a fronte delle inevitabili "interazioni terra-mare", consente di ritrovare nell'ambito portuale uno degli elementi centrali di irradiazione giuridica della sovranità Statale.

Public uses of the sea and maritime territorialization: geo-legal perspectives of energy planning in the Mediterranean Sea

The possible exploitation of renewable energy from the sea represents a new perspective for the economic use of maritime space which, however, being able to overcome the legal border of territorial waters, opens up new and interesting questions of compatibility with public uses of the sea into the geo-political issue of maritime territorialization which, by re-affirming the extension of the sovereign prerogatives of States over the sea, begins to disavow the dogmatic-juridical status of the seas as "*res quae occupari non possunt*".

To build and locate offshore energy settlements, a real energy planning function of the maritime space is thus required, where the potential (and by no means obvious) overlap between the national sea plan and the maritime space management plans, raises the general public problem of identifying the precise "planning dimension", which requires the reconstruction of a possible maritime zoning that takes into account, in the intended use of the space, the economic, legal and geographical differences between territorial waters, the contiguous area and the high seas, and which, in the face of the inevitable "land-sea interactions", allows to find in the port areas one of the central elements of juridical influence of the State's sovereignty.

Tutela della persona tra Stato, Terzo settore e co-amministrazione*

Ilaria Genuessi

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi e di inquadramento. – 2. Una panoramica sul principio di sussidiarietà in accezione orizzontale. – 3. Sussidiarietà e servizi sociali: un angolo di osservazione privilegiato. – 4. I modelli di «procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria» di cui al Codice del Terzo settore. – 5. Il concetto di amministrazione condivisa nella pronuncia della Corte costituzionale n. 131/2020. – 6. I servizi alla persona: affidamento e gestione nel bilanciamento tra ottica solidaristica e tutela della concorrenza. – 7. Alcune riflessioni conclusive.

1. *Cenni introduttivi e di inquadramento*

Nel tempo e progressivamente, accanto agli schemi tipici dell'attività autoritativa dell'amministrazione si è fatto spazio un'attività c.d. contrattuale o consensuale dell'amministrazione, concretizzatasi in diversi ambiti d'azione e in molteplici forme, secondo una estrinsecazione del ben noto principio di sussidiarietà orizzontale di rilevanza costituzionale e di cui all'art. 118 comma quarto della Costituzione¹.

Del resto, l'amministrazione pubblica nell'ordinamento interno, ai vari livelli, ha subito una profonda ed evidente trasformazione, anche con specifico riferimento all'implementazione dei moduli di collaborazione a vario titolo tra amministrazione e cittadino.

* Il presente contributo, parzialmente aggiornato e adattato, riproduce la relazione tenuta nell'ambito del XXV Convegno di Copanello sul tema «Riflessioni sul diritto amministrativo che cambia», Montepaone Lido (CZ), 30 giugno - 1° luglio 2023.

¹ Si v. nel dettaglio sul principio, tra gli altri: A. Albanese, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 1, 51-84; V. Cerulli Irelli, *Sussidiarietà* (dir. amm.), in *Enc. giur. Treccani*, vol. XII, agg., Roma, 2004; T.E. Frosini, *Sussidiarietà* (principio di) (dir. Cost.), in *Enc. dir.*, Annali II, Milano 2008, 1134.

Quest'ultima risulta con evidenza positivizzata, anzitutto, nell'ambito della normativa di riferimento sull'azione amministrativa di cui alla l. 241/90, in senso ampio nella disciplina di cui ai diversi istituti di partecipazione al procedimento e di coinvolgimento del cittadino nelle scelte e nell'attività dell'amministrazione, segnando un'evidente distanza rispetto al modello di amministrazione autoritativa che cala dall'alto atti dotati di imperatività e, dunque, anche in quanto tali sostanzialmente unilaterali e, di contro, in un'ottica collaborativa che trova pieno riconoscimento e una sua manifesta disciplina positiva nell'ambito dell'art. 11 della medesima legge sul procedimento.

Ebbene, a partire dagli accordi previsti in senso generale nella legge sul procedimento amministrativo e nell'ottica di una fattiva collaborazione e interazione con il privato (come, a titolo esemplificativo nell'ambito urbanistico-edilizio), tuttavia, nella presente trattazione si intende operare un riferimento all'implementazione di una serie di peculiari schemi procedurali e modelli che collocano il singolo al centro del sistema giuridico interno, in attuazione delle rilevanti previsioni costituzionali sul punto (si pensi ai principi personalista, ma altresì di solidarietà sociale e di sussidiarietà, come accennato).

In tale contesto generale, peraltro, ambito privilegiato nel quale i suddetti principi pare trovino e stiano progressivamente trovando un'attuazione concreta, si ritiene quello dei servizi di interesse generale e così, in particolare, dei servizi sociali e alla persona. In tal senso, non si può non fare riferimento al c.d. sistema di *welfare mix* ed al *favor* verso le iniziative di interesse generale assunte dai privati, desumibile già dal quadro costituzionale, specialmente laddove si prenda in esame il dettato degli artt. 2 e 38 del testo costituzionale².

Altra angolazione dalla quale si intende analizzare l'estrinsecazione dei principi fulcro del presente contributo, seppur brevemente, è quella dei contratti pubblici, con specifico riferimento alle previsioni da ultimo introdotte nell'ambito del nuovo Codice, di cui al d.lgs. n. 36/2023, con particolare riguardo al principio di sussidiarietà ed alla sua attuazione nelle previsioni *ad hoc* introdotte nel nuovo compendio normativo – anche innovative rispetto alla previgente disciplina in materia di contratti pubblici – così come alle disposizioni codicistiche concernenti specifici istituti e strumenti di partenariato pubblico-privato contrattuale, ovvero istituzionale.

² Sulla tematica si v., *ex multis*: G. Pastori, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993, 1081 ss.; R. Pessi, *Il "welfare mix" tra mercato globale e cittadinanza sociale*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2009, 3, 503-526; A. Massera, *Uguaglianza e giustizia nel Welfare State*, in *Dir. amm.*, 2009, 1 ss.; R. Cavallo Perin, *Il welfare state nell'Unione europea in tempo di crisi economica e l'inesatta contrapposizione tra Stato e mercato*, in *Fenom. Soc.*, 2013, 37 ss.; V. Molaschi, *I servizi sociali e il modello di welfare delineato dalla l. n. 328/2000*, in Aa.Vv., *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, a cura di F. Manganaro, V. Molaschi, R. Morzenti Pellegrini, D. Siclari, Torino, 2020, 47 ss.

L'argomento, ad ogni modo, presenta evidenti profili di complessità in ragione della pluralità dei sottoargomenti coinvolti e delle sue implicazioni anche sul piano pratico. La questione della tutela della persona e, così, dei servizi e delle prestazioni sociali in favore del cittadino e dell'erogazione degli stessi ad opera dello Stato, ovvero di enti appartenenti al c.d. Terzo settore³, in senso generale e sul piano normativo, si colloca infatti, anzitutto, nel mezzo di un crocevia di fonti e discipline differenziate, anche recenti e rispetto alle quali si sono ravvisate difficoltà di coordinamento – come si avrà modo di precisare – anche oggi non del tutto superate⁴. Pertanto, nella ricostruzione degli istituti correlati, si proverà a fornire un commento in ottica critica delle previsioni vigenti sul tema, cercando un coordinamento tra i testi normativi implicati (in particolare Codice del Terzo settore, Codice dei contratti pubblici e decreto legislativo di riordino in materia di servizi pubblici locali) cogliendo le persistenti problematiche applicative e fornendo taluni spunti di riflessione.

Fulcro e filo conduttore dell'intervento, peraltro, è rappresentato dal principio di sussidiarietà, nella sua accezione orizzontale, come di seguito esplicitato e, in particolare, a partire dal suo esordio nell'ambito dell'ordinamento interno, passando per la costituzionalizzazione del medesimo a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione e la sua concreta implementazione, con particolare riferimento al sistema di interventi e prestazioni a tutela dell'individuo, come delineato in senso generale nel Titolo della Carta costituzionale dedicato in particolar modo ai diritti sociali e sulla base del c.d. sistema di *welfare mix*, considerando specificamente il ruolo ricoperto dagli enti del Terzo settore nella collaborazione con l'amministrazione nell'ambito dei suddetti servizi alla persona⁵.

³ Sul Terzo settore si v., tra gli altri contributi più recenti: P. Consorti, L. Gori, E. Rossi, *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2018; C. Contessa, D. Simeoli, I. Volpe (a cura di), *Codice del Terzo settore*, Piacenza, 2019; A. Fici, L. Gallo, F. Giglioni (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore. Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 131/2020*, Napoli, 2020; L. Gori, *Terzo settore e Costituzione*, Torino, 2022; B. Vimercati, *Pubblica Amministrazione e Terzo Settore: un rapporto imprescindibile per l'attuazione costituzionale della sussidiarietà orizzontale*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 2023, 2.

⁴ In tal senso, a titolo esemplificativo, si consideri quanto disposto a proposito dell'operatività degli enti del Terzo settore e dei rapporti di partenariato che vedono coinvolti i medesimi nell'ambito dell'art. 18 del Decreto di Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, il quale opera un rinvio al Codice del Terzo settore, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117. A sua volta, il recente Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, all'art. 6, nel richiamare i principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, prevede la possibilità di apprestare modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore; al medesimo comma precisa, altresì, che non rientrano nel campo di applicazione del Codice gli istituti disciplinati dal Titolo VII del d.lgs. n. 117 del 2017.

⁵ Con riferimento al principio di sussidiarietà si v., in particolare, *ex multis*: L. Vandelli, *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi livelli territoriali: a proposito dell'art. 3B del Trattato sull'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, p. 379 ss.; M.P. Chiti, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 505 ss.; A. Albanese, C. Marzuoli (a cura di), *Servi-*

2. *Una panoramica sul principio di sussidiarietà in accezione orizzontale*

Come noto, il principio di sussidiarietà, che vede il suo esordio nella dottrina sociale della Chiesa e, nel dettaglio, esplicitato nell'ambito dell'enciclica *Rerum Novarum* di Leone XIII del 1891, ha di seguito acquisito nel tempo un significato molto più ampio e quasi onnicomprensivo, laddove si faccia riferimento a tutte le dinamiche di coinvolgimento, compartecipazione e collaborazione dei cittadini rispetto all'ambito pubblico e al territorio di riferimento, peraltro secondo una valorizzazione sotto certi aspetti giudicata eccessiva e impropria dello stesso substrato idealistico del principio⁶.

La stessa summenzionata dottrina sociale della Chiesa ha preso in esame il principio di cui trattasi in stretta correlazione con l'ulteriore principio di solidarietà sociale; del resto, la stretta connessione tra i due predetti principi si rinviene sin dall'origine, anche prendendo in esame il dettato costituzionale, sebbene l'attuazione del rapporto in questione, così come una precisa individuazione del concetto di sussidiarietà in accezione orizzontale nel testo della Carta costituzionale, siano apparse soltanto nei tempi più recenti⁷.

Tale ultima accezione della sussidiarietà si rinviene, infatti, dapprima sul finire degli anni Novanta del secolo scorso nell'ambito della l. n. 59/1997, c.d. «Legge Bassanini I», ove si esprime la necessità di ripartire le funzioni amministrative tra Stato, Regioni, Province e Comuni, in risposta all'esasperato centralismo statale sul piano burocratico realizzato in epoca fascista, oltre che alle istanze avvertite nel nostro Paese in senso federalista; di seguito, è con la riforma costituzionale di cui alla l. cost. n. 3/2001, che il concetto di sussidiarietà è arricchito ed implementato con l'aggiunta, accanto alla sussidiarietà verticale, di un significato «orizzontale» del principio, considerando la necessaria opera dello Stato nel senso dell'incentivazione dell'apporto dei cittadini – singoli o associati – nella realizzazione di attività di interesse generale⁸.

zi di assistenza e sussidiarietà, Bologna, 2003; P. Duret, *Sussidiarietà e auto amministrazione dei privati*, Padova, 2004; G. Sereno, *Declinazioni del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir e proc. amm.*, 2020, 2, 03-526; A. Barone, *Emergenza pandemica, precauzione e sussidiarietà orizzontale*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, 1, 185-196; L. Gori, *La "saga" della sussidiarietà orizzontale. La tortuosa vicenda dei rapporti tra Terzo settore e P.A.*, in *www.federalismi.it*, 2020, 14; F. Trimarchi Banfi, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, 3 ss.; E. Balboni, *Welfare, sussidiarietà e diritti sociali*, in *DPCE online*, 2021, 2, 2503-2510.

⁶ Si è parlato in tal senso di un principio dal carattere «polisenso e atemporale». Così, in particolare, P. Duret, *Sussidiarietà e auto amministrazione dei privati*, Padova, 2004, 4 ss.

⁷ Sul tema si v. M.T. Frosini., *Sussidiarietà (principio di) (Dir. Cost.)*, in *Enc. Dir.*, Annali II, Tomo 2, Milano, 2008, 1135 ss.; C.E. Gallo, *La sanità tra solidarietà e sussidiarietà*, in C. Bottari-F. Roversi Monaco (a cura di), *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, Santarcangelo di Romagna, 2012, 67 ss.

⁸ Sul tema della sussidiarietà in accezione orizzontale si v. G. Pastori, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Scritti in onore di Giorgio Berti*, II, Napoli, 2005, 1752.

La normativa antecedente rispetto alla riforma del Titolo V della Costituzione, peraltro, richiamava il principio nella sua accezione orizzontale perlopiù in stretta connessione e in funzione ancillare rispetto alla sussidiarietà verticale, quale modalità di svolgimento delle funzioni allocate presso le amministrazioni più vicine al territorio di riferimento ed alla relativa collettività.

In aggiunta, occorre notare come neppure lo stesso articolo 118, comma 4 della Costituzione, a seguito della riforma, espliciti chiaramente una versione “orizzontale” della sussidiarietà, facendo piuttosto riferimento all’attività di promozione che Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni sono chiamati a svolgere, favorendo e incentivando l’autonoma iniziativa dei cittadini laddove si tratti di attività di interesse per l’intera collettività.

Il principio di solidarietà è evidentemente connesso a quello di solidarietà nella misura in cui le iniziative del singolo, ovvero di aggregazioni di soggetti della società civile sono, con evidenza, intraprese «con spirito di solidarietà sociale»⁹. Non si può in questo senso non rammentare come azioni positive e autonome relazioni di solidarietà e mutualità, abbiano storicamente contribuito allo sviluppo del nostro Paese sul piano sociale, ma altresì culturale ed economico: così, in particolare, la spontanea attività resa da una serie di realtà associative, quali società di mutuo soccorso, ovvero opere di carità, che hanno prestato assistenza e supporto ai soggetti più deboli ed emarginati, prima ancora dell’affermazione del c.d. Stato sociale e, dunque, prima della realizzazione di un compiuto sistema pubblico di *welfare*¹⁰.

La solidarietà si ritrova poi con evidenza nel testo della Carta costituzionale tra i primi dodici articoli del testo costituzionale – principi fondamentali aventi una particolare rilevanza per l’intero ordinamento – e proprio prima della statuizione circa l’uguaglianza degli individui in senso formale e sostanziale, oltre che dell’immediatamente successivo riconoscimento del diritto al lavoro per ciascuno nell’ottica del concorso al progresso della società, ove si pone in evidenza come la Repubblica sia chiamata a riconoscere il ruolo del singolo individuo, anche nell’ambito delle formazioni sociali, dunque, in ottica solidaristica. Sempre nel menzionato art. 2 si esplicita come la Repubblica «richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

Alla luce delle predette statuizioni di principio, la dottrina si è peraltro interrogata a proposito dell’interpretazione in senso positivo (quale incentivazione del costruttivo o auspicabile apporto del privato rispetto ad attività di interes-

⁹ Cfr. in tal senso, in particolare, M.T. Caputi Jambrenghi, *Volontariato sussidiarietà mercato*, Bari, 2008, 96.

¹⁰ Sul punto sia consentito un richiamo a I. Genuessi, *La collaborazione tra amministrazioni pubbliche ed enti del Terzo settore nell’ambito dei servizi sociali: dalla sussidiarietà all’amministrazione condivisa*, in M. Andreis, G. Crepaldi, S. Foà, R. Morzenti Pellegrini, M. Riccardo Calderaro (a cura di), *Studi in onore di Carlo Emanuele Gallo*, vol. I, Torino, 2023, 79-102.

se generale), ovvero negativo (come limite all'attività dei soggetti pubblici) della sussidiarietà, così come declinata nella stessa Carta costituzionale. Nell'ambito delle eterogenee ricostruzioni c'è anche chi ha evidenziato come l'estensione del ruolo delle formazioni sociali, in ottica di sussidiarietà, abbia assunto sempre maggiori connotazioni di stampo pubblicistico, ritenute in taluni casi e per certi versi problematiche¹¹.

Ancora, una lettura tradizionale del principio come declinato nella stessa Carta costituzionale ha posto in evidenza la portata del principio in termini di limiti negativi, pensando all'impossibilità di attribuire al soggetto privato, a titolo esemplificativo, l'espletamento di attività autoritativa di ordine autorizzativo, ovvero attività imprenditoriali estranee rispetto alla logica del perseguimento dell'interesse generale.

In definitiva, il concetto è stato nel tempo variamente interpretato secondo orientamenti anche opposti, tesi da un lato a delineare la sussidiarietà orizzontale quale limite o argine rispetto alla sfera pubblica, dall'altro lato, in senso positivo, invece, quale necessario riconoscimento e promozione della autonoma iniziativa del singolo a sostegno dell'ambito pubblico per lo svolgimento di funzioni e per il perseguimento di finalità di interesse generale e dunque nell'interesse dell'intera collettività.

Chiaro ad ogni modo che, sconfinando in tale ampia concezione, il concetto di sussidiarietà possa di conseguenza estendersi in maniera evidente, connotando tutte le circostanze e gli istituti che, anche sul fronte normativo, vedano la previsione della partecipazione del singolo alla vita ed alle attività della comunità di riferimento, con riguardo a qualsiasi attività in grado di determinare un beneficio per il singolo, ma anche per il gruppo cui il medesimo fa riferimento e per l'intera collettività.

La stessa prassi amministrativa ha poi valorizzato il principio di cui trattasi riportando sotto la sua egida anche fattispecie connotate da assoluta atipicità e originalità¹². In tal senso, la sussidiarietà illuminerebbe in senso sostanzialistico molti degli istituti partecipativi generali, soprattutto laddove si tratti di garanzie partecipative (si pensi, in particolar modo, all'istituto del preavviso di rigetto *ex art. 10-bis l. n. 241 del 1990* in correlazione con le modifiche contestualmen-

¹¹ Si v., in particolare, sul punto, F. Trimarchi Banfi, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit. L'A. pone in evidenza, in tal senso come «non risultano argomentazioni che mostrino per quale via le formazioni sociali – che l'art. 2 cost. prende in considerazione come luoghi di libertà dell'individuo – si convertano in entità che hanno titolo per assolvere i compiti che le istituzioni a ciò politicamente legittimate potrebbero considerare come compiti pubblici».

¹² Cfr. in questo senso A. Manzione, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: trasferimento immobiliare come corrispettivo dell'appalto, opere a scomuto degli oneri di urbanizzazione e partenariato sociale*. Relazione tenuta in occasione della 6a Rassegna di diritto pubblico dell'economia, a cura dell'UPEL, Varese 25-26 maggio 2023.

te apportate all'art. 21-*octies* della medesima legge), ovvero a istituti previsti dal legislatore speciale in relazione a specifici procedimenti.

Tale meccanismo generale troverebbe poi un appiglio concreto sul piano normativo nell'ambito dell'art. 11 della legge 241/1990, secondo lo schema dell'accordo integrativo o sostitutivo del provvedimento, da realizzarsi, ad ogni modo, senza pregiudizio per i diritti dei terzi e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, quale momento di incontro della volontà pubblica e privata e come istituto generale di commistione di logiche pubblicistiche e privatistiche.

Ebbene, tale tipologia di accordi ha poi visto una concreta ed ampia applicazione, tra gli altri, nell'ambito urbanistico-edilizio, ove l'amministrazione si determina nel senso del raggiungimento di un accordo con il privato, allo scopo di ricondurre l'esercizio dello *ius aedificandi* al principio del buon governo del territorio, così consentendo al medesimo di ricavare il maggior vantaggio possibile dalla proprietà, a fronte della collaborazione in termini di *dare* o di *facere*, alla luce degli obiettivi di programmazione dell'amministrazione¹³. In tal senso possono essere inquadrare, dunque, le svariate convenzioni urbanistiche, secondo una logica di collaborazione e con conseguente applicazione della disciplina di diritto comune, ovvero dei principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili e ove non diversamente previsto¹⁴.

Del pari, rientrano nella medesima logica di sussidiarietà e nell'alveo più generale di cui all'istituto rinvenibile all'art. 11 l. 241/1990, i medesimi interventi di sussidiarietà oggi ricompresi nell'ambito dell'art. 201 del recente Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 36/2023, concernente in senso ampio i c.d. «contratti di partenariato sociale», in precedenza presenti negli artt. 189 e 190 del previgente Codice n. 50/2016; in argomento, la stessa previsione di cui all'art. 23 del d.l. n. 185 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 2 del 2009, recante «Detassazione dei microprogetti di arredo urbano o di interesse locale operati dalla società civile nello spirito della sussidiarietà», nel prevedere accordi alternativi a quelli limitati allo scomputo degli oneri, concernenti in senso generale proposte di miglioramento della vivibilità zonale, purché compatibile con gli strumenti urbanistici vigenti e con le clausole di salvaguardia, era ritenuta un chiaro esempio di intervento di sussidiarietà orizzontale.

Non si può non rilevare, in aggiunta, come il vigente Codice dei contratti pubblici, nel Titolo di apertura del Libro I dedicato all'enunciazione di una serie di principi generali e fondamentali per l'ambito della contrattualistica pubblica, dedichi specificamente l'art. 6 ai principi di solidarietà e sussidiarietà orizzonta-

¹³ Cfr. sul tema, tra i contributi recenti B. G. Di Mauro, *L'urbanistica rigenerativa "condivisa": tra attualità (PNRR), desiderio (amministrazione condivisa) e scopo (sussidiarietà orizzontale)*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, 3, 809-838.

¹⁴ V. in tal senso il dettato testuale dell'art. 11, comma 2, l. n. 241/1990.

le, in recepimento di quanto espresso dalla stessa pronuncia della Corte costituzionale 131/2020 (di cui si dirà oltre più diffusamente) circa il modello di affidamento dei servizi sociali fondato proprio su tali principi. Nell'articolo si fa riferimento nel dettaglio, in relazione alle «attività a spiccata valenza sociale», ai moduli organizzativi della «amministrazione condivisa», alternativi rispetto ai modelli basati sul principio concorrenziale, escludendo dall'ambito di applicazione del Codice gli istituti disciplinati nell'ambito del Titolo VII del d.lgs. n. 117/2017.

3. *Sussidiarietà e servizi sociali: un angolo di osservazione privilegiato*

Individuato l'esordio e contestualizzato l'impiego del principio di cui si tratta, occorre rilevare come il medesimo sia stato peraltro sino ad oggi impiegato a sostegno di ulteriori principi generali, perlopiù concernenti la partecipazione e in ottica trasversale rispetto a diversi ambiti; non è stato invocato, in altri termini, quale parametro di cui si è rilevata la diretta violazione in sede giurisdizionale¹⁵.

Si ritiene, dunque, come accennato, particolarmente innovativa e rilevante l'iniziativa del legislatore di ricomprendere il principio tra gli altri principi generali positivizzati nei primi articoli del recente Codice dei contratti pubblici, all'art. 6; sebbene, come evidenziato dalla prima dottrina a commento del compendio normativo in materia di contrattualistica pubblica vigente, la portata innovativa e l'intenzione di conferire al principio una valenza di autonomo principio, percepibile nell'ambito della relazione illustrativa al Codice – rispetto anche a quanto sopra evidenziato – si scontrano poi con la formulazione letterale della previsione nell'ambito della quale non si coglie con evidenza tale capacità innovativa, soprattutto rispetto agli strumenti di concreta promozione e implementazione della sussidiarietà¹⁶.

Prime valorizzazioni concrete del principio in questione sono rappresentate dalle iniziative ricondotte alla dicitura di «cittadinanza attiva»¹⁷, fondate sulla concessione in uso temporaneo a enti senza scopo di lucro di beni e spazi pub-

¹⁵ Cfr. A. Manzione, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: trasferimento immobiliare come corrispettivo dell'appalto, opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione e partenariato sociale*, cit. L'A. richiama, in particolare, quale esempio di diffusa declinazione del principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza amministrativa, un parere della Sezione consultiva per gli atti normativi avente ad oggetto lo schema di un decreto ministeriale relativo all'istituzione di un fondo per la tutela e lo sviluppo economico e sociale delle isole minori (Cons. Stato, 25 agosto 2003, n. 1440) riferito alla c.d. "cittadinanza societaria".

¹⁶ A. Manzione, cit.

¹⁷ Su cui si v. G. Arena, *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare all'Italia*, Bari, 2006.

blici, per fini di rigenerazione urbana, ad ogni modo nella sussistenza di finalità interesse generale¹⁸.

Certamente, settore nell'ambito del quale il principio si estrinseca in maniera più ampia e articolata è quello dei servizi pubblici e in particolar modo quello dei servizi sociali o alla persona, anche e soprattutto in virtù del rilevantissimo ruolo svolto in tale ambito di attività dagli enti riconducibili al Terzo settore¹⁹. Ciò, evidentemente, in ragione della caratterizzazione nel nostro ordinamento quale sistema di *welfare* definito di tipo universalistico, bensì anche selettivo, all'interno del quale, in ragione delle limitate risorse finanziarie e dell'elevato numero di destinatari dei servizi e delle prestazioni in ambito socio-sanitario, questi ultimi sono erogati in maniera non illimitata, bensì tenendo conto della stessa situazione finanziaria dell'utente e richiedendo al medesimo una compartecipazione alle spese, anche per le prestazioni dell'ambito sociale e sanitario²⁰.

La disciplina normativa concernente i servizi sociali, in tal senso, fa capo anzitutto alle previsioni di cui all'art. 128 del d.lgs. n. 112/1998, laddove si è fatto riferimento a tutte quelle attività relative alla predisposizione e all'erogazione di servizi, gratuiti, ma altresì a pagamento, ovvero alle prestazioni economiche volte a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana possa incontrare nel corso della sua vita. Di seguito, la nota legge quadro n. 328/2000²¹ ha ulteriormente delimitato il campo di applicazione delle attività di cui al predetto art. 128 del d.lgs. 112/1998.

In tale ambito risulta chiaro sin dalle prime attuazioni della suddetta disciplina sul piano pratico come, da un lato, le funzioni amministrative nella materia dei servizi sociali siano state assegnate conformemente al principio di sussidia-

¹⁸ Si v., sulla specifica questione, Cons. Stato, Ad. Plen. 29 gennaio 2014, n. 6; Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2014, n. 5480; T.A.R. Lazio, sez. II, 6 aprile 2016, n. 4158.

¹⁹ In tema di servizi sociali, alla luce della sterminata dottrina, si v. tra gli altri contributi, a titolo meramente esemplificativo: E. Ferrari, *I servizi sociali*, Milano, 1986; S.A. Frego Luppi, *Servizi sociali e diritti della persona*, Milano, 2004; A. Albanese, *Servizi sociali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Milano, 2007; S.S. Scoca, *I servizi sociali*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, pp. 567 ss.; F. Manganaro, V. Molaschi, R. Morzenti Pellegrini, D. Siclari (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2020; R. Morzenti Pellegrini, *I servizi sociali*, in C.E. Gallo (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022, 405-427.

²⁰ V. in merito V. Molaschi, *I servizi sociali e il modello di welfare delineato dalla l. n. 328/2000*, in F. Manganaro, V. Molaschi, R. Morzenti Pellegrini, D. Siclari (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, op. cit., in partic. 47 ss.

²¹ Trattasi della legge 8 novembre 2000, n. 328, «Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali», legislazione divenuta "cedevole" rispetto alle singole previsioni regionali sul tema a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione per mezzo della l. n. 3/2001. Quest'ultima è – come noto – intervenuta ridefinendo anche il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, attribuendo alle stesse più estese competenze anche nella materia in oggetto. La legge è, tuttavia, residuata quale compendio di riferimento nella materia per le singole leggi regionali. Sul tema si v., altresì, il d.p.c.m. 30 marzo 2001, recante «Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona, ai sensi dell'art. 5 della legge 8 novembre 2000, n. 328».

rietà verticale, dall'altro lato, inoltre, come gli stessi cittadini, singoli od associati, siano stati – e siano – fortemente coinvolti nella fase di strutturazione di schemi e modelli procedimentali, anche inediti, volti all'erogazione dei servizi in questione.

Nell'ordinamento nazionale si è originato, in altri termini, anche in ragione delle suddette implicazioni di ordine finanziario, un sistema di *welfare mix*, rinvenibile finanche laddove si operi un'analisi della stessa definizione di servizi sociali rinvenibile sul piano legislativo, basato in particolare sulla finalizzazione dell'attività di cui trattasi alla rimozione dello stato di bisogno degli individui e sulla sostanziale indifferenza che in tale settore assume la natura pubblica, ovvero privata del soggetto gestore del servizio, od erogatore delle prestazioni.

Tale stretta connessione e collaborazione tra l'amministrazione e l'ambito privato nel sistema dei servizi sociali ha di seguito – come accennato – ricevuto consacrazione sul piano costituzionale proprio con l'introduzione nel testo, ad opera della menzionata riforma n. 3/2001, del principio di sussidiarietà in accezione orizzontale.

Del resto, il *favor* per le iniziative «di interesse generale» assunte dai privati (anche e soprattutto nell'ambito sociale) pare invero già desumibile dall'impianto costituzionale originario, laddove si consideri specialmente il combinato disposto di cui agli artt. 2 e 38 della Costituzione e si possa conseguentemente dedurre come tali iniziative del privato e specialmente degli enti del Terzo settore – in ottica di sussidiarietà e di solidarietà sociale – non siano soltanto libere e consentite dall'ordinamento, ma addirittura promosse, incentivate e sostenute.

4. *I modelli di «procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria» di cui al Codice del Terzo settore*

Se già la menzionata l. n. 328/2000 poneva l'accento sul ruolo degli enti del Terzo settore e del privato sociale, sin dalla fase della programmazione dei servizi sociali²², evidenziando altresì la necessità per Enti locali e Regioni di promuovere e incentivare l'iniziativa di tali entità, secondo una esegesi in senso positivo dell'a-

²² In particolare, ai commi 1 e 6 dell'art. 1 della legge n. 328/2000 si esplicita come la predetta legge intenda promuovere «la partecipazione attiva dei cittadini [...] per il raggiungimento dei fini istituzionali di cui al comma 1». I successivi articoli della legge quadro, dedicati alla programmazione e pianificazione degli interventi, fanno riferimento all'operato dei soggetti privati e così, in particolare: l'art. 1, comma 4 della l. n. 328/2000, ove si dispone che enti locali, regioni e Stato riconoscono ed agevolano, ciascuno in relazione alle rispettive competenze, il ruolo della cittadinanza attiva rispetto alle specifiche attività di programmazione, organizzazione e gestione del sistema integrato di interventi e servizi sociali; l'art. 3, il quale pone in evidenza la necessaria concertazione e cooperazione, non soltanto tra i diversi livelli istituzionali, bensì anche tra questi e i privati in fase di programmazione degli interventi e delle risorse; l'art. 6 ove si fa riferimento al coinvolgimento, anche mediante consultazione, dei soggetti privati ed appartenenti al Terzo settore, anche rispetto alla fase di pianificazione dei servizi.

nalizzato principio di sussidiarietà orizzontale, è con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 117/2017, recante Codice del Terzo settore che si introduce, in senso innovativo, una vera e propria «procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria»²³; l'art. 55 dello stesso compendio normativo, richiama infatti espressamente la legge sul procedimento amministrativo, richiedendo il rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti e, specificamente, quelle relative alla programmazione sociale di zona.

Nel Codice in questione gli enti del Terzo settore sono inquadrati sul piano normativo quali organismi diversi da quelli mossi da logiche di mercato o riconducibili a funzioni pubblicistiche, identificati come un insieme limitato di soggetti giuridici dotati di caratteri specifici (rinvenibili esplicitamente all'art. 4), rivolti al perseguimento del «bene comune» (come disposto dall'art. 1) ed allo svolgimento di una «attività di interesse generale» (art. 5), senza perseguire finalità lucrative soggettive (art. 8), sottoposti altresì ad un sistema pubblicistico di registrazione (in luce della necessaria iscrizione al c.d. RUNTS, Registro unico nazionale del Terzo settore, *ex* art. 11), oltre che sottoposti a specifici e rigorosi controlli (artt. 90-97).

Ecco che, in ragione delle potenzialità degli ETS nel supportare l'amministrazione pubblica fornendo informazioni, modelli organizzativi, risparmio di risorse ed essenzialmente una migliore qualità dei servizi, l'attività dei medesimi è valorizzata dal legislatore anche mediante specifiche forme di affidamento diretto di servizi di interesse generale da svolgere in partenariato con l'amministrazione di riferimento, secondo uno schema di c.d. «partenariato sociale».

Peculiari appaiono dunque gli schemi operativi previsti sul piano legislativo, quale modello di condivisione della funzione pubblica riservato in via esclusiva agli enti che rientrano nel perimetro definito dall'art. 4 del Codice del Terzo settore. Nel dettaglio nel Titolo VII del d.lgs. 117/2017, dedicato ai rapporti con gli enti pubblici, agli artt. 55 e ss. sono positivate speciali modalità operative e strumenti di partenariato tra i quali co-programmazione, co-progettazione e accreditamento, considerati quale canale di «amministrazione condivisa» in quanto tale alternativo rispetto al profitto e al mercato e basato su di un peculiare rapporto tra il pubblico ed il privato sociale non incentrato sulla sinallagmaticità²⁴.

²³ Così si esprime nel dettaglio il giudice costituzionale nella storica pronuncia n. 131/2020.

²⁴ L'art. 55 del Codice del Terzo settore prevede, al comma 1, che le amministrazioni pubbliche, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività degli ETS, ne assicurino il coinvolgimento attivo «attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona». Per una compiuta analisi circa lo strumento della co-progettazione si v., tra i recenti contributi, A. Berrettini, *La co-progettazione "alla luce" del Codice del terzo settore e "nella penombra" del Codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2022, 27, 1-46. V. altresì, sul tema: E. Frediani, *La co-progetta-*

Occorre peraltro precisare, ai fini della trattazione e di quanto si dirà oltre, che i commi 2, 3 e 4 dell'art. 55 del d.lgs. 117/17, nel disciplinare i singoli istituti della co-progettazione, della co-programmazione e dell'accreditamento, dettano previsioni piuttosto concise, essenzialmente delineando le funzioni dei medesimi istituti nell'ambito del settore²⁵. Appare comunque in maniera chiara, nel testo dell'art. 55 il richiamo alla legge sul procedimento amministrativo ed ai relativi principi, oltre che alla disciplina di cui alla legge quadro n. 328/2000, con particolare riguardo al coinvolgimento degli enti del Terzo settore nelle attività di programmazione ed organizzazione dei servizi e degli interventi sociali.

Considerando il quadro normativo sulla materia nella sua interezza, non si può non porre in evidenza come nell'ambito specifico dei servizi pubblici locali, in aggiunta, lo stesso recente d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 recante «Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica» valorizzando esplicitamente all'art. 10 i principi generali di sussidiarietà e solidarietà²⁶, abbia previsto altresì, al comma 1 dell'art. 18²⁷, che gli enti locali possano attivare con gli enti del Terzo settore «rapporti di partenariato per la realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento funzionalmente riconducibili al servizio pubblico locale di rilevanza economica».

In senso generale, nell'ambito del recente d.lgs. n. 201/22, si opera una codificazione di una nozione unitaria di servizio pubblico locale finalizzato alla «omogeneità dello sviluppo e coesione sociale» (art. 2, comma 1, lett. c)) e in tal senso, appare condivisibile quanto recentemente affermato in dottrina, laddove si è evidenziato che il servizio pubblico locale si pone da sempre quale strumento sussidiario rispetto all'inadeguatezza del libero svolgersi dei rapporti tra individui in determinati ambiti, sebbene concetto e tratti del medesimo nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza paiono in parte nuovi e originali²⁸.

zione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo, Torino, 2021; L. Gili, *La co-programmazione e la co-progettazione su istanza di parte*, in *Urb. e app.*, 2022, 1, 25 ss.; D. Palazzo, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale. Terzo settore e amministrazione condivisa*, Torino, 2022.

²⁵ F. Scalvini, *Co-programmazione, co-progettazione e accreditamento: profili e questioni applicative*, in A. Fici (a cura di), *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale*, Napoli, 2018, 263 ss.

²⁶ La previsione richiama la necessaria valorizzazione dell'autonoma iniziativa dei cittadini associati nel soddisfacimento dei «bisogni delle comunità locali».

²⁷ La norma, collocata nel Capo II del Titolo III del decreto, riferito alle forme di gestione del servizio pubblico locale, è dedicata ai «Rapporti di partenariato con gli enti del Terzo settore».

²⁸ Così M. Dugato, *L'intervento pubblico per l'inclusione, la coesione, l'innovazione e la sostenibilità ed il ruolo del servizio pubblico locale nel Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Mumus*, 2022, 1, ma si veda anche ID., *La crisi del concetto di servizio pubblico locale tra apparenza e realtà*, in *Dir. amm.*, 2020, 511 ss.

La stessa predetta riforma di cui al d.lgs. 201/2022 appare anche condizionata dagli obiettivi e dalle strategie di cui al PNRR ove si ritrova la rivitalizzazione del servizio di interesse generale sul piano locale quale mezzo di lotta alle diseguaglianze²⁹.

Ebbene, l'art. 18 del decreto, nello specifico, ha ripreso e rinvigorito i rapporti di partenariato di cui al Codice del Terzo settore³⁰ ponendo, tuttavia, anche rinnovati aspetti problematici e difficoltà interpretative, legati principalmente al corretto raccordo tra i testi normativi di cui trattasi, oltre che con riferimento alle previsioni di cui al recente Codice dei contratti pubblici concernenti le attività a spiccata valenze sociale, ovvero di richiamo al Codice del Terzo settore.

Meritorio appare, in altri termini, l'intento del legislatore, nell'ambito del suddetto *corpus* normativo concernente i servizi pubblici locali, di disciplinare la collaborazione con gli enti del Terzo settore anche in settori "lontani" da quelli tipicamente riconducibili al sistema di *welfare* – ritenuto che tra i servizi pubblici locali possano sperimentarsi interventi e attività che possono avere un impatto anche sull'esigibilità dei diritti civili e sociali – così determinando di fatto un'apertura nei confronti dell'azione sussidiaria degli Enti del Terzo settore. Nel testo unico in questione, infatti, si codifica una "equiordinazione" tra modelli di amministrazione condivisa e esternalizzazione di servizi con appalto o concessione, seppur con taluni limiti e problemi interpretativi di cui si dirà oltre³¹.

Del resto, le rinnovate e mutevoli esigenze sul piano sociale, culturale e economico (e così, specialmente, la liberalizzazione mercati, il necessario contenimento della spesa pubblica, la crisi rappresentanza politica, l'impennata diseguaglianze sociali, tra gli altri aspetti), da un lato, hanno imposto agli enti territoriali nuovi paradigmi, anche operativi, in relazione alla gestione dei servizi pubblici locali e, dall'altro lato e conseguentemente, hanno condotto ad un'implementazione ed estensione del ruolo delle stesse formazioni sociali intermedie. Si è tentato cioè di rispondere alle esigenze della collettività, sulla scia del predicato principio di sussidiarietà, anche facendo ricorso ad una rete di relazioni, all'attività di

²⁹ Sul tema si v. l'interessante opera di C. Franchini, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, 2021.

³⁰ Tali partenariati di cui al Codice del Terzo settore richiamati dall'art. 18 – si precisa – sotto il profilo soggettivo, sono riservati ai soli soggetti privati non lucrativi con qualificazione normativa di Ente del Terzo settore - ETS, dunque anche imprese sociali di cui a d.lgs. 112/2017, enti che svolgono in via esclusiva o principale una o più attività di interesse generale, anche produttiva e distributiva di beni e servizi (artt. 4 e 5), ma senza perseguire un lucro soggettivo (art. 8); sotto il profilo oggettivo, la disciplina cui fare riferimento è invece quella di cui agli artt. 55-57 CTS, che di fatto, tuttavia, si limita a prescrivere il rispetto delle norme disciplinanti i singoli procedimenti, le programmazioni sociali di zona e i principi di cui alla l. 241/90 e in particolare l'art. 12. Si v. sulla tematica M. Croce, *Rapporti di partenariato con gli enti del terzo settore*, in R. Chieppa, G. Bruzzone, A. Moliterni (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali: commento al d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201*, Milano, 2023, 326 ss.

³¹ Cfr. sull'argomento M. Croce, *Rapporti di partenariato con gli enti del terzo settore*, cit.

società partecipate, ma soprattutto di ulteriori enti e associazioni senza scopo di lucro appartenenti al c.d. Terzo settore.

Nel dettaglio, nell'ambito del richiamato recente compendio normativo di riordino della materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, si individua principalmente la co-progettazione quale "modalità ordinaria" per l'attivazione di rapporti collaborativi con gli ETS anche nella gestione dei servizi pubblici locali. Posto che tale schema operativo si ritiene possa concludersi con stipula di una convenzione con l'ente del Terzo settore, tuttavia, non si può non rilevare come, ad ogni modo, l'esito della co-progettazione possa essere inteso quale affidamento di servizio pubblico. Di qui le differenti tesi interpretative originatesi anche in seno alla giurisprudenza amministrativa, nell'ambito della quale è, in particolare, emerso un orientamento in relazione al quale si coglie il timore per cui lo strumento in questione possa configurarsi quale meccanismo di elusione delle norme in materia di tutela della concorrenza e di aiuti di Stato³².

In tal senso, dunque, appare evidente, e sin d'ora si rimarca, come tale istituto del Codice del terzo settore, quale meccanismo di procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria, non possa certamente essere impiegato al fine di evitare od eludere procedure ad evidenza pubblica; chiaro che, anche nella mente del legislatore, tale modello operativo sia stato concepito in luce di una differente *ratio*, riconducibile non tanto alla predisposizione di uno schema alternativo rispetto alle procedure ordinarie per l'affidamento di un servizio, in ottica pro-concorrenziale, quanto piuttosto secondo una valorizzazione del possibile diverso rapporto tra pubblico e privato sociale, basato sulla convergenza di obiettivi e sul concetto di «amministrazione condivisa»³³.

5. *Il concetto di amministrazione condivisa nella pronuncia della Corte costituzionale n. 131/2020*

Il richiamato recente intervento normativo di valorizzazione dei modelli di partenariato di cui al d.lgs. 117/2017, peraltro, si inserisce in un quadro normativo e giurisprudenziale di recente rivalutazione del concetto della c.d. «amministrazione condivisa», teorizzazione riscontrabile in principio nelle elaborazioni di Feliciano Benvenuti il quale, già negli anni Settanta del secolo scorso, aveva operato rilevanti ricostruzioni proprio nella materia dei servizi pubblici, la cui disci-

³² Tra le altre pronunce in tal senso si v. T.A.R. Lombardia n. 593/2020 e T.A.R. Toscana n. 666/2020.

³³ V. L. Gallo, *Esperienze e prassi operative nel rapporto fra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore*, in A. Fici, L. Gallo, F. Giglioni (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore. Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, 2020, 130 ss.

plina si presta con evidenza, come accennato, all'impiego del medesimo concetto, anche rispetto alla specifica questione dell'erogazione dei servizi³⁴.

La riflessione di Benvenuti, in particolare, si era soffermata sul concetto di amministrazione quale funzione partecipata, secondo un'impostazione volta a porre al centro dell'indagine il carattere paritario del rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino, mediante la definizione del concetto di democrazia governante o «demarchia», come condivisione della funzione amministrativa con il singolo. In tal senso, tuttavia, al tempo, si rilevava come l'attività spontanea di forme di associazionismo privato si esplicasse in concreto in momenti di ausilio, piuttosto che di vera e propria co-gestione, con la conseguenza per cui si rendesse necessario implementare tale modello operativo approdando ad una vera e propria gestione della funzione, perciò concretizzando modelli di cittadinanza attiva³⁵.

Un preciso riferimento alla teoria dell'amministrazione condivisa si ritrova, di seguito, nell'ambito di un saggio di Arena pubblicato sul finire degli anni Novanta, dal titolo «Introduzione all'amministrazione condivisa»³⁶.

In tale lavoro, Arena delineava l'amministrazione condivisa quale nuovo modello organizzativo basato sulla cooperazione tra amministrazioni pubbliche e cittadini, nella consapevolezza che il rapporto tra amministrazione e amministrati potesse essere concepito anche in un'ottica differente, considerando gli stessi cittadini quali «co-amministratori», ovvero «soggetti attivi che, integrando le risorse di cui sono portatori con quelle di cui è dotata l'amministrazione, si assumono una parte di responsabilità nel risolvere problemi di interesse generale».

Il predetto modello organizzativo si rendeva necessario, in particolare, allo scopo di classificare una serie di istituti sparsi nell'ordinamento, sebbene privi di uno *status* teorico adeguato, distinguendo tali modalità operative, da un lato, dalle esperienze partecipative a livello locale degli anni Settanta e Ottanta del secolo

³⁴ F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, 1975, 807 ss. e Id., *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994.

³⁵ Si v., in partic., per una ricostruzione del pensiero di Benvenuti sul tema: S.S. Scoca, *L'amministrazione condivisa nei servizi sociali: una complessa strada ancora da percorrere*, in *Dir. econ.*, 2021, 3, 84 ss.

³⁶ V. G. Arena, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 117-118, 1997, 29 ss.; Id., *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, vol. I, Padova, 1998, 151 ss. Al tempo, tuttavia, pareva piuttosto irrealistica la concretizzazione del nuovo modello di amministrazione in parola, ragione per cui nel medesimo saggio si poneva in evidenza come fossero già riscontrabili nell'ordinamento, in diversi settori, esempi di amministrazione condivisa, non percepiti tuttavia per tale ragione come tali, ma quali «esperimenti singoli, oppure come ripieghi o addirittura anomalie rispetto alle forme di intervento tradizionali dell'amministrazione. Eppure ovunque vi sono in Italia amministratori pubblici che hanno realizzato esperienze concrete di amministrazione condivisa, conseguendo risultati migliori di quelli che avrebbero potuto ottenere utilizzando strumenti di intervento tradizionali». Ancora, tuttavia, l'A. esprimeva in tal senso un auspicio, rilevando come «è possibile che il modello dell'amministrazione condivisa sembri oggi utopistico; ma se si dovesse constatare che esso è in grado di dare risposta a problemi reali della nostra società meglio di altri strumenti più tradizionali, il fatto che oggi sembri utopistico non dovrebbe costituire una remora ad impegnarsi per la sua realizzazione. Non sarebbe infatti la prima (e probabilmente nemmeno l'ultima) volta che un'utopia si realizza».

scorso e, dall'altro lato, altresì dagli strumenti partecipativi "classici" e tipizzati di cui alla legge n. 241/1990³⁷. A differenza delle altre forme di partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa, in particolare, l'amministrazione condivisa sarebbe caratterizzata, in maniera peculiare, dalla aggregazione di risorse pubbliche e private per il perseguimento dell'interesse generale, mediante l'instaurazione di specifici rapporti di collaborazione tra l'ambito pubblico e quello privato³⁸.

Sulla base di tale teoria, gli apporti e le risorse promananti dalla società risulterebbero fondamentali nella soluzione di problematiche di interesse generale, considerando che cittadini singoli od associati, così come i soggetti economici «possono diventare protagonisti nella soluzione di problemi di interesse generale ed al tempo stesso nella soddisfazione delle proprie esigenze, instaurando con l'amministrazione un rapporto paritario di co-amministrazione in cui ciascuno mette in comune le proprie risorse e capacità, in vista di un obiettivo comune»³⁹.

Il suddetto innovativo schema operativo, come accennato ritenuto utopistico sul finire degli anni Novanta considerata la sostanziale assenza di un vero e proprio supporto normativo, è ritornato di attualità e ha ricevuto una legittimazione proprio con l'attribuzione di una rilevanza costituzionale al principio di sussidiarietà in senso orizzontale.

Il principio di cui all'art. 118, comma 4 Cost., tuttavia, è rimasto a lungo inattuato sul piano pratico, sino agli anni più recenti laddove si è riscontrata l'adozione, a livello locale, di «Regolamenti per l'amministrazione condivisa dei beni comuni»⁴⁰, oltre che con la menzionata introduzione nell'ordinamento, ad opera del Codice del Terzo settore, di moduli procedimentali innovativi di raccordo tra amministrazioni pubbliche ed ETS.

Ebbene, negli anni più recenti, nel dettaglio nella storica pronuncia n. 131 del 2020, il Giudice costituzionale rivitalizza e impiega esplicitamente tale concetto di «amministrazione condivisa» al fine di illustrare il rapporto tra amministrazioni pubbliche ed enti del Terzo settore, così come delineato nell'ambito dell'art. 55 del Codice del Terzo settore.

³⁷ G. Arena, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, nota a Corte cost., 26 giugno 2020, n. 131, in *Giur. cost.*, 2020, 3, 1449 ss.

³⁸ In tal senso, G. Arena, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, cit., 1449. L'A., infatti, pone in evidenza come «i soggetti privati non partecipano, su sollecitazione dell'amministrazione, alle decisioni che questa ultima intende adottare, bensì, sulla base di una propria "autonoma iniziativa" (art. 118, ultimo comma), collaborano su base paritaria e fiduciaria con l'amministrazione alla soluzione dei problemi della comunità ovvero, detto in altri modi, al perseguimento dell'interesse generale».

³⁹ Così G. Arena, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, cit., 29 ss.

⁴⁰ Si v. il «Regolamento comunale-tipo» elaborato da *Labsus* («Laboratorio per la sussidiarietà») unitamente al Comune di Bologna nel 2014, di concretizzazione sul piano dell'amministrazione locale delle previsioni di cui all'art. 118, comma 4 Cost.; Regolamento di seguito recepito, rielaborato ed impiegato da numerose amministrazioni comunali, ricomprendendo, in taluni casi, anche «Patti di collaborazione per la cura dei beni comuni», strumenti mediante i quali «Comune e cittadini attivi concordano tutto ciò che è necessario ai fini della realizzazione degli interventi di cura, gestione condivisa e rigenerazione dei beni comuni».

Nella pronuncia di cui trattasi, infatti, si pone in luce come che gli schemi operativi e i modelli collaborativi in questione non si basino sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dall'amministrazione pubblica agli ETS, «ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico»⁴¹.

Quel che si pone in evidenza è, inoltre, «la specifica attitudine (degli enti del Terzo Settore) a partecipare insieme ai soggetti pubblici alla realizzazione dell'interesse generale», ciò in ragione delle potenzialità degli enti in parola «rappresentativi della "società solidale"», oltre che parte di una «rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale» in quanto tali adeguati, in ottica di sussidiarietà, nel supportare l'ente pubblico, fornendo informazioni, modelli organizzativi e, dunque, risparmio di risorse e migliore qualità dei servizi erogati.

Contestualmente, dalla pronuncia di cui trattasi, emerge anche una precisa perimetrazione degli enti abilitati alla collaborazione con le amministrazioni pubbliche per l'espletamento di servizi in favore della comunità, per mezzo degli strumenti di cui all'art. 55: co-programmazione, co-progettazione e forme di partenariato, quali modelli di condivisione della funzione pubblica, sarebbero riservati esclusivamente agli enti rientranti nell'elencazione di cui all'art. 4 del CTS. La peculiare forma di collaborazione richiederebbe cioè, in capo agli enti coinvolti, la «rigorosa garanzia della comunanza di interessi da perseguire e quindi la effettiva "terzietà" (verificata e assicurata attraverso specifici requisiti giuridici e relativi sistemi di controllo) rispetto al mercato e alle finalità di profitto che lo caratterizzano».

In definitiva – come accennato – secondo uno schema diverso dalle altre forme di partecipazione al procedimento in senso generale, l'amministrazione condivisa vedrebbe i singoli quali «co-amministratori», in senso attivo, in ottica di integrazione di risorse economiche, tecniche e umane, bensì anche nella assunzione e condivisione di responsabilità nella soluzione di problematiche di interesse generale.

⁴¹ Così. Corte cost., 26 giugno 2020, n. 131, in *Giur. cost.*, 2020, 3, 1449 ss. La pronuncia in questione, in dettaglio, concerne l'impugnazione dell'art. 5, comma 1, lett. b) della Regione Umbria, il quale, secondo quanto sostenuto dall'amministrazione ricorrente, si sarebbe posto in contrasto con la normativa statale nella misura in cui avrebbe previsto il coinvolgimento anche delle cooperative di comunità nell'attività di programmazione, progettazione e accreditamento. Alla luce di quanto asserito da parte ricorrente, infatti, l'art. 55 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, recante «Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106» («CTS») avrebbe limitato detto coinvolgimento ai soli enti del Terzo settore (ETS), individuati dall'art. 4 del decreto stesso, tra i quali non sarebbero ricomprese le predette cooperative di comunità.

6. *I servizi alla persona: affidamento e gestione nel bilanciamento tra ottica solidaristica e tutela della concorrenza*

La specifica questione oggetto di perdurante e acceso dibattito in sede dottrinale, oltre che nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, trattando degli istituti in questione, concerne pertanto le modalità di affidamento dei servizi sociali, principalmente laddove siano coinvolti enti del Terzo settore⁴².

In altri termini, si è posta in evidenza una possibile conflittualità tra previsioni normative considerando, da un lato, la disciplina "promozionale" che si concretizzerebbe negli evidenziati istituti di cui agli artt. 55 e ss. del Codice del Terzo settore e, dall'altro, la normativa a favore della concorrenza di derivazione eurounitaria e che inevitabilmente caratterizza anche il Codice dei contratti pubblici di recente emanazione; con la conseguenza per cui, rispetto ai predetti modelli di "co-amministrazione", emergerebbe la necessità di operare un bilanciamento tra ottica solidaristica e logiche di mercato e di tutela della concorrenza.

Sul punto non si può, anzitutto, non rammentare come in ambito europeo i servizi pubblici locali siano inquadrati nell'ambito degli stessi servizi di interesse economico generale ("SIEG") aventi, tra le altre, caratteristiche di universalità, continuità, qualità, accessibilità, tutela dei consumatori; in quanto tali i medesimi servizi risultano soggetti alle norme generali di espletamento di procedure ad evidenza pubblica, volte alla tutela della concorrenza, in ragione del carattere economico del servizio (peraltro da ultimo – come noto – ritenuto individuabile non in considerazione dello *status* del prestatore o della natura del servizio, ma dalle modalità di prestazione, organizzazione e finanziamento dell'attività).

Ciò posto, si rammenta, ad ogni modo, come per il diritto eurounitario anche i servizi sociali possano essere inquadrati quali servizi di interesse economico, considerando che la natura sociale ovvero socio-sanitaria dello stesso non determina *ex se* un'esclusione della rilevanza economica del servizio⁴³; tuttavia,

⁴² Cfr., in partic., tra gli altri: R. Morzenti Pellegrini, *Social Services in the EU legal system: Balancing Competition and the Protection of National-Specific Public Interests*, in *Italian journal of public law*, 2012, 1, 209-255; A. Albanese, *Pubblico e privato nell'affidamento dei servizi sociali ai soggetti del terzo settore*, in G. Falcon-B. Marchetti (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azioni amministrativa. Problemi e prospettive*, Padova, 2013, 57 ss.; Id., *I servizi sociali nel codice del terzo settore e nel codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, in *Munus*, 2019, 1, 139-186; A. Magliari, *Servizi sociali di interesse generale e appalti pubblici: concordia discors?*, in *Munus*, 2019, 2, 599-639; R. Parisi, *Il coinvolgimento attivo del Terzo settore nella gestione dei servizi sociali, tra solidarietà e concorrenza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, 1, 197-232; S. Pellizzari, *Forme di collaborazione tra enti pubblici e Terzo settore: la Corte di giustizia valorizza la discrezionalità degli Stati membri per un miglior bilanciamento tra solidarietà, efficienza e concorrenza (Commento a Corte di giustizia, 14 luglio 2022, "Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE)", C-436/20)*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2022, 4, 1021-1048.

⁴³ Cfr. il Libro Bianco della Commissione europea sui servizi di interesse generale, del 12 maggio 2004; sul tema si v. anche CGUE 14 luglio 2022 C-436/20 laddove si è stabilito che «il principio della parità di trattamento degli operatori economici ad ogni modo autorizza gli Stati membri a riservare la partecipazione ad una

merita attenzione la precisazione per cui l'ordinamento europeo prevede che i singoli Stati membri possano, con specifico riguardo ad attività a spiccata valenza sociale, far ricorso a modelli organizzativi ispirati alla solidarietà e non alla concorrenza. In altri termini, non sarebbe imposta agli Stati membri l'adozione di un precisato modello di *welfare* e sarebbe di contro consentito al singolo Stato di organizzare il sistema dei servizi di interesse generale sul piano interno come ritenuto più opportuno⁴⁴.

Di conseguenza, così come chiarito nell'ambito dello stesso d.m. 72/2021 richiamato, in presenza di servizi – astrattamente ritenuti – di interesse economico generale, ove lo Stato membro abbia predisposto un modello organizzativo ispirato al principio di solidarietà (e tale sarebbe il caso della stessa co-progettazione), il quale veda il coinvolgimento di soggetti privi dello scopo lucrativo, dovrebbe necessariamente essere prevista l'applicabilità della sola disciplina nazionale, quale espressione delle specifiche «tradizioni culturali» e «costituzionali» dello Stato membro interessato⁴⁵.

Peraltro, secondo tale opzione interpretativa esplicitata del pari nell'ambito del predetto d.m. 72/2021 recante «Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore negli artt. 55-57 del d.lgs. n. 117/2017», da un lato, il diritto eurounitario troverebbe nel Codice del Terzo settore una sua più compiuta attuazione e, dall'altro lato, sul fronte nazionale, si disporrebbe una

procedura di aggiudicazione di appalti di servizi sociali ai soli enti privati senza scopo di lucro, laddove i benefici derivanti dall'esecuzione dei suddetti appalti siano reinvestiti allo scopo del raggiungimento dell'obiettivo sociale di interesse generale».

⁴⁴ Già la Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa «ai servizi del mercato interno», peraltro, all'art. 1, lasciava «impregiudicata la libertà, per gli Stati membri, di definire in conformità del diritto comunitario, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità con le regole sugli aiuti concessi dagli Stati, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti» (si v. in particolare, le motivazioni di cui ai Considerando n. 27 e n. 28 della medesima Direttiva). Si v., altresì, la direttiva appalti 2014/24/UE laddove è previsto che gli Stati membri e le autorità pubbliche sono liberi di fornire tali servizi direttamente o di organizzare servizi sociali attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, a condizione che siano assicurati i principi di trasparenza e non discriminazione.

Nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea si v. inoltre, circa la possibilità per gli Stati membri di apprestare, rispetto ad attività aventi un'evidente valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non alla concorrenza, bensì alla solidarietà, le pronunce Corte giust. Ue, sez. V, 28 gennaio 2016, causa C-50/14, CASTA e al. e Corte giust. Ue, sez. V, 11 dicembre 2014, causa C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e al. V. inoltre sul punto, in dottrina: E. Menichetti, *I servizi sociali nell'ordinamento comunitario*, in A. Albanese, C. Marzuoli (a cura di), *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Bologna, 2003 e A. Magliari, *Servizi sociali di interesse generale e appalti pubblici: concordia discors?*, in *Munus*, 2019, 2, 599-639.

⁴⁵ Così le «Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore negli artt. 55-57 del d.lgs. n. 117/2017 (Codice del terzo settore)», di cui al d.m. 72/2021, par. 1. Peraltro nell'analisi di tale strumento si è posto in evidenza come il medesimo, da un lato, riconosca formalmente l'autonomia e l'alternatività degli istituti del Codice del Terzo settore rispetto alla disciplina dei contratti pubblici e, dall'altro lato, invece, tradisca le enunciazioni riportate in linea di principio, demandando di fatto l'attuazione di tali istituti (quale la stessa co-progettazione) a schemi procedurali appiattiti sui modelli dell'amministrazione autoritativa e delle ordinarie procedure di gara ad evidenza pubblica.

chiara ripartizione degli ambiti di competenza fra i due Codici coinvolti (del Terzo settore e dei contratti pubblici), i quali in tal modo sarebbero altresì in grado di completarsi reciprocamente circa le specifiche modalità e le procedure di affidamento dei servizi di interesse generale.

Sulla questione, di seguito, si è innescato un ampio dibattito – che per evidenti ragioni non può essere ripercorso nel dettaglio nella presente sede – il quale ha visto l'intervento di diversi attori e, in particolare, della giurisprudenza amministrativa, del Consiglio di Stato in funzione consultiva e dell'Autorità Nazionale Anticorruzione secondo orientamenti interpretativi alterni e contrastanti.

In breve, nel 2016 l'Anac approvava la deliberazione n. 32/2016 recante «Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali»⁴⁶; in seguito, al fine di coordinare la disciplina scaturente dai due compendi normativi di cui al d.lgs. n. 50/2016 e al d.lgs. n. 117/2017, la medesima Autorità Nazionale Anticorruzione richiedeva altresì al Consiglio di Stato di pronunciarsi sulla specifica questione.

Quest'ultimo, in sede di Adunanza della Commissione speciale del 26 luglio 2018, rendeva il parere n. 2052/2018, con specifico riguardo alla disciplina applicabile agli affidamenti di servizi sociali, nell'ambito del quale – ricordata la necessità di necessità di sottoporre alla disciplina pro-concorrenziale tendenzialmente ogni attività umana connotata da un rilievo economico – faceva riferimento alla presenza di esclusioni esplicitamente previste dallo stesso diritto eurounitario, tuttavia eccezionali, ovvero da interpretarsi in forma tassativa⁴⁷. In buona sostanza, dal suddetto parere emergeva quale aspetto dirimente quello della gratuità, intesa quale «creazione di ricchezza tramite il lavoro del prestatore di servizi non remunerato dal profitto» e come «sostenimento eventuale di costi senza rimborso né remunerazione, a puro scopo di solidarietà sociale», determinante la non eco-

⁴⁶ Delibera ANAC n. 32 del 20 gennaio 2016, recante «Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali». Nelle predette Linee guida si trova scritto altresì che «le amministrazioni possono riservare la gestione dei servizi sociali agli organismi del terzo settore nel rispetto delle norme comunitarie e nazionali applicabili ai servizi esclusi di cui all'allegato II B del Codice, privilegiando le procedure di aggiudicazione ristrette e negoziate e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Le stazioni appaltanti devono porre particolare attenzione nell'individuazione dei requisiti di partecipazione e dei criteri di valutazione dell'offerta, al fine di evitare l'adozione di scelte che potrebbero avere effetti distorsivi della concorrenza».

⁴⁷ Nel parere 2052/2018 il supremo Consesso amministrativo, in funzione consultiva, approdava in dettaglio alla conclusione per cui «l'affidamento dei servizi sociali, comunque sia disciplinato dal legislatore nazionale, deve rispettare la normativa pro-concorrenziale di origine europea, in quanto rappresenta una modalità di affidamento di un servizio (in termini euro-unitari, un «appalto») che rientra nel perimetro applicativo dell'attuale diritto euro-unitario. Cionondimeno, al ricorrere di alcune condizioni la procedura di affidamento di servizi sociali disciplinata dal diritto interno non è soggetta alla regolazione di origine euro-unitaria. Ciò accade allorché: la procedura disciplinata dal diritto interno non abbia carattere selettivo; non tenda, neppure prospetticamente, all'affidamento di un servizio sociale; la procedura disciplinata dal diritto interno miri sì all'affidamento ad un ente di diritto privato di un servizio sociale che, tuttavia, l'ente affidatario svolgerà a titolo integralmente gratuito (il punto sarà trattato più diffusamente *infra* in questo paragrafo e nei limiti ivi indicati)».

nomicità del servizio, gestito «in perdita» per il prestatore e, in quanto tale reso «fuori dal mercato».

Quanto emerso nel parere predetto ha, di seguito, guidato la stesura di nuove Linee Guida Anac, recanti «Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali», “bocciate” dallo stesso Consiglio di Stato sul rilievo per cui – anche a seguito dell’entrata in vigore del d.l. n. 32/2019, c.d. d.l. “Sblocca cantieri” conv. con modificazioni dalla l. n. 55/2019 – l’Autorità Nazionale Anticorruzione non avrebbe avuto competenza rispetto all’emanazione di Linee guida se non esplicitamente previsto dal Codice dei contratti pubblici al tempo vigente; più di recente si è assistito all’emanazione delle Linee guida Anac n. 17, recanti «Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali»⁴⁸.

Nella normativa successiva sull’argomento, con specifico riguardo ai servizi pubblici, si è assistito in primo luogo all’entrata in vigore del d.lgs. n. 201/2022, nell’ambito del quale si rinvencono – come accennato – diversi riferimenti al coinvolgimento dei privati, a vari livelli e in varie forme nella programmazione e gestione dei servizi di cui trattasi⁴⁹.

Del pari, il recente Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 36/2023, da ultimo, dedica alla questione oggetto di trattazione l’art. 6, ove – come accennato – si esclude dal campo di applicazione del codice gli istituti disciplinati dal d.lgs. n. 117/2017. Per quel che rileva nella presente sede, la norma opera un riferimento espresso ai modelli di «amministrazione condivisa», richiamando i principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale e con specifico riguardo alle «attività a spiccata valenza sociale», precisa come l’amministrazione possa impiegare tali predetti moduli organizzativi, declinati nell’ambito della norma in questione come strumenti «privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore di cui al decreto legislativo predetto, sempre che gli stessi contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato»⁵⁰.

Lo stesso successivo art. 127 del medesimo Codice, riferito ai servizi sociali e «assimilati», nel disciplinare le procedure semplificate di affidamento dei servizi sociali, dispone ad oggi che la disciplina ivi contenuta si applichi «fermo quanto previsto dall’articolo 6 del codice», facendo così salva la possibilità per le ammi-

⁴⁸ Linee guida approvate dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. 382 del 27 luglio 2022 e sulle quali si è pronunciato il Consiglio di Stato mediante il parere n. 805 del 3 maggio 2022.

⁴⁹ In dettaglio contengono un rinvio al principio di sussidiarietà gli art. 3 con riguardo ai principi generali e 10 con riferimento all’istituzione e organizzazione del servizio; l’art. 18 contiene poi, come esposto, una precisa disciplina circa i rapporti di partenariato con gli enti del Terzo settore.

⁵⁰ Sul principio del risultato nel nuovo Codice si v. S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *Dir. e soc.*, 2022, 3, 551-569.

nistrazioni di ricorrere ai modelli di amministrazione condivisa in maniera alternativa rispetto all'impiego delle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi.

7. *Alcune riflessioni conclusive*

Presi in esame, in particolar modo, il principio di sussidiarietà ed il concetto di amministrazione condivisa e inquadrati altresì i modelli collaborativi con particolare riferimento alla collaborazione tra amministrazioni pubbliche e enti del Terzo settore non si può non rilevare, anzitutto, come talune più recenti disposizioni normative intervenute in materia mostrino una rilevante portata innovativa. Così, in particolare, l'art. 10 del d.lgs. 201/22 di riordino dei servizi pubblici locali di rilevanza economica laddove dispone che gli enti locali «favoriscono attività e iniziativa dei cittadini, anche con apposite agevolazioni e semplificazioni»; ancora l'art. 6 del recente Codice dei contratti pubblici appare degno di nota, nella misura in cui ha esplicitato, in particolar modo in tale ambito d'azione, il concetto di amministrazione condivisa e ha del pari richiamato esplicitamente il Codice del Terzo settore al fine di operare un chiaro raccordo tra i testi normativi in questione.

Nonostante gli sforzi del legislatore posti in evidenza, residuano, ciononostante, taluni aspetti problematici, tra i quali, certamente, un mancato pieno coordinamento della disciplina dettata nei diversi testi normativi presi in esame. In tal senso, basti notare che l'art. 6 del nuovo Codice dei contratti prevede che l'amministrazione possa ricorrere ai modelli di amministrazione condivisa in relazione ad «attività a spiccata valenza sociale», individuando così un presupposto applicativo parzialmente diverso dalle «attività di interesse generale» cui si fa invece esplicitamente riferimento nell'ambito dell'art. 5 del d.lgs. n. 117/2017; ovvero, ancora, si pensi al mancato recepimento delle più recenti Linee Guida Anac n. 17 del 27 luglio 2022 cui si accennato, dedicate alla specifica tematica, nell'ambito del recente Codice dei contratti pubblici.

In aggiunta, con specifico riferimento alla disposizione di cui all'art. 6 del d.lgs. 36/2023, si può osservare come dalla relazione illustrativa, rispetto al principio di sussidiarietà cui trattasi ad alla sua valorizzazione con riguardo all'ambito dei contratti pubblici, si potesse cogliere un' enfasi decisamente maggiore rispetto a quella poi riscontrabile nella formulazione letterale della norma vigente⁵¹.

⁵¹ Cfr. A. Manzione, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: trasferimento immobiliare come corrispettivo dell'appalto, opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione e partenariato sociale*, cit.

Lo stesso perimetro della norma pare circoscritto alla sola estrinsecazione tipica della sussidiarietà, oggetto di procedimentalizzazione da parte del legislatore, che concerne la collaborazione con gli Enti del Terzo settore; non si coglierebbe, in altri termini, una possibilità di applicazione generalizzata della norma con riguardo a diverse ed ulteriori declinazioni possibili del partenariato sociale⁵².

Da ultimo, si pone in evidenza altresì quale criticità, ovvero quantomeno quale aspetto di novità che, tuttavia, sembra celare anche alcuni aspetti problematici, soprattutto in ottica applicativa, il dato per cui, stando alla formulazione letterale della norma, l'impiego dei moduli organizzativi di amministrazione condivisa in relazione ad «attività a spiccata valenza sociale», oltre a doversi spiegare in modo effettivo e trasparente, debba altresì ad oggi attenersi al rispetto del principio del risultato⁵³.

Sempre in ottica generale, rispetto alla tematica, si ritiene opportuno porre in evidenza ulteriori criticità che scaturiscono dal quadro normativo vigente in relazione alla possibilità di impiego di modelli di co-amministrazione per la programmazione, progettazione e gestione di servizi alla persona. In particolare, i modelli di partenariato sociale e di coinvolgimento del privato in senso generale permangono ad oggi strumenti e modelli organizzativi non frequentemente impiegati e largamente diffusi.

In tal senso, pare indispensabile andare oltre le dichiarazioni di principio, impiegando al meglio le previsioni vigenti e valorizzando le peculiarità e potenzialità degli enti in questione, considerando la potenziale enorme rilevanza dell'apporto del privato, secondo logiche di partenariato e di condivisione della funzione amministrativa, sulla base di schemi procedimentali di amministrazione condivisa, a titolo esemplificativo nell'ambito dei contratti pubblici, anche nell'implementazione di opere e contratti legati al PNRR⁵⁴, ovvero nell'ambito delle comunità energetiche⁵⁵, a titolo esemplificativo.

⁵² Delimitazione che appare dalla rubrica stessa della norma recante riferimento esplicito al «Rapporto con gli enti del Terzo settore». In tal senso, si è osservato come l'intento di «riordino» e miglioramento sistematico del partenariato sociale «atipico» potrà essere compreso nella sua piena portata, anche di supporto alle amministrazioni più lungimiranti, solo all'atto della adozione dei previsti bandi e contratti tipo da parte – presumibilmente – dell'Anac (così, in particolare, A. Manzione, cit.).

⁵³ In tal senso l'art. 6, del d.lgs. 36/2023.

⁵⁴ Nell'ambito del PNRR (V missione) si trova un espresso riferimento alle auspicabili «sinergie tra impresa sociale, volontariato e amministrazione» con riguardo ad ambiti variegati quali la rigenerazione urbana, l'edilizia residenziale, ovvero il settore sportivo, a titolo esemplificativo. V. anche sul tema E. Zampetti, *I servizi pubblici nel contesto pandemico. Riflessioni su libertà organizzativa, affidamento in house e principio di sussidiarietà*, in *Giustizia Insieme*, 2021; A. Patanè, *Enti del Terzo Settore e principio di solidarietà. Le opportunità del PNRR per rigenerare una rete a sostegno della società*, in *Società e diritti*, 2023, 15, 55-70.

⁵⁵ Cfr. in merito, nella giurisprudenza, a titolo esemplificativo, Corte conti, sez. reg. controllo Lombardia, n. 174/2020, laddove con riferimento all'attività di una cooperativa «di comunità» ai sensi dell'art.11 della Legge regionale Lombardia 6 novembre 2015 n. 36, si è ritenuta la *mission* della cooperativa funzionale alle statuizioni del TUSP e al principio di sussidiarietà e si è esplicitato come le cooperative di comunità rappresen-

Ad ogni modo, per quanto esposto, l'art. 6 del nuovo Codice dei contratti e la quasi coeva disposizione di cui all'art. 18 del d.lgs. n. 201/2022 consentirebbero di superare in definitiva la posizione "pro-concorrenziale" assunta dal Consiglio di Stato nel menzionato parere n. 2052/2018 – per il quale, di fatto, i servizi pubblici di rilevanza economica risultavano essere esclusi dalla possibilità di applicazione quale modello operativo dei partenariati di cui agli artt. 55-56 del CTS, salvo casi in cui non si ricadesse nell'opzione di un rapporto connotato da gratuità – così come da un consistente orientamento giurisprudenziale sviluppatosi proprio sulla base delle statuizioni rese dal supremo Consesso amministrativo in funzione consultiva.

Non sarebbe necessario, cioè, subordinare l'operatività degli istituti presi in esame di cui al Codice del Terzo settore alla «gratuità» delle prestazioni, ma se ne potrebbe legittimare l'autonomia concettuale ed operativa sulla scorta della diversa fonte costituzionale e strutturale che li connota.

Sposando la tesi della reciproca autonomia della disciplina concorrenziale di cui al Codice dei contratti pubblici e di quella peculiare di cui al Codice del Terzo settore, parrebbe maggiormente equilibrata e condivisibile un'opzione interpretativa che, sulla scia di quanto esplicitato nella menzionata storica pronuncia della Corte costituzionale n. 131/2020 a proposito del concetto stesso di amministrazione condivisa, miri alla valorizzazione degli istituti di collaborazione di cui a CTS, alla luce di un diverso rapporto tra pubblico e privato sociale, fondato non tanto sull'idea di un rapporto sinallagmatico e sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi, secondo una logica di mercato, quanto piuttosto sull'idea della convergenza di obiettivi nell'espletamento di forme di co-amministrazione.

Impostazione quest'ultima confermata anche dallo stesso diritto eurounitario, il quale, come esposto, lascia ai singoli Stati membri, rispetto ad attività a spiccata valenza sociale, la possibilità di ricorrere a modelli organizzativi ispirati alla solidarietà. Impostazione questa – occorre precisare – già recepita anche dal d.l. n. 76/2020, conv. con modif. dalla l. 120/2020⁵⁶, con specifico riferimento alle modifiche apportate al previgente Codice dei contratti pubblici, oltre che dal più recente Codice dei contratti pubblici, in particolare, mediante la descritta

tino un modello di innovazione sociale, in cui i cittadini creano una specifica sinergia mettendo in comune le attività delle persone, le attività delle Istituzioni e quelle delle imprese e delle associazioni per rendere un servizio pieno all'intera comunità. Nell'ottica del perseguimento dell'interesse generale, si porrebbe come cruciale il rapporto tra imprese di comunità ed enti locali, entrambi operanti nel medesimo territorio a cui corrisponde una determinata base sociale, secondo una logica del «paradigma sussidiario», che si struttura quale «alleanza tra i soggetti pubblici e quelli privati per seguire strategie comuni di azione in rilevanti settori di interesse generale». V., in dottrina, V. Manzetti, *Una declinazione del principio di sussidiarietà: le imprese di comunità, in federalismi.it*, 9 marzo 2022.

⁵⁶ D.l. 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale», convertito con modificazioni dalla L. 11 settembre 2020, n. 120.

previsione di cui all'art. 6 circa la condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore, in luce di una esplicitata valorizzazione dei principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale.

In questo senso, in dottrina, si è evidenziato come l'art. 18 non parrebbe disporre, pertanto, una semplice sottrazione dei partenariati riservati agli ETS alla concorrenza, ma indicherebbe agli enti locali di applicare altre norme che, nel rispetto del quadro europeo, concretizzano il principio di sussidiarietà: in altri termini si tratterebbe di applicare ai modelli di cui trattasi una disciplina «speciale», ovvero un peculiare «diritto del terzo settore»⁵⁷.

⁵⁷ V. in merito M. Croce, *Rapporti di partenariato con gli enti del terzo settore*, cit., 321 ss. Proprio le peculiarità dei rapporti di partenariato in questione tra amministrazioni ed enti del Terzo settore, considerando centrale il concetto stesso di amministrazione condivisa, potrebbero essere concepiti quali schemi procedurali che pur possano sfociare nell'ambito di una convenzione, ovvero in un contratto «atipico», espressivo di una comunione di scopo tra i soggetti parte del rapporto, nell'ambito del quale ciascuno dei soggetti sopporta sacrifici funzionali alla realizzazione del risultato cui tende lo stesso strumento, in maniera condivisa.

Tutela della persona tra Stato, Terzo settore e co-amministrazione

Nel presente contributo, a partire da una succinta analisi circa gli esordi e la positivizzazione del principio di sussidiarietà, peraltro in stretta correlazione con il principio – di pari rilevanza costituzionale – di solidarietà sociale, si prende in esame, quale filo conduttore, il concetto di «amministrazione condivisa», da tempo elaborato dalla dottrina e recentemente ripreso dallo stesso Giudice costituzionale nell’ambito della recente pronuncia della Corte costituzionale n. 131/2020.

Un aspetto ritenuto prioritario e oggetto di trattazione è quello del necessario coordinamento e raccordo tra norme «speciali» e di «co-amministrazione» nei recenti compendi normativi sul tema. All’esito della ricostruzione svolta, vagliati i modelli di «procedimentalizzazione dell’azione sussidiaria» impiegabili anche per la programmazione, progettazione e gestione dei servizi sociali, si pone in evidenza, in particolare, la necessità di valorizzazione delle peculiarità e delle potenzialità degli enti del Terzo settore e, in senso generale, del principio di sussidiarietà, con un particolare riferimento al necessario potenziamento degli schemi del c.d. partenariato sociale c.d. atipico.

Protection of the person between the State, the Third Sector and co-administration

In this contribution, starting from a short analysis of the beginnings and the positivization of the principle of subsidiarity, also in close correlation with the principle – of equal constitutional importance – of social solidarity, the concept of “shared administration”, long developed by the doctrine and recently taken up by the Constitutional Judge himself in the context of the recent ruling of the Constitutional Court n. 131/2020.

An aspect considered a priority and subject to discussion is that of the necessary coordination and connection between «special» and «co-administration» regulations in the recent regulatory compendiums on the topic. As a result of the reconstruction carried out, having examined the «proceduralisation of subsidiary action» models that can also be used for the planning, design and management of social services, it is highlighted, in particular, the need to valorise the peculiarities and potential of the institutions of the Third Sector and, in a general sense, of the principle of subsidiarity, with particular reference to the necessary strengthening of the so-called atypical schemes of social partnership.

***Antitrust* tra procedimento e processo. La giurisprudenza amministrativa nel biennio 2022-2023**

Cecilia Police

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Aspetti procedurali. – 2.1 Termini per la contestazione della violazione e applicabilità art. 14 l. 689/1981. – 2.2 Congruità del tempo dell'accertamento dell'infrazione: termine iniziale e comunicazione di avvio del procedimento. – 3. Diritto di difesa. – 3.1 Il principio del contraddittorio nell'ambito dei procedimenti *antitrust*. – 3.2 Accesso agli atti del procedimento. – 3.3 Violazione del principio di collegialità. – 3.4 Coincidenza tra contestazione iniziale e conclusiva nel provvedimento sanzionatorio. – 4. Riparto di competenze tra Autorità nazionali e Commissione europea. – 4.1 Riparto di competenze tra AGCM e altre Autorità di settore. – 5. Sanzioni *antitrust*. – 5.1 Calcolo della sanzione. – 5.2 Collaborazione delle imprese con l'Autorità. – 5.3 Provvedimento di accettazione degli impegni. – 6. Aspetti processuali. – 6.1 Limiti al sindacato del giudice amministrativo. – 7. Poteri dell'Autorità *antitrust ex* art. 21-*bis* l. 10 ottobre 1990, n. 287. – 8. Conclusioni.

1. *Premessa*

Il presente contributo analizza i principi ed orientamenti in materia *antitrust* emersi in seno alla giustizia amministrativa italiana nel biennio, principalmente alla Prima Sezione del Tar Lazio, sede di Roma e dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato, con riguardo ai giudizi avverso i provvedimenti sanzionatori adottati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (d'ora in avanti, "Autorità" o "AGCM").

Il lavoro è stato organizzato per aree tematiche facendo riferimento, in particolare, ai profili procedurali e/o processuali del diritto della concorrenza (partecipazione al procedimento e contraddittorio, diritto di difesa, impegni), e alle sanzioni.

2. *Aspetti procedurali*

2.1. *Termini per la contestazione della violazione e applicabilità dell'art. 14 l. 689/1981*

La questione circa la diretta applicabilità della legge 689/1981 e, più in particolare, dell'art. 14 della l. 689/1981 ai procedimenti *antitrust* si è nel corso degli anni resa necessaria al fine di evitare l'esposizione di imprese e società a gravi pericoli e ripetute violazioni del diritto di difesa, costituzionalmente garantito. Ciò anche per denunciare le inerzie, spesso ingiustificate dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'accertamento e contestazione di presunte violazioni *antitrust*. Si è assistito negli ultimi anni ad una maggiore attenzione dei giudici amministrativi volta a colmare una lacuna normativa non indifferente, ossia la mancata previsione nei Regolamenti dell'AGCM, nonché nella stessa legge *antitrust* italiana, di un termine per l'avvio dell'attività istruttoria, per l'accertamento della presunta condotta illecita e per la successiva contestazione. Termine che, invece, è previsto per tutte le altre ipotesi di contestazione di sanzioni amministrative pecuniarie, dall'art. 14 della l. 689/1981. Quest'ultimo, infatti, prevede che «la violazione, quando è possibile, deve essere contestata immediatamente tanto al trasgressore quanto alla persona che sia obbligata in solido al pagamento della somma dovuta per la violazione stessa [...]».

Sul tema della diretta applicabilità dell'art. 14 della legge n. 689/1981 ai procedimenti dell'Autorità Garante per la Concorrenza e per il Mercato si sono formati, in giurisprudenza due diversi orientamenti. Secondo alcune più risalenti pronunce, i termini perentori previsti dall'art. 14 l. n. 689/1981 non sarebbero applicabili, avendo tale norma carattere suppletivo in assenza di una disciplina speciale, nel caso di specie costituita da quella prevista per i procedimenti di competenza dell'Autorità. L'orientamento più recente, invece, ritiene l'art. 14 dotato di applicazione generale, dal momento che, in base all'art. 12 della medesima legge, il termine decadenziale ivi previsto deve essere osservato con riguardo a tutte le violazioni aventi natura amministrativa per le quali è applicata la sanzione del pagamento di una somma di denaro. Questo secondo orientamento si è formato, in particolare, in relazione ai procedimenti in materia di tutela della concorrenza avviati dall'Autorità e tiene conto della circostanza che la regolamentazione delle procedure in questione, contenuta nel D.P.R. n. 217/1998, non reca alcuna indicazione di alcun termine per la contestazione degli addebiti.

Del resto, anche a voler ritenere non applicabile l'art. 14 in questione ai procedimenti *antitrust* in relazione alla durata della fase preistruttoria ed istruttoria, la non applicabilità diretta del termine non potrebbe comunque giustificare

il compimento di un'attività preistruttoria che si prolunghi per un lasso di tempo totalmente libero da qualsiasi vincolo e ingiustificatamente prolungato, poiché un simile *modus operandi* sarebbe in aperto contrasto con i principi positivizzati nella legge n. 241/1990 e, più in generale, con l'esigenza di efficienza dell'agire amministrativo e di certezza del professionista sottoposto al procedimento. È infatti, opportuno ricordare quali riferimenti interpretativi anche i principi generali di cui all'art. 6 CEDU e all'art. 41 della Carta Fondamentali dei diritti UE, che costituiscono parametri imprescindibili. Ebbene, dalla lettura di questi non può che desumersi l'obbligo per l'Autorità competente di accertare una violazione del diritto *antitrust* e di applicare le relative sanzioni procedendo all'avvio della fase istruttoria entro un termine ragionevolmente congruo, in relazione alla complessità della fattispecie sottoposta, a pena di violazione dei principi di legalità e buon andamento che devono sempre comunque contraddistinguere l'operato¹.

Sin dall'inizio del 2022, si è infatti affermato, nella sentenza n. 500 del 25 gennaio 2022 del Consiglio di Stato, relativa al procedimento I811 – *Finanziamenti auto*, che l'inesistenza di una preclusione a livello legale, a fronte di un'iniziale segnalazione comunque rilevante, nel trascorrere dei mesi e poi degli anni senza che nessuna istruttoria fosse avviata, e senza neppure che si realizzasse mai un coordinamento formale con la Commissione, rende inevitabilmente tardivo l'atto di avvio dell'Autorità. Tale orientamento è stato ribadito con sentenza del 3 febbraio 2022, n. 735 nella quale i giudici di Palazzo Spada hanno riconosciuto diretta applicabilità del termine decadenziale di cui all'art. 14 l. 689/1971, per il rispetto delle esigenze di difesa e tutela delle imprese. Infatti, «il tempo trascorso, prima dell'avvio dell'istruttoria, non può ritenersi privo di conseguenze in più di una direzione: nei confronti delle imprese “incolpate”, nella misura in cui il protrarsi della pratica contestata può avere aggravato la loro posizione, con effetti sia sulla (accresciuta) rilevanza dell'infrazione e quindi sulla conseguente sanzione, che in ordine alla loro esposizione, a valle dell'intesa, ad un numero di cause risarcitorie verosimilmente maggiore; ma anche nella direzione del mercato, che da una pratica concordata restrittiva per oggetto può ricevere un pregiudizio ancora maggiore ove l'intervento inibente dell'enforcement pubblico non sia tempestivo»².

In una successiva sentenza, il Tar Lazio esamina anche i principi generali europei che impongono una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata di tali norme anche in funzione dei diritti di difesa degli operatori. Con sentenza del 24 marzo 2022, n. 3334, relativa al procedimento A523 – *Ticketone/Condotte escludenti nella vendita dei biglietti*, infatti, la Prima Sezione ribadisce che la non

¹ Negli stessi termini si veda Tar Lazio, sez. I, 12 giugno 2018, n. 6525, conf. da Cons. Stato, sez. VI, 21 gennaio 2020, n. 512.

² In tal senso si veda anche Cons. Stato, Sez. VI, 7 febbraio 2022, n. 823.

diretta applicabilità dell'art. 14 non può giustificare il compimento di un'attività preistruttoria che si prolunghi entro un lasso temporale totalmente libero da qualsiasi vincolo e ingiustificatamente prolungato e ricorda «i principi generali di cui all'art. 6 CEDU e all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dei diritti dell'UE che costituiscono parametri imprescindibili. dalla lettura di questi non può che desumersi l'obbligo per l'Autorità competente di accertare una violazione del diritto antitrust e di applicare le relative sanzioni, procedendo all'avvio della fase istruttoria entro un termine ragionevolmente congruo, in relazione alla complessità della fattispecie sottoposta, a pena di violazione dei principi di legalità e buon andamento che devono sempre comunque contraddistinguere l'operato»³.

Con sentenza del 9 maggio 2022, n. 3570, relativa al procedimento I808 – *Gara Consip FM4 – Accordi tra i principali operatori del facility management*, il Consiglio di Stato, nel riaffermare la diretta applicabilità dell'art. 14 citato ai procedimenti *antitrust*, ha stabilito che «le norme di principio contenute nel Capo I, l. 24 novembre 1981, n. 689, sono dotate di applicazione generale dal momento che, in base all'art. 12, le stesse devono essere osservate con riguardo a tutte le violazioni aventi natura amministrativa per le quali è comminata la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro». L'intento del Legislatore è stato proprio quello di «assoggettare ad uno statuto unico ed esaustivo», e con un medesimo livello di prerogative e garanzie procedurali per il soggetto inciso, «tutte le ipotesi di sanzioni amministrative, sia che siano attinenti a reati depenalizzati, sia che conseguano ad illeciti qualificati ab origine come amministrativi». La preventiva comunicazione e descrizione sommaria del fatto contestato con l'indicazione delle circostanze di tempo e di luogo (idonee ad assicurare, già nella fase del procedimento amministrativo anteriore all'emissione dell'ordinanza-ingiunzione, la tempestiva difesa dell'interessato), attiene ai principi del contraddittorio ed è garantito dalla legge 689/1981 attraverso la prescrizione di una tempestiva contestazione, la cui osservanza è assicurata mediante la previsione espressa dell'inapplicabilità della sanzione. Si aggiunge, infine, che «il termine per la contestazione delle violazioni ha infatti pacificamente natura perentoria avendo la precisa funzione di garanzia di consentire un tempestivo esercizio del diritto di difesa».

L'ampia portata precettiva è esclusa soltanto alla presenza di una diversa regolamentazione da parte di fonte normativa, pari ordinata, che per il suo carattere di specialità si configuri idonea ad introdurre deroga alla norma generale e di principio. Lo stesso art. 31 della legge n. 287 del 1990 prevede infatti l'applicazione delle norme generali di cui alla legge n. 689 del 1981 “in quanto applicabili”. Ebbene, con specifico riferimento alla disciplina della potestà sanzionatoria dell'Autorità non emergono le condizioni per derogare al sistema di repressio-

³ Tar Lazio, Roma, sez. I, 24 novembre 2020, n. 12532.

ne degli illeciti amministrativi per mezzo di sanzione pecuniaria ivi delineato. Il d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 (Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato) non reca indicazione di alcun termine per la contestazione degli addebiti, e quindi non può far ritenere "diversamente stabilita" la scansione procedimentale e, quindi, inapplicabile il termine di cui si discute. Tale interpretazione è preferibile anche orientata dalla sicura ascendenza costituzionale del principio di tempestività della contestazione, posto a tutela del diritto di difesa.

I giudici concludono che «la soluzione proposta si impone anche alla luce dell'obbligo di interpretazione conforme, quale logico corollario della natura sostanzialmente "penale" delle sanzioni antitrust e della conseguente applicabilità ad esse dei principi fondamentali del diritto punitivo». Si tratta, infatti, del principio di immediatezza quale logico corollario del giusto procedimento sanzionatorio. Come osservato dalla Corte costituzionale⁴, in materia di sanzioni amministrative, il principio di legalità non solo «impone la predeterminazione *ex lege* di rigorosi criteri di esercizio del potere, della configurazione della norma di condotta la cui inosservanza è soggetta a sanzione, della tipologia e della misura della sanzione stessa e della struttura di eventuali cause esimenti, ma deve necessariamente modellare anche la formazione procedimentale del provvedimento affittivo con specifico riguardo alla scansione cronologica dell'esercizio del potere».

Con la sentenza 26 maggio 2022, n. 8505, relativa al procedimento I821 – *Affidamenti vari di servizi di vigilanza*, il Consiglio di Stato ha nuovamente affrontato il tema dell'applicabilità dell'art. 14 l. 689/81 ai procedimenti *antitrust*. Nello specifico i giudici hanno concluso che «il comportamento procedimentale assunto nella specie dall'Autorità abbia "tradito" le coordinate normative recate dall'art. 14 l. 689/1981, non potendosi in alcun modo giustificare, sia nell'ottica di garantire il rispetto dei diritti difensivi, sia nell'ottica di tutelare l'interesse pubblico al sollecito ripristino del corretto assetto del mercato, il decorso di un lasso di tempo così lungo, che non risulta sia stato utilizzato dall'Autorità per approfondire le segnalazioni originarie». L'intrinseca completezza e genuinità di queste ultime risulta indirettamente confermata e ciò determina l'illegittimità della procedura poi svolta, in quanto avviata tardivamente rispetto alla piena cognizione degli elementi utili ad avviare, in modo palese, la procedura istruttoria a carico delle imprese coinvolte nell'indagine. La rilevanza di tale patologia e la primarietà della censura dedotta in sede di appello, dopo essere stata già avanzata in primo grado, relativa al sopra segnalato rilevante grave deficit comporta-

⁴ Corte Costituzionale, sentenza del 12 luglio 2021, n. 151, sia pure con riguardo al termine di conclusione del procedimento sanzionatorio.

mentale, è di per sé sola in grado di travolgere l'intero procedimento e il provvedimento sanzionatorio impugnato.

Il Tar Lazio, nella sentenza del 3 ottobre 2022, n. 12507, relativa al procedimento I842 – *Vendita prodotti Apple e Beats su Amazon marketplace*, dopo aver brevemente passato in rassegna i due diversi orientamenti formati in materia, ha ritenuto di confermare la non diretta applicazione nei procedimenti *antitrust* del termine decadenziale di cui all'art. 14 l. 689/1981. Ciononostante però, la non applicabilità del termine di cui all'art. 14 cit. «non può giustificare il compimento di un'attività preistruttoria che si prolunghi per un lasso di tempo totalmente libero da qualsiasi vincolo e ingiustificatamente prolungato, poiché un simile modus operandi sarebbe in aperto contrasto con i principi positivizzati nella legge n. 241/90 e, più in generale, con l'esigenza di efficienza dell'agire amministrativo e di certezza del professionista sottoposto al procedimento». Infatti, nel caso in esame, la Prima Sezione ha ritenuto fondata la censura di tardivo avvio dell'istruttoria nello specifico perché «il mancato rispetto di un termine ragionevole nel procedimento antitrust rappresenta un vulnus particolarmente grave dei surriferiti principi e dell'interesse dell'operatore che opera nel mercato alla rapidità della formulazione della contestazione, soprattutto in quelle fattispecie, come la presente, ove viene contestata l'esistenza di una intesa “per oggetto”, in cui il tempestivo avvio dell'istruttoria è di fondamentale importanza per impedire il protrarsi dell'attività ritenuta non compatibile con le regole poste a tutela della concorrenza e a correggere tempestivamente le condotte illecite degli operatori»⁵.

Con sentenza del Tar Lazio, sez. I, 3 gennaio 2023, n. 125, con riferimento al procedimento I839 – *Trasporti speciali infiammabili e rifiuti da e per le isole campane*, i giudici hanno evidenziato come il secondo orientamento sopra esaminato appaia consolidarsi. Tuttavia, operano un'importante ricostruzione della fase c.d. preistruttoria: «essa costituisce il momento in cui, senza contraddittorio, l'Autorità raccoglie i primi elementi indiziari al fine di verificare l'effettiva esistenza dell'illecito *antitrust*. La durata di tale fase non può – a legislazione vigente – esser fissata rigidamente, atteso che l'AGCM può, con valutazione discrezionale, avviare il procedimento nel momento che più ritiene opportuno secondo le proprie priorità operative. Similmente, rientra nella discrezionalità dell'Autorità individuare il momento nel quale essa reputa conclusa l'acquisizione di tutti gli elementi per contestare l'infrazione. Ovviamente, l'esercizio dei poteri da parte dell'AGCM nella fase preistruttoria risulta sindacabile dal giudice amministrativo nei limiti della verifica estrinseca della ricorrenza del vizio di eccesso di potere».

I giudici amministrativi hanno avuto comunque modo di ribadire che, in tali ambiti, deve riconoscersi al giudice che sia chiamato a pronunciarsi sulla tempe-

⁵ In tal senso si veda anche, Tar Lazio, Roma, sez. I, 9 luglio 2021, n. 7795.

stività della contestazione dell'illecito la possibilità di sindacare la necessità o l'opportunità della protezione dell'attività istruttoria, da parte dell'amministrazione, con il compimento di atti di indagine collegati a quelli già effettuati. In particolare, con sentenza del 15 maggio 2023, n. 8259, relativa al procedimento I814 – *Diritti internazionali*, la sezione Prima del Tar Lazio ha affermato che «tale sindacato deve essere svolto *ex ante* in relazione all'utilità potenziale delle ulteriori iniziative istruttorie e non già ai concreti esiti che tali iniziative abbiano effettivamente prodotto – e tenendo conto dell'interesse pubblico ad un accertamento unitario di vicende complesse e coinvolgenti plurime responsabilità, quando l'efficacia delle indagini dell'Autorità di vigilanza venga posta a repentaglio da una *discover* prematura, che consegua alla parcellizzazione dei risultati dell'indagine stessa».

Con la sentenza del Tar Lazio, sez. I, 9 ottobre 2023, n. 14838, relativa al procedimento I845 – *Gara manutenzione pavimentazioni tratte autostradali di Milano Serravalle-Milano Tangenziali*, si è ribadita l'operatività del secondo orientamento sopra descritto, ai sensi del quale non è ammissibile «il compimento di attività preistruttoria che si prolunghi entro un lasso di tempo totalmente libero da qualsiasi vincolo e ingiustificatamente prolungato, dovendo la stessa essere contenuta entro termini ragionevoli, da valutare in relazione alla natura degli accertamenti richiesti, scomputando il tempo ragionevolmente occorso, in relazione alla complessità delle singole fattispecie». Del resto, deve considerarsi che, pur se la durata della fase preistruttoria non può essere fissata rigidamente, giacché rientra nella discrezionalità dell'Autorità individuare il momento nel quale essa reputa conclusa l'acquisizione di tutti gli elementi per contestazione l'infrazione «l'esercizio di tale potere risulta comunque sindacabile dal giudice amministrativo nei limiti della verifica estrinseca della ricorrenza del vizio di eccesso di potere; pertanto, il concreto dipanarsi di tale fase, in relazione all'entità e alla complessità delle verifiche da svolgere, è sì rimesso alla valutazione dell'Autorità, ma comunque nell'ambito del corretto esercizio dei propri poteri discrezionali, come tali sindacabili sotto il profilo della ragionevolezza e della congruità motivazionale da questo Giudice».

Tutto ciò premesso e considerato, il Consiglio di Stato, con la sentenza del 1 marzo 2023, n. 2117, relativa al procedimento I805 – *Prezzi del cartone ondulato*, ha però affermato che «nel caso in cui, pur se il procedimento istruttorio venga avviato sulla scorta di una segnalazione pervenuta all'AGCM e laddove la segnalazione non possa obiettivamente definirsi *completa*, necessitando una specifica attività istruttoria dell'Autorità al fine di – perlomeno – tratteggiare in maniera sufficiente l'oggetto della violazione imputabile ai protagonisti della vicenda e la individuazione, anche solo parziale, di questi ultimi, non si può desumere che decorra dal momento in cui la segnalazione sia pervenuta all'AGCM il termine per la contestazione dell'illecito o per l'avvio dell'istruttoria». La completezza e l'attendibilità di una segnalazione fungono da criteri che il giudice deve appli-

care al fine di stabilire se una comunicazione di avvio di istruttoria sia tempestiva e pare arduo sostenere l'incompletezza o la non veridicità di una segnalazione quando l'AGCM non faccia seguire la segnalazione da alcuna attività conoscitiva, a maggior ragione quando la contestazione contenuta nell'avvio dell'istruttoria rispecchi il contenuto della segnalazione.

Con riferimento agli ulteriori poteri esercitati dall'Autorità antitrust, merita segnalarsi che la diretta applicabilità dell'art. 14 l. 689/1981 ai procedimenti antitrust è stato, in un primo momento, ritenuto non applicabile alle condotte adottate in violazione del Codice del Consumo⁶⁷. Tale approccio è sostanzialmente mutato con la sentenza 28 febbraio 2022, n. 2332, è stato successivamente superato con le sentenze n. 4694 del 2022, relativa al procedimento PS9388 – *T-Shock31*, e n. 10045 del 16 novembre 2022, relativa al procedimento PS11564 – *Enel/SEN Prescrizione biennale*, nelle quali il Consiglio di Stato ha ritenuto di applicare l'art. 14 ai procedimenti dell'Autorità anche in materia di pratiche commerciali scorrette⁸.

2.2. *Congruità del tempo di accertamento dell'infrazione: termine iniziale e comunicazione di avvio del procedimento*

Occorre porre le basi per un corretto inquadramento della questione e per non incorrere in errori riguardo all'applicazione dell'art. 14 della l. 689/1981. Il decorso dei novanta giorni per la comunicazione dell'accertamento dell'infrazione è ricollegato non già alla data di commissione della violazione, bensì al diverso tempo di accertamento dell'infrazione. Prima di procedere all'esame delle principali sen-

⁶ Il Tar Lazio, nella sentenza 28 febbraio 2022, n. 2332, relativa al procedimento PS11564 – *Enel/SEN Prescrizione biennale*, ha specificato che l'orientamento che ritiene l'art. 14 l. 689/1981 dotato di applicazione generale e, pertanto, immediatamente applicabile anche ai procedimenti *antitrust* condotti dall'AGCM in relazione ai procedimenti in materia di tutela della concorrenza, non possa trovare applicazione nell'ambito di un procedimento relativo all'accertamento di una pratica commerciale scorretta, estraneo al perimetro dei procedimenti in materia *antitrust*. Nello specifico si precisa che «nel caso di illeciti consumeristici, infatti, è presente la delibera AGCM, 1° aprile 2015, n. 25411, adottata dall'Autorità ai sensi dell'art. 27, comma 11 del d.lgs. n. 205/2006 (c.d. "Codice del Consumo") che ha imposto all'Autorità di dotarsi di un regolamento per disciplinare le procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa e di pratiche commerciali scorrette».

⁷ In tal senso si veda anche Tar Lazio, Roma, sez. I, 18 luglio 2022, n. 10148, sulla mancata applicazione dell'art. 14 alle istruttorie AGCM per contrastare gli illeciti consumeristici.

⁸ Secondo tali decisioni, le norme di principio relative alla immediatezza della contestazione o comunque ad una non ragionevole dilatazione dei suoi tempi, contenute nel Capo I, l. 24 novembre 1981, n. 689, sono dotate di applicazione generale dal momento che, in base all'art. 12, le stesse devono essere osservate con riguardo a tutte le violazioni aventi natura amministrativa per le quali è comminata la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro. Si legge nelle sentenze sopra menzionate che l'intento del legislatore è stato quello di assoggettare ad uno statuto unico ed esaustivo tutte le ipotesi di sanzioni amministrative, sia che siano attinenti a reati depenalizzati, sia che conseguano ad illeciti qualificati *ab origine* come amministrativi, con la sola eccezione delle violazioni disciplinari e di quelle comportanti sanzioni non pecuniarie. Tutto quanto premesso attiene ai principi del contraddittorio ed è garantito dalla legge n. 689 del 1981 attraverso la previsione e l'obbligo di una tempestiva contestazione della violazione.

tenze dei giudici amministrativi che hanno esaminato il tema occorre affermare che in tutti i principali casi esaminati il decorso del termine per l'accertamento dell'infrazione è stato ricollegato all'acquisizione e all'analisi da parte dell'Autorità degli elementi necessari alla formulazione di una prima contestazione.

Difatti, come evidenziato nella sentenza 3 ottobre 2022, n. 12507 della Prima Sezione del Tar Lazio, relativa al procedimento I842 – *Vendita prodotti Apple e Beats su Amazon marketplace*, ai fini della valutazione della congruità del tempo di accertamento dell'infrazione, ciò che rileva, quale termine iniziale «non è la notizia del fatto ipoteticamente sanzionabile nella sua materialità, ma l'acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita; conoscenza a sua volta implicante il riscontro, anche ai fini di una corretta formulazione della contestazione, dell'esistenza e della consistenza dell'infrazione e dei suoi effetti». Da ciò discende la non computabilità del tempo ragionevolmente occorso, in relazione alle complessità che le singole fattispecie presentano, ai fini dell'acquisizione e dell'analisi degli elementi necessari allo scopo di una matura e legittima formulazione della contestazione⁹. Nonostante questi principi espressi, avvalorati dalla circostanza della peculiarità dei procedimenti antitrust, che sommano una pluralità di attività, non solo di applicazione della sanzione pecuniaria ma anche di accertamento dell'illecito e di inibizione alla cessazione degli effetti, i giudici hanno ritenuto contrario ai principi di buon andamento ed efficienza dell'azione amministrativa l'avvio del procedimento *antitrust* da parte dell'Autorità soltanto dopo diciassette mesi dalla segnalazione che già offriva le informazioni necessarie per tratteggiare gli elementi-base dell'illecito. A sostegno di tale conclusione si è anche affermato che l'Autorità nell'arco di tempo intercorso non ha compiuto attività di particolare complessità che giustificassero la dilazione.

Nella sentenza del Consiglio di Stato, 4 ottobre 2022, n. 8505, relativa al procedimento I821 – *Affidamenti vari di servizi di vigilanza*, i giudici hanno affermato che il decorso del termine per la contestazione della violazione, «è ricollegato non già alla data di commissione della violazione, bensì al tempo di accertamento dell'infrazione. Si fa riferimento non alla mera notizia del fatto ipoteticamente sanzionabile nella sua materialità, ma all'acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita, implicante il riscontro (allo scopo di una corretta formulazione della contestazione) della sussistenza e della consistenza dell'infrazione e dei suoi effetti». Si specifica che l'atto rispetto al quale deve essere verificata l'osservanza del termine indicato all'art. 14 l. 689/1989 deve essere identificato, nei procedimenti istruttori *antitrust*, con l'atto di avvio dell'istruttoria indicato dall'art. 14 l. 287/1990 e dall'art. 6 d.P.R. 217/1998 e ciò per la ragione che tale atto dovendo contenere gli elementi essenziali in merito alle presunte infra-

⁹ Si veda anche Tar Lazio, Roma, sez. I, 12 giugno 2018, n. 6525.

zioni e, dovendo porre i destinatari in grado di presentare, in ogni stadio dell'istruttoria, difese da esporre in audizione o in memorie scritte o pareri, deve necessariamente enunciare anche la contestazione dell'illecito. Più nello specifico, si è affermato che il termine per la contestazione degli illeciti decorre dalla data in cui l'autorità amministrativa ha completato l'attività intesa a verificare la sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi della violazione; compete poi al giudice di merito valutare la congruità del tempo utilizzato per l'accertamento, in relazione alla maggiore o minore difficoltà del caso, con apprezzamento incensurabile in sede di legittimità, se correttamente motivato.

Successivamente, nella sentenza del Consiglio di Stato, 1 marzo 2023, n. 2117, relativa al procedimento I805 – *Prezzi del cartone ondulato*, i giudici hanno affermato che «l'atto rispetto al quale deve essere verificata l'osservanza del termine indicato all'art. 14 l. 689/1989 deve essere identificato, nei procedimenti istruttori *antitrust*, con l'atto di avvio dell'istruttoria indicato dall'art. 14 l. 287/1990 e dall'art. 6 d.P.R. 217/1998 e ciò per la ragione che tale atto dovendo contenere gli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni e, dovendo porre i destinatari in grado di presentare, in ogni stadio dell'istruttoria, difese da esporre in audizione o in memorie scritte o pareri, deve necessariamente enunciare anche la contestazione dell'illecito». Più nello specifico, si è affermato che il termine per la contestazione degli illeciti decorre dalla data in cui l'autorità amministrativa ha completato l'attività intesa a verificare la sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi della violazione; compete poi al giudice di merito valutare la congruità del tempo utilizzato per l'accertamento, in relazione alla maggiore o minore difficoltà del caso, con apprezzamento incensurabile in sede di legittimità, se correttamente motivato.

Inoltre, come evidenziato nella sentenza del 6 marzo 2023, n. 3697, della Prima Sezione del Tar Lazio, relativa al procedimento I835 – *Mercato dei contatori d'acqua*, il termine di novanta giorni previsto dall'art. 14 l. 689/1981 «è riferito alla comunicazione di avvio del procedimento: quanto al *dies a quo*, esso va individuato non nel momento in cui la violazione si verifica, bensì in quello in cui l'amministrazione la accerta, ossia ha raccolto gli elementi costitutivi necessari per formulare la contestazione: circostanza inferibile dal disposto dell'art. 13 l. 689 cit. che individua le attività conoscitive che l'amministrazione può (trattasi, in realtà, di potere-dovere) compiere per giungere all'accertamento dell'infrazione»¹⁰. Tale termine non può, però, certamente farsi coincidere con la ricezione di una denuncia anonima in quanto tale reputata non sufficiente dall'AGCM per formulare, nel caso di specie, un giudizio di sussistenza dell'intesa. Come noto, la fase c.d. preistruttoria infatti «costituisce quel momento in cui, senza contraddit-

¹⁰ Si veda anche Tar Lazio, Roma, sez. I, 12 giugno 2018, n. 6525, Cons. Stato, sez. VI, 4 ottobre 2022, n. 8503.

torio, l'Autorità raccoglie i primi elementi indiziari al fine di verificare l'effettiva esistenza dell'illecito antitrust. La durata di tale fase non risulta – a legislazione vigente – esser fissata rigidamente, atteso che l'AGCM può, con valutazione discrezionale, avviare il procedimento nel momento che più ritiene opportuno secondo le proprie priorità operative».

3. *Diritto di difesa*

3.1. *Il principio del contraddittorio nell'ambito dei procedimenti antitrust*

È un dato di comune osservazione che la disciplina del contraddittorio nel procedimento amministrativo *antitrust* sia maggiormente raffinata che nel procedimento amministrativo ordinario. Per quanto riguarda la funzione assolta dal contraddittorio nel procedimento *antitrust*, essa è una funzione di garanzia in senso lato: non solo garanzia-difesa per le imprese, né solo garanzia-collaborazione per tutti coloro che, diversi dai destinatari del provvedimento finale, hanno titolo a partecipare al procedimento, ma anche garanzia in una prospettiva ordinamentale.

Nello specifico, come esposto nella sentenza 2 maggio 2022, n. 3416, relativa al procedimento I793 – *Aumento prezzi cemento*, il Consiglio di Stato, afferma che «il rispetto del principio del contraddittorio implica, infatti, che l'autorità chiamata a decidere su una situazione esamini le istanze di tutte le parti coinvolte prima di assumere qualsiasi decisione, onde evitare di maturare pregiudizi che potrebbero condizionare le successive valutazioni». Per questa ragione si disporrà l'annullamento di tutti gli atti del procedimento, che risulterà “geneticamente” viziato.

A sostegno dell'importanza della tutela del diritto di difesa nell'ambito dei procedimenti antitrust merita una menzione la sentenza del Tar Lazio, sede di Roma, 3 ottobre 2022, n. 12507, relativa al procedimento I842 – *Vendita prodotti Apple e Beats su Amazon marketplace*, con la quale i giudici amministrativi hanno riconosciuto sussistente la violazione del diritto di difesa delle parti a causa del termine particolarmente ridotto per la presentazione delle proprie difese a fronte di un documento particolarmente complesso e articolato quale la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (CRI). Nel caso di specie l'AGCM aveva accordato solamente 30 giorni, il minimo previsto, quando la stessa Autorità ha concesso in altri procedimenti, in molti casi di analoga complessità, termini molto più ampi che hanno superato ampiamente i 100 giorni. Pertanto, in ultima analisi si afferma che «lo spazio difensivo assicurato nel caso di specie deve quindi ritenersi inidoneo a garantire l'effettivo esplicarsi del contraddittorio».

Giova ricordare come l'art. 14 del d.P.R. 217/98 stabilisce che alle parti sia assegnato un termine minimo di 30 giorni per memorie scritte e documenti. La previsione di un minimo, e non di un massimo, conferisce evidentemente all'Autorità la discrezionalità di modulare tale termine, ampliandolo nei casi più gravi e di maggiore complessità, quale non può negarsi fosse quello in esame. Ed infatti la prassi dell'Autorità è nel senso di assegnare un termine sensibilmente maggiore del minimo previsto dalla disposizione citata, soprattutto nei casi di accertamenti complessi, al fine di assicurare alle parti uno spazio adeguato per replicare alle contestazioni mosse loro e per confutare le acquisizioni istruttorie, anche mediante la produzione di ulteriore documentazione.

Come sostenuto dai giudici amministrativi della Sesta sezione del Consiglio di Stato nella sentenza del 1° marzo 2023, n. 2117, relativa al procedimento 1805 – *Prezzi del cartone ondulato*, nell'ambito dei procedimenti *antitrust* «l'obbligo di esame delle memorie e dei documenti difensivi non impone un'analitica confutazione in merito ad ogni argomento utilizzato dalle parti stesse, essendo sufficiente un iter motivazionale che renda nella sostanza percepibile la ragione del non adeguamento alle tesi difensive e ne attesti la relativa consapevolezza».

Inoltre, tali garanzie procedurali però non devono essere necessariamente osservate nel corso dell'attività preistruttoria, soprattutto per quanto concerne l'audizione del soggetto segnalante. In particolare, con la sentenza del Tar Lazio, sez. I, dell'11 dicembre 2023, n. 18588, relativa al procedimento C7404 – *Black Oils/Europetrol*, i giudici hanno chiarito che «vista la natura preliminare e informale dell'attività preistruttoria, in essa non trovano necessariamente applicazione le garanzie partecipative di cui alla legge n. 241, vista anche la sua stretta strumentalità con la fase eventuale successiva dell'istruttoria, nel corso della quale il contraddittorio è pienamente assicurato da norme specifiche». Pertanto, l'audizione del segnalante nel corso della fase preistruttoria, «è rimessa alla discrezionalità dell'Autorità».

Giova ricordare come l'art. 14 del d.P.R. 217/98 stabilisce che alle parti sia assegnato un termine minimo di 30 giorni per memorie scritte e documenti. La previsione di un minimo, e non di un massimo, conferisce evidentemente all'Autorità la discrezionalità di modulare tale termine, ampliandolo nei casi più gravi e di maggiore complessità, quale non può negarsi fosse quello in esame. Ed infatti la prassi dell'Autorità è nel senso di assegnare un termine sensibilmente maggiore del minimo previsto dalla disposizione citata, soprattutto nei casi di accertamenti complessi, al fine di assicurare alle parti uno spazio adeguato per replicare alle contestazioni mosse loro e per confutare le acquisizioni istruttorie, anche mediante la produzione di ulteriore documentazione.

3.2. Accesso agli atti del procedimento AGCM

L'accesso ai documenti da parte di imprese destinatarie di un atto di avvio del procedimento antitrust, ex artt. 24, l. n. 241/90 e 13 d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 costituisce una delle principali esplicazioni del diritto di difesa. Tale diritto però non può prevalere quando vi sia un contrapposto interesse privato espressamente tutelato da una norma, a maggior ragione se tale interesse sia associato ad un concomitante interesse pubblico.

Nella sentenza n. 11173 del 21 dicembre 2022, relativa al procedimento PS11910 – *Allianz assicurazioni/Liquidazione danni RC auto*, il Consiglio di Stato, nell'affermare che, ai sensi dell'art. 24, comma 7, della legge n. 241/1990, deve essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici, richiama i principi esposti dall'Adunanza Plenaria¹¹ riguardo l'accesso c.d. difensivo. In particolare, «l'accesso difensivo presuppone la sussistenza del nesso di necessaria strumentalità tra l'accesso e la cura o la difesa in giudizio dei propri interessi giuridici, che impone al richiedente di motivare la propria richiesta di accesso, rappresentando in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione gli elementi che consentano all'amministrazione detentrica del documento il vaglio del nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta con la situazione “finale” controversa». In altri termini, anche in materia *antitrust*, la giurisprudenza impone al richiedente di illustrare il nesso di strumentalità tra documento ed esigenza di tutela giurisdizionale.

3.3. Violazione principio di collegialità

Nella sentenza del Consiglio di Stato, 9 maggio 2022, n. 3570, relativa al procedimento I808 – *Gara Consip FM4 – Accordi tra i principali operatori del facility management*, i giudici amministrativi affrontano il tema del principio di collegialità posto dall'art. 10, comma 2, della legge n. 287/1990 (come modificato dall'art 23, comma 1, del decreto-legge n. 201/2011). Con un primo ordine di censure comune a tutte le società appellanti viene contestata la violazione del principio di collegialità posto dall'art. 10, comma 2, della legge n. 287/1990, in quanto il provvedimento sarebbe stato assunto da un organo invalidamente costituito, essendo lo stesso stato deliberato da soli due componenti del Collegio in assenza del Presidente.

¹¹ Consiglio di Stato, Ad. Plen., 18 marzo 2021, n. 4.

Nello specifico secondo i principi espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la Sesta Sezione afferma che la strutturazione di un organo collegiale di natura amministrativa quale collegio perfetto, sebbene integri l'opzione a più riprese prescelta dal Legislatore, non risponde ad un interesse di carattere assoluto. La giurisprudenza amministrativa è consolidata nello statuire che il collegio perfetto non è un modello indispensabile per gli organi collegiali amministrativi, dovendosi avere riguardo alle peculiarità della relativa disciplina. Anche la giurisprudenza di legittimità civile e costituzionale non ha mai ritenuto necessario, ai fini del rispetto dell'art. 6 CEDU, che organi con attribuzioni amministrative fossero collegi perfetti. Nello specifico con la sentenza in commento si è precisato che «il collegio perfetto è un modello necessario soltanto per gli organi collegiali giurisdizionali, mentre per quelli amministrativi ben può essere previsto un quorum strutturale inferiore al *plenum* del collegio in relazione alla peculiarità della disciplina da dettare».

Con la sentenza del 9 giugno 2022, n. 4779, relativa al procedimento I814 – *Diritti internazionali*, per una censura sostanzialmente analoga alla precedente (provvedimento adottato in un periodo di vacanza della Presidenza dell'AGCM da un collegio composto di soli due membri in violazione del principio di collegialità e sulla base di un regolamento secondo cui il voto del componente più anziano prevale in caso di parità), il Consiglio di Stato si è espresso conformemente al precedente sopra menzionato, richiamando i principi espressi dall'Adunanza del consiglio di Stato secondo cui «la strutturazione di un organo collegiale di natura amministrativa quale collegio perfetto, sebbene integri opzione a più riprese prescelta dal Legislatore, non risponde ad un interesse di carattere assoluto: la giurisprudenza amministrativa è consolidata nello statuire che il collegio perfetto non è un modello indispensabile per gli organi collegiali amministrativi, dovendosi avere riguardo alle peculiarità della relativa disciplina¹². Anche la giurisprudenza costituzionale e quella civile di legittimità non hanno mai ritenuto necessario, a fini di rispetto dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che organi con attribuzioni amministrative fossero collegi perfetti. Riveste inalterata attualità sul punto, l'insegnamento della giurisprudenza amministrativa secondo il quale il collegio perfetto è un modello necessario soltanto per gli organi collegiali giurisdizionali, mentre per quelli amministrativi ben può essere previsto un quorum strutturale inferiore al *plenum* del collegio in relazione alla peculiarità della disciplina da dettare»¹³.

¹² Consiglio di Stato, sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2500; Consiglio di Stato, sez. VI, 6 giugno 2011, n. 3363.

¹³ Consiglio di Stato, Ad. Plen., 14 dicembre 2018, n. 17.

Nella sentenza del Tar Lazio, 15 maggio 2023, n. 8259, relativa al procedimento I814 – *Diritti internazionali*, i giudici amministrativi hanno affermato che risulta sufficiente il riferimento alla giurisprudenza consolidata in materia, segnatamente in ordine alla natura non “perfetta” del collegio deliberante dell’Antitrust. Nello specifico, «la strutturazione di un organo collegiale di natura amministrativa quale collegio perfetto, sebbene integri l’opzione a più riprese prescelta dal Legislatore, non risponde ad un interesse di carattere assoluto. La giurisprudenza amministrativa è consolidata nello statuire che il collegio perfetto non è un modello indispensabile per gli organi collegiali amministrativi, dovendosi avere riguardo alle peculiarità della relativa disciplina¹⁴». Anche la giurisprudenza di legittimità civile e costituzionale non ha mai ritenuto necessario, ai fini del rispetto dell’art. 6 CEDU, che organi con attribuzioni amministrative fossero collegi perfetti. Nello specifico con la sentenza in commento si è precisato che «il collegio perfetto è un modello necessario soltanto per gli organi collegiali giurisdizionali, mentre per quelli amministrativi ben può essere previsto un quorum strutturale inferiore al plenum del collegio in relazione alla peculiarità della disciplina da dettare¹⁵». Infatti, la qualificazione dell’organo collegiale in termini di collegio perfetto richiede una previsione di legge che, espressamente o implicitamente imponga la presenza di tutti i componenti per le attività deliberative e valutative che il collegio medesimo deve operare. L’indice più sicuro per individuare un collegio perfetto «è costituito dalla previsione, accanto ai componenti effettivi, anche di componenti supplenti, il cui scopo è quello di garantire che il collegio possa operare con il plenum anziché con la sola maggioranza, in caso di impedimento di taluno dei membri effettivi, senza che il suo agire sia paralizzato dall’assenza di taluno dei suoi componenti¹⁶».

La giurisprudenza amministrativa ha, pertanto, ulteriormente evidenziato come la qualificazione dell’organo collegiale in termini di collegio perfetto richieda una previsione di legge che, espressamente o implicitamente, preveda la presenza di tutti i componenti per le attività deliberative e valutative che il collegio medesimo deve operare. In aggiunta a ciò, nel caso di specie, da un lato, difetta un’espressa previsione legislativa, dall’altro, comunque, la regolazione posta con la l. n. 287/1990 e il Regolamento sul funzionamento dell’Autorità, non qualifica espressamente l’organo decidente come un collegio perfetto, né prevede la nomina di supplenti o l’invalidità delle deliberazioni dell’organo collegiale assunte in assenza di uno dei componenti.

¹⁴ In tal senso si veda Cons. Stato, sez. IV, 2500/2014, Const. Stato, sez. VI, 6 giugno 2011 n. 3363

¹⁵ Si veda Const. Stato Ad. Plen. n. 17/2018.

¹⁶ Cons. St., sez. VI, n. 3363/2011.

3.4. *Coincidenza tra contestazione iniziale e conclusiva nel provvedimento sanzionatorio*

Il problema della corrispondenza tra contestazione e decisione finale si inquadra all'interno del problema più generale della qualificazione del procedimento amministrativo antitrust, che nelle posizioni giurisprudenziali ha finora oscillato tra il modello inquisitorio proprio del procedimento sanzionatorio e il modello tradizionale di amministrazione attiva¹⁷.

Con sentenza n. 4779 del 13 giugno 2022, relativa al procedimento I814 – *Diritti internazionali*, il Consiglio di Stato ha affrontato il tema della coincidenza tra le contestazioni nei provvedimenti dell'Autorità antitrust. Il principio secondo cui il principio di necessaria corrispondenza tra addebito contestato e addebito posto a fondamento della sanzione può ritenersi violato soltanto qualora l'Autorità «deduca circostanze nuove, non preventivamente sottoposte a contraddittorio, implicanti una diversa valutazione dei fatti addebitati». Nel corso dell'attività istruttoria svolta dall'Autorità ben può accadere che il contenuto e la valutazione di documentazione già acquisita e successivamente emersa, conducano ad una diversa lettura del quadro fattuale nel senso della sussistenza di un complesso ed unitario contesto collusivo.

Con sentenza del Consiglio di Stato, n. 10939 del 14 dicembre 2022, relativa al procedimento PS9452 – *Illumia/Promozione led per risparmio energetico*, la Sesta Sezione ha riaffermato, nello specifico che «non deve esistere una perfetta coincidenza tra le “accuse” formulate nell'atto di avvio dell'istruttoria e i comportamenti stigmatizzati nel provvedimento sanzionatorio finale». L'atto di avvio dell'istruttoria, infatti, individua i possibili profili di scorrettezza della condotta che devono essere approfonditi e valutati durante l'istruttoria stessa.

L'Autorità deve pertanto indicare con la massima precisione possibile «l'oggetto del procedimento fin dalla comunicazione di avvio dell'istruttoria, ma non è pensabile che in tale fase iniziale del procedimento l'Autorità disponga di ogni utile elemento per specificare ogni dettaglio oggettuale della propria indagine, che evidentemente si arricchirà di nuovi elementi soltanto nel corso dell'istruttoria e anche grazie agli apporti partecipativi dei soggetti interessati»¹⁸. Da ciò, discende che l'eventuale incompletezza dell'oggetto del procedimento sanzionatorio è da attribuire al dato oggettivo per cui l'Autorità non dispone in concreto – ciò che è ipotesi normale – di tutti gli elementi per articolare una descrizione

¹⁷ Anche il diritto comunitario fatica a trovare una collocazione adeguata al procedimento antitrust che si svolge dinanzi alla commissione, con gli inevitabili riflessi che ciò comporta per quanto riguarda il profilo del rispetto dei diritti di difesa. Sul punto cfr. M.C. Baruffi, *La tutela dei singoli nei procedimenti amministrativi comunitari*, Milano, 2001, 30 ss.

¹⁸ Consiglio di Stato, sez. VI, 9 giugno 2011, n. 3511.

più dettagliata dell'oggetto del procedimento e non può concludersi per l'illegittimità del procedimento per omessa o non compiuta indicazione del suo oggetto.

Con sentenza n. 13477 del 30 agosto 2023, relativa al procedimento A493 – *Poste Italiane/Prezzi recapito*, la Prima sezione del Tar Lazio ha affermato che il mutamento del fatto contestato infatti si inserisce nella fisiologia procedimentale. È, infatti, «connaturale ai procedimenti antitrust la possibilità per l'AGCM di adeguare la contestazione dell'illecito in relazione alle emergenze dell'istruttoria: d'altro canto, negare tale facoltà determinerebbe l'inutilità della partecipazione procedimentale».

I giudici del Tar Lazio, con sentenza n. 10044/2023 si soffermano sulla necessaria collaborazione con l'AGCOM da parte della stessa Autorità *antitrust* nelle ipotesi di violazioni nel settore postale. Come noto, l'art. 1, comma 6, lett. c), n. 11) l. 31 luglio 1997, n. 249, demanda al Consiglio dell'Autorità Garante delle Comunicazioni l'espressione di un obbligatorio parere nelle ipotesi di violazioni *antitrust* indagate dall'AGCM: orbene, sebbene tale disposizione non appare poter essere applicata analogicamente alla fattispecie di abuso di dipendenza economica, «risulta evidente che, nel caso in esame, l'acquisizione del parere dell'Autorità di settore sarebbe stata assai opportuna, in ragione dello sviluppo dell'illecito in un settore regolamentato». Del resto, il protocollo di intesa tra le due Autorità evidenzia come «la cooperazione tra le autorità non si esaurisca negli atti obbligatoriamente prescritti dalle rispettive leggi istitutive, potendo procedervi in qualsiasi questione di interesse comune».

Infine, con sentenza del Tar Lazio, n. 17530 del 24 novembre 2023, relativa al procedimento PS11535 – *Olimpia Gruppo Sinergy/Offerte commerciali*, la Prima sezione ha affermato, che «il principio del giusto processo (o procedimento), di cui il contraddittorio è uno dei più pregnanti corollari, presuppone che la parte accusata sia messa immediatamente a conoscenza della contestazione mossa: quest'ultima è l'enunciazione in termini discorsivi della condotta asseritamente illecita, comprensiva anche della sua circoscrizione spaziale e temporale». Risulta, pertanto, pacifico che «la contestazione non possa essere mutata in corso del procedimento (salvo quelle minimali variazioni riassunte nella formula dell'*emendatio libelli*) atteso che ciò pregiudicherebbe il corretto e proficuo esercizio del diritto di difesa. Invero, se fosse consentito all'Autorità cambiare arbitrariamente la contestazione i soggetti destinatari delle sanzioni si ritroverebbero costantemente costretti ad inseguire l'accusa senza giungere mai ad un provvedimento definitivo».

4. *Riparto di competenze tra Autorità nazionali e Commissione Europea*

Con le sentenze 25 gennaio 2022, n. 500 e 26 gennaio 2022, n. 552, relative al procedimento I811 – *Finanziamenti auto*, il Consiglio di Stato ha analizzato la questione del riparto di competenze tra Autorità Garante della Concorrenza italiana e Commissione europea. Nell'analizzare la sentenza del Tar che aveva ritenuto eccessivo il tempo intercorso tra la domanda di clemenza presentata dal *leniency applicant* e la data di avvio del procedimento, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha confermato le statuizioni ivi contenute. In particolare, nell'appello, la difesa dell'AGCM ha cercato di giustificare il tempo trascorso in ragione del fatto che fosse "pendente" dinanzi alla Commissione europea un'altra domanda di clemenza, presentata per gli stessi fatti sempre dalla medesima Società appellata, e che questa domanda fosse "completa", a differenza di quella proposta dinanzi all'AGCM, in forma invece "semplificata".

L'assunto sostenuto da parte appellante, secondo cui l'Autorità non avrebbe potuto condurre un'indagine propria sino a quando la Commissione non avesse sciolto la riserva se farlo Lei, non si ricava dal quadro normativo *ratione temporis esistente*. *I giudici affermano infatti che* «non si ricava sicuramente dal Reg. 1/2003, ma neppure dalla Comunicazione della Commissione sulla Cooperazione nell'ambito della rete delle Autorità Garanti della Concorrenza, entrambi configuranti (e ispirati ad) un sistema di competenze parallele, nel quadro della cd. modernizzazione delle procedure di applicazione delle disposizioni antitrust del Trattato e di cui il "decentramento", in favore delle Autorità nazionali, costituisce uno dei pilastri».

Una simile conclusione – nel senso di escludere qualunque preclusione o divieto automatico – trova conferma anche nella stessa giurisprudenza unionale: sia nella ricostruzione del quadro normativo offerta, in particolare, dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 20 gennaio 2016, che nella declinazione del principio di collaborazione tra le due autorità, le quali possono, perlomeno nelle fasi preliminari quali le indagini, lavorare in parallelo. Sempre la Corte di Giustizia afferma in modo chiaro che in mancanza di un sistema centralizzato, a livello dell'Unione, di ricezione e di valutazione delle domande di clemenza relative a infrazioni all'articolo 101 TFUE, il trattamento di domande del genere inviate a un'autorità nazionale garante della concorrenza è determinato da quest'ultima in applicazione del diritto dello Stato membro cui essa appartiene.

4.1. Riparto di competenze tra AGCM e Autorità di settore

La convivenza tra Autorità indipendenti trasversali, dotate di competenze non circoscritte a singoli settori in quanto istituite a tutela di specifici interessi pubblici di portata generale, quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, e Autorità di regolazione di settore, preposte in via esclusiva ad uno specifico settore economico, ha sempre dato luogo a interferenze e sovrapposizioni nelle rispettive attribuzioni. Il carattere parzialmente indeterminato dei confini tracciati dalle leggi istitutive può infatti creare le condizioni per cui una determinata fattispecie sia astrattamente riconducibile nella sfera di competenza di più Autorità, con il rischio di sottoporre i soggetti regolati ad un onere di *double compliance*, cioè a regole e controlli che potrebbero anche essere confliggenti tra loro.

Da tempo, la giurisprudenza europea ha affermato la prevalenza della disciplina di settore solo se sia individuabile un contrasto insanabile con quella di cui alla normativa generale, nel senso che la nozione di “contrasto” denota un rapporto, tra le disposizioni cui si riferisce, che va oltre la mera difformità o semplice differenza, mostrando una divergenza che non può essere superata mediante una formula inclusiva che permetta la coesistenza di entrambe le realtà, senza che sia necessario snaturarla. Infatti, «non essendo ravvisabile nessun contrasto, il rapporto tra le due discipline non è di specialità e le stesse possono dunque trovare applicazione parallela»¹⁹.

Allo stesso modo, con la sentenza n. 13477 del 30 agosto 2023, relativa al procedimento A493 – *Poste Italiane/Prezzi recapito*, si è osservato come l'azione del regolatore (nel caso di specie AGCOM) è complementare a quella dell'Autorità *antitrust*, risultando quindi la repressione delle condotte anticoncorrenziali possibile solamente nei limiti di libertà imprenditoriale lasciati dalla disciplina settoriale. Tale coordinamento impone pertanto di intrattenere «una collaborazione istituzionale quanto mai opportuna al fine della corretta ricostruzione dei fatti e alla loro valutazione».

Con la sentenza del Tar Lazio, n. 16709, del 9 novembre 2023, i giudici hanno dovuto affrontare la questione del riparto di competenze tra l'Autorità *antitrust* e l'IVASS, in materia di pratiche commerciali scorrette. In particolare, si è affermato che «le disposizioni di legge vanno interpretate nel senso che le norme di settore, con consequenziale competenza delle autorità di settore, si applicano solo qualora le stesse contengano profili di disciplina incompatibili con le norme generali in materia di pratiche commerciali scorrette, con la conseguenza che la normativa di settore disciplinerà solo condotte che presentano aspetti di diver-

¹⁹ Tar Lazio, Roma, 6 dicembre 2022, n. 16240, relativa al procedimento IP312 – *Telecom/Offerta smart fibra*.

genza radicale con le pratiche commerciali scorrette». La regola generale è pertanto che, in presenza di una pratica commerciale scorretta la competenza è dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (al quale l'art. 27, comma 1-bis attribuisce una competenza esclusiva), mentre la competenza delle altre autorità di settore è residuale e ricorre soltanto quando la disciplina di settore regoli «aspetti specifici» delle pratiche che rendono le due discipline incompatibili.

5. *Sanzioni antitrust*

5.1. *Calcolo della sanzione*

Nell'ambito dei fondamentali principi di adeguatezza e proporzionalità nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria dell'Autorità, occorre segnalare come la giurisprudenza amministrativa abbia in più occasioni rimarcato tali principi. Nello specifico, nella sentenza del 9 maggio 2022, n. 3570, relativa al procedimento I808 – *Gara Consip FM4 – Accordi tra i principali operatori del facility management*, i giudici hanno affermato i consolidati criteri giurisprudenziali e non, per il calcolo della sanzione in presenza di un'unica gara centralizzata in cui il valore relativo ai diversi lotti poteva essere variabile. Si è affermato che è corretto assumere come valore delle vendite, sulla base del quale quantificare l'importo della sanzione, l'importo di aggiudicazione nel valore massimo convenzionabile previsto per ciascun lotto aggiudicato all'impresa e non l'importo corrispondente al fatturato effettivamente realizzato in esito alla gara in esecuzione degli ordinativi effettivi. Tale previsione si giustifica in quanto l'importo dell'appalto aggiudicato, da un lato, è il valore preso a riferimento dalle parti al momento di determinarsi per l'illecito, dall'altro, è un indice espressivo delle potenziali conseguenze dannose per la struttura del mercato.

Con sentenza del 9 giugno 2022, n. 4696, relativa al procedimento I814 – *Diritti internazionali*, il Consiglio di Stato ha affermato, riportando l'art 15 l. n. 287/1990, secondo cui «l'Autorità dispone dell'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, che la disposizione sul piano letterale individua quale base di calcolo il fatturato dell'ultimo esercizio chiuso e non quello risultante dall'ultimo bilancio depositato come invece prospettato dall'Autorità, sicché tale disposizione non pare precludere la possibilità di determinare il fatturato dell'ultimo esercizio chiuso, indipendentemente dal fatto che sia stato depositato il relativo bilancio». Tale conclusione, oltre che più aderente alla lettera della legge, appare anche

in maggior sintonia con i recenti approdi della giurisprudenza volti a salvaguardare i principi di adeguatezza e proporzionalità della sanzione, i quali implicano necessariamente che la situazione economica della società, di cui l'Autorità deve tenere conto, e i dati utilizzati per il calcolo della sanzione siano, se non concomitanti, quanto meno temporalmente prossimi alla data di irrogazione della stessa. Deve infatti ricordarsi che la Corte costituzionale ha esteso il principio di proporzionalità nell'applicazione delle sanzioni penali – che impone la necessaria personalizzazione della pena alla luce della oggettiva gravità, oggettiva e soggettiva, del singolo fatto di reato in attuazione del principio di personalità della responsabilità penale ai sensi dell'art. 27 Cost. – anche alle sanzioni amministrative punitive.

Con la sentenza del 15 dicembre 2022, n. 10993, relativa al procedimento A531 – *Riciclo imballaggi primari/Condotte abusive Corepla*, il Consiglio di Stato ha affermato che una pratica abusiva, animata da intento escludente, nel caso in cui risulti sprovvista e non sorretta da ragioni di lucro giustifica una sanzione inferiore e pertanto l'assenza del requisito della gravità. Nel caso di specie, posto che le sanzioni amministrative pecuniarie costituiscono una delle materie di giurisdizione estesa al merito ai sensi dell'art. 134, comma 1, lett. c) del c.p.a., avendo il giudice amministrativo il potere non solo di annullare i provvedimenti di applicazione delle sanzioni pecuniarie, ma anche di modificare in base a una propria valutazione la misura delle sanzioni pecuniarie, il Consiglio di Stato ha provveduto alla riduzione della sanzione irrogata.

5.2. *Collaborazione delle imprese con l'Autorità e provvedimento di accettazione degli impegni*

All'interno dei procedimenti sanzionatori condotti dall'Autorità, e segnatamente al momento del calcolo della sanzione, è possibile ravvisare la presenza di circostanze attenuanti che consentono una diminuzione dell'ammontare della stessa. In particolare, come si legge nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 9 maggio 2022, n. 3570, relativa al procedimento I808 – *Gara Consip FM4 – Accordi tra i principali operatori del facility management*, «la mancata concessione della circostanza attenuante della collaborazione, si giustifica in quanto il riconoscimento della stessa (che pure rientra nell'ambito di valutazioni ampiamente discrezionali dell'Autorità) presuppone un contributo particolarmente qualificato, nel senso di essere idoneo ad agevolare concretamente l'accertamento e la repressione della condotta illecita». Secondo costante giurisprudenza amministra-

tiva, infatti, la circostanza attenuante della collaborazione non è integrata dalla collaborazione informativa e documentale dovuta per legge²⁰.

In secondo luogo, lo strumento degli impegni consiste in un accordo, fra le imprese sottoposte ad indagine per un possibile illecito antitrust – e l’Autorità nazionale della concorrenza, avente ad oggetto la modifica di una condotta dell’impresa che si presume illecita.

Con il provvedimento di accettazione degli impegni, che definisce in maniera peculiare il procedimento istruttorio, l’Autorità può non procedere all’accertamento dell’anti concorrenzialità della condotta, né irrogare sanzioni pecuniarie o inibire una determinata operazione commerciale bensì con essa rendere obbligatori alcuni impegni, reputando gli stessi sufficienti per mantenere il mercato in una situazione di concorrenza. Con la sentenza del 14 aprile 2023, n. 6456, relativa al procedimento I850 – *Accordi Fibercop*, il Tar Lazio ha evidenziato le differenze del sindacato del giudice amministrativo con riguardo a tale atto rispetto all’ordinario giudizio su un atto dell’Autorità. La ragione di tale diversità si rinviene non ella minore conoscibilità dei fatti, bensì nella differente natura del provvedimento gravato: mentre nei casi di sanzione per intesa anticoncorrenziale, la verifica giurisdizionale si incentra su un fatto passato, nel caso di accoglimento degli impegni, risultando l’atto amministrativo orientato in chiave prospettica verso il futuro, appare evidente la sussistenza di maggior margine di opinabilità (leggasi discrezionalità) nell’apprezzamento e nella valutazione dell’evoluzione di un fenomeno non ancora concluso. In ogni caso, l’inevitabile fallacia della prognosi dell’Autorità appare compensata dalla possibilità di riapertura del procedimento.

6. *Aspetti processuali*

6.1. *Limiti al sindacato del giudice amministrativo sui procedimenti dell’Autorità*

È pacifico da tempo che sull’accertamento dei fatti posti a fondamento dei provvedimenti delle autorità il giudice non incontra nessun limite, essi possono essere verificati sotto il profilo della verità storica, della consistenza e dell’adeguata rappresentazione attraverso la piena valutazione degli elementi di prova a carico e a discarico raccolti nel procedimento, senza che l’accesso ad essi da parte del giudice possa subire alcuna limitazione. Il problema dell’incisività del controllo riguarda la fase successiva, quella in cui avviene la contestualizzazione dei concetti giuridici indeterminati e il confronto dei fatti accertati con il parametro normati-

²⁰ Si veda, *ex multis* Consiglio di Stato, sez. VI, 10 luglio 2018, n. 4211.

vo contestualizzato. In passato il giudice amministrativo ha mostrato un atteggiamento di deferenza – probabilmente in parte dovuto alla teoria della natura para giurisdizionale, in parte ad una minore dimestichezza con gli strumenti di verifica dei fatti e delle valutazioni tecniche – che lo ha portato a concentrare il suo sindacato prevalentemente sulla parte sanzionatoria dei provvedimenti e ad elaborare la distinzione tra “sindacato debole” (di legittimità) sull’analisi economica e “sindacato forte” (di merito) sulla sanzione. Questa infelice distinzione – infelice perché ha indotto le imprese a lamentare che un sindacato definito “debole” non è compatibile col principio di effettività – è stata fortunatamente superata dalla constatazione che il sindacato di legittimità non è affatto debole perché fornisce il massimo di tutela degli interessi legittimi compatibilmente col principio di separazione dei poteri. Oggi possiamo dire che il giudice amministrativo non mostra più alcuna deferenza nei confronti delle autorità indipendenti.

Per quanto riguarda il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell’Autorità antitrust occorre menzionare la sentenza 26 gennaio 2022, n. 538, relativa al procedimento A511 – *Enel/Condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica*, con la quale il Consiglio di Stato ha ribadito il principio secondo cui, il sindacato sugli apprezzamenti tecnici dell’amministrazione può oggi svolgersi non in base al mero controllo formale ed estrinseco dell’iter logico seguito dall’Autorità amministrativa, bensì alla verifica diretta dell’attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro coerenza e correttezza, quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo. Va evidenziato che «il controllo giurisdizionale, teso a garantire una tutela giurisdizionale effettiva, anche quando si verta in tema di esercizio della discrezionalità tecnica dell’Autorità indipendente, non può essere limitato ad un sindacato meramente estrinseco, estendendosi al controllo intrinseco, anche mediante il ricorso a conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall’amministrazione indipendente, sulla attendibilità, coerenza e correttezza degli esiti, in specie rispetto ai fatti accertati ed alle norme di riferimento attributive del potere».

In tale contesto, in tema di esercizio della discrezionalità tecnica dell’Autorità indipendente, il giudice non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire se la valutazione complessa operata nell’esercizio del potere debba essere ritenuta corretta, sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma posta a tutela della concorrenza che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato; anche l’apporto conoscitivo tecnico, conseguito tramite apporti scientifici, non è *ex se* dirimente allorché soccorrono dati ulteriori, di natura più strettamente giuridica, che limitano il sindacato in sede di legittimità ai soli casi di risultati abnormali, ovvero manifestamente illogici.

Sul versante tecnico, in relazione alle modalità del sindacato giurisdizionale, quest'ultimo è volto a verificare se l'Autorità abbia violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali. In particolare, è ammessa una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione

Successivamente, con la sentenza del Tar Lazio n. 2334 del 28 febbraio 2022, relativa al procedimento A514 – *Condotte Fibra Telecom Italia*, si è affermato che il sindacato del giudice comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento.

Quando, però, in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentino un oggettivo margine di opinabilità, come nel caso della definizione del mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza, detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini.

Ne discende che devono ritenersi sostanzialmente inammissibili le censure volte a contestare nel merito apprezzamenti e valutazioni di carattere tecnico-discrezionale rimessi all'Autorità, che trovano un limite nel solo rispetto dei generali principi di logicità, ragionevolezza e proporzionalità, oltre che del vincolo di coerenza comunitario.

Nella sentenza del Tar Lazio, 15 marzo 2022, n. 2940, relativa al procedimento A438 – *Selecta/Poste Italiane*, con riferimento al sindacato del giudice amministrativo nei confronti dei provvedimenti di archiviazione si afferma che «il tipo di sindacato sul provvedimento con cui l'Autorità archivia una determinata denuncia o comunque rifiuta di intervenire, segue le regole generali del processo di legittimità, ossia si concretizza in un controllo sulla ragionevolezza, la logicità e la coerenza della motivazione e sull'adeguatezza e proporzionalità dell'attività istruttoria svolta». Il sindacato del giudice pertanto deve evitare attività manifestamente insufficienti e all'opposto non deve dare corso ad ulteriori attività defattive in presenza di approfondimenti adeguati.

Infine, con la sentenza 18 luglio 2022, n. 10147, relativa al procedimento A529 – *Google/Compatibilità app Enel X Italia con sistema Android Auto*, la prima sezione del Tar Lazio ha affermato che il giudice amministrativo non può intervenire sulle questioni di fatto, sostituendosi alle valutazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, a meno che queste non risultino viziate sotto il

profilo del travisamento dei fatti, della violazione di legge e della irragionevolezza. In sostanza, il giudice amministrativo, nello specifico contenzioso, non può sostituirsi all'Autorità di settore nell'individuazione del mercato rilevante se questa risulti attendibile secondo la scienza economica, nonché immune da vizi logici e di violazione di legge.

L'anno seguente, con sentenza del 1 marzo 2023, n. 2117, relativa al procedimento I805 – *Prezzi del cartone ondulato*, il Consiglio di Stato ha ribadito il principio secondo cui, il sindacato di legittimità del giudice amministrativo comporta «la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicarne della legittimità, salvo che non includano valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità, nel qual caso il sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità».

Con sentenza del 14 aprile 2023, n. 3793, relativa al procedimento A500A – *Vodafone/Sms informativi aziendali*, il Consiglio di Stato ha osservato come il sindacato sugli atti delle Autorità amministrative indipendenti debba rispondere ai principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, dovendo, pertanto, da un lato, «estendersi anche all'accertamento dei fatti operato dall'Autorità sulla base di concetti giuridici indeterminati o di regole tecnico-scientifiche opinabili, al fine di evitare che la discrezionalità tecnica trasmodi in arbitrio specialistico», dall'altro, «implicare la verifica del rispetto dei limiti dell'opinabile tecnico-scientifico (e, nell'ambito di tali confini, anche del grado di attendibilità dell'analisi economica e delle valutazioni tecniche compiute, alla stregua dei criteri della ragionevolezza e della proporzionalità), anche attraverso gli strumenti processuali a tal fine ritenuti idonei».

Una limitazione al sindacato del giudice amministrativo sui procedimenti antitrust viene descritta nella sentenza del 14 aprile 2023, n. 6456, della Prima sezione del Tar Lazio, relativa al procedimento I850 - *Accordo Fibercop*, con riferimento al provvedimento di accoglimento degli impegni. Infatti, a differenza dei casi di sanzione per intesa concorrenziale o altra condotta abusiva, nel caso di accoglimento degli impegni, risultando l'atto amministrativo orientato in chiave prospettica verso il futuro appare evidente la sussistenza di maggior margine di opinabilità e discrezionalità nell'apprezzamento e nella valutazione dell'evoluzione di un fenomeno non ancora concluso. Risultando pacifico che la possibilità di sindacare il provvedimento impugnato «sia inversamente proporzionale all'am-

piezza della discrezionalità riconosciuta all'AGCM, deve precisarsi la verifica deve essere limitata all'assenza di vizi formali o logici di manifesta evidenza».

Successivamente, con la sentenza del 18 dicembre 2023, n. 10914, del Consiglio di Stato, relativa al procedimento I835 – *Mercato dei contatori d'acqua*, si è affermato che anche quando la fattispecie punitiva contempla concetti giuridici indeterminati, «il giudice non deve limitarsi a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto, in quanto la sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati (ad esempio, quella del “mercato rilevante”) è una attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa. Ne consegue che la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità, per quanto, in senso epistemologico, controvertibile».

Quando, però, in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentino un oggettivo margine di opinabilità, come nel caso della definizione del mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza, detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini.

Ne discende che devono ritenersi sostanzialmente inammissibili le censure volte a contestare nel merito apprezzamenti e valutazioni di carattere tecnico-discrezionale rimessi all'Autorità, che trovano un limite nel solo rispetto dei generali principi di logicità, ragionevolezza e proporzionalità, oltre che del vincolo di coerenza comunitario.

7. *Poteri dell'Autorità antitrust ex art. 21-bis l. 10 ottobre 1990, n. 287*

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con il parere del 27 aprile 2022, n. 934, ha risposto positivamente al quesito formulato da AGCM ritenendo applicabile l'attivazione dei poteri previsti dall'art. 21-*bis* della l. 10 ottobre 1990, n. 287 nei confronti dei bandi adottati dalle società operanti nei settori speciali di cui agli artt. 115 ss. d.lgs. n. 50 del 2016, anche se riferibili ad atti emanati da soggetti che non rientrano né tra le amministrazioni pubbliche né tra

gli organismi di diritto pubblico. Le imprese e gli enti operanti nei settori speciali sono equiparabili alle pubbliche amministrazioni, nei limiti in cui tali soggetti sono tenuti al rispetto delle procedure di evidenza pubblica, ciò in quanto: (i) le imprese operanti nei settori speciali sono obbligate al rispetto della disciplina dettata dal d.lgs. n. 50 del 2016 ed emanano atti amministrativi che, ai sensi dell'articolo 7, comma 2, c.p.a., sono sottoposti ai principi e alle regole procedurali del richiamato decreto e, dunque, alla giurisdizione del Giudice Amministrativo. Conseguentemente, tali atti devono rientrare anche nell'ambito applicativo dell'articolo 21-*bis* l. 10 ottobre 1990, n. 287 perché, ragionando diversamente, verrebbe a vanificarsi un'insanabile contraddizione in quanto lo stesso atto (ad esempio, un bando di gara), pur essendo certamente provvedimento amministrativo sarebbe, ai sensi dell'articolo 21-*bis* più volte citato, solo atto adottato da soggetto privato; (ii) la stessa nozione funzionale e cangiante di amministrazione rende possibile la qualificazione di tali atti quali atti adottati, *ratione materiae*, da soggetti equiparati alla pubblica amministrazione; (iii) la previsione in capo ad ANAC di una legittimazione processuale straordinaria ad impugnare gli atti adottati dalle società operanti nei settori speciali, nel caso in cui possono essere qualificate come stazioni appaltanti, ai sensi dell'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016 rende opportuno interpretare l'articolo 21-*bis* nel senso di contemplare un analogo potere, per quanto di competenza, in capo ad AGCM.

8. Conclusioni

Nel corso del biennio considerato, così come negli anni immediatamente precedenti, le pronunce del Giudice amministrativo in materia *antitrust* si sono attestate sulla conferma di principi già saldamente affermati nella giurisprudenza nazionale ed europea.

In particolare, sotto il profilo procedurale nel corso del biennio 2022-2023, sia il Tar Lazio, sia il Consiglio di Stato hanno respinto i motivi di ricorso avverso provvedimenti sanzionatori adottati in difetto del c.d. "collegio perfetto", rimarcando la costante giurisprudenza in materia (Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2022, n. 4779; Tar Lazio, Roma, sez. I, 15 maggio 2023, n. 8259). In relazione ai termini di avvio dell'attività preistruttoria, nel corso del 2022 si è assistito ad una forte presa di posizione della giurisprudenza antitrust nazionale, volta ad una più effettiva tutela dei principi del giusto processo e dei diritti di difesa delle imprese. Infatti, i giudici hanno, nel corso del tempo, cominciato ad ammettere l'applicabilità del termine previsto dall'art. 14, l. 689/1981, alle fasi della preistruttoria e dell'istruttoria dell'Autorità, in considerazione dell'applicazione generale

delle disposizioni contenute nel Capo I, l. 24 novembre 1981, n. 689, anche a tutela del principio del contraddittorio e al fine di consentire un tempestivo esercizio del diritto di difesa (Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2022, n. 4990 e 1° marzo 2023, n. 2117).

Infine, merita menzionare il perimetro del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni compiute dall'Autorità che sin dalla sentenza del Consiglio di Stato 15 luglio 2019, n. 4990, si è orientata verso la necessità di ampliare i tradizionali confini del sindacato. Infatti, il sindacato sugli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione può oggi svolgersi non in base al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'Autorità amministrativa, bensì alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della correttezza, quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo (Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 2022, n. 538; Tar Lazio, Roma, sez. VI, 14 aprile 2023, n. 6456).

Antitrust tra procedimento e processo. La giurisprudenza amministrativa nel biennio 2022-2023

Nel presente lavoro sono stati riassunti i principi e gli orientamenti emersi dalle pronunce dei giudici amministrativi italiani in materia *antitrust* nel corso del biennio 2022-2023. Verranno analizzate le principali sentenze e pronunciamenti dei giudici avverso i provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con particolare attenzione alle questioni squisitamente procedurali, alle sanzioni e alle questioni attinenti all'estensione del sindacato giurisdizionale in materia *antitrust* dei giudici amministrativi.

Antitrust between proceeding and trial. Administrative jurisprudence in the 2022-2023 biennium

This paper has summarized the principles and guidelines that emerged from the rulings of Italian administrative judges in antitrust matters during the years 2022-2023. Reference will be made to the main judges' rulings and pronouncements against the Italian Antitrust Authority's measures with a focus on purely procedural issues, sanctions, and issues pertaining to the judicial review in antitrust matters by the administrative courts.

La digitalizzazione dei contratti pubblici alla luce del ripensamento del rapporto tra vincoli ed obiettivi nel nuovo codice*

Maurizio Cafagno

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Digitalizzazione e modelli di gara. – 3. Digitalizzazione e passaggi di scala. – 4. Digitalizzazione e frammentazione del contratto. – 5. Digitalizzazione e memoria del sistema. Il fascicolo virtuale. – 6. Digitalizzazione e apprendimento. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

In questo contributo non conto di soffermarmi sulle possibili virtù della digitalizzazione¹, singolarmente considerate, quanto piuttosto di spendere qualche

* Il lavoro riprende, con qualche adattamento, la relazione tenuta presso l'Università di Trento il 17 novembre 2023 a conclusione del convegno "La digitalizzazione dei contratti pubblici nel nuovo codice", i cui atti sono stati pubblicati in Aa.Vv., *La digitalizzazione dei contratti pubblici nel nuovo codice*, a cura di B. Marchetti, B. Mattarella, Torino, 2024.

¹ Tema sul quale la letteratura abbonda; limitando questi primi riferimenti ad una rosa giocoforza ristretta, si vedano ANAC, *Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità*, 27 maggio 2020; G. Carloti, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023; G. Carullo, *Piattaforme digitali e interconnessione informativa nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, in federalismi.it, 2023, 19, 110 ss.; A. Corrado, *Contratti pubblici, la svolta digitale*, in *Corriere della Sera, Cultura*, 24 aprile 2023; A. Corrado, *I nuovi contratti pubblici, intelligenza artificiale e blockchain: le sfide del prossimo futuro*, in federalismi.it, 2023, 19, 128 ss.; A. Corrado, *La trasparenza necessaria per infondere fiducia in una amministrazione algoritmica e antropocentrica*, in federalismi.it, 2023, 5, 175 ss.; P. Clarizia, *La digitalizzazione*, in *Giorn. dir. amm., Spec. Nuovo Codice dei contratti pubblici*, 2023, 3, 302 ss.; P. Clarizia, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: lo stato dell'arte*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 2, 273; A. Costa, A. Arantes, L. Valadares Tavares, *Evidence of the Impacts of Public Eprocurement: The Portuguese Experience*, in *Journal of Purchasing & Supply Management*, 2013, 19, 238 ss.; F. Costantino, *La digitalizzazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, 19 gennaio 2023, *Aperta Contrada*, <https://www.apertacontrada.it/2023/01/19/la-digitalizzazione-nel-nuovo-Codice-dei-contratti-pubblici>; D. Diaco, *Fidarsi è bene, non fidarsi è ...? L'Intelligenza Artificiale entra nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in federalismi.it, 2023, 17, 119 ss.; L. Donato, M. Mariconda, *La digitalizzazione possibile degli appalti pubblici. L'analisi della Banca d'Italia per l'Anac sulle prospettive dell'e-procurement*, Fondazione Astrid, 2020, in www.astrid-onli

parola sull'impatto che la digitalizzazione può avere sul cambiamento di prospettiva che il Codice si ripromette, cioè sul raggiungimento dell'obiettivo di fondo che i primi quattro articoli, architrave dei principi, parrebbero ripromettersi: una rimodulazione del rapporto tra vincoli e obiettivi, nella disciplina dei contratti².

Un breve preambolo per chiarire.

Con molte semplificazioni, suggerisco di pensare le funzioni della disciplina dei contratti pubblici come funzioni accomunate dall'intento generale di scongiurare il pericolo di uno sfruttamento opportunistico della disparità informativa, tra gli attori coinvolti nelle transazioni.

La letteratura economica esplora il tema attraverso la lente dei cosiddetti problemi di agenzia.

Lo schema teorico della cosiddetta agenzia ipotizza si fronteggino due tipi di attori: si assume che un soggetto, il cosiddetto agente, sia chiamato a operare (per legge, per impegni pattizi, per vincoli organizzativi, ad esempio) nell'interesse di altro soggetto, il cosiddetto principale; si ipotizza tuttavia che l'agente abbia un vantaggio informativo sul principale; quest'ultimo può essere magari in condizione di osservare un risultato finale, che tuttavia è parzialmente aleatorio, perché mancano le premesse per capire sino a che punto dipenda dalle caratteristiche o dai comportamenti dell'agente e sino a che punto da altre variabili; la distribuzione asimmetrica dell'informazione crea in breve le condizioni per atteggiamenti o comportamenti opportunistici dell'agente, a discapito del principale³.

Questo modello può essere facilmente calato all'interno delle varie classi di rapporti sui quali la disciplina contrattuale si prefigge di operare.

ne.it; G. Fonderico, *La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti*, in Aa.Vv., *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, in *Foro it.*, *Gli Speciali*, 2023, 1, a cura di S. Fantini e H. Simonetti, 25 ss.; D.-U. Galetta, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *federalismi.it*, 2023, 12, 119 ss.; 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*, 2022, 7, 103 ss.; R. Giovagnoli, *Compendio diritto amministrativo*, Itaedizioni, 2023, 617 ss.; N. Pekolj, K. Hodošček, L. Valjavac, P. Ferik, *Digital Transformation of Public Procurement as an Opportunity for the Economy*, in *LeXonomica*, 2019, vol. 11, n. 1, 15 ss.; G. Racca, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in *DPCE*, 2020, 4, 4669 ss.; G. Racca, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. Cavallo Perin, D.-U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, 321 ss.; F. Tallaro, *La digitalizzazione del ciclo dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 13 giugno 2023; L. Torchia, *Lo Stato digitale*, Bologna, 2023, cap. IX.

² Per tutti H. Simonetti, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Judicium*, settembre 2023, all'indirizzo www.judicium.it.

³ Per tutti, N. Dimitri, G. Piga, G. Spagnolo (eds.), *Handbook of Procurement*, New York, 2006; S. Arrowsmith, *Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform*, in Aa.Vv., *The Cost of Different Goals of Public Procurement*, Konkurrensverket, Swedish Competition Authority, 2012, 44 ss.; il rapporto è al momento liberamente disponibile all'indirizzo <https://www.konkurrensverket.se>; K.M. Schmidt, M. Schnitzer, *Methods of Privatization: Auctions, Bargaining, and Giveaways*, in Aa.Vv., *Privatization at the End of the Century*, Heidelberg, 1997, 97 ss.

Primo versante: il rapporto tra persona giuridica e suoi funzionari. Un primo obiettivo della disciplina dell'evidenza pubblica, dominante nella più risalente normativa di contabilità, è quello di mantenere sotto controllo i funzionari e gli agenti amministrativi, nell'uso di risorse pubbliche, così da impedire che facciano i propri interessi, piuttosto che quelli dell'amministrazione e dei contribuenti.

In questa logica le procedure contrattuali sono concepite come binari obbligati, utili – date le difficoltà di un controllo postumo – a contenere la discrezionalità a priori.

Con le direttive che dagli anni '70 in poi hanno preso a disciplinare l'aggiudicazione dei pubblici appalti la disciplina ha notoriamente incorporato un secondo scopo: la protezione del mercato dalle distorsioni che la p.a. potrebbe provocare, nelle sue vesti di contraente anomalo, munito di privilegi e potere e di una funzione di preferenza che include molte variabili, a tratti persino contraddittorie.

Il problema della distribuzione asimmetrica dell'informazione resta ma viene nell'economia di questa seconda funzione riferito ai rapporti tra amministrazione (che assume il ruolo di agente) e competitori (principali). La p.a. viene precauzionalmente sottoposta a regole che impediscono di distorcere il mercato di riferimento con scelte capricciose o anomale.

Cambiando di nuovo punto di vista e rovesciando il senso di questo rapporto, identifichiamo una terza prospettiva di razionalizzazione della disciplina: essa intende mettere al riparo non i concorrenti ma l'amministrazione dai comportamenti opportunistici delle potenziali controparti, avvantaggiate da una plausibile superiorità informativa su variabili come i costi, i contenuti, le difficoltà esecutive, le tecnologie disponibili, le condizioni di mercato etc.; la disciplina, ad esempio mettendo in competizione i potenziali aspiranti, così che la propensione allo sfruttamento opportunistico dei vantaggi informativi sia mitigata, persegue un obiettivo di salvaguardia della convenienza e dell'efficienza dei contratti pubblici.

In questa logica le procedure sono strutturate per emulare le dinamiche di un mercato concorrenziale, per riprodurre gli esiti cui sarebbe giunto un mercato ben funzionante.

Sino al più recente passato la coesistenza di queste tre anime ha lasciato a desiderare⁴.

Alla radice di questa coabitazione sofferta un cattivo rapporto con la complessità: la pretesa di risolvere problemi piuttosto diversi adottando un unico punto di vista.

A me pare che l'interpretazione tradizionale della disciplina contrattuale: a) abbia erroneamente supposto che la regolazione della fase genetica del contratto

⁴ Su tutto ciò si consenta per brevità un rimando a M. Cafagno, *Lo Stato banditore*, Milano, 2001, *passim*; Id., *L'evoluzione dei fini e del disegno delle pubbliche gare*, Milano, 2021, *passim*.

dovesse farsi contemporaneamente carico della soluzione di tutti i problemi (controllo funzionari, controllo p.a., convenienza contrattuale); b) abbia trascurato la circostanza che le tre anime della disciplina tra loro tendono a confliggere, che non sono gli addendi di una somma (il diritto europeo né è ben consapevole e ha regolamentato la materia di conseguenza).

Il nuovo Codice si è ripromesso di superare questi fattori di strabismo; ha riconosciuto la tensione tra i vari obiettivi; li ha messi in ordine; senza smentire l'impostazione di fondo della normativa europea⁵ ha proposto un ordine tra le funzioni possibili della disciplina: l'efficienza del risultato è l'obiettivo, trasparenza e concorrenza sono strumenti, rispetto all'obiettivo⁶.

Finalmente si è preso atto che la rigidità ha un costo, in termini di perdita di efficienza e di depressione della concorrenza.

Però anche la discrezionalità – seppure funzionale all'obiettivo prioritario del risultato efficiente, perlomeno quando si tratti di perfezionare transazioni complesse – può avere un costo, in termini di innalzamento del pericolo di manipolazione.

L'obiettivo dell'efficienza prevale, ma il problema non scompare.

Su questo piano un primo utile contributo della digitalizzazione.

Vediamo più da vicino.

2. *Digitalizzazione e modelli di gara*

La digitalizzazione permette in primo luogo un bilanciamento meno problematico tra esigenze antitetiche, attraverso nuove opportunità di modellizzazione delle procedure.

In punto di principio la teoria in materia di aste spiega che il modello ottimale favorisce la circolazione dell'informazione utile all'apprendimento ma frena la circolazione dell'informazione utile alla collusione.

La rigidità caratteristica dei prototipi procedurali tradizionalmente preferiti dalla legislazione (asta pubblica, licitazione privata, gare aperte o ristrette) mitiga forse i rischi di manipolazione, ma comporta un prezzo, sul piano dell'impossibilità di apprendere e aggiustare le stime, in corso di negoziazione.

⁵ Si permetta di nuovo il rimando a M. Cafagno, *Lo Stato banditore*, cit., *passim*.

⁶ L. Carbone, *La scommessa del Codice dei contratti pubblici e il suo futuro*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023; G. Montedoro, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023; M. Renna, *I Principi*, in Aa.Vv., *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, cit., 1 ss.

Aste cosiddette *english* (tramite rilanci palesi, in corso di gara) o negoziazioni multilaterali aperte possono risultare preferibili, sul piano dell'apprendimento, tuttavia presentano rischi, sul versante del pericolo di collusioni e manipolazioni.

Il ricorso alle aste elettroniche permette di ibridare gli schemi, facendo sì che i pregi si sommino e gli inconvenienti si controbilancino⁷.

3. Digitalizzazione e passaggi di scala

Gli esperti sottolineano con ragione che la digitalizzazione comporta un passaggio rivoluzionario "dal documento al dato".

Mi pare che essa agevoli un salto altrettanto innovativo dal letto di Procuste della singola procedura al flusso dei dati.

Mi spiego meglio.

Il sistema tradizionale degli affidamenti ha manifestato la propensione a mettere sulle spalle di ogni singola gara le fatiche di una conciliazione assai difficile tra le varie anime della disciplina, in un gioco a somma zero.

La digitalizzazione permette di scindere le finalità, rende possibile il perseguimento di alcune di esse fuori dal recinto sacrificato della singola procedura, per parametrare l'attenzione al flusso dei dati riguardanti contrattazione.

Giova considerare che alcuni fenomeni di collusione e di corruzione a volte nemmeno sono visibili, alla scala del singolo contratto. Ad esempio pratiche di spartizione dei mercati sono scarsamente visibili alla lente della singola procedura (che, sul piano delle regole formali, potrebbe apparire ineccepibile). È un tema

⁷ Riporto per comodità uno stralcio dell'art. 33 del Codice dei contratti pubblici, ai sensi del quale: «1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono ricorrere ad aste elettroniche nelle quali sono presentati *nuovi prezzi*, modificati al ribasso, o *nuovi valori riguardanti taluni elementi delle offerte*. A tal fine, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti *strutturano l'asta come un processo elettronico per fasi successive*, che interviene dopo una prima valutazione completa delle offerte e consente di classificarle sulla base di un trattamento automatico». Il comma 11 specifica che «l'asta elettronica può svolgersi in più fasi successive [...]» e il comma 13 aggiunge che «Nel corso di ogni fase dell'asta elettronica, le stazioni appaltanti comunicano in tempo reale a tutti gli offerenti *almeno le informazioni che consentono loro di conoscere in ogni momento la rispettiva classificazione*. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono, *purché previsto nei documenti di gara, comunicare altre informazioni* riguardanti altri prezzi o valori presentati. *Possono, inoltre, rendere noto in qualsiasi momento il numero di partecipanti* alla fase specifica dell'asta. *In nessun caso, possono rendere nota l'identità degli offerenti* durante lo svolgimento delle fasi dell'asta elettronica». Tra le più conosciute esperienze di successo, in campo internazionale, le aste elettroniche miste e innovative ideate dalla *Federal Communication Commission* statunitense, per l'assegnazione delle licenze sull'uso dello spettro; in tema, tra i molti, P. Cramton, *The FCC Spectrum Auctions: An Early Assessment*, in *Journal of Economics and Management Strategy*, 1997, 431 ss.; Id., *Ascending Auctions*, in *European Economic Review*, 1998, 42 (3-5), 745 ss.; più in generale, L. Ausubel, *An Efficient Ascending-Bid Auction for Multiple Objects*, University of Maryland, 1998; P. Klemperer, *What Really Matters*, in *Journal of Economic Perspectives*, vol. 16, n. 1, winter 2002, 169 ss.; P. Milgrom, *Procuring Universal Service: Economics*, 1979, 93, 675 ss.; R.P. McAfee, D. Vincent, *Sequentially Optimal Auctions*, in *Games and Economic Behaviour*, 1997, 18, 246 ss.

che sino ad oggi l'Antitrust ha probabilmente sottovalutato, a giudicare dall'esiguità degli interventi in materia.

Si è mostrato che i fenomeni di corruzione possono essere meglio identificati e monitorati attraverso l'analisi massiva dei dati⁸.

Il ricorso all'intelligenza artificiale (a supporto delle valutazioni umane) può dare un ulteriore importante contributo: si è mostrato che la tecnologia può monitorare le transazioni e le comunicazioni per individuare schemi anomali o potenziali segnali di corruzione o di favoritismo; può analizzare i rischi associati a determinati contratti o fornitori, considerando fattori come la stabilità finanziaria, la storia di conformità alle normative; può facilitare la partecipazione delle piccole e medie imprese e il controllo diffuso, con interfacce intuitive e supporto personalizzato⁹.

⁸ Rimando, tra i mille documenti, alla Comunicazione della Commissione Europea dello scorso 16 marzo 2023 *Appalti pubblici: uno spazio di dati per migliorare la spesa pubblica, promuovere l'elaborazione delle politiche basata sui dati e migliorare l'accesso delle PMI alle gare d'appalto* 2023/C 98 I/01 o, ancora, al rapporto dell'OCSE del 2016, *Preventing Corruption in Public Procurement*, nella parte in cui mostra come ad esempio l'adozione del sistema digitale KONEPS, per la gestione dell'intero ciclo del contratto, in Corea, abbia consentito lo sviluppo di indicatori sintomatici di comportamenti sospetti, che in un decennio ha straordinariamente amplificato l'efficacia della prevenzione; si veda anche M. Bauhr, A. Czibik, J. de Fine Licht, M. Fazekas, *Lights on the Shadows of Public Procurement: Transparency as an Antidote to Corruption, Governance*, vol. 33, Issue 3, 2020, 495 ss.

⁹ Anche sul tema del ricorso all'IA nell'espletamento dell'azione amministrativa la letteratura e la casistica giurisprudenziale vanno proliferando; si vedano i brillanti interventi di D. Simeoli e B. Marchetti, all'evento dal titolo *Amministrazione e intelligenza artificiale: tra opportunità e problemi giuridici, Dialoghi di diritto e processo amministrativo* – 15° ciclo di incontri – incontro del 4 maggio 2023, presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, disponibile al momento all'indirizzo <https://www.youtube.com/watch?v=thYZhbUZ0ok>; tra i molti scritti, Aa.Vv., *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a cura di R. Cavallo Perin, D.-U. Galetta, cit.; P. Severino (a cura di), *Intelligenza artificiale, Politica, economia, diritto, tecnologia*, Roma, 2022; G. Avanzini, *Intelligenza artificiale, machine learning e istruttoria procedimentale: vantaggi, limiti ed esigenze di una specifica data governance*, in A. Pajno, F. Donati, A. Perrucci (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, II, Bologna, 2022; E. Carloni, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 2, 363 ss.; E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 2, 273 ss.; B. Carotti, *Algoritmi e poteri pubblici: un rapporto incendiario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 1, 5 ss.; A. Celotto, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in *An. giur. ec.*, 2019, 1, 47 ss. E. Chiti, B. Marchetti, *Divergenti? Le strategie di Unione europea e Stati Uniti in materia di intelligenza artificiale*, in *Riv. reg. merc.*, 2020, 1, 29 ss.; S. Civitarese Matteucci, «Umano troppo umano». Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità, in *Dir. pubbl.*, 2019, 1, 9 ss.; F. Costantino, *Pubblica amministrazione e tecnologie emergenti – Algoritmi, intelligenza artificiale e giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 2022, 6, 1507 ss.; S. D'Ancona, *Trattamento e scambio di dati e documenti tra pubbliche amministrazioni, utilizzo delle nuove tecnologie e tutela della riservatezza tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2018, 3, 587 ss.; in grande anticipo su tutti, U. Fantigrossi, *Automazione e pubblica amministrazione*, Bologna, 1993, 51 ss.; G. Fasano, *L'intelligenza artificiale nella cura dell'interesse generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 6, 715 ss.; R. Ferrara, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2019, 4, 773 ss.; P. Forte, *Diritto amministrativo e data science. Appunti di Intelligenza Amministrativa Artificiale*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, 1, 247 ss.; D.-U. Galetta, J.G. Corvalán, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *federalismi.it*, 2019, 3, § 1; M. Macchia, A. Mascolo, *Intelligenza artificiale e sfera pubblica: lo stato dell'arte*, in *Giorn. dir. amm.*, 1 luglio 2022, 4, 556 ss.; A. Mascolo, *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 3, 366 ss., che annota Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472; A.G. Orofino, G. Gallone, *Intelligenza artifi-*

Vale la pena di notare per inciso che in linea di principio è abbastanza dispendioso affidare la prevenzione di comportamenti quantitativamente marginali ad un sistema di obblighi positivi indistintamente addossati a tutti, a priori.

Trattasi di un metodo che comporta l'imposizione di vincoli anche a carico di chi non avrebbe avuto necessità di essere prevenuto. Per intendersi, c'è un elemento di sperpero nella scelta di vincolare il 100% degli operatori per prevenire i comportamenti che potrebbero interessare l'1% di loro.

Disponendo di uno strumento di controllo postumo attendibile, può risultare meno dispendioso un sistema di prevenzione basato su divieti generali, la cui osservanza sia monitorata *ex post*, anziché su obblighi positivi puntuali, preventivamente accollati a tutti¹⁰.

Intendo in breve dire che il cambiamento di scala reso possibile dalla digitalizzazione affranca dalla pretesa impossibile di perseguire tutte le finalità tramite la singola procedura.

Consente ad esempio di strutturare negoziazioni efficienti spostando il perseguimento delle altre finalità (controllo dei funzionari, evitamento di discriminazioni) su scale diverse, con mezzi più evoluti.

Mi pare si tratti del punto di vista espresso a p. 9 della relazione di accompagnamento al Codice, ove troviamo scritto che «la semplificazione (viene) ottenuta aumentando la discrezionalità delle amministrazioni e rimuovendo il *goldplating* ovunque possibile» mentre «il rischio di fenomeni corruttivi è prevenuto da un più ampio ricorso a digitalizzazione, trasparenza e qualificazione»¹¹.

4. *Digitalizzazione e frammentazione del contratto*

Altro passaggio di scala veicolato dalla digitalizzazione va nel senso del superamento della tradizionale frammentazione delle fasi contrattuali.

Come si è visto nel corso del convegno, la digitalizzazione poggia su tre pilastri: il sistema di approvvigionamento digitale, la gestione informativa, la *cyber* sicurezza.

ciale – L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione, in *Giur. it.*, 1 luglio 2020, 7, 1738 ss., nota a Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881; E. Picozza, *Intelligenza artificiale e diritto*, in *Giur. it.*, 2019, 7, 1657 ss.; G. Resta, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di Uguaglianza*, in *Pol. dir.*, 2019, 2, 199 ss. S. Sassi, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, in *An. giur. ec.*, giugno 2019, 1, 109 ss.; M. Timo, *Algoritmo e potere amministrativo*, in *Dir. econ.*, 2020, 1, 753 ss.; L. Torchia, *Lo Stato digitale*, cit., in part. cap. VII.

¹⁰ S. Kelman, *Goals, Constraints, and the Design of a Public Procurement System*, in Aa.Vv., *The Cost of Different Goals of Public Procurement*, cit., 12 ss.; S. Kelman, *Unleashing Change. A Study of Organizational Renewal in Government*, Washinton D.C., 2005.

¹¹ S. De Marinis, *La digitalizzazione nella gestione dei contratti pubblici ed il sistema nazionale di e-procurement*, 18 luglio 2023, consultabile in <https://www.mediappalti.it/la-digitalizzazione-nella-gestione-dei-contratti-pubblici-ed-il-sistema-nazionale-di-e-procurement/>.

La disciplina del sistema di approvvigionamento digitale è forse più nitida e visibile, perché è organicamente compattata negli artt. 19 e ss. del Codice.

La disciplina della gestione informativa è invece sparpagliata in varie norme, tra le quali campeggiano l'art. 43 del Codice e l'allegato I.9.

Tuttavia non è meno importante ed esprime chiaramente una volontà di recupero della visione unitaria del contratto, rinsaldando la fase di formazione e quella esecutiva, sinora scisse per fattori eccentrici connessi al riparto di giurisdizione e per una certa dicotomia della prassi amministrativa e giudiziaria, tanto ossessionata dalle procedure, *ex ante*, quanto distratta sui risultati, *ex post*.

In materia di lavori, spicca emblematicamente la previsione dell'obbligo di ricorso al BIM (building information model) per l'intero ciclo contrattuale, dalla progettazione sino al collaudo.

La relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 36/2023 riferisce che si è cercato di scrivere un Codice «che “racconti la storia” delle procedure di gara, accompagnando amministrazioni e operatori economici, passo dopo passo, dalla fase iniziale della programmazione e progettazione sino all'aggiudicazione e all'esecuzione del contratto»¹².

5. *Digitalizzazione e memoria del sistema. Il fascicolo virtuale*

Facendo un ulteriore passo avanti – in una prospettiva che aspira a legare fase formativa e fase esecutiva non soltanto alla scala del singolo contratto, ma anche a quella ben più ampia del flusso dei contratti – la disciplina del Codice affida alla digitalizzazione la possibilità di connettere esperienze esecutive pregresse e opportunità di aggiudicazione future.

Penso all'art. 109 del Codice, in tema di fascicolo virtuale, che riprende l'esperienza statunitense.

Mi sia consentito un breve inciso, per chiarire meglio il senso dell'osservazione.

Gli economisti avvertono che le gare sono arma spuntata, nell'economia di quei rapporti che, per le loro caratteristiche, rimangono esposti a problemi di asimmetria informativa post-contrattuale.

Scontato il rimando allo scritto O. Williamson, che chiude l'antologia dei contributi dedicati alle Istituzioni economiche del capitalismo, tradotta e pubblicata da Franco Angeli¹³.

¹² Cfr. la Relazione di accompagnamento al Codice, p. 8.

¹³ O.E. Williamson, *Franchise Bidding for Natural Monopolies – in General and with Respect to CATV*, *The Bell Journal of Economics*, 1976, vol. 7, n. 1, 73 ss. (trad. it. *La gara per la concessione di sfruttamento di un monopolio naturale*, in *Le istituzioni economiche del capitalismo*, Milano, 1992, 485 ss.)

Il lavoro ha persuasivamente ridimensionato i troppo facili entusiasmi per la logica della cosiddetta concorrenza per il mercato, cioè del sistema che, tramite aste periodiche, punta a rendere contendibile il diritto di operare su mercati monopolistici.

Williamson ha mostrato che, quando in gioco siano contratti incompleti, di lungo periodo, con investimenti altamente specifici, in condizioni di elevata incertezza, il rischio di una manipolazione postuma delle condizioni contrattuali resta praticamente ineludibile, ridimensiona la fiducia nella concorrenza *ex ante*, conferma il perdurante bisogno di regolazione¹⁴. Ben documentate analisi sul campo mostrano che la rinegoziazione dei contratti concessori, anche a breve distanza dall'affidamento, quasi sempre a favore della parte privata, non costituisce eccezione ma regola, non soltanto in Italia¹⁵.

In questi casi la teoria economica suggerisce di valorizzare requisiti reputazionali: solo legando le opportunità di contrattazione future alla qualità dell'adempimento presente è possibile spegnere l'inclinazione all'opportunismo dell'impresa, in corso di esecuzione.

L'esperienza statunitense insegna¹⁶.

È ciò che diviene tecnicamente fattibile attraverso la disciplina del fascicolo virtuale, ai sensi dell'art. 109 del Codice, rubricato *Reputazione dell'impresa*¹⁷.

La disposizione attende ancora norme di attuazione rimesse ad ANAC e la relazione di accompagnamento, – memore degli indirizzi della Corte di Giustizia che insistono sulla necessità di evitare la confusione tra requisiti di partecipazione degli offerenti e criteri di valutazione delle offerte – sottolinea opportunamente l'esigenza di usare lo strumento con cautela, evitando che il requisito reputazionale sconfini «in una sorta di ostacolo all'ingresso nel mercato di nuovi operatori economici» ovvero crei «indebite situazioni di vantaggio per operatori commerciali di dimensioni maggiori, capaci [...] di ottenere valutazioni prestazionali positive»¹⁸.

¹⁴ P. Bajari, S. Tadelis, *Incentives and award procedures: competitive tendering vs. negotiations in procurement*, in Aa.Vv., *Handbook of Public Procurement*, cit.

¹⁵ J.L. Guasch, et al., *The Renegotiation of PPP Contracts: An Overview of its Recent Evolution in Latin America*, International Transport Forum Discussion Papers, Paris, 2014, 18; J.L. Guasch, *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right*, WBI Development Studies, Washington, D.C. 2004.

¹⁶ Sul punto ancora il rapporto dell'OCSE, *Preventing Corruption in Public Procurement*, cit.

¹⁷ Ai sensi della norma: «1. È istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, un sistema digitale di monitoraggio delle prestazioni, quale elemento del fascicolo virtuale degli operatori. Il sistema è fondato su requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi, che esprimono l'affidabilità dell'impresa in fase esecutiva, il rispetto della legalità, e degli obiettivi di sostenibilità e responsabilità sociale». Si ascolti, in tema, l'intervento di F. Decarolis, nel convegno *Il Nuovo Codice dei contratti pubblici 23 maggio 2023*, reperibile all'indirizzo <https://www.youtube.com/watch?v=HZnhzUqRY0o>.

¹⁸ Si leggano G. Spagnolo, *Reputation, competition, and entry in procurement*, *International Journal of Industrial Organization*, 2012, 30(3), 291 ss.; N. Doni, *L'affidamento mediante gara di contratti pubblici: l'importanza della reputazione*, in *Pol. ec.*, 2005, 2, 307 ss.

Ferme le cautele, la strada battuta dal fascicolo virtuale è secondo me convincente.

6. Digitalizzazione e apprendimento

L'accumulazione e l'analisi dei dati resa praticabile dalla digitalizzazione può segnare il passaggio ad un modo nuovo di teorizzare, *evidence based*, sobrio, scientifico, nel senso più misurato della parola, a partire dai fatti.

Si tratta dell'argomento a favore della digitalizzazione al quale personalmente sono più sensibile, perché penso prefiguri la possibilità di un cambiamento di visuale dal quale noi giuristi potremmo trarre profondo vantaggio.

L'impostazione crea le premesse per un modo nuovo di regolare, oltre che di teorizzare, al riparo dalla retorica e dal capriccio del dibattito politico.

La raccolta e lo sfruttamento dei dati sono condizione di un non meno essenziale processo di apprendimento, l'unico che può permetterci di fronteggiare condizioni di complessità e di incertezza¹⁹.

In questo spirito le soluzioni normative e amministrative divengono ipotesi da testare e correggere, di pari passo con l'accumulazione e la verifica delle informazioni, piuttosto che conclusioni azzardate.

Nella prospettiva di una lungimirante valorizzazione dell'informazione si colloca il progetto europeo di costituzione di uno spazio europeo dei Dati sugli appalti, contemplato dalla già menzionata Comunicazione della Commissione Europea dello scorso 16 marzo 2023²⁰.

¹⁹ Con le debite trasposizioni concettuali, J.G. March, *Exploration and Exploitation in Organizational Learning*, *Organization Science*, 1991, vol. 2, 1, 71 ss.; M. Cohen, R. Axelrod, *Harnessing Complexity*, New York, 2000; K.N. Lee, *Compass and Gyroscope: Integrating Science and Politics for the Environment*, Washington D.C., 1993.

²⁰ Il documento descrive un programma che scandisce tre fasi:

Fase 1: da ora fino al 2° trimestre 2023. La Commissione istituirà l'architettura di base dello spazio di dati sugli appalti pubblici e un insieme minimo di strumenti di analisi dei dati. TED sarà la prima fonte di dati;

Fase 2: dal 3° trimestre 2023 al 4° trimestre 2024; si svilupperà su tre percorsi di lavoro principali e paralleli: – la Commissione sosterrà gli Stati membri interessati a collegare i loro portali di pubblicazione nazionali allo spazio di dati sugli appalti pubblici attraverso il livello integrazione – la Commissione provvederà inoltre a sviluppare ulteriormente il set di strumenti di analisi dei dati e a integrare meccanismi come l'IA e altri per aiutare a identificare i modelli e a monitorare le politiche – il terzo aspetto è quello di integrare i dati storici di TED e, se possibile, dei portali nazionali, al fine di poter individuare le tendenze dell'ultimo decennio e prevedere meglio le tendenze future;

Fase 3: 2025 e oltre: si prevede di estendere ulteriormente la portata dei dati disponibili per l'analisi all'interno dello spazio di dati sugli appalti pubblici, cioè più precisamente di:

- collegare lo spazio di dati sugli appalti pubblici con le fonti di dati esistenti disponibili a livello dell'UE e degli Stati membri (ad esempio, i registri dei titolari effettivi, i registri delle imprese, i sistemi di fatturazione elettronica, ecc.) per poter generare ulteriori conoscenze, come ad esempio l'identità dei titolari effettivi dietro i fornitori;

7. Conclusioni

Naturalmente sfide e ostacoli non mancano, anche questo è emerso con chiarezza.

All'interno delle organizzazioni pubbliche può svilupparsi una comprensibile resistenza al cambiamento, aggravata dal deficit di formazione e di competenze, che di norma richiedono naturalmente tempo e risorse²¹.

La digitalizzazione degli acquisti spesso implica, ben oltre la dematerializzazione, una reingegnerizzazione dei processi esistenti, che può essere complessa e richiedere tempo.

Anche sul lato dell'offerta le differenze nell'accesso e nell'alfabetizzazione digitale tra le regioni e tra i diversi gruppi sociali possono creare disuguaglianze.

Non meno impegnative le sfide tecnologiche: integrazione, interoperabilità, sicurezza dei dati, tutela della *privacy* sono obiettivi che a loro volta richiedono tempo, denaro e fatica²².

Le prospettive di ricorso all'intelligenza artificiale, da un lato esaltanti, d'altro lato alzano la posta. Rendono tanto più cruciali condizioni di rispetto della *privacy*, protezione dei dati, prevenzione di discriminazioni, partecipazione umana alla decisione, trasparenza, anche sul funzionamento degli algoritmi. Resta ancora da capire sino a che punto sistemi di IA basati su apprendimento automatico e *deep learning* possono essere trasparenti e decifrabili.

È un orizzonte davvero vasto.

Mi limito ad un'osservazione. La digitalizzazione è strumento e requisito della contestuale opera di razionalizzazione delle committenze²³, altra condizio-

- aggiungere altri dati dal processo di appalto pubblico stesso, in modo da coprire l'intero ciclo di appalto, dalla fase precedente all'aggiudicazione a quella successiva.

A commento, M. Cozzio, *La commissione presenta l'iniziativa per uno spazio comune europeo dei dati degli appalti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2023, 2, 2 ss. Si legga anche M. Cozzio, *Pochi, incompleti e confusi. I dati di monitoraggio sulle applicazioni delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Riv. trim. app.*, 2021, 4, 1555 ss.; G.A. Benacchio, M. Cozzio, *La misurazione dei sistemi di contrattazione pubblica negli Stati dell'Unione europea. Metodo e strumenti*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, 2012, 319 ss.

²¹ Il report DESI 2022 (il *Digital Economy and Society Index* è lo strumento mediante il quale la Commissione Europea monitora la competitività digitale degli Stati Membri) p. 5, mostra che sul parametro Capitale umano e conoscitivo l'Italia è ben al di sotto rispetto alla media europea. Per un'analisi d'insieme, Deloitte, *La trasformazione digitale della Pubblica Amministrazione*, Camera dei Deputati, XVII Legislatura, Commissione parlamentare di inchiesta sul livello di digitalizzazione e innovazione delle pubbliche amministrazioni e sugli investimenti complessivi riguardanti il settore delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, acquisito durante l'audizione del 10 gennaio 2017.

²² G. Carullo, *Piattaforme digitali e interconnessione informativa nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, cit.

²³ Rinvio sul punto al tuttora attualissimo contributo di B. Mattarella, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5, 613 ss.; si vedano anche A. Botto, S. Castrovinci Zenna, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, 2020, 175 ss.; N. Dimitri, F. Dini, G. Piga, *When should procurement be centralized*, *Handbook of procurement*, cit., 47 ss.; A.S. Patrucco, T. Agasisti, A.H. Glas, *Structuring Public Procurement*, cit., 47 ss.

ne extra-normativa dalla quale viene a dipendere il successo delle norme, secondo l'aperto riconoscimento contenuto nella stessa relazione di accompagnamento al Codice.

Aleggiano sul parallelo processo di digitalizzazione e di razionalizzazione della domanda pubblica interrogativi che secondo me andrebbero affrontati alla stregua di una visione consapevole e dichiarata del futuro, affrancata dalla pressione implicita e sotterranea del miscuglio tossico di contingenti debolezze organizzative e termini stringenti.

La necessità di una visione, di un progetto, è tanto più pressante al cospetto del divario tra capacità tecnologiche della parte pubblica e di quella privata.

Sarebbe paradossale se accadesse che il tentativo di aprire il mercato, sul lato dell'offerta, approdasse ad una costruzione della domanda pubblica, con la stappella dei privati, minacciata dal pericolo di anchilose o di asimmetrie informative ben più temibili di quelle inizialmente combattute.

Penso d'altro lato che la sfida debba essere raccolta, che sarebbe sbagliato pensare di giocare questa partita in difesa; ci sono grandi opportunità da cogliere, sia nella materia dei contratti pubblici in se stessa²⁴ sia sul piano dello sviluppo del paese e delle tecnologie, ove la p.a. potrebbe candidarsi al ruolo strategico di volano e di fattore propulsivo del cambiamento.

remment in *Local Governments: The Effect of Centralization, Standardization and Digitalization on Performance*, in *Public Performance & Management Review*, 2020.

²⁴ Ove i margini di efficientamento connessi alla digitalizzazione potrebbero aggirarsi attorno al 10-20%, secondo la Commissione, con risparmi anche diretti imponenti; comunicazione del 2017 *Making public procurement work in and for Europe* e comunicazione del 2012, n. 179, su *Una strategia per gli appalti elettronici*.

Maurizio Cafagno - Abstract

La digitalizzazione dei contratti pubblici alla luce del ripensamento del rapporto tra vincoli ed obiettivi nel nuovo codice

Il contributo riflette sull'impatto che la digitalizzazione e le nuove tecnologie possono avere sul cambiamento di prospettiva che l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici promette di produrre in seno alle pubbliche amministrazioni, con particolare riferimento all'obiettivo di fondo della rimodulazione del rapporto tra vincoli e obiettivi all'interno della disciplina dei contratti stessi ed ai nuovi istituti o strumenti che a vario titolo possono essere richiamati in ordine a tale tematica.

Digitalization of public contracts in light of rethinking the relationship between constraints and objectives in the new code

The article reflects on the impact that digitalization and new technologies may have on the change in perspective that the entry into force of the new Public Contracts Code promises to produce within public administrations, with particular reference to the underlying objective of reshaping the relationship between constraints and objectives within the discipline of the contracts themselves and to the new institutions or instruments that in various ways may be invoked with regard to this issue.

Il rischio operativo e i suoi confini

Gian Franco Cartei

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Partenariato pubblico-privato e contratto di concessione: la determinazione della efficiente allocazione del rischio. – 3. Il contratto di concessione: la traslazione del rischio, le sue varianti, la sorte e l'ambito del rischio di disponibilità e costruzione. – 4. La misura del rischio ed il contributo pubblico. Le incertezze sulla sua determinazione e la rilevanza del piano economico-finanziario. – 5. L'ambito ed i confini del rischio operativo. – 6. L'esecuzione e la revisione del contratto. I termini della questione e le novità del Codice. – 7. Revisione del contratto e clausole generali: la valutazione del concedente. – 8. Esecuzione e principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale di cui all'art. 9 del Codice. Il raffronto con il contratto di appalto. – 9. Revisione del contratto e poteri del concedente.

1. *Premessa*

È un dato di comune constatazione che la disciplina contenuta nel d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 con riguardo al contratto di concessione è nata non sotto l'impulso di una nuova direttiva europea, ma per ragioni in larga parte interne all'ordinamento nazionale, siccome elencate nella Relazione tecnica di accompagnamento al testo del Codice redatto dalla Commissione speciale all'uopo incaricata (di seguito, la Relazione).

Tra gli obiettivi della riforma la Relazione indica l'individuazione di un quadro chiaro sulla ripartizione dei rischi. E proprio il rischio, soprattutto nella declinazione del rischio operativo, costituisce l'oggetto delle presenti riflessioni in quanto essenza e sostanza del contratto di concessione, quasi una sua metafora verrebbe da dire¹. La prospettiva prescelta può sembrare – e sicuramente in parte è – poco originale: *rischio*, infatti, è lemma presente sin dalle comunicazioni fondative della Commissione di inizio secolo e da lì è transitato nei vari testi normativi sino a plasmare l'impostazione sistematica del nuovo Codice.

¹ Cons. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 22.

Nessun dubbio che il rischio costituisca tuttora il cardine e fulcro sistemico della disciplina originaria il cui sostrato concettuale risale alla vecchia legge-quadro 11 febbraio 1994, n. 109². Costituirebbe, tuttavia, un errore immaginare che non sussistano differenze rispetto al passato. Alcune di queste riguardano l'impostazione generale della disciplina ed il suo inquadramento sistematico, altre attengono direttamente alla nozione e disciplina del rischio. Qualunque sia la prospettiva accolta, e qualunque giudizio si voglia formulare sul nuovo assetto normativo, il testo non appare privo di incertezze interpretative, in parte ereditate dal passato, in parte prodotte dalla nuova disciplina, tanto da consegnarci una nozione tutt'altro che chiara e distinta. Le une e le altre meritano, dunque, di essere indagate partendo a tal fine dall'impostazione generale e, in particolare, dalle disposizioni generali che aprono il Libro IV intitolato «Del partenariato pubblico-privato e delle concessioni». La scelta operata dagli estensori del Codice, infatti, ha riflessi anche sull'oggetto delle presenti riflessioni. Già in quella sede, infatti, la nozione di rischio operativo ricopre un ruolo rilevante.

2. *Partenariato pubblico-privato e contratto di concessione: la determinazione della efficiente allocazione del rischio*

L'analisi sul rischio nelle concessioni non sembra poter prescindere dalla disciplina sul partenariato pubblico-privato siccome tratteggiata nelle disposizioni di cui agli articoli 174 e 175. Il nuovo Codice muta l'impostazione del precedente che collocava i contratti di partenariato in posizione distinta e successiva rispetto a quelli di concessione. Nel Codice vigente, infatti, come sottolinea la *Relazione*, la scelta risulta quella opposta: anteporre la nozione di partenariato alla concessione, valorizzando così il principio e criterio direttivo contenuto nella l. delega 21 giugno 2022, n. 78³, nonché quanto operato dagli estensori del P.N.R.R. che

² Per cui nel contratto di concessione, come noto, esiste un carattere distintivo rispetto all'appalto ed il rapporto concessorio, almeno nella sua versione tradizionale, ha carattere trilatero; si richiamano, quali pronunce emblematiche sul rapporto concessorio, Corte di Giustizia, III, 10 settembre 2009, causa C-206/08 *Eurawasser* (punti 52, 59, 66 e 67 in diritto) in *Raccolta della Giurisprudenza*, 2009, I-08377; Corte di Giustizia, III, 10 marzo 2011, causa C-274/09, *Siadler*, (punto 37 in diritto), in *Raccolta della Giurisprudenza*, 2011, I-01335.

³ In cui nell'art. 1, c. 2, lett. *aa*) è prevista la «razionalizzazione, semplificazione, anche mediante la previsione di contratti-tipo e di bandi-tipo, ed estensione delle forme di partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo alle concessioni di servizi, alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, anche al fine di rendere tali procedure effettivamente attrattive per gli investitori professionali, oltre che per gli operatori del mercato delle opere pubbliche e dell'erogazione dei servizi resi in concessione, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti.».

nel modello partenariale hanno individuato uno dei riferimenti operativi di maggior rilevanza⁴.

In realtà, si è trattato di una scelta non scontata: quello di partenariato pubblico-privato, infatti, è un concetto non presente nella Direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, così come non è presente in altri ordinamenti europei⁵. È, invece, nozione più volte menzionata in passato nelle comunicazioni della Commissione Europea e riferita all'evoluzione del ruolo dello Stato propria degli anni a cavallo del nuovo secolo che da operatore diretto è divenuto regolatore e controllore⁶. Come noto, in ambito europeo la nozione non ha mai superato la dimensione descrittiva⁷, tuttavia, proprio in quell'ambito sono stati posti in rilievo taluni caratteri tuttora centrali per il tema in esame, nei quali è presente un chiaro riferimento al rischio quale elemento obbligatorio di ogni forma di partenariato e, in specie, del contratto di concessione, in cui «[...] il concessionario, il quale di solito finanzia almeno una parte dei progetti, sopporta il rischio inerente a tale sfruttamento»⁸.

Merita, pertanto, prendere le mosse dall'apporto fornito dalla Commissione Europea perché la disposizione con cui si apre il Libro IV, Parte I, sul partenariato pubblico-privato e le concessioni compendia quanto già affermato nel Libro verde del 2004 per quanto riguarda le caratteristiche fondamentali delle operazioni di partenariato, le quali sono così rappresentate: 1) la collaborazione di lungo periodo tra la pubblica Amministrazione ed il *partner* privato; 2) la modalità di finanziamento del progetto fondata in larga misura dalle garanzie fornite dalla parte privata; 3) la ripartizione dei compiti che assegna alla parte privata la responsabilità delle varie fasi di vita del progetto ed a quella pubblica la defini-

⁴ G. Montedoro, *Introduzione al volume Finanza di progetto, PPP e concessioni. Interpretazioni generative e sviluppo integrato*, a cura di G.F. Cartei e M. Ricchi, Napoli, 2024; L. Zanghi Buffi, *Il partenariato pubblico-privato: le concessioni e la finanza di progetto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 366 ss.

⁵ Quello spagnolo, ad esempio, disciplina unicamente il contratto di concessione, non quello di PPP.

⁶ Da ultimo S. Fantini e H. Simonetti, *Le concessioni e il partenariato pubblico-privato*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici, Gli speciali del Il Foro Italiano*, 2023, 218. Si richiamano, in particolare, Commissione delle Comunità Europee 30 aprile 2004, Libro verde relativo ai Partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, COM (2004), 327 definitivo; Commissione delle Comunità Europee sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti e concessioni, 15 novembre 2005, COM(2005), 569 definitivo; Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI), 5 febbraio 2008, C(2007)6661.

⁷ M.P. Chiti, *Il Partenariato Pubblico-Privato e la nuova direttiva concessioni*, in *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato. (Temi europei, istituti nazionali e operatività)*, a cura di G.F. Cartei e M. Ricchi, Napoli, 2015, 3 ss.; sugli elementi di criticità del modello, S. Valaguzza E. Parisi, *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, in *Munus*, 2020, 1.

⁸ Commissione delle Comunità Europee sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti e concessioni, 15 novembre 2005, cit.

zione degli obiettivi e la funzione di verifica e di controllo; 4) la ripartizione dei rischi, addebitati di solito al soggetto privato.

Seppur rinnovato, nel modello partenariale e consorzio persistono profili di incertezza riguardanti il procedimento di esternalizzazione, l'oggetto e la natura dell'attività esternalizzata (si esternalizza un servizio, sovente un servizio pubblico), il ruolo ed i compiti del concedente, la misura del corrispettivo e la medesima nozione di rischio del concessionario. Si tratta di profili tra loro embricati e su taluni sarà necessario tornare, malgrado il tema delle presenti riflessioni si limiti essenzialmente al rischio di gestione.

E proprio il rischio, nella formulazione di rischio operativo, è presente nella disciplina generale sui contratti di partenariato già nella disposizione di cui all'art. 174, c. 1, lett. d), secondo cui esso ricade sulla parte privata. La previsione, come vedremo, costituisce una indicazione di massima, così come costituisce una previsione generale l'indicazione contenuta nell'art. 175, c. 2, secondo cui la «valutazione preliminare di convenienza e fattibilità» di ogni contratto di partenariato deve essere incentrata, tra gli altri elementi, sulla «efficiente allocazione del rischio operativo». La norma non precisa in che cosa consista l'efficiente allocazione del rischio e quando questa possa dirsi raggiunta, rimandando implicitamente sul punto alle disposizioni sul contratto di concessione. Tuttavia, analizzando la norma è agevole desumere che, siccome il rischio in questione è di natura economica⁹, l'efficienza cui essa si riferisce non può abdicare a criteri di natura economico-finanziaria.

La nozione di rischio operativo è presente, altresì, nella previsione contenuta nell'art. 175, c. 6, secondo cui la permanenza del rischio operativo in capo al concessionario deve essere oggetto costante del controllo del soggetto concedente. Il controllo di cui parla la norma è rappresentato dall'attività di monitoraggio e relative modalità che il concedente era chiamato a svolgere durante il ciclo di vita del contratto già durante la vigenza del Codice previgente ed alla cui rilevanza si era già richiamato il Libro verde del 2004¹⁰. Sul punto la norma echeggia, pertanto, quanto già contenuto nelle disposizioni di cui agli art. 181, c. 4, e 182, c. 2, del vecchio Codice¹¹ e successivamente sviluppato in apposite linee gui-

⁹ Come rileva il cons. n. 18 della Direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

¹⁰ Commissione delle Comunità Europee, 30 aprile 2004, *Libro verde relativo ai Partenariati Pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni* (punto 22), cit., in cui si rileva che nel modello consorzio sussisterebbe un «legame diretto esistente tra il *partner* privato e l'utente finale: il *partner* privato fornisce un servizio al pubblico, 'in luogo', ma sotto il controllo del *partner* pubblico».

¹¹ Sul punto si richiama M. Ricchi, *L'architettura dei Contratti di Concessione e di Partenariato Pubblico Privato nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici d. lgs 50/2016*, in *Riv. giur. mezz.*, 2016, 825 ss., il quale vi individua l'attuazione del principio di effettività della traslazione del rischio operativo in tali tipologia contrattuali.

da da parte dell'Autorità nazionale anticorruzione¹². La previsione postula, altresì, un obbligo di collaborazione per entrambe le parti contraenti, riferibile ai principi di cui all'art. 1, c. 2-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, ma appare certo il profilo di responsabilità a carico del soggetto concedente in caso di condotta omissiva¹³.

Un'ultima notazione concernente il rischio proviene dall'art. 175, u. c., secondo cui le decisioni Eurostat valgono soltanto ai fini di contabilità pubblica. In tal caso il riferimento è, in primo luogo, ai rischi di cui alla nota decisione dell'Ufficio Statistico Europeo (*Eurostat*) 11 febbraio 2004 (*Treatment of public-private partnership*), con cui si è stabilito che per le operazioni di partenariato pubblico-privato in cui il soggetto pubblico risulti essere l'acquirente principale dei servizi, l'iscrizione dei beni oggetto di tali operazioni sono registrabili fuori del bilancio delle amministrazioni aggiudicatrici (*off balance*) a condizione che sussista un sostanziale trasferimento del rischio a carico del soggetto privato. Si tratta delle cosiddette opere fredde, in cui viene meno il rapporto trilatero tipico del contratto di concessione¹⁴, per le quali il contributo finanziario del concedente è condizione essenziale per il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario dell'intera operazione¹⁵. In tali circostanze, l'opera può essere contabilizzata nel bilancio del soggetto privato soltanto se risulta trasferito, oltre al rischio di costruzione, almeno uno tra i rischi di domanda e di disponibilità¹⁶.

La disposizione di cui all'art. 175, u.c., peraltro non presente nel testo licenziato dalla Commissione speciale, ha un significato che merita subito evidenziare ricordando che il rischio nel Codice previgente era al contempo regola metodologica per la corretta contabilizzazione degli investimenti pubblici e criterio di classificazione di un contratto come concessione. Questa sovrapposizione ha condizionato la nozione di rischio operativo che ha finito per assumere la tassonomia nota alla prassi internazionale per la corretta imputazione contabile degli investimenti in opere pubbliche.

¹² Autorità Nazionale Anticorruzione, Linee Guida n. 9, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «*Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*», approvate con delibera 28 marzo 2018, n. 318 in cui lo strumento di controllo sull'operatore privato è individuato nella elaborazione della «*matrice dei rischi*» dove sono indicati la tipologia di rischio, la loro natura e allocazione, la loro probabilità di manifestazione e gli strumenti per la loro mitigazione.

¹³ Tale profilo appena accennato nel testo sarà ripreso in occasione del tema delle sopravvenienze in cui l'amministrazione è chiamata a svolgere una condotta di controllo preventivo.

¹⁴ Sulla trilateralità quale situazione tipica del rapporto concessorio vedi già F. Goisis, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e lavori*, in *Dir. Amm.*, 2011, 706 ss.

¹⁵ M. Baldi, *Partenariato pubblico-privato e concessioni*, in *Urb. App.*, 2023, 290 ss.

¹⁶ Sulla disciplina che trae origina dalla decisione Eurostat del 2004 ed i suoi sviluppi ed applicazioni recenti si richiama L. Martiniello, *Profili di contabilizzazione pubblica delle operazioni di PPP ed utilizzazione delle risorse del PNRR*, in *Finanza di progetto, PPP e concessioni. Interpretazioni generative e sviluppo integrato*, cit., 284 ss.

La norma in esame intende sciogliere questa commistione mantenendo in vigore le disposizioni di natura contabile evitando, tuttavia, che il criterio contabile costituisca, altresì, un criterio di legittimità amministrativa come accaduto durante la vigenza del codice previgente, che limitava il valore complessivo del contributo pubblico stabilito a favore del concessionario ad una percentuale del costo complessivo comprensivo di eventuali oneri finanziari¹⁷.

3. *Il contratto di concessione: la traslazione del rischio, le sue varianti, la sorte e l'ambito del rischio di disponibilità e costruzione*

Le considerazioni svolte da ultimo introducono al tema del rischio nel contratto di concessione destinato ad assumere tanta più pregnanza nella disciplina attuale in quanto il contratto di concessione risulta applicabile a qualsiasi pubblica infrastruttura. Ma valutazioni del tutto analoghe possono formularsi per altra materia plasmata dal diritto europeo in nome dell'apporto del privato all'esercizio di attività tradizionalmente pubbliche: i servizi di interesse economico generale¹⁸. Oltre alla disposizione di cui all'art. 176, c. 2, occorre ricordare, infatti, che per i servizi di carattere locale la norma di cui l'art. 15 del recente d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 chiede che l'affidamento dei medesimi avvenga «favorendo [...] il ricorso a concessioni di servizi rispetto ad appalti pubblici di servizi, in modo da assicurare l'effettivo trasferimento del rischio operativo in capo all'operatore»¹⁹. Ed il *favor* espresso per il contratto di concessione in luogo di quello di appalto si spiega in considerazione che il primo risulta in grado di garantire una maggiore esternalizzazione del servizio proprio in virtù del trasferimento del rischio di gestione²⁰.

¹⁷ Percentuale pari, secondo l'art. 165, c. 2, al quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo; si richiamano S. Fantini e H. Simonetti, *Le concessioni e il partenariato pubblico-privato*, cit., 225.

¹⁸ Ancorché si tratti di materia in cui l'elemento della politicità delle scelte e della titolarità pubblica delle medesime continui ad avere un peso tutt'altro che trascurabile; sul punto S. Valaguzza, *Pubblici servizi, interesse generale, private e modelli concorrenti (anche alla luce del nuovo Testo unico sui servizi pubblici locali)*, in *Munus*, 2022, 303 ss.

¹⁹ Merita ricordare che sul piano storico la concessione è rimasto a lungo il più importante dei modi di gestione dei servizi pubblici, come ricordano L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, 389 ss.; C. Corsi, *Le concessioni di lavori e di servizi*, in *Il partenariato pubblico-privato (Concessioni Finanza di progetto Società miste Fondazioni)*, a cura di M.P. Chiti, Napoli, 2009, 32. Sul trasferimento al gestore del rischio operativo quale elemento centrale della disciplina del contratto di concessione, S. Valaguzza, *PPP e servizi pubblici anche alla luce della normativa di riordino dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Finanza di progetto, PPP e concessioni. Interpretazioni generative e sviluppo integrato*, cit., 125 ss.; sul significato di servizio pubblico locale di interesse economico generale e sulla sua derivazione dal diritto europeo secondo una direzione di una più ampia liberalizzazione si richiama G. Scaccia, *Oggetto*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. Chieppa, G. Bruzzone, A. Moliterni, Milano, 2023, 57 ss.

²⁰ Cfr. A. Moliterni, *Affidamento mediante procedura a evidenza pubblica*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., 262 ss., secondo cui la scelta del contratto di concessione in luogo di quello di appalto avviene sulla base di una domanda da parte dell'utenza e conseguente rapporto obbligatorio trilatero.

Come noto, secondo l'art. 165, c. 1, del Codice previgente il ricorso alla concessione era limitato ai contratti in cui «[...] la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato»; il riferimento normativo, almeno per come è stato inteso, era alle opere cosiddette «calde», intendendosi per tali quelle infrastrutture capaci di generare reddito attraverso la fruizione da parte dei terzi. Per contro, nei casi di contratti per la realizzazione e gestione di opere e servizi a tariffazione sull'Amministrazione perché destinati alla fruizione del solo ente concedente – le già menzionate opere «fredde», quali le carceri, le scuole e gli ospedali – valeva il ricorso ai contratti di partenariato pubblico-privato di cui agli articoli 180 e ss.

In realtà, la suddetta distinzione non risultava sempre chiara²¹, così come chiara neppure risultava la distinzione tra il contratto di concessione ed i contratti di partenariato che a quella distinzione si riferiva²². Oltretutto, dalla direttiva del 2014 affiorava l'indicazione opposta di ammettere alla disciplina della concessione ogni tipo di opera, incluse, pertanto, quelle destinate alla fruizione del solo ente concedente²³. Verosimilmente, la spiegazione della scelta operata dal legislatore nazionale andava ricercata nella preoccupazione di non consentire alle amministrazioni l'aggiramento dei limiti dell'indebitamento pubblico e delle procedure di aggiudicazione proprie del contratto di appalto²⁴.

Ad ogni modo, quale che fosse la ragione di suddetta distinzione tra le due formule contrattuali, merita segnalare che la medesima aveva anche un riflesso lessicale, riservandosi la denominazione di rischio operativo al contratto di concessione e quella generica di rischio ai contratti di partenariato²⁵. E ciò malgrado che le declinazioni tassonomiche fossero poi le stesse, valendo, infatti, per entrambe le fattispecie contrattuali le categorie del rischio di mercato, rischio di disponibilità e rischio di costruzione.

²¹ In realtà, alle tipologie di opere ed alla distinzione opere calde/opere fredde va aggiunta anche la categoria, ben nota nella prassi, delle c. d. «opere tiepide», la quale, in vero, non allude tanto ad una specifica categoria di opere, quanto alla necessità per la realizzazione di talune opere di corrispondere da parte dell'ente concedente un contributo pubblico; sul contributo pubblico si v. *infra* nel testo. Sulla distinzione delle opere pubbliche in calde, fredde e tiepide, si richiama A. Botto S. Castrovinci Zenna, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, 2020, 207 ss.

²² Sia consentito sul punto rinviare a G.F. Cartei, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2018, 613 ss; da ultimo lo rileva M.P. Chiti, *La disciplina generale del partenariato pubblico-privato nel nuovo codice dei contratti pubblici. Un modello per lo spazio amministrativo europeo*, in *Finanza di progetto, PPP e concessioni. Interpretazioni generative e sviluppo integrato*, cit., 4 ss.; nonché G. Manfredi, *Note su finanza di progetto, concessioni, partenariato*, in *Urb. App.*, 2024, 458.

²³ Si v. il cons. n. 18 della Direttiva; a ben vedere anche la norma di cui all'art. 143 del Codice del 2006 consentiva il ricorso alla concessione per le opere fredde, si richiama sul punto M. Ricchi, *La Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. App.*, 2014, 743.

²⁴ Preoccupazione non infondata se anche l'esperienza inglese segnala l'esistenza di prassi poco virtuose, secondo quanto segnala T. Prosser, *The Economic Constitution*, Oxford, 2014, 230 ss.

²⁵ Di rischio senza alcun'altra qualificazione parlano, infatti, le norme di cui all'art. 3, c. 1, lett. eee) sulla definizione di «contratto di partenariato pubblico-privato» e l'art. 180, c. 2, sul rischio e le sue declinazioni.

Il nuovo Codice assume la formula unificante di rischio operativo per tutti i contratti di partenariato, secondo quanto risulta già dalle disposizioni di cui agli artt. 174 e 175. Con specifico riguardo alla concessione, la norma di cui all'art. 177, c. 1, del Codice prevede che «L'aggiudicazione di una concessione comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi e comprende un rischio dal lato della domanda dal lato dell'offerta o da entrambi». Si tratta della medesima formula contenuta nella disposizione di cui all'art. 3, c. 1, lett. zz) del Codice previgente, a sua volta mutuata dalla norma contenuta nell'art. 5 della Direttiva europea. Invero, neppure le definizioni di rischio sul lato della domanda e rischio sul lato dell'offerta presentano particolari novità esegetiche: entrambe, infatti, erano già presenti nella Direttiva²⁶.

Se non paiono sussistere dubbi sul significato attribuibile al rischio sul lato della domanda, associabile al tradizionale rischio di mercato, non altrettanto sembra potersi dire sul significato da attribuire alla formula «rischio sul lato dell'offerta», declinato come quello «[...] associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda al livello qualitativo e quantitativo dedotto in contratto». Si tratta del rischio, presente soprattutto nei contratti in cui non sussiste un rischio di domanda ed il posto dell'utenza è assunto dalla pubblica Amministrazione quale soggetto al tempo fruitore o pagatore, dipendente non dal mercato, ma dal concessionario. Tale rischio era denominato dalla disposizione di cui all'art. 3, c. 1, lett. bbb) del Codice anteriore rischio di disponibilità e come tale resta nella nuova disciplina, occupando un'area diversa dalle ipotesi tipiche di inadempimento contrattuale e riferita alle modalità di erogazione del servizio, secondo quanto rilevato dalla medesima Corte di Giustizia allorché ha individuato il rischio del concessionario, altresì, «nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio»²⁷.

Non mancano dati testuali a confermare la rilevanza del rischio di disponibilità quale declinazione del rischio operativo anche nella nuova disciplina. Basti richiamare quanto previsto dall'art. 177, c. 4, allorché configura come concessionari, altresì, quei contratti in cui il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti «[...] dipende esclusivamente [...] dalla loro fornitura»; così come è la stessa norma a prevedere che nei casi di contratti che si caratterizzino soltanto per

²⁶ Si veda il cons. n. 20.

²⁷ Corte di Giustizia, 10 marzo 2011, in causa C-274/09, *Stadler* (punto 33 in diritto), in *Raccolta della Giurisprudenza 2011 I-01335*; a conferma del perimetro del c.d. rischio di disponibilità basti richiamare quanto previsto dall'art. 177, c. 4, allorché configura come concessionari, altresì, quei contratti in cui il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti «[...] dipende esclusivamente [...] dalla loro fornitura»; così come è la stessa norma a prevedere che nei casi di contratti che si caratterizzino soltanto per un rischio sul lato dell'offerta il corrispettivo deve essere erogato solo a fronte della disponibilità dell'opera, approntando all'uopo un sistema di penali ogniqualvolta detta disponibilità venga limitata o compromessa. Pare chiaro che il riferimento alla fornitura e disponibilità dell'opera sia correlato alla capacità del concessionario di garantire la fruizione del servizio secondo i parametri pattuiti.

un rischio sul lato dell'offerta il corrispettivo deve essere erogato solo a fronte della disponibilità dell'opera, approntando all'uopo un sistema di penali ogniqualvolta detta disponibilità venga limitata o compromessa. Pare chiaro che il riferimento alla fornitura e disponibilità dell'opera sia correlato alla capacità del concessionario di garantire la fruizione del servizio secondo i parametri pattuiti.

Considerazioni analoghe valgono per il rischio di costruzione. Nella disciplina previgente, come noto, anche questa *species* di rischio era previsto all'interno della nozione di rischio operativo e definita quale «rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera»²⁸. Nel Codice vigente manca un'analogia indicazione, ma anche in questo caso, tuttavia, si tratta di una omissione che non sembra implicare alcuna forma di abrogazione: il rischio di costruzione mantiene, infatti, la sua centralità –soprattutto, ovviamente, nella concessione di lavori- e indici della sua esistenza, seppur impliciti, ma decisi sono rinvenibili ad iniziare da quanto afferma la disposizione di cui all'art. 174, c. 1 allorché richiama «d) il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi [...]». E non mancano ulteriori riscontri come quello fornito dalla previsione di cui all'art. 177, c. 1, secondo cui il rischio operativo è pur sempre legato «alla realizzazione dei lavori», e quello contenuto nella disposizione di cui all'art. 178, c. 1, secondo cui la durata delle concessioni è determinata «in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario». Infine, per le ragioni che vedremo, al rischio di costruzione si riferisce la disciplina sull'intervento pubblico di sostegno di cui all'art. 177, c. 6²⁹.

4. *La misura del rischio ed il contributo pubblico. Le incertezze sulla sua determinazione e la rilevanza del piano economico-finanziario*

Una questione meritevole di riflessione concerne la misura di rischio necessaria affinché un contratto possa qualificarsi come concessione. L'affermazione consolidata, e risalente almeno alla direttiva 93/37/CEE³⁰, secondo cui il criterio distintivo della concessione risiede «nel fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato

²⁸ Si tratta della disposizione di cui all'art. 3, primo comma, lett. aaa); sul punto si vedano le Linee Guida ANAC, n. 9 del 28 marzo 2018, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato, secondo cui nel rischio di costruzione vanno ricompresi i rischi relativi alla progettazione e all'inadeguatezza della tecnologia utilizzata.

²⁹ Invero, un riferimento al rischio di costruzione sembra potersi ricavare, altresì, già dalla norma di cui all'art. 174, c. 1, lett. c) sulla nozione di partenariato pubblico-privato allorché afferma che «alla parte privata spetta il compito di realizzare e gestire il progetto [...]».

³⁰ Art. 1, lett. d), Direttiva 93/37/CEE sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori.

da un prezzo», merita di essere revocata in dubbio siccome rappresentazione non fedele della realtà effettuale in tutti i casi in cui l'alea relativa alla gestione non viene integralmente trasferita al concessionario. Così come non appare riflettere del tutto la realtà giuridica neppure l'affermazione altrettanto comune che pone l'accento sulla natura di rischio imprenditoriale del rischio operativo e sulla aleatorietà, intesa come imponderabilità, della domanda di prestazioni cui è esposto il rapporto concessorio³¹.

La questione non è affatto secondaria: il rischio e la sua misura, come noto, contribuiscono, infatti, ad individuare il trasferimento effettivo della responsabilità della gestione e, come tale, a segnare la differenza tra il contratto di concessione e quello di appalto³². La stessa scelta della locuzione «rischio operativo» in luogo di quella originariamente proposta di «rischio operativo sostanziale» non fu il frutto di una scelta casuale, ma dell'intento di eliminare il pericolo legato a stime quantitative soggettive³³.

Per contro, l'impressione che si ricava è che la dimensione e la misura del rischio non siano sempre determinabili secondo criteri prestabiliti e tradizionalmente accettati, ma, seguendo le variabili dettate da circostanze esterne al contratto, si prestino a valutazioni di carattere discrezionale³⁴. In tal senso, anche il principio oramai canonizzato, secondo cui il rischio deve essere attribuito alla parte che meglio appare in grado di gestirlo non sembra appagante³⁵. Si tratta, infatti, di un principio che concerne la ripartizione dei rischi, ma non la loro la loro misura e determinazione. A loro volta le formule descrittive contenute nelle comunicazioni della Commissione paiono oscillanti³⁶, così come non paiono

³¹ Così, ad esempio, Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2023, n. 1042 (punto 8.2 in diritto), in *DeJure.it*.

³² G. Montedoro, *La disciplina delle concessioni nella nuova direttiva-quadro in attesa della disciplina compiuta del partenariato pubblico privato*, in *Nuovo diritto degli appalti pubblici dopo la direttiva n. 18 del 2004*, a cura di M.A. Sandulli e R. Garofoli, Milano, 2005, 134.

³³ S. Levstik, *Proposta di Direttiva sulle Concessioni: una prima analisi ricognitiva*, in *Negoziazioni pubbliche (Scritti su Concessioni e Partenariati Pubblico-Privati)*, a cura di M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Botto, Milano, 2013, 143.

³⁴ Sembra confermare quanto affermato nel testo quanto scritto nel *Libro verde relativo ai Partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, cit., punto 1.1, secondo cui «La ripartizione precisa dei rischi si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi».

³⁵ Si tratta di affermazione assai diffusa; da ultimo anche Corte dei conti Europea, *Partenariati pubblico-privato nella UE: carenze diffuse e benefici limitati*, n. 09/2018, 13; in tema vedi già Commissione delle Comunità Europee, *Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario* (punto 2.1.2), cit.; Autorità Nazionale Anticorruzione, Det. 23 settembre 2015, n. 10, *Linee guida per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici e di servizi* ai sensi dell'art. 153, D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163; più di recente, altresì, Autorità Nazionale Anticorruzione, *Linee Guida n. 9, recanti «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato»*, cit., (punto 1.1).

³⁶ Oscillazioni che si rilevano anche nella comunicazione della Commissione delle Comunità Europee, *Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, in *Foro. it.*, 2000, IV, 400 (punto 2.1.2), con nota di A. Barone e U. Bassi, *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario: spunti ricostruttivi*.

risolutive neppure le formulazioni esplicative contenute nella Direttiva del 2014, le quali paiono convergere su un unico aspetto, chiaro ma scontato: il rischio non può essere eliminato. Ma quale e quanta parte di rischio possa essere limitata, così restando a carico dell'amministrazione, non è, però, indicata malgrado le possibili conseguenze in termini di qualificazione del contratto³⁷.

A ben vedere anche la *ratio decidendi* alla base delle pronunce della Corte di Giustizia stenta ad individuare un criterio semantico unitario: all'indirizzo, infatti, che associa il rischio concessorio al «rischio di esposizione all'alea del mercato [...]» in senso stretto³⁸, si contrappone altro orientamento in cui il giudice europeo non esita ad affermare che il rischio in questione possa essere anche soltanto meramente «significativo» o, comunque, «molto ridotto»³⁹.

In questi termini il contratto di concessione è destinato a restare sempre in bilico sul filo teso della corretta qualificazione giuridica. E l'esperienza del passato non ha mancato di registrare discutibili ripartizioni dei rischi tra i contraenti. Si comprendono, pertanto, le perplessità espresse all'epoca dalla Commissione⁴⁰ e confermate dal Consiglio di Stato in occasione dello Schema di Decreto legislativo recante «Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50»⁴¹.

In considerazione che il rischio resta l'elemento scriminante del contratto di concessione occorre individuare un criterio che ne assicuri la permanenza nella sfera del concessionario. A tal fine, occorre porre a premessa sistematica l'indi-

³⁷ Si richiama quanto affermato nei cons n. 18 e 19.

³⁸ Corte di Giustizia, 10 marzo 2011, in causa C-274/09, *Stadler* (punto 37), cit., secondo cui il rischio concessorio si traduce «nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio di insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio»; Corte di Giustizia, 10 novembre 2011, in causa C-348-10 (punto 48), *Norma A SIA*, in *GU C 246 dell'11.09.2010*; Corte di Giustizia, sez. VII, 10 maggio 2015, in causa C-269/14, *Kansanelakelaitos*, in *EUR-Lex.it*.

³⁹ Corte di Giustizia, sez. III, 10 settembre 2009, in causa C-206/08, *Eurawasser*, (punti 74, 77 e 78), in *www.dirittodeiservizi pubblici.it*; analogamente Corte di Giustizia, sez. III, 25 marzo 2010, in causa C-451/08, *Helmut Müller GmbH*, ivi, (punto 75 ss.), in *Publ. Proc. Law Rev.*, 2010, 125 ss; R. Caranta, *The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works*, cit., 430; si veda anche Corte di Giustizia, 10 novembre 2011, in causa C-348-10 (punto 45), in *Urb. App.*, 2012, 287 ss., con nota di R. Caranta, *La Corte di Giustizia ridimensiona la rilevanza del rischio di gestione*; sul punto anche la Risoluzione del parlamento Europeo sui nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici, 18 maggio 2010 (2009/2175/INI), paragrafo n. 13; si v. già la nota sentenza Corte di Giustizia, 13 ottobre 2005, in causa C-458/03, *Parking Brixen*, in *Urb. App.*, 2006, 31 ss, con nota di P. LOTTI, *Concessioni di pubblici servizi, principi dell'in house providing e situazioni interne*.

⁴⁰ Commission Staff Working Document, *Impact Assessment of an Initiative on Concessions*, Brussels, 20 dicembre 2011, SEC(2011), 1588 final (par. 4.1.1. nota 60), secondo cui la giurisprudenza della Corte di Giustizia «is still not sufficiently clear, in particular regarding the level of operating risk to be transferred to the economic operator so that a contract can qualify as a concession (it seems that case C-437/07, *COM vs. Italy* [2008] I-00153 and case C-300/07, *Oymanns* [2009], are difficult to interpret along with case C-206/08 *Eurawasser* on this particular issue)».

⁴¹ Cons. Stato, Parere n. 351, reso in data 13 febbraio 2017, in *Giust. Amm.*.

cazione contenuta nella norma di cui all'art. 175, c. 2, del Codice, sulla «efficiente allocazione del rischio operativo», in cui il riferimento all'efficienza, trattandosi di un rischio di natura economica, appare un criterio di misura da valutare in termini non tanto giuridici, quanto piuttosto economico-finanziari. In tal senso, il concetto di rischio operativo è sì nozione giuridica, il cui contenuto ed articolazione si esplicitano nelle clausole contrattuali, ma per il suo trasferimento occorre guardare al bando, al provvedimento di aggiudicazione e, soprattutto, al piano economico-finanziario ed ai relativi indici economici e di redditività che concorrono a definirlo sin dal momento dell'offerta⁴². È il piano, infatti, lo strumento con cui si attua la concreta distribuzione del rischio tra le parti contraenti ed il piano, e conseguentemente il rischio e la sua distribuzione, è oggetto di valutazione tecnica, la quale, pertanto, non può trascurare le discipline tecniche ed economiche chiamate a disciplinarlo, pena altrimenti la sua illegittimità⁴³. E sotto tale profilo emblematica ed attuale appare la previsione già contenuta nel Codice previgente, secondo cui «L'equilibrio economico finanziario [...] rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi»⁴⁴.

Al contempo merita precisare che il rischio che rileva è il rischio di gestione. Come accennato, la controprestazione contrattuale della realizzazione dell'infrastruttura da parte del concessionario è il diritto di gestire l'opera. È la gestione, pertanto, che grava sull'affidatario. Tale rilievo aiuta a chiarire quale sia anche nel Codice vigente il ruolo assegnato al contributo pubblico di sostegno fornito dal soggetto concedente ai sensi dell'art. 177, c. 6 ed oggetto di una obbligazione autonoma rispetto a quella avente per oggetto la gestione del servizio.

In vero, la componente del prezzo/contributo pubblico era già stata oggetto di previsione ad opera della disciplina previgente e richiamata nelle comunicazioni della Commissione. Nel tempo è divenuta un elemento fondamentale che ha posto la questione del rapporto di tale componente con il diritto di gestione, in linea di principio unica contropartita del concessionario per la costruzio-

⁴² E ciò al fine di consentire all'amministrazione di valutare la sostenibilità dell'offerta; da ultimo sul punto Cons. Stato, Sez. IV, 23 febbraio 2023, n. 1867 (punto 12.5 in diritto), in *Giustamm.it*; sulla necessità che anche il piano economico-finanziario dell'amministrazione contenga tutte le informazioni utili a conoscere i rischi assunti dall'operatore, da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 13 aprile 2022, n. 2809 (punto 2.9 in diritto), in *Urb. App.*, 2022, 6, 807.

⁴³ Si richiama sul punto Cons. Stato, Sez. IV, 4 febbraio 2022, n. 795 (punto 7.2 in diritto), in *Eius.it*; in un senso analogo a quello espresso nel testo si v., altresì, Cons. Stato, Sez. V, 13 aprile 2022, n. 2809 (punto 2.8 in diritto), cit.; considerazioni analoghe possono formularsi per le concessioni di servizi pubblici locali di rilevanza economica ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. n. 201 del 2022; per un cenno sulla rilevanza dell'efficienza economica con particolare attenzione al profilo dei piani economico-finanziari G. Scaccia, *Oggetto*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., 59.

⁴⁴ Art. 165, c. 2 del Codice del 2016.

ne dell'infrastruttura⁴⁵, in quanto il contributo pubblico, siccome elemento di attenuazione, può incidere in misura rilevante sul rischio assunto dall'affidatario.

Non a caso nel Codice del 2006 esisteva una precisa delimitazione al conferimento di un contributo da parte del concedente che avveniva in relazione a finalità pubbliche specifiche: la norma di cui all'art. 143, c. 4, infatti, lo limitava alle ipotesi in cui al concessionario era imposto di praticare agli utenti prezzi inferiori a quelli di mercato o era necessario in relazione alla qualità del servizio da prestare⁴⁶. L'applicazione restrittiva della disposizione era determinata dalla preoccupazione di non snaturare la disciplina della concessione ed evitare che l'attenzione dell'operatore privato si focalizzasse più sul valore dell'immobile o del diritto offerto in conto prezzo che sulla redditività della gestione.

Nel Codice del 2016 la norma di cui all'art. 165, c. 2, ha confermato la possibilità del conferimento di un contributo pubblico funzionale al raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario, superando così la lettura restrittiva del precedente, ma ponendo un tetto, comprensivo di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori fonti di finanziamento a carico della parte pubblica, del quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo⁴⁷. Anche nella disciplina vigente la norma di cui all'art. 177, c. 6, oltre a confermare l'atipicità del contributo, prevede che il conferimento del contributo sia funzionale al conseguimento dell'equilibrio-economico-finanziario, ma con una novità: l'abolizione del suddetto tetto. Con la conseguenza che il concedente, almeno in linea di principio, può spingersi ben oltre quella soglia senza alcun effetto in punto di legittimità, le uniche conseguenze restando, infatti, quelle riguardanti il trattamento statistico e contabile dell'operazione economica⁴⁸.

Fermo restando che la valutazione di congruità del contributo resta affidata al piano economico-finanziario, la previsione suscita una legittima perplessità tra coloro che avevano criticato come elevata già la soglia posta nel Codice previgente⁴⁹. Merita rilevare sul punto che, se il contributo pubblico può apparire pienamente giustificato in presenza di clausole contrattuali che pongano limitazioni o vincoli tariffari al concessionario, del tutto diversa appare la valutazione in pre-

⁴⁵ Commissione delle Comunità Europee, *Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, cit., (punto 2.1).

⁴⁶ Si richiama L. Limberti, *La disciplina del contributo pubblico nelle concessioni*, in *Finanza di progetto (Temi e Prospettive). Approfondimenti sistematici ed interdisciplinari*, a cura di G.F. Cartei e M. Ricchi, Napoli, 2010, 169 ss.

⁴⁷ M. Ricchi, *Concessioni e PPP, nel codice 2016 due discipline in base ai tipo di rischio. Il Correttivo cancella rigidità e refusi*, in *Dossier Edilizia e territorio*, 2017, 76.

⁴⁸ L. Martiniello, *Profili di contabilizzazione pubblica delle operazioni di PPP ed utilizzazione delle risorse del PNRR*, cit., 284 ss

⁴⁹ Cons. Stato, Parere n. 351/ 2017, *cit.*, in cui si sostiene che l'aumento del limite al quarantanove per cento del contributo pubblico sarebbe in palese contrasto con i criteri di ripartizione del rischio.

senza di conferimenti economici direttamente a sostegno dell'attività di gestione oggetto del contratto.

La questione merita di essere affrontata ricordando che la possibilità del conferimento di un intervento pubblico di sostegno è comunemente riferito al costo di realizzazione dell'infrastruttura e non al rischio relativo ai profitti di gestione del servizio. A dire il vero, limitazioni alla possibilità di conferimenti pubblici in conto capitale per la copertura del costo di realizzazione dell'infrastruttura non apparivano giustificate neppure in passato. Oltretutto, l'assimilazione del contributo ad un vero e proprio corrispettivo appare dubbia in considerazione che esso risulta correlato pur sempre ad un interesse pubblico dello stesso concedente. In tal caso, si tratta, per riprendere le parole della Commissione nella comunicazione interpretativa del 2000, di un «prezzo in contropartita dei lavori effettuati»⁵⁰.

Diversa appare la soluzione del prezzo con riguardo al rischio di gestione, giacché il diritto alla gestione comporta necessariamente la responsabilità della medesima ed i profitti da cui deve provenire la remunerazione del concessionario. Da ciò, in linea di principio, la necessità che il contributo pubblico si arresti al costo dell'infrastruttura e non riguardi la gestione ed i suoi profitti. Tuttavia, salva la necessità che la remunerazione del concessionario avvenga attraverso i proventi riscossi dagli utenti dell'opera, nulla vieta che il contributo possa riguardare in parte anche la fase della gestione allorché, per i caratteri del servizio o determinate scelte tariffarie imposte dal concedente, sia necessario per il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario.

5. *L'ambito ed i confini del rischio operativo*

La nozione in esame pone un interrogativo anche sotto un'altra prospettiva. Secondo la disposizione di cui all'art. 177, c. 2, il rischio operativo si considera assunto dal concessionario quando «in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione». La formula normativa, già desumibile dalle disposizioni di cui all'art. 3, c. 1, lett. ff) e 165, c. 1, del Codice del 2006 risulta mutuata dalla Direttiva del 2014⁵¹, così come il riferimento che la parte del rischio a carico dell'affidatario deve «comportare una effettiva esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile».

⁵⁰ Commissione delle Comunità Europee, *Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, cit., (punto 2.1.2).

⁵¹ Cons. n. 17, 18, 19 e 20.

Se il significato intuitivo della prescrizione appare chiaro, meno evidente risulta il suo criterio applicativo.

A quale criterio di normalità si riferisce, infatti, la norma? Allude genericamente ad eventi o modifiche del quadro economico generale? Qualunque risposta sembra escludere che possa affidarsi ad un mero criterio giuridico: detta normalità costituisce, infatti, un concetto che attinge ad una dimensione essenzialmente economica, come pare suggerire, del resto, oltre la natura stessa del rischio, il riferimento testuale alle fluttuazioni del mercato. Ma anche così intesa, tuttavia, la norma mantiene un carattere di indeterminatezza in passato già avvertito dallo stesso legislatore del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, contenente disposizioni integrative e correttive al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, allorché aveva precisato che la normalità in questione debba intendersi come «insussistenza di eventi non prevedibili»⁵².

La questione appare cruciale perché concerne l'area gravata dal rischio operativo, oltre la quale il concessionario non può più essere ritenuto inadempiente e può chiedere al soggetto concedente la revisione del contratto. Lo attesta il medesimo legislatore delegato che ha ritenuto necessario inserire la disposizione di cui all'art. 177, c. 3, secondo cui il rischio operativo è quello che «deriva da fattori eccezionali non prevedibili e non imputabili alle parti». Trattandosi di formula definitoria occorre prestarvi attenzione.

La parte della norma che rileva non riguarda tanto la necessità che si tratti di fattori non prevedibili: per definizione, infatti, i fattori determinanti il rischio sono accadimenti ignoti alle parti contraenti nonostante il ricorso ad una ragionevole diligenza, così come gli stessi debbono essere estranei alla loro sfera di controllo e, pertanto, non disponibili. Si tratta in entrambi i casi di riferimenti già presenti nella direttiva del 2014 e nel Codice abrogato. Diversa considerazione merita, invece, il riferimento ai «fattori eccezionali», in quanto la disposizione, se intesa alla lettera, sembra prestarsi all'interpretazione equivoca che il rischio operativo sia soltanto quello provocato da fattori, oltre che imprevedibili, straordinari⁵³.

Occorre per contro osservare che, se l'intendimento del legislatore fosse quello di limitare il rischio operativo ad accadimenti eccezionali difficilmente esso risulterebbe coerente con le indicazioni provenienti dalla Direttiva europea e dalla Corte di Giustizia, le quali hanno sempre inteso il rischio operativo come un rischio in senso ampio e non ristretto ad eventi eccezionali⁵⁴. Nel silen-

⁵² Si veda l'inciso inserito nell'art. 3, c. 1, lett. zz); sul carattere aperto e financo indeterminato della espressione «condizioni operative normali», si richiama A. Botto, S. Castrovinci Zenna, *Diritto e regolazione dei contratti*, cit., 225.

⁵³ L'altra parte della disposizione, secondo cui «Non rilevano rischi connessi a cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali dell'operatore economico o a cause di forza maggiore», non presenta particolari problemi interpretativi, trattandosi di una previsione già presente nel cons. n. 20 della Direttiva.

⁵⁴ Si richiamano le già citate pronunce Corte di Giustizia, 10 marzo 2011, in causa C-274/09, *Stadler*, cit.; Corte di Giustizia, 10 novembre 2011, in causa C-348-10 (punto 48), *Norma A SIA*, cit.; Corte di Giusti-

zio della Relazione occorre chiedersi, pertanto, come interpretare l'eccezionalità cui allude la norma e se questa non debba essere riferita alla frequenza degli accadimenti piuttosto che alla loro gravità. Diversamente dovremmo concludere che il rischio operativo sussista solo in presenza di eventi eccezionali, escludendolo così negli altri casi, laddove l'interpretazione logico-sistematica suggerisce che il rischio debba riguardare la totalità della gestione. In tal senso, pertanto, il dato giuridico pregnante resta quello delle «condizioni operative normali» e non i «fattori eccezionali», le quali, pertanto, segnano i confini del rischio operativo, oltre i quali il concessionario può ben ritenersi esonerato dal rischio e sciogliersi dai vincoli contrattuali, chiedendone la revisione⁵⁵.

A tal fine, gli strumenti per verificare la natura e l'intensità dell'evento risultano previsti dal nuovo Codice. La pubblica Amministrazione è titolare di un generale potere di controllo sull'operato del concessionario, potere che è preordinato a verificare «in particolare la permanenza in capo all'operatore economico del rischio operativo trasferito»⁵⁶. Nulla vieta che tale potere di vigilanza sia utilizzato per l'acquisizione di dati e informazioni se l'accadimento intervenuto ha determinato uno squilibrio tale da pregiudicare l'equilibrio economico dell'attività⁵⁷. La norma di cui all'art. 175, c. 6, infatti, non sembra doversi leggere solo come previsione volta ad evitare la violazione della disciplina contrattuale, ma anche come strumento per verificare se sussistono ancora gli estremi per invocare l'esistenza del rischio come indicato nella disciplina negoziale originaria.

Per l'altro verso, la norma di cui all'art. 177, c. 5, prevede che l'assetto di interessi dedotto nel contratto «deve garantire la conservazione dell'equilibrio economico-finanziario, intendendosi per tale la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria». L'importanza dell'equilibrio economico-finanziario, come noto, non si limita al significato prospettico presentato nei documenti di gara⁵⁸, ma deve sussistere per l'intera gestione, costituendo la concessione un contratto di durata⁵⁹. Di conseguenza, in mancanza del suddetto equilibrio, occorre verificare se ciò avviene per un fatto impu-

zia, sez. III, 10 settembre 2009, in causa C-206/08, *Eurawasser*, cit.

⁵⁵ Analogamente M. Baldi, *Partenariato pubblico-privato e concessioni*, cit., 293.

⁵⁶ Così la disposizione di cui all'art. 175, c. 6 del Codice.

⁵⁷ La disposizione ha una chiara affinità con l'art. 28 del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 in tema di vigilanza sulla gestione dei servizi pubblici locali, con il quale condivide una comune ispirazione regolatoria; sulla norma di cui all'art. 28 del d.lgs. n. 201/2022 F. Izzo, *Vigilanza e controlli sulla gestione*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., 454 ss.; forme di controllo sono oggetto anche del contratto di servizio, in tema S. Torricelli, *Contratto di servizio*, cit., 398.

⁵⁸ Per cui, come recita l'art. 185, c. 5, «Prima di assegnare il punteggio all'offerta economica la commissione aggiudicatrice verifica l'adeguatezza e la sostenibilità del piano economico-finanziario».

⁵⁹ Da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 30 gennaio 2023, n. 1042 (punto 8.4 in diritto), cit.; sul tema sia consentito rinviare a G.F. Cartei, *Piano economico finanziario e sostenibilità dell'offerta nella disciplina del contratto di concessione*, in *Giur. it.*, 2022,1931 ss.

tabile al concessionario, oppure per un accadimento la cui entità e causa lo esonerano dagli obblighi contrattuali.

6. *L'esecuzione e la revisione del contratto. I termini della questione e le novità del Codice*

La revisione del contratto di concessione è questione annosa e tuttora controversa⁶⁰. Se n'era già occupato, sulla falsariga della legge 11 febbraio 1994, n. 109, il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 prevedendo la possibilità per il concessionario di ottenere, pena l'esercizio del diritto di recesso, la rideterminazione delle condizioni di equilibrio⁶¹. Trattandosi, tuttavia, di ipotesi di stretta interpretazione, dubbia era apparsa la loro applicazione a fattispecie ulteriori, così come problematica era sembrata la legittimità dell'applicazione dei principi civilistici ai contratti della pubblica amministrazione⁶². A sua volta, la disciplina introdotta dal Codice previgente, superando quanto previsto da quello del 2006, ha richiamato la possibilità di revisione contrattuale a seguito del «verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidano sull'equilibrio del piano economico-finanziario»⁶³. Chiaro era risultato l'ampliamento delle cause di revisione contrattuale, ma anche in tal caso incerta era parsa la loro applicazione.

Alla base di tale incertezza v'è la considerazione che numerose sono le evenienze in cui circostanze sopravvenute sovvertono l'assetto degli interessi prestabilito ponendo a rischio l'esecuzione contrattuale e, pertanto, l'esistenza stessa del servizio⁶⁴. Per restare a dati di comune esperienza, si pensi ai casi delle oscillazio-

⁶⁰ Nella prospettiva economico-finanziaria lo segnala da ultimo M. Tranquilli, *Project finance e concessioni: equilibrio economico-finanziario e riequilibrio del PEF*, in *Finanza di progetto, PPP e concessioni. Interpretazioni generative e sviluppo integrato*, cit., 272 ss.. Nella prospettiva della ambientazione giuridica del diritto civile si richiamano le osservazioni di I. Pagni, *Autonomia contrattuale, rinegoziazione, solidarietà nei rapporti contrattuali: gli spazi dell'intervento del giudice*, in *Processo civile e Costituzione. Omaggio a N. Trocker*, Milano, 2023, 563 ss.

⁶¹ Si tratta dell'obbligo legale di revisione del contratto previsto dall'art. 143, c. 8 e 8-bis; si richiama sul punto S. Castenasi, *Profili civilistici del project financing*, in *Il partenariato pubblico-privato (Concessioni Finanza di progetto Società miste Fondazioni)*, cit., 128.

⁶² Sul tema si veda la complessa disamina operata dalla pronuncia del Cons. Stato, Sez. IV, 12 maggio 2016, n. 3653, in *Massima redazionale Wolters Kluwer*, 2016, la quale, seppur escluda che la disciplina civilistica rappresenti la disciplina ordinaria delle concessioni, ammette il ricorso all'art. 1467 c.c.; sulla questione dei principi applicabili, F. Cintioli, *Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario*, in questa *Rivista*, 2020, 20 ss.; sia consentito, altresì, rinviare a G.F. Cartei, *I freni negli interventi infrastrutturale. Strumenti di partenariato pubblico-privato e qualità di redazione normativa del Codice dei contratti pubblici*, in *Anal. giur. ec.*, 2020, 247 ss.

⁶³ Articoli 165, comma 6, e 182, comma 3, del Codice previgente.

⁶⁴ Per un'ipotesi particolare di sopravvenienza intervenuta prima della stipula del contratto, ancorché dopo la sua aggiudicazione, la quale ha dato egualmente luogo ad una revisione del contratto di concessione, v. Tar Toscana, 25 febbraio 2022, n. 228, in *Urb. App.*, 2022, 4, 549.

ni che possono subire i costi di costruzione e di investimento, così come i costi di gestione, i costi di remunerazione del capitale e i ricavi in conseguenza di eventi gravi o gravissimi come quelli prodotti dalla pandemia da *Covid-19* e dal conflitto russo-ucraino.

In tali circostanze può risultare dubbio se la nozione – e conseguente disciplina – di rischio operativo legato alla gestione del servizio trovi comunque applicazione, oppure lasci spazio a forme di riequilibrio del sinallagma contrattuale originariamente pattuito. Qualunque soluzione deve porre a premessa che la sopravvivenza del contratto è di comune interesse per entrambe le parti: per il concessionario cui preme il profitto d'impresa, per il concedente cui sta a cuore l'interesse pubblico alla fruizione del servizio e le externalità positive che discendono dalla sua prestazione. Malgrado tale convergenza di interessi, l'autonomia contrattuale dei contraenti di cui all'art. 1322 c.c. deve recedere dinanzi ai principi e vincoli del diritto europeo⁶⁵, inclusi quelli di bilancio, nonché alla qualificazione soggettiva del concedente, la quale, come noto, si oppone ad ogni soluzione lasciata alla libertà negoziale a causa dello statuto pubblicistico dell'amministrazione e delle norme imperative che ne disciplinano l'operato⁶⁶.

È pur vero, tuttavia, che, malgrado il noto principio di intangibilità del contratto, la disciplina europea non considera imm modificabile la disciplina contrattuale⁶⁷: proprio la direttiva 2014/23/UE consente, infatti, di apportare modifi-

⁶⁵ Per tutte si v. Corte di Giustizia, Sez. III, 19 giugno 2008, in causa C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur*, in *Eur-Lex.it*; merita ricordare sul punto che la stessa Commissione già nella comunicazione interpretativa del 2000 ha affermato che «qualora il concessionario riceva, in maniera diretta o indiretta, durante la vigenza del contratto o anche alla scadenza di questo, una remunerazione (sotto forma di rimborso, ripianamento perdite o altro) diversa da quella derivante dalla gestione, il contratto non potrebbe più essere qualificato come concessione», in *Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario*, cit., (punto 2.1.2, 7 nota n. 9); sulla limitazione delle facoltà di scelta discrezionale dell'amministrazione quale principio generale della disciplina europea dei contratti pubblici a tutela delle regole di concorrenza, si richiama di recente l'analisi di P. Kunzlik, *Neoliberalism and the European Public Procurement Regime*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 203, 312 ss.

⁶⁶ Sul profilo, invero appena accennato nel testo, si richiamano per tutti le osservazioni di F.G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 431 ss.; *Idem*, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, ivi, 1995, 21 ss.; sui limiti posti all'autonomia privata della pubblica Amministrazione in forza della funzionalizzazione che caratterizza l'attività amministrativa si richiamano, tra gli altri, V. Cerulli Irelli, *Diritto privato e amministrazione pubblica*, Torino, 2008, 49 ss.; M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996; S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1996. Di recente, sulle limitazioni che incontrano i principi del diritto civile in sede di esecuzione del contratto in conseguenza dei poteri riconosciuti alla pubblica Amministrazione e le incertezze sulla disciplina in concreto applicabile in conseguenza del rilievo dato alla dimensione funzionale dell'attività amministrativa, A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, 232 ss. e 342 ss. Sulla inapplicabilità in modo immediato ed integrale delle disposizioni del codice civile al contratto di concessione in ragione delle sue peculiarità originarie dall'inerenza all'esercizio di pubblici poteri, Cons. Stato, Sez. IV, 3 dicembre 2015, n. 5510 (punto 3 in diritto), in *Massima redazionale Wolters Kluwer*, 2015; Cons. Stato, Sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653 (punto 3 in diritto).

⁶⁷ Corte di Giustizia UE, sez. VIII, sentenza 7 settembre 2016, *Finn Frogne AS c. Danimarca*, in causa C. 549-14 (punti 27 ss.), in *EUR-Lex.it*;

che all'assetto negoziale al sopravvenire di circostanze esterne al contratto tali da determinare la lesione dell'equilibrio contrattuale nel corso della sua esecuzione. In particolare, espresso risulta il riferimento nella parte motiva della disciplina europea a "circostanze esterne non previste dai contraenti" che rendono necessario il ricorso a soluzioni improntate ad "una certa flessibilità per adattare la concessione alle circostanze senza ricorrere a una nuova procedura di aggiudicazione"⁶⁸. Sul punto occorre tornare. Basti al momento ricordare, altresì, la possibilità di prevedere modifiche alla concessione per mezzo di clausole di revisione o di opzione e adattamenti resi necessari a seguito di difficoltà tecniche apparse durante l'esecuzione o la manutenzione⁶⁹.

Tali aspetti non sono sfuggiti neppure alla giurisprudenza amministrativa allorché ha rilevato che l'equilibrio economico-finanziario delle concessioni deve «essere valutato non già in una prospettiva statica come negli appalti (ove è certo il corrispettivo), ma in una prospettiva necessariamente dinamica proprio in ragione dei rischi assunti dal concessionario [...]»⁷⁰.

In questa prospettiva interpretativa occorre collocare il rimedio sinallagmatico previsto dall'art. 192, prima parte del c. 1, del Codice, secondo cui: «Al verificarsi di eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili, ivi compreso il mutamento della normativa o della regolazione di riferimento, purché non imputabili al concessionario, che incidano in modo significativo sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione, il concessionario può chiedere la revisione del contratto nella misura strettamente necessaria a ricondurlo ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto». La disposizione in esame conferma alcuni dati interpretativi: il rischio operativo è un rischio economico prima che giuridico⁷¹; la concessione è contratto commutativo e non aleatorio⁷²; il rischio contrattuale assume una rilevanza causale ampia, ma non esclusiva⁷³; il risultato economico che compromette l'equilibrio economico-

⁶⁸ Cons. n. 76.; sull'esigenza di flessibilità nella disciplina sulla esecuzione delle concessioni, A. Benedetti, *Le concessioni e il partenariato pubblico-privato*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici, Gli speciali del For. It.*, cit., 266.

⁶⁹ Cons. n. 78.

⁷⁰ Cons. Stato, Sez. II, 3 dicembre 2020, n. 12966 (punto 15.4 in diritto), in *Giustamm.it*.

⁷¹ Sulla distinzione si rinvia per tutti a G. Scalfi, *Alea*, in *Dig. Disc. priv. (sez. civ.)*, Torino, 1987, vol. I, 255.

⁷² Si v. la già richiamata pronuncia del Cons. Stato, Sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653 (punto 4 in diritto); Tar Toscana, I, 25 febbraio 2022, n. 228, cit.; sulla qualificazione del contratto di concessione non esiste unanimità di vedute tra gli interpreti; nel senso proposto nel testo E. Boscolo, *Stabilità e adattamento nei rapporti concessori tra revisione e autotutela*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, 291; A. Botto-S. Castrovincini Zenna, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, cit., 224; in senso contrario, F. Cintioli, *Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario*, cit., 15 ss.

⁷³ L'aleatorietà è carattere, infatti, non relegabile nella categoria dei soli contratti aleatori, ma fenomeno riguardante la generalità dei contratti; la disciplina dei quali varia secondo l'intensità del fenomeno e, quindi, secondo che l'alea sia normale oppure esorbitante; sul punto V. Ferrari, *Il problema dell'alea contrattuale*, Napoli, 2001, 10.

finanziario non può dipendere da eventi contrattualmente previsti, ma da eventi estranei alla dinamica negoziale e alla sfera di disponibilità del concessionario⁷⁴.

A tali dati occorre aggiungere il *caveat* contenuto nell'art. 189, c. 4 del Codice, secondo cui la modifica di un contratto di concessione è considerata «essenziale» – e, come tale, postula una nuova procedura di aggiudicazione- allorché «[...] la modifica cambia l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale».

Appare difficilmente contestabile che ogni questione interpretativa relativa al regime applicabile all'attività di rinegoziazione investe il presupposto giuridico che legittima la richiesta di revisione costituito, come rilevato anche nella *Relazione*, dalla definizione dei fatti che possono condurre alla revisione del piano economico-finanziario: gli eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili. Si tratta di formula diversa e, almeno nella sua formulazione letterale, più restrittiva di quella del vecchio art. 165, c. 6, del Codice previgente che parlava genericamente di «fatti non riconducibili al concessionario», e lessicalmente identica a quella contenuta nell'art. 1467 c.c. in materia di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità.

7. *Revisione del contratto e clausole generali: la valutazione del concedente*

Quale significato attribuire al presupposto abilitante alla richiesta di revisione del contratto non è questione di semplice soluzione. La disposizione, infatti, allude genericamente ad eventi sopravvenuti straordinari ed imprevedibili. Viene da chiedersi quale sia la linea di demarcazione con gli eventi ordinari e prevedibili. E quale quella con gli eventi di forza maggiore. E non si tratta dell'unica incertezza interpretativa: a rendere indeterminato il parametro di valutazione, infatti, contribuisce anche il riferimento all'equilibrio economico-finanziario che deve risultare inciso in modo significativo.

Appare evidente la rinuncia da parte dei redattori del Codice ad una disciplina analitica: siamo, infatti, in presenza di sintagmi, variamente riferibili alle clausole generali o ai concetti giuridici indeterminati⁷⁵, la cui elasticità di significato sfugge ad un preciso ambito definitorio per essere plasmata sulle circostanze di ciascun caso concreto, rimettendo al giudice un potere interpretativo sull'ap-

⁷⁴ Sulla compatibilità della disciplina della rinegoziazione con la responsabilità erariale, A. Giordano, *In tema di rinegoziazione delle concessioni pubbliche. Profili giuscontabili nel prisma dello schema di Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. Cor. Conti*, 2023, 95 ss.

⁷⁵ Sulla presenza tra i concetti giuridici indeterminati anche di concetti empirici o descrittivi, M. Clarich e M. Ramajoli, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 15 ss.; sui concetti giuridici indeterminati quali parametri che finiscono per essere modellati sull'interesse pubblico, da ultimo C. Cudia, *L'acquisto della cittadinanza per residenza in Spagna. La rivincita dei concetti giuridici indeterminati sulla discrezionalità amministrativa*, in *Dir. pub.*, 2023.

plicazione del contratto attraverso, per riprendere le parole della Relazione, un riequilibrio reciprocamente appagante delle prestazioni⁷⁶. Appare superfluo sottolineare che tale elasticità si riflette inevitabilmente, altresì, sulla nozione medesima di rischio operativo: il tema delle sopravvenienze riguarda, infatti, da vicino la distribuzione del rischio, la sua gestione ed il suo eventuale adeguamento; più dilatiamo il significato delle sopravvenienze, più restringiamo la nozione di rischio e la sua operatività.

Il dato certo è che il risultato economico non può dipendere da eventi contrattualmente previsti, ma da eventi estranei alla dinamica negoziale. Escluse, pertanto, appaiono le evenienze di ordinaria contingibilità così come le variazioni di lieve entità degli equilibri originari, per le quali pare indiscutibile la conservazione del vincolo contrattuale e l'integrale applicazione della disciplina del rischio operativo. A diverse conclusioni sembra doversi pervenire in altre circostanze in cui varia il quadro fattuale di riferimento.

A ben vedere la disposizione non allude a sopravvenienze eccezionali per intensità, sussumibili, come tali, nella nozione di forza maggiore⁷⁷, ma a circostanze che non si ripetono con regolarità statistica e, come tali, risultano non conoscibili dalle parti⁷⁸.

Merita richiamare sul punto quel passo contenuto nella parte motiva della direttiva 2014/23/UE nella parte in cui si ammette la possibilità che intervengano circostanze esterne ed imprevedibili che indicano la necessità di una 'certa flessibilità' per adattare la concessione alla nuova situazione di fatto senza ricorrere ad una nuova procedura di aggiudicazione. Implicito, ma chiaro appare il riferimento alla modifica del contratto di concessione. E non pare casuale che il legislatore europeo nel definire tali circostanze adopri la formulazione generale di «circostanze che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente pre-

⁷⁶ Sulle varie espressioni comunemente riferibili alla categoria delle clausole generali e non tutte rigorosamente riferibili alla suddetta nozione la riflessione giuridica si è da tempo espressa; si richiamano sul punto le puntuali e tuttora attuali osservazioni di S. Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 712 ss.; dello stesso Autore, con riflessioni risultate utili per la stesura del presente lavoro, si richiama la nota monografia *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 150 ss. e 184 ss.; L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 9 ss.; sulla confusione terminologica in materia v. più di recente M. Libertini, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato*, ivi, 2011, 347 ss.

⁷⁷ E costituite da eventi naturali, da circostanze legate a crisi economiche eccezionali o, come nel recente passato, da una crisi sanitaria e, di recente, da una crisi bellica.

⁷⁸ In vero, non sembra potersi escludere neppure che anche in presenza di un evento noto e, quindi, prevedibile al momento della gara, ma dagli effetti non noti e imprevedibili, si possa legittimamente dar luogo alla rideterminazione delle condizioni di riequilibrio; si richiama la pronuncia Cons. Stato, Sez. II, n. 12966/2020, cit., in cui si riconosce che la vicenda epidemiologica del covid-19, pur presente e, dunque, conosciuta, al momento della gara, può legittimamente costituire, in presenza di effetti non noti e imprevedibili, causa di riequilibrio.

parazione dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice [...]» senza ricorrere a particolari accezioni o aggettivazioni⁷⁹.

A sua volta la presenza di concetti giuridici indeterminati sembra postulare un'adeguata considerazione delle circostanze relative al mutamento della situazione di fatto. Al riguardo, il dato esegetico rilevante va individuato nell'art. 177, c. 2, allorché la disposizione precisa che il rischio operativo è assunto pur sempre 'in condizioni operative normali'; laddove appare chiaro che la concreta rilevanza della normalità cui si riferisce la norma sembra doversi individuare non nell'operazione economica in sé, ma nel contesto in cui questa si realizza, al quale si chiede di mantenere un carattere di normalità intesa come mancanza di alterazione rilevante dei connotati fattuali originari. L'alternativa interpretativa, cui non si intende aderire, è riferire il rischio operativo e la sua applicazione ad ogni ipotesi ed evenienza, salvo il solo della forza maggiore, limitando, pertanto, unicamente alla medesima i casi in cui il concessionario può richiedere la revisione.

Ogni valutazione deve completarsi, ad ogni modo, con un altro elemento: l'equilibrio economico-finanziario. La norma precisa che per la revisione contrattuale non basta il mero mutamento delle condizioni del mercato o altre evenienze i cui effetti ricadono genericamente sul servizio: occorre, infatti, che l'equilibrio economico-finanziario risulti 'significativamente' inciso⁸⁰. L'equilibrio contrattuale è l'equilibrio prodotto dall'utile ricavato dalla gestione dell'opera o del servizio su cui incidono vari fattori soggetti a modifiche ed oscillazioni talora al di fuori del controllo delle parti. La disciplina, pertanto, richiede, quali dati oggettivi dai quali dipende la richiesta di revisione, la variazione di quelli contenuti nel piano economico-finanziario e riferiti, ai sensi della norma di cui all'art. 177, c. 5, alle condizioni della convenienza economica e sostenibilità finanziaria.

8. *Esecuzione e principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale di cui all'art. 9 del Codice. Il raffronto con il contratto di appalto*

Un utile ausilio interpretativo – logico e analogico – della disciplina sulla revisione proviene dalla norma di cui all'art. 9, c. 1, sul principio generale di conservazione dell'equilibrio contrattuale⁸¹. Nella sua valenza di parametro ermeneu-

⁷⁹ Si allude al cons. n. 76, il quale contestualizza il significato da attribuire alle circostanze imprevedibili precisandosi che si deve tener conto «dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi nel settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile.»

⁸⁰ Si v. la pronuncia del Cons. Stato, Sez. II, n. 12966/2020, cit. utilizza l'espressione «apprezzabili alterazioni nell'equilibrio economico finanziario del rapporto».

⁸¹ Colloca il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel principio costituzionale di buon andamento, G. Montedoro, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei con-*

tico⁸², tale principio chiarisce gli elementi ispiratori che sottendono la disposizione di cui all'art. 192, i quali non si limitano ad una comune logica manutentiva, ma investono dati testuali quali, in primo luogo, quello riferito agli accadimenti straordinari e imprevedibili.

Al riguardo, merita osservare che, mentre la norma di cui all'art. 192 nulla aggiunge sul presupposto legittimante la revisione contrattuale a parte il riferimento al rischio regolatorio, la disposizione generale di cui all'art. 9 declina le caratteristiche delle circostanze sopravvenute suscettibili di legittimare la richiesta di una ridefinizione del regolamento contrattuale, precisandosi che esse devono risultare «estraneae alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato» e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio contrattuale. Il ricorso anche in tal caso a concetti giuridici indeterminati conferma che il presupposto legittimante la richiesta di revisione contrattuale debba ricercarsi sì in fatti di peculiare entità ed onerosità, ma senza che debbano ricorrere situazioni di estrema ed irreparabile gravità, quali sono quelle riconducibili alla forza maggiore⁸³.

In presenza di tali presupposti, e nei limiti imposti dall'originario equilibrio negoziale, la parte svantaggiata può chiedere la revisione del contratto. Ancorché, a differenza dell'art. 9, la disposizione non definisca come diritto la posizione soggettiva del richiedente, che si tratti di un diritto – e nella forma del diritto potestativo- pare ricavarsi dal raffronto con la disciplina previgente, la quale si limitava a prevedere l'onere di avviare delle trattative⁸⁴. La qualificazione giuridica sem-

tratti pubblici, in *www.giustizia-amministrativa.it*; sul principio suddetto e la sua applicazione si richiama tra i primi e più analitici commenti l'analisi di B. Marchetti, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici: prime osservazioni*, in *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, a cura di G. Morbidelli, Firenze, 2023, 79 ss.; sul principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale quale disciplina generale si v. G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 298; da ultimo G.D. Comporti, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, in questa Rivista, 2024, 25 ss.

⁸² Sulla valenza del principio di cui all'art. 9 si richiamano le osservazioni A. Bianchi, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9)*, in *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. Cartei e D. Iaria, Napoli, 2023, 107 ss.

⁸³ Merita richiamare sul punto la già citata pronuncia del Cons. Stato n. 3653/2016, cit., spesso richiamata nei saggi di riflessione sull'argomento, in cui il giudice amministrativo, riguardo alla nozione di alea contrattuale, afferma che «Solo nel caso in cui il mezzo (cioè la gestione per il tempo contrattualmente definito) si dimostri, in virtù di un avvenimento «straordinario ed imprevedibile», essere divenuto strutturalmente inidoneo a far conseguire, anche solo potenzialmente, un possibile equilibrio tra le attribuzioni patrimoniali, solo in questo caso potrà escludersi l'alea normale del contratto, il rischio (collegato all'andamento della gestione), accettato dal privato e tanto più immanente (come ipotesi "normale" e/o prevedibile) quanto più ampio è il tempo di gestione contrattualmente previsto» (punto 4 in diritto).

⁸⁴ Diverso l'avviso B. Giliberti, *Articolo 192. – Revisione del contratto di concessione*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L. Perfetti, Milano, 2023, 1524; parla di facoltà e non di diritto F. Pellizzer, *Articolo 192, Revisione del contratto*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. Ferrari e G. Morbidelli, Piacenza, 2023, 904. In vero la disposizione contenuta nell'art. 165, u. c. del Codice previgente prospettava una qualificazione giuridica incerta quanto alla posizione soggettiva del concessionario; secondo tale disposizione, infatti «Il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economi-

bra discendere dalla formulazione della norma, e ciò al netto del fatto che siamo nel campo dell'esecuzione contrattuale, luogo di elezione del diritto soggettivo e di applicazione del Codice civile, ai sensi dell'art. 12 del Codice⁸⁵. Tale diritto è esercitabile, sempre stando alla lettera dell'art. 9, purché la parte svantaggiata «non abbia volontariamente assunto il relativo rischio» nel regolamento contrattuale. In assenza di tale circostanza occorre ritenere che sussista a carico dell'amministrazione l'obbligo di revisione, obbligo peraltro che impone una specifica condotta secondo i principi di correttezza e buona fede oggettiva quali criteri – nonché clausole generali – idonei a definire la formazione di una regola contrattuale che consenta la realizzazione dell'operazione economica sottesa dalla concessione⁸⁶.

Merita sul punto formulare una precisazione: l'obbligo in questione si sostanzia in un obbligo di contrattare e non di contrarre⁸⁷. Da ciò segue un interrogativo: che cosa concretamente è garantito al titolare del diritto alla revisione e fin dove può spingersi il compito del giudice in caso di mancato accordo delle parti? In altre parole, l'oggetto del diritto in questione è costituito unicamente dalle trattative?

Un raffronto con il contratto di appalto chiarisce i termini della questione e la sua soluzione: nell'appalto la disposizione di cui all'art. 120, c. 8, prevede che, se non si perviene all'accordo entro un termine ragionevole, «la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione»; per contro, la norma di cui all'art. 192, c. 4, prevede che in caso di mancato accordo «[...] le parti possono recedere dal contratto. In tal caso, al concessionario sono rimborsati gli importi di cui all'art. 190, quarto comma, lett. a) e

co finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio»; ad ogni modo l'orientamento giurisprudenziale sotto la vigenza del Codice previgente esclude la presenza di un diritto soggettivo alla revisione da parte del concessionario; sul punto merita richiamare la recente pronuncia del Cons. Stato, Sez. VII, 24 luglio 2023, n. 7200 (parte 2 in diritto) in *Quotidiano Giuridico*, 2023, la quale, nel rilevare l'inesistenza di un obbligo di rinegoziazione del rapporto negoziale, ha asserito che «[...] l'ordinamento non garantisce il diritto ad una revisione che riconosca le condizioni pretese dalla parte contraente»; analogamente Tar Marche, Sez. I, 20 giugno 2023, n. 371 (punto 7.2 in diritto), in *Giustamm.it*; Tar Lombardia, Milano, IV, 18 dicembre 2023, in *Urb. App.*, 2024 413 ss., con nota di G. Agati.

⁸⁵ Occorre, tuttavia, tener presente che un profilo problematico secondo taluno è quello della giurisdizione, in particolare dell'applicazione dell'art. 133 del Codice del processo amministrativo in tema di giurisdizione esclusiva; in tal senso, da ultimo Tar Marche, sez. I, n. 371/2023 (punto 7.3 in diritto), cit.; si richiamano al riguardo F. Fracchia e W. Giulietti, *Aspetti problematici dell'esecuzione dei contratti nel prisma della nuova giurisdizione sull'accesso civico*, in *questa Rivista*, 2020, 203 ss.; seppur con riferimento alla materia della revisione dei prezzi nel contratto di appalto, di recente si v. R. Berloco, *Sopravvenienze e appalti di lavori pubblici: la revisione dei prezzi tra interesse legittimo e diritto soggettivo*, in *Riv. trim. app.*, 2023, 93 ss.

⁸⁶ In particolare, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c. e del medesimo art. 9 del Codice che alla buona fede si richiama espressamente; in senso conforme E. Boscolo, *Stabilità e adattamento nei rapporti concessori tra revisione e autotutela*, cit., 293.

⁸⁷ Così giustamente anche G.D. Comporti, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, cit., 48, che con riguardo alla rinegoziazione parla di obbligazione di scopo.

b), a esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse».

Di conseguenza, se nel caso del contratto d'appalto l'obbligo di rinegoziazione è assistito dal ricorso alla giurisdizione (civile) per ottenere una sentenza *ex art. 2932 c.c.* di adeguamento del contratto alle sopravvenute circostanze, nel caso del contratto di concessione il fallimento per qualsivoglia causa delle trattative non sembra dare origine ad alcuna pretesa azionabile se non, oltre al diritto potestativo di recesso, i rimborsi previsti dalla disposizione.

Al di là della pratica applicazione ai contratti pubblici dell'intervento correttivo del giudice⁸⁸, specie se costruito sulla base incerta di clausole generali⁸⁹, resta, tuttavia, il dubbio che la conclusione proposta sia l'unica possibile, e soprattutto sia coerente con la *ratio* conservativa della norma in esame, la quale, se intesa come mero impegno di avviare trattative, sarebbe priva di significato se le stesse fossero affidate al mero arbitrio delle parti.

In questo senso, e nel nome del principio del risultato nella esecuzione del contratto⁹⁰, la conclusione positiva delle trattative – e l'eventuale intervento del giudice – può essere agevolata dalla previsione che le medesime debbono pur sempre essere orientate nella misura strettamente necessaria a ricondurre il contratto «ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto». Con ciò pare possibile affermare che, oltre ai noti principi – pubblicistici e civilistici- della buona fede e della correttezza, i parametri contenuti nel piano economico-finanziario costituiscono vincoli alle trattative in grado di limitare i pericoli di fallimento delle medesime⁹¹.

Al di là della pratica applicazione alla fattispecie in esame della soluzione prospettata, sembra restare comunque salva la possibilità di inserire apposite clausole di

⁸⁸ In generale, sulle ragioni che inducono a dubitare della possibilità di una modifica giudiziale del contratto si richiamano le osservazioni di I. Pagni, *Autonomia contrattuale, rinegoziazione, solidarietà nei rapporti contrattuali: gli spazi dell'intervento del giudice*, cit., 563 ss., la quale afferma che «non si possa costruire sul ricorso alle clausole generali un intervento correttivo da parte del giudice che si sostituisca alle parti nell'individuazione del risultato della rinegoziazione»; con specifico riferimento ai contratti pubblici ne dubita B. Marchetti, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici: prime osservazioni*, cit., 89 ss., la quale osserva che il giudice si troverebbe ad operare valutazioni di opportunità che implicano la ponderazione di interessi di natura pubblicistica; G. Severini, *Articolo 9*, in *Codice dei contratti pubblici*, cit., 63; A. Bianchi, *Prime osservazioni sull'autonomia contrattuale e la conservazione del contratto (articoli 8 e 9)*, cit., secondo cui la norma pone, altresì, il problema dell'individuazione della giurisdizione e della corretta applicazione dell'art. 133 del Codice del processo amministrativo.

⁸⁹ E. Gabrielli, *Sopravvenienza e rinegoziazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2024, 21 ss.

⁹⁰ Il riferimento è, ovviamente, alla norma di cui all'art. 1 del Codice; sul principio del risultato si richiama G.F. Ferrari, *Art. 1. Principio del risultato*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. Ferrari e G. Morbidelli, Piacenza, 2023, 41 ss.; D. Iaria, *I super principi generali: risultato, fiducia e accesso al mercato (Artt. 1, 2, 3 e 4)*, in *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 5 ss.; F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 21 ss.

⁹¹ R. Mangani, in *Commentario sui contratti pubblici*, a cura di A. Botto e S. Castrovinci Zenna, Torino, 2024, 1507

revisione contrattuale⁹². La norma di cui all'art. 9, c. 4, allude a clausole di rinegoziazione specie quando il contratto – ed è proprio il caso del contratto di concessione- «risulta particolarmente esposto per la sua durata, per il contesto economico di riferimento o per altre circostanze, al rischio delle interferenze da sopravvenienze».

Merita segnalare, infine, che la disposizione di cui all'art. 9, c. 1, pone un limite finanziario alla rinegoziazione costituito dalle «somme indicate nel quadro economico dell'intervento, alle voci imprevisti e accantonamenti e, se necessario, utilizzando le economie da ribasso d'asta»⁹³. Siamo in presenza di un vincolo normativo non riproposto dalla disposizione di cui all'art. 192, per la revisione del contratto di concessione. La ragione di tale omissione appare plausibile e deve essere ricercata nella natura della concessione quale «accordo complesso di lunga durata»⁹⁴, come tale più esposto ad interferenze che possono giustificare il superamento dei limiti suddetti e la ricerca di soluzioni, quali possono essere quelle di una proroga della durata della concessione⁹⁵, o di una riformulazione dei contenuti del piano economico-finanziario.

9. *Revisione del contratto e poteri del concedente*

Problema a parte appare quello se la amministrazione concedente possa discostarsi dal limite già ricordato dei livelli di equilibrio e di traslazione del rischio originariamente stabiliti. Occorre preliminarmente tener conto che in gioco non c'è soltanto un'operazione economica incarnata nel diritto del concessionario a veder riconosciute le proprie pretese. Anche l'interesse pubblico del concedente ricopre, infatti, una propria rilevanza, specie in caso di fallimento delle trattative; fallimento che rappresenta non solo la sospensione dell'attività, ma la sua interruzione, con la necessità per l'amministrazione dell'indizione di una nuova procedura ad evidenza pubblica spesso con valori economici più gravosi per entrambe le parti.

In una prospettiva in chiave funzionale si può affermare che tramite il contratto e il suo adempimento il soggetto concedente persegue una oggettiva finalità

⁹² Possibilità riconosciuta espressamente dall'art. 9, quarto comma, allorché la disposizione si riferisce espressamente anche agli enti concedenti, con esclusione della revisione prezzi e ciò a causa della natura del rischio operativo; sul punto si v. Anac, Parere n. 91 del 12 ottobre 2022.

⁹³ Parla di diritto condizionato sul piano finanziario B. Marchetti, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici: prime osservazioni*, cit., 87; analogamente G.D. Comporti, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, cit., 47.

⁹⁴ Considerando n. 68, Direttiva 2014/23/UE.

⁹⁵ Consentita dalla norma di cui all'art. 178, u.c.

di pubblico interesse⁹⁶. E nella medesima prospettiva, meritevole di un approfondimento che esorbita dalle presenti considerazioni, occorre soggiungere che ciò che per il concessionario costituisce un'attività economica per l'amministrazione rappresenta un pubblico servizio, la cui continuità ed esistenza rappresenta non solo un principio giuridico, ma anche un fine istituzionale e un interesse per la collettività⁹⁷.

Per quanto la questione in esame non sia di univoca soluzione e si presti ad equivoci (ed abusi) interpretativi⁹⁸, sembra opportuno interrogarsi se nelle trattative la pubblica amministrazione possa valutare la tutela dell'interesse pubblico alla sopravvivenza del servizio anche al di là del limite legale del ripristino dei livelli di equilibrio originari, secondo criteri di valutazione e scelta discrezionali.

La disposizione in esame, in vero, sembra escluderlo: a differenza della rinegoziazione del contratto di cui all'art. 9, la quale è consentita peraltro «senza alterarne la sostanza economica»⁹⁹, la revisione di cui all'art. 192 è, come ricordato, ammessa soltanto nella misura «strettamente necessaria a ricondurlo ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto». La *ratio* della disposizione, pertanto, appare univoca: occorre ridurre i margini di discrezionalità della decisione dell'amministrazione. E che tale limite costituisca un vincolo per ogni attività di revisione negoziale lo conferma la previsione di cui all'art. 189, c. 4, la quale qualifica come sostanziale – e, quindi, insuperabile – ogni modifica che cambi l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale.

Questione diversa è se la parte legittimata a chiedere la revisione sia soltanto il soggetto affidatario, oppure anche il soggetto concedente. Stando alla lettera della disposizione, il diritto alla rinegoziazione spetta, infatti, al solo concessionario. Anche l'art. 9, del resto, pare identificare la «parte svantaggiata» unicamente nell'operatore economico¹⁰⁰. Diversa appare, invece, la questione se, a causa di accadimenti particolarmente favorevoli che producano un sensibile miglioramen-

⁹⁶ Eco di questa impostazione si può cogliere anche in giurisprudenza; basti richiamare esemplificativamente Cons. Stato, Sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421 (punto 2.7 in diritto), in *Diritto dei Servizi Pubblici*, 2013, in cui si afferma che «il rapporto trilaterale che nelle concessioni si instaura rende l'interesse pubblico, comunque, predominante anche nel corso dell'esecuzione del rapporto scaturente dalla concessione».

⁹⁷ Tale profilo è opportunamente segnalato nella riflessione giuridica straniera; di recente T. Cano Campos, *Los costes excepcionales de ejecución e los contratos públicos: entre el ius variandi y el riesgo imprevisible*, in *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 19, 2023, 113 ss.; analogamente in precedenza J. Esteve Pardo, *Lecciones de derecho administrativo*; Madrid, 2016, 335; C.H. Bovis, *Risk in public-private partnerships and critical Infrastructure*, in *The European Journal of Risk Regulation*, 2015, 48 ss.

⁹⁸ Occorre non sottovalutare, inoltre, che la revisione – al pari, peraltro, della rinegoziazione – non corrisponde agli interessi delle imprese concorrenti già soccombenti e che potrebbero avere interesse alla sua riapertura; utili spunti in tal senso in G. Severini, *Articolo 9*, in *Codice dei contratti pubblici*, cit., 65.

⁹⁹ Limite anch'esso stringente a tutela delle regole sulla evidenza pubblica, come ricorda G. Severini, in *Codice dei contratti pubblici*, cit., 65.

¹⁰⁰ F. Pellizzer, *Articolo 192, Revisione del contratto*, cit., 899, il quale ritiene che non vi sia motivo per disconoscere tale facoltà anche all'amministrazione.

to delle condizioni finanziarie originarie del concessionario, il concedente possa richiedere un determinato riconoscimento economico sui maggiori profitti prodotti dagli introiti derivanti dal servizio. Le evenienze possono essere le più diverse, dal miglioramento dei parametri finanziari disciplinanti il contratto di finanziamento del concessionario alle modifiche della disciplina fiscale, inclusa l'approvazione di varianti progettuali che abbattano il costo di costruzione dell'opera rispetto a quanto originariamente previsto. In tali casi può ritenersi ammesso un diritto alla revisione del contratto a vantaggio del concedente, oppure deve ritenersi che l'operatore privato, così come avrebbe affrontato le perdite in presenza di circostanze sfavorevoli, incameri i maggiori profitti derivanti da notevoli incrementi di redditività del servizio erogato?

Il Codice del 2006, in vero, ammetteva tale possibilità¹⁰¹; non così, invece, il Codice previgente che la limitava al solo concessionario. Nel silenzio del Codice attuale al concedente, comunque, resta comunque una possibilità: affidare la disciplina di notevoli incrementi di redditività ad apposite clausole contrattuali aventi per oggetto la condivisione dei benefici economici ottenuti dal concessionario.

¹⁰¹ Art. 143, c. 8, secondo cui «Nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino più favorevoli delle precedenti per il concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a favore del concedente».

Il rischio operativo e i suoi confini

Il saggio intende analizzare il rischio nella materia dei contratti pubblici. In particolare, dopo aver fatto chiarezza sul tema della ripartizione dei rischi nella contrattualistica pubblica, l'Autore approfondisce il rischio operativo in relazione al contratto di concessione. Sono messi in evidenza luci e ombre dell'evoluzione normativa – a partire dalla legge 109/1994 – del concetto di rischio operativo, cercando di fornire possibili soluzioni ai molteplici problemi interpretativi delle disposizioni attualmente vigenti. L'Autore, inoltre, svolge un'attenta analisi dell'istituto del partenariato pubblico-privato per fornire un quadro completo della corretta determinazione dell'allocazione del rischio. Le considerazioni conclusive sono dedicate al controverso tema della traslazione del rischio nel contratto di concessione ed alla sua misura, elemento di discriminazione con il contratto di appalto.

Operational risk and its borders

The essay aims to analyze risk in the field of public contracts. In particular, after clarifying the issue of risk sharing in public contracts, the author focuses on studying the operational risk of the concession contract. The lights and shadows of the regulatory evolution – starting from law 109/1994 – of the concept of operational risk are highlighted, trying to provide possible solutions to the multiple interpretative problems of the provisions currently in force. The author, moreover, focuses on the public-private partnership to provide a thorough frame for the correct share of the risk. The final considerations are dedicated to the controversial theme of risk transfer and its measure in the concession contract, an element of discrimination in procurement contracts.

Il diritto al primo colpo: unilateralità degli effetti e della esecuzione delle pretese amministrative *

Marco Mazzamuto

SOMMARIO: 1. Il diritto al primo colpo. – 2. L'unilateralità. – 3. L'unilateralità dell'amministrazione: l'esecutorietà. – 4. L'esecuzione forzata: una storia plurale. – 5. Spunti ricostruttivi. – 6. Recenti profili di intersezione tra le giurisdizioni. 7. Brevi conclusioni.

1. *Il diritto al primo colpo*

L'unilateralità è un concetto non facile da maneggiare. A chi spetta il primo colpo o il diritto al primo colpo, si trova cioè in una situazione di vantaggio di fronte ad un altro soggetto che in ipotesi, nella prospettiva di una controversia, ritenga di subire un torto?

Potrebbe anzitutto evocarsi l'eterno conflitto tra il fatto e il diritto. Il fatto può sempre impadronirsi del primo colpo rispetto al diritto e ciò per la semplice ragione che il diritto è in sé un'astrazione, un puro dover essere.

Tanto tale conflitto è fisiologico che, nella nota teorica kelseniana, si è addivenuti ad attribuire rilievo primario alle norme secondarie, ossia alle sanzioni, e che a volte lo stesso ordinamento giuridico è persino costretto a venire a compromessi, come nel caso del possesso.

Ma ciò, per le intenzioni del presente scritto, ci porterebbe troppo lontano.

Dobbiamo quindi restringere il discorso all'interno del dover essere giuridico, alla ricerca di un primo colpo che sia tale in quanto così stabilito dal diritto.

Così, ad es., nel secolo decimonono, rimanendo alla metafora del primo colpo, nell'ordinamento delle regole cavalleresche, romanianamente inteso¹, a pro-

* Il presente lavoro è destinato agli atti del convegno su *L'esecuzione forzata tributaria*, Catania, 24-25 novembre 2023.

¹ È proprio sulla scorta della teoria dell'ordinamento romaniana che, a partire da una pronuncia del Consiglio di Stato, la quale non aveva escluso la potenziale rilevanza della violazione delle regole cavalleresche

posito del duello si riscontravano regole siffatte: «Se l'offeso è del pari provocato o sfidato a lui spetta la scelta del luogo e delle armi. Succedendo il duello alla pistola egli ha diritto al primo colpo nelle condizioni al primo sangue, ovvero al secondo colpo, a sua scelta, quando i duellanti si avanzino l'uno contro l'altro, cioè a tutta oltranza»; «Se l'offeso sfida in seguito a provocazione dell'avversario, avrà parimente la scelta delle armi e nel duello alla pistola avrà anche il diritto del primo colpo alla distanza convenuta»².

Un intero ordinamento giuridico, nella immensa varietà di fattispecie regolate, potrebbe in ipotesi venire indagato nella prospettiva del diritto al primo colpo. Il nostro intento è ovviamente ben più limitato, essendo volto allo studio delle pretese amministrative e rimanendo a tal fine sufficiente evocare la *summa divisio* tra diritto pubblico e diritto privato.

2. *L'unilateralità*

L'unilateralità richiama l'idea della invasione della sfera giuridica altrui, senza che occorra acquisire il consenso del soggetto inciso. Siffatta interferenza può rappresentarsi sia sul piano della produzione di un astratto effetto giuridico, sia sul piano della conformazione del fatto al diritto.

Il mondo dei soggetti privati è sempre stato ritenuto tendenzialmente estraneo all'unilateralità. Non che manchino invero atti unilaterali di diritto privato, ma nel segno della tipicità, così come è significativo che l'eventuale apertura ad atti atipici sia stata a volte prospettata a condizione che essi non si traducano in effetti sfavorevoli verso i terzi. Sul piano sistematico, nel diritto dei privati, l'incidenza nella sfera giuridica altrui è tradizionalmente ricostruito all'insegna della necessaria bilateralità, della figura paradigmatica del contratto.

Certo, andando in fondo, un tale assunto potrebbe essere discutibile, ove si intenda massimamente valorizzare la dimensione relazionale dei fenomeni giuridici anche con riguardo a tutto un ambito in cui l'unilateralità sembra nascondersi nell'alveo di diritti di matrice giusnaturalistica, cioè di una sfera ritenuta origi-

come vizio dell'atto amministrativo sotto il profilo dell'eccesso di potere, P. Calamandrei., *Regole cavalleresche e processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, 155 ss., ebbe a sostenere che «l'ordinamento cavalleresco non sia stato studiato dai giuristi così attentamente come esso meriterebbe», essendo storicamente il primo «codice di diritto processuale» e rimanendo «in se' considerato» pur sempre «un ordinamento giuridico, nel senso in cui questa espressione è adoprata dal Romano», e, anche nel conflitto con l'ordinamento statale, quest'ultimo ne tiene conto, tanto che, pur configurando il duello come reato, «ne trae argomento a favore dei gentiluomini per attenuare le pene o addirittura per cambiare il titolo di reato»; infine arrivando a prospettare che il Consiglio di Stato avrebbe potuto configurare una «violazione di legge», nella misura in cui le regole cavalleresche potevano considerarsi fatte proprie dall'ordinamento statale.

² G. Gandolfo, *Metodo teorico-pratico per la scherma di sciabola*, Torino, 1876, 59.

naria e appunto ancora irrelata di posizioni giuridiche. Si prenda, ad es., il rapporto tra il proprietario e la *res*, ove anche l'esercizio unilaterale delle facoltà di proprietario potrebbe ritenersi invasiva, in senso escludente, della sfera giuridica altrui: *ius excludendi omnes alios*. Al limite qualsivoglia diritto o facoltà potrebbe rappresentarsi in termini di unilateralità.

Ma stiamo al costrutto corrente che risponde pur sempre ad una sedimentata assunzione di determinate assiologie negli ordinamenti giuridici moderni di cui il giurista *de iure condito* non può non farsi carico. Ne' del resto, in una scienza pratica quale è il diritto, è necessario portare sino alle ultime conseguenze la geometria dei concetti.

Nei rapporti privatistici dunque non sussiste normalmente l'unilateralità, né nella produzione dell'effetto giuridico, né tanto meno nella produzione di un titolo giuridico per l'esecuzione e nell'esecuzione stessa. Questa interdizione risponde alla principale *ratio* che informa costitutivamente l'esistenza dell'ordinamento giuridico, e cioè che, nel momento più critico delle relazioni sociali, della interferenza o del conflitto tra posizioni soggettive, i cittadini non vengano alle armi, non si facciano giustizia da loro stessi come nello stato di natura, ma si sottopongano pacificamente alla intermediazione dell'ordinamento. Esigenza questa che mantiene piena vividezza in tutti i passaggi della vicenda giuridica, nel momento cognitorio in cui si afferma l'esistenza di un diritto e *a fortiori* nel momento in cui, ove occorra, si dà esecuzione materiale al diritto già conclamato.

L'unilateralità appare invece un attributo naturale dei poteri collettivi per contrapposizione alla bilateralità dei rapporti privatistici³: unilaterale è la legge, la sentenza di un giudice, il provvedimento amministrativo⁴.

Si potrebbe pure evidenziare che questa sia una condizione pregiuridica dei pubblici poteri, i quali possono imporsi anche sul mero terreno dell'effettività, se non fosse che, con la grande svolta dello Stato di diritto, e poi dello Stato di diritto costituzionale, l'insieme di tutti tali poteri si vuole che siano ormai fondati sul diritto e regolati dal diritto, sicché la loro considerazione rientra ormai pienamente nella disamina del giurista.

³ Ad es., con riguardo alla contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato, J. Rivero, *Droit public et droit privé: conquête ou status quo?*, in *Recueil Dalloz*, 1947, 69: «il diritto privato non si riduce al diritto dei contratti», ma esso appare «nella sua essenza come un diritto del libero consenso», mentre «nel diritto pubblico, il procedimento-tipo è quello della decisione esecutoria, attraverso la quale l'amministrazione forza la volontà dell'amministrato, e comanda»; «L'anima del diritto pubblico [...] e la giustificazione della sua tecnica autoritaria è la preoccupazione di realizzare direttamente l'interesse generale; è in nome dell'interesse generale che decide ed esegue».

⁴ C. Laviolle, *L'évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif français*, Parigi, 1974, 8: «questi diversi organi esprimono il Potere dello Stato e le loro decisioni sono per sé stesse direttamente imperative, esecutorie».

E bene subito precisare che l'unilateralità di cui stiamo parlando non ha di per sé nulla a che fare con i caratteri, pur assai rilevanti sotto altri profili, del procedimento che porta all'adozione dell'atto. Come già evidenziava il nostro più grande Maestro del diritto pubblico, a torto taluni scrittori «credono che libertà significhi partecipazione del popolo al governo: grave equivoco, perché l'indole intrinseca del potere esecutivo non muta né può mutare sol perché il popolo è radunato nei comizi ed elegge i rappresentanti. Esso potrà essere buono o cattivo [...] ma non perciò muta la sua qualità intrinseca e la ragione del suo *imperium*»⁵. E su questa falsariga: che la legislazione sia frutto di un'assemblea rappresentativa o persino di un'assemblea di democrazia diretta di roussoviana memoria nulla toglie alla unilateralità di una decisione che è assunta a maggioranza e produce effetti anche nei confronti dei dissenzienti; che sia rispettato il sacro principio del contraddittorio nel processo nulla toglie all'unilateralità di una decisione che spetta al giudice e che si impone sia sulla parte vittoriosa, sia sulla parte soccombente; che, infine, il procedimento amministrativo sia aperto alla partecipazione degli interessati o dei cittadini nulla toglie all'unilateralità di una decisione che spetta all'amministrazione e che si impone, favorevolmente o sfavorevolmente, sui soggetti coinvolti.

La parabola dell'unilateralità pubblica è alquanto articolata soprattutto in relazione alla divisione dei poteri e delle funzioni che caratterizza in modo decisivo l'assetto dell'ordinamento con l'affermarsi dello Stato di diritto⁶. Così la legge gode certamente di una unilateralità degli effetti, ma non spetta al potere legislativo garantirne il rispetto nei casi concreti, né tanto meno l'esecuzione materiale, occorrendo a tal fine l'intermediazione di altri poteri che dà luogo ad una conseguente filiera di atti unilaterali. E anche il potere giurisdizionale tradizionalmente non può fare a meno in sede di esecuzione del ricorso alla forza pubblica⁷.

È tuttavia sull'unilateralità dell'amministrazione che dobbiamo concentrarci.

⁵ V.E. Orlando, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1891, 301.

⁶ U. Borsi, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, 1901, ora in *Studi di diritto pubblico*, I, Padova, 1976, 49: con riguardo agli atti dei tre poteri (legislativo, giudiziario ed esecutivo), «poiché differenti sono gli scopi ai quali questi atti mirano, la sovranità si rileva in ciascuno di essi in diversa misura, pur affermandosi in tutti in un atteggiamento solo ed unitario».

⁷ Già G.D. Romagnosi, *Principi fondamentali di diritto amministrativo*, Milano, 1837, 68 (seguito alla prima edizione del 1814): «Una particolarità dell'ordine giudiziario si è di non aver che occhi e bocca; perché altro non fanno che vedere e decidere, le mani o sia l'esecuzione appartiene al potere esecutivo». A.M. Sandulli, *Note sul potere amministrativo di coazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 833: «il potere legislativo, quanto gli altri poteri dello Stato, non dispongono generalmente di un'immediata possibilità di coercizione (esercitandosi l'attuazione coattiva delle leggi e delle sentenze solo a mezzo dell'autorità amministrativa, la quale rappresenta [...] il braccio secolare sia del Legislativo che del Giudiziario)».

3. *L'unilateralità dell'amministrazione: l'esecutorietà*

Nella tradizione francese, di cui siamo figli, l'esecutorietà degli atti amministrativi ha sempre avuto una doppia valenza, volendosi con ciò riferire sia alla particolare efficacia dell'atto amministrativo, asseverata dal carattere non automaticamente sospensivo del ricorso alla giustizia amministrativa, sia alla possibilità di portarlo unilateralmente ad esecuzione, in entrambi i casi senza che occorra la intermediazione di un giudice.

Si tratta, per stare alla metafora del diritto al primo colpo, del *privilège du préalable* e del *privilège d'exécution*⁸. L'amministrazione non ha bisogno del previo asseveramento del giudice per esercitare i propri poteri provvedimenti. Anzi siffatti privilegi costituiscono anche un vincolo, nel senso che all'amministrazione di regola non è consentito optare per l'accertamento giudiziale, avendo il dovere e la responsabilità di esercitare in prima battuta il potere conferitogli dall'ordinamento, solo in seconda battuta suscettibile di vaglio da parte degli organi di giustizia⁹. Né, ai fini dell'esecuzione, occorre di regola l'apposizione della formula esecutiva, provenendo gli atti dal potere esecutivo.

Analogamente *ex parte civis* costituisce un non meno inveterato principio che per accedere alla giustizia amministrativa occorre una *décision préalable* dell'Amministrazione, cui fa *pendant* la struttura impugnatoria del processo amministrativo¹⁰. Nel nostro ordinamento di ciò si è avuta di recente conferma nel codice del processo amministrativo, ove, tranne alcune eccezioni, «In nes-

⁸ È nota la *querelle* che ha agitato la dottrina francese sul propugnatore, Maurice Hauriou, della formula della *décision exécutoire*, che avrebbe ingenerato, a detta dei detrattori, un'ambiguità nel sovrapporre le due valenze (di recente, E. Millard, *Les disciples administrativistes d'Hauriou: Intervention au Colloque "A propos de Maurice Hauriou"*, in *Revista Opinião jurídica*, 2005, 373 ss.). Nella prima edizione del suo *Précis de droit administratif et de droit public*, Parigi, 1892, 160, sembra primeggiare la produzione dell'effetto («l'atto d'amministrazione è una decisione esecutoria, presa in nome di una persona amministrativa da un rappresentante legale, in vista di produrre un effetto di diritto»), ma non si manca altresì di evocare l'esecuzione (che «la decisione sia esecutoria, cioè tende all'esecuzione per sua sola virtù»), nella undicesima edizione del 1927, 357, il profilo dell'esecuzione sembra emergere più decisamente («ogni dichiarazione di volontà in vista di produrre un effetto di diritto, nei confronti degli amministrati, emessa da un'autorità amministrativa in una forma esecutoria, cioè in una forma che comporta l'esecuzione d'ufficio»).

⁹ *Conseil d'État*, 30 mai 1913, *Préfet de L'Eure*. Così anche di recente *Conseil d'État*, 24 février 2016, n. 395194, *département de L'Eure*: «è irricevibile la domanda di una collettività pubblica al giudice amministrativo perché pronunci una misura ch'essa ha il potere di prendere» e ciò anche con riferimento alla formazione di un titolo esecutivo, sicché, con l'eccezione dei crediti di origine contrattuale, «le collettività territoriali, che possono emettere *titres exécutoires* nei confronti dei loro debitori, non possono adire direttamente il giudice amministrativo con una domanda tendente al recupero del loro credito».

¹⁰ R. Jacquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif*, Parigi, 1899, 111: «il contenzioso e la competenza della giurisdizione amministrativa non possono essere generati che a condizione che un atto amministrativo sia intervenuto preventivamente come fondamento del reclamo del privato». Nell'attuale disciplina legislativa: «La giurisdizione non può essere adita che per mezzo di un ricorso formato contro una decisione» (art. R421-1 CJA).

sun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati» (art. 34 cpa)¹¹.

Per comprendere quanto sia risalente questa tradizione basti evocare l'avviso del *Conseil d'État* del 25 termidoro anno XII, il cui contenuto, secondo Laferrière, si limiterebbe in sostanza a ricordare che «la forza esecutoria è inerente agli atti amministrativi, senza che vi sia bisogno dell'intervento di alcun giudice, in quanto questa forza esecutoria è un attributo del potere esecutivo così come del potere giudiziario»¹². Di ciò si ebbe subito traccia nel nostro Romagnosi, sistematore delle primizie francesi nel corso della breve vita del Regno d'Italia napoleonico (1805-1814)¹³: a partire dal «principio fondamentale [...] proclamato da S.M. nella seduta reale del giugno, 1805, in Milano» cioè che «l'amministrare è il fatto di un solo; il giudicare è il fatto di molti», osservava che «l'unità di fatto e la rapidità dell'esecuzione in oggetti importanti la cosa pubblica, e spesso urgenti, non può comportare i ritardi d'una discussione contenziosa e collegiale. Viceversa dove si tratta di togliere definitivamente un diritto al pubblico o al privato, o d'irrogare una pena, è necessaria la maggior rettitudine dei giudizj», fermo restando che «sebbene l'amministrazione presa in istretto senso sia soggetta alle leggi e tutta esecutiva, ciò nonostante può o per isbaglio o per mala volontà dell'amministratore importare lesione alla cosa pubblica o privata», sicché «i di lei atti non potevano essere definitivi, come quelli della giustizia» e, se le sue determinazioni «sono *esecutorie*» (corsivo nostro), è «salvo sempre il diritto di chiunque ha interesse», «sono di loro natura rivocabili dalla stessa autorità che le emanò» e «in caso di rifiuto e sempre aperto il ricorso alle autorità superiori»¹⁴.

La dottrina giuspubblicistica nazionale, che, agli inizi del XX sec., per prima s'impegnò in una ricostruzione sistematica della nozione di esecutorietà era ben consapevole delle incertezze dogmatiche della coeva dottrina francese e ritenne di restringerne il significato alla esecuzione coattiva delle decisioni amministrative, venendo così a distinguere l'esecutorietà dall'effetto, dalla obbligatorietà e dalla eseguibilità dell'atto amministrativo, così come dal più ampio concetto della sua esecuzione: «quando noi enunciamo la frase esecutorietà degli atti amministrativi sappiamo di non richiamarci ad un concetto univoco e generalmente accolto»; «atto esecutorio, nel senso da noi ritenuto, vale atto che è titolo esecuti-

¹¹ Sulla derivazione francese, M. Mazzamuto, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 67.

¹² Avviso citato da E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, I, Parigi, 1887, 403, nel quale si statuiva che «Le condanne e i vincoli emanati dagli amministratori nei casi e nelle loro materie di competenza comportano ipoteca allo stesso modo e alle stesse condizioni di quelle dell'autorità giudiziaria».

¹³ M. Mazzamuto., *Giandomenico Romagnosi inventore del diritto amministrativo?*, in *Dir. e soc.*, 2016, 705.

¹⁴ Romagnosi, *op. cit.*, pp. 16-17.

vo secondo quelle norme e con quella misura di effetti che il diritto da cui è disciplinato pone e determina», sicché «la persona pubblica è dotata di potere coercitivo per realizzare la propria volontà»¹⁵.

Non veniva però meno la connessione con le altre valenze dell'unilateralità: unilaterali della decisione, unilaterali degli effetti e unilaterali, ove occorra, dell'esecuzione costituivano un tutt'uno, nel fondamento e nella *ratio*: nel fondamento, «l'atto amministrativo, in quanto manifesta l'esercizio del potere sovrano, è per sé stesso e per propria natura di carattere esecutorio»; e per questo «l'esecutorietà dell'atto amministrativo non è che un'energia giuridica insita in esso che gli dà modo di realizzarsi direttamente» in ordine al contenuto obbligatorio dell'atto; nella *ratio*, «se da un lato l'espressione potestativa contenuta nell'atto costituisce il fondamento dell'esecutorietà dell'atto stesso, dall'altro [...] è sempre l'*utilitas publica*» la quale «giustifica l'esecutorietà dell'atto amministrativo»¹⁶.

Il quadro sistematico non muta essenzialmente in Cammeo, così come si sente non meno l'eco della tradizione francese.

La premessa maggiore è che i due principi operanti nel diritto privato – e cioè che il cittadino può far valere una pretesa solo se acclarata dagli organi giudiziari e che il soddisfacimento forzoso della pretesa esiga altresì il concorso dei medesimi organi, «perché nessun interesse ha un'importanza sociale superiore tale richiedere una maggior protezione, e perché finalmente l'uso della forza da parte dei cittadini turberebbe l'ordine sociale» – non valgono per i rapporti di diritto pubblico, ove «il caso si presenta con caratteri sostanzialmente contrari». La possibilità per l'amministrazione di farsi ragione da sé viene riallacciata a svariate argomentazioni: l'operato degli organi amministrativi è circondato da limiti giuridici ed è segnato da «imparzialità», non rispondendo ad un interesse personale¹⁷; «l'amministrare, accanto al legiferare ed al giudicare, è una delle tre funzioni dello Stato, cioè una delle tre attività nelle quali si esplica la sovranità: è logico che essa, come le altre, partecipi della facoltà di coercizione, da cui la sovranità è caratterizzata»; se i privati devono ricorrere allo Stato per fare uso della forza, è con ciò «compatibile che lo Stato stesso, nella sua funzione amministrativa, si faccia ragione da sé usando la forza»; sarebbe «irrazionale» ritenere di «imporre

¹⁵ Borsi, *op. cit.*, 6, 47 e 77. F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, 1910, 97 e 717: gli atti amministrativi «sono di regola eseguibili direttamente dall'amministrazione stessa senza che essa né sia costretta a far preventivamente dichiarare dinanzi ad organi giurisdizionali la fondatezza giuridica della sua pretesa, né sia costretta a ricorrere al concorso di organi giudiziari o dipendenti dai giudiziari per l'uso della coazione», per quanto Cammeo non rinunci incidentalmente a parlare di «esecutorietà giuridica» con riguardo alla produzione degli «effetti giuridici»; O. Ranalletti, *Atti amministrativi*, 1937, ora in *Scritti giuridici scelti*, III, Padova, 1992, 1095, sulla «possibilità», che ha l'atto amministrativo, di essere eseguito coattivamente dalla stessa amministrazione, con i propri mezzi, senza intervento dell'autorità giudiziaria, ne costituisce l'esecutorietà».

¹⁶ Borsi, *op. cit.*, 49 ss., 65, 123.

¹⁷ Cammeo, *Commentario*, cit., 97.

all'amministrazione, come regola, di adire l'autorità giudiziaria in sede di esecuzione, perché questa, se realmente deve esercitare la coazione, invochi dall'amministrazione stessa l'intervento dei corpi armati»¹⁸.

Sin qui nulla di particolare, mentre colpisce lo straordinario realismo con il quale Cammeo accompagna tali considerazioni: se si volesse intendere «che ogni atto dell'autorità amministrativa deve sempre e di necessità essere in tal modo eseguibile, senza di che esso perderebbe la sua natura, si affermerebbe un principio esagerato e quindi falso», altro se si volesse intendere che «nessun ordinamento giuridico può concepirsi senza *che in casi più o meno numerosi*» sussista l'esecutorietà, il che sarebbe invece «cosa giusta», potendo semmai ravvisarsi una diversa tendenza tra gli Stati continentali, da un lato, e l'Inghilterra e gli Stati Uniti, dall'altra. Non a caso Cammeo sente l'esigenza di entrare più all'interno dei meandri del diritto positivo e del taglio delle «varie forme di esecuzione»¹⁹.

Ciò non significa affatto che non si fosse maturata nella giuspubblicistica liberale, sia in quella italiana (ma già con Romagnosi), sia in quella d'oltralpe, l'esigenza di delimitare il privilegio dell'esecuzione.

Senza potere indugiare su una completa disamina: nel caso di Borsi, ad es., si restringe l'esecutorietà ai soli atti amministrativi d'impero o si ripudia l'idea che l'esecutorietà debba *tout court* riconnettersi al tradizionale *ius coercionis*, in quanto nello «Stato moderno [...] esso ha nuove basi» ed è «la legge» che «determina i diritti e i doveri dell'Autorità amministrativa», il che comporta che, se negli «atti amministrativi d'impero [...] la facoltà di imporre un obbligo implica sempre la facoltà di farlo adempiere, altrimenti il concetto d'obbligo verrebbe meno» e in ciò l'esecutorietà non esige una specifica autorizzazione legislativa, invece «quando per indurre un dato subbietto ad adempiere un obbligo impostogli sia necessario imporgli altri e spesso maggiori obblighi, allora la facoltà di imporre il primo non implica per nulla la facoltà di imporre i secondi e quest'ultima, per essere legittimamente esercitata, deve trovare essa stessa la propria base nella legge» e lo stesso criterio viene posto nel più delicato ambito della «coazione fisica», facendo pur sempre salve evenienze «eccezionalmente gravi o di vivissima urgenza»²⁰. O ancora nel caso di Cammeo, premesso che «non bisogna dare alla esecutorietà degli atti amministrativi una maggiore ed esagerata importanza», si afferma, ad es., che le pretese di diritto privato «non sono di regola esecutorie», ma «soltanto per eccezione in quanto vi sia una disposizione di legge che conferisce all'amministrazione cotale privilegio», mentre «le pretese di diritto pubblico sono di regola *ipso iure* esecutorie», ma anche queste ultime esigono una «espres-

¹⁸ F. Cammeo, *La esecuzione d'ufficio specie nei riguardi dei regolamenti comunali*, in *Giur. it.*, 1929, III, 19-21.

¹⁹ Cammeo, *Commentario*, cit., 99 e 685 ss.

²⁰ Borsi, *op. cit.*, 123-4, 133.

sa disposizione» nei seguenti casi: a) «per l'esecuzione mediante pena»; b) «per l'esecuzione mediante espropriazione forzata del patrimonio in ordine a crediti di diritto pubblico»; c) «per l'uso materiale della forza rivolto all'adempimento degli obblighi di fare non fungibili il quale implica una diretta limitazione alla libertà personale»²¹.

Significativo dell'approccio articolato della nostra dottrina giuspubblicistica è anche il successivo contributo di Santi Romano, ove, sul presupposto che «fra gli effetti dell'atto bisogna distinguere quelli che si producono ipso iure e quelli che, per concretarsi, hanno bisogno di un'esecuzione, cioè di ulteriori atti amministrativi o del compimento di azioni materiali», sicché bisogna distinguere la «semplice eseguibilità, che importa la possibilità giuridica di agire in conformità dell'atto» dalla «esecutorietà in senso stretto e tecnico», si afferma, da un lato, che quest'ultima è «una forza particolare che non possiedono tutti gli atti amministrativi», d'altro lato, che si hanno a riguardo «molte disposizioni» e che esse «non siano eccezionali e possano, per conseguenza, estendersi a casi previsti, purché analoghi. Ciò perché, di regola, le pretese della pubblica amministrazione, anche quelle derivanti *ex lege*, sono esecutive, e gli atti amministrativi, in particolare, godono, come si è detto, di una presunzione di legittimità. Il divieto di farsi ragione da sé, che riguarda essenzialmente i privati, esclude soprattutto la coercizione che non sia esercitata dallo Stato. Per gli altri enti pubblici, come sarebbero i Comuni, la facoltà di esecuzione d'ufficio è a ritenersi più limitata»²².

O è ancora il caso di Lucifredi: nella pluralità anche concorrente di mezzi di esecuzione amministrativa, l'amministrazione, secondo un principio di proporzionalità, «non deve far uso di mezzi più rigorosi di quelli che sono sufficienti»; se, nel caso di somme di danaro, «i mezzi di esecuzione sono sostanzialmente identici a quelli regolati da Codice di Procedura Civile (esecuzione mobiliare ed esecuzione immobiliare)», ma a partire da un «procedimento essenzialmente amministrativo» sulla scorta del generale principio dell'esecutorietà degli atti amministrativi, e se, nel caso di prestazioni fungibili, l'esecuzione d'ufficio per via sostitutiva, che «ha le caratteristiche dell'analogia sua di diritto privato» e ove l'obbligo originario si trasforma in quello di «sopportare il fatto altrui pagandone il costo», non esige «alcuno specifico fondamento legislativo», nel caso delle prestazioni infungibili, non si ha remore a delimitare l'uso della coazione fisica sulle cose e sulle persone, osservando che «data l'estensione che la tutela dei diritti individuali ha nei

²¹ Cammeo, *Commentario*, cit., 98 e 710. La disamina delle fattispecie troverà ulteriore analitico sviluppo in Cammeo, *La esecuzione*, cit. G. Sacchi Morsiani, *L'esecuzione delle pretese amministrative*, Padova, 1977, 52 ss., valorizza in tal senso correttamente la sensibilità garantista di Cammeo, ma, a nostro avviso, erroneamente contrapponendola a quella di Borsi, mentre deve ritenersi che entrambi condividessero una medesima *ratio* liberale.

²² S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, III ed., Padova, 1937, 282 ss.

moderni ordinamenti giuridici, l'adozione di questa forma di coazione deve essere considerata come una specie di *extrema ratio*» e specialmente riguardo alle persone esige «l'urgenza» o «apposite norme di legge», andandosi altrimenti a cozzare «con i generali principi relativi alla libertà personale e colle norme costituzionali che la garantiscono»²³.

Anche in Francia, famose sono rimaste le conclusioni di Jean Romieu del 2 dicembre 1902 nel caso *Société immobilière Saint-Just*, ove si pone la seguente questione, «una delle più gravi e più importanti del diritto amministrativo»: «Cosa è l'esecuzione forzata per via amministrativa degli atti del potere pubblico sulle persone e sui beni? Quale ne è il fondamento giuridico? Quali ne sono le regole e i limiti?». Rispetto al sistema invalso in Francia ove «nei rapporti del poter pubblico con i cittadini, l'obbligazione e la coercizione sono indissolubilmente legati», si prospetta di limitare l'istituto ai casi in cui, di fronte alla resistenza del cittadino, la sanzione penale è insufficiente in ragione dell'urgenza («quando la casa brucia, non si va a domandare al giudice l'autorizzazione per inviare i pompieri», non diversamente dai casi «eccezionalmente gravi o di vivissima urgenza» del nostro Borsi) o non è prevista²⁴. Di là a poco un'autorevole dottrina mantiene fermo che «l'esecuzione diretta amministrativa», cioè senza l'intermediazione giudiziale, è «la regola», ma si evoca la giurisprudenza del Consiglio di Stato che esige alternativamente due condizioni («una necessità imperiosa» o che «non vi sono altri mezzi per mettere fine ad uno stato contrario alla legge») e si precisa che il *privilège du préalable* non fa venir meno le garanzie giurisdizionali, in quanto, a parte l'urgenza, «nel più grande numero di casi [...] si applicherà la regola generale che il creditore non può procedere all'esecuzione forzata che dopo aver messo in mora il debitore» e, in via preventiva, «questa ingiunzione potrà essere deferita al Consiglio di Stato», fermo restando in caso di ingiusta esecuzione la riparazione del danno²⁵.

È sulla scorta di questa tradizione che si deve l'assunto, a lungo affermato nel nostro sistema, che l'esecutorietà, come esecuzione coattiva dei provvedimenti, appartenga naturalmente al potere amministrativo, senza che occorra di regola un'espressa autorizzazione legislativa²⁶.

²³ R. Lucifredi, *Le prestazioni obbligatorie in natura dei privati alle pubbliche amministrazioni. La teoria generale*, Padova, 1934, 180 ss e 200 ss.

²⁴ *Conclusions Romieu sur Société immobilière Saint-Just*, in www.revuegeneraledudroit.eu.

²⁵ H. Berthelemy, *Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le droit public*, in *Revue du droit public*, 1912, 529 ss e 539.

²⁶ Borsi, *op. cit.*, 50: l'atto «in quanto rivela l'esercizio della sovranità, non abbisogna per essere esecutivo di una espressa disposizione di legge che lo dichiara tale». Non ci sembra in tal senso condivisibile quanto sostenuto da B. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 118, e cioè che «Borsi rifiutava il punto di vista prevalso in Francia, basato sul primato della legge, e accettava la concezione della separazione dei poteri, propria degli autori tedeschi». Ciò appare il frutto di una non meno condivisibile tendenza diffusa in una parte della nostra dottrina a ricollegare le vicende del nostro ordinamento al modello tedesco, più che a quello francese (v. M. Mazzamuto, *The Formation of the Italian Administrative Justice System*,

Persino nella nostra giurisprudenza costituzionale non si è mancato di rimarcare reiteratamente il carattere di «principio» dell'esecutorietà e la sua «fondamentale importanza nel nostro ordinamento», specie per la vita finanziaria dello Stato²⁷.

Nelle vicende più recenti, si è evidenziato che la teoria dell'esecutorietà avrebbe registrato nella nostra dottrina «una doppia transizione»: il passaggio dall'esecutorietà degli atti a quella delle pretese; l'esecutorietà non come principio generale, ma come privilegio particolare previsto, almeno implicitamente, dalla legge²⁸.

Si tratta tuttavia di mutamenti per lo più apparenti.

L'esigenza di riferirsi più largamente alla esecutorietà delle pretese, che potrebbero avere fondamento direttamente nella legge e non solo negli atti amministrativi, si ritrova già negli scritti di Cammeo, che, poco dopo quelli di Borsi, rientrano tra i contributi fondativi della nostra dottrina in materia²⁹.

La contrapposizione va invero valutata e relativizzata nell'ottica della tutela.

L'insistenza di Borsi sulla esecutorietà degli «atti» rimane in tal senso di grande importanza, poiché, in ambito pubblicistico, è attraverso l'impugnativa degli

European Common Principles of Administrative Law, and 'Jurisdictionalisation' of Administrative Justice in the 19th Century, in G. Della Cananea, S. Mannoni, *Administrative Justice Fin de siècle*, Oxford, 2021, 282), nonché a travisare i caratteri dello stesso ordinamento francese, come se fosse un mero Stato di diritto legislativo, mentre il diritto amministrativo nella sua costruzione generale e sistematica fu il frutto della giurisprudenza pretoria del Consiglio di Stato (v. M. Mazzamuto, *Il diritto amministrativo: un perfetto sconosciuto?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2022, 167).

²⁷ Limitandoci a qualche pronuncia: «ogni richiamo al principio della normale esecutorietà degli atti amministrativi non reca alcun contributo alla soluzione della questione nel senso sostenuto dalla Amministrazione finanziaria, perché quel principio non verrebbe in alcun modo intaccato o eluso dal venir meno dell'istituto del *solve et repete*» (Corte cost. n. 21/1961); nell'esecuzione esattoriale «si manifesta, più energicamente forse che non in altri, data l'importanza dell'interesse tutelato (tra l'altro quello fondamentale di garantire il regolare svolgimento della vita finanziaria dello Stato) il principio dell'esecutorietà dell'atto amministrativo: un principio che, quale che sia la sua ragione giustificatrice, è certamente fondamentale nel nostro ordinamento» (Corte cost. n. 87/1962); «Non c'è dubbio che il ruolo di imposte, secondo le regole proprie dei provvedimenti amministrativi, si caratterizza per gli attributi dell'autoritatività e dell'esecutorietà. Tale regime giuridico, predisposto ad assicurare alla pubblica amministrazione la pronta e regolare disponibilità dei mezzi economici necessari per far fronte ai suoi compiti, soddisfa una fondamentale esigenza della vita dello Stato e trova perciò giustificazione costituzionale in un preminente, pubblico interesse» (Corte cost. n. 13/1970); «Il principio dell'esecutorietà è di fondamentale importanza nel nostro ordinamento poiché garantisce il regolare svolgimento della vita finanziaria dello Stato assicurandogli la pronta disponibilità di quei mezzi economici che sono indispensabili per assolvere i compiti di pubblico interesse (sentenza 13 del 1970). Gli scopi ai quali il regime giuridico dell'esecutorietà è preordinato si realizzano, peraltro, senza violazione dei precetti costituzionali che assicurano l'egualianza dei cittadini dinanzi alla legge e l'intangibilità del loro diritto di agire in giudizio per la tutela dei diritti e interessi legittimi contro tutti gli atti lesivi della pubblica amministrazione [...] Queste le ragioni poste dalla Corte nelle ricordate sentenze a sostegno della legittimità costituzionale del principio dell'esecutorietà dell'atto amministrativo» (Corte cost. n. 44/1970).

²⁸ G. Falcon, *Esecutorietà esecuzione dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991, 141.

²⁹ Si deve a Cammeo, *Commentario*, cit., 688, che sarebbe «più esatto parlare di esecutorietà delle pretese dell'amministrazione», atteso che vi sono pretese che «nascono indubbiamente *ex lege* senza che occorra, massime in casi di urgenza, alcun atto o dichiarazione preventiva, e che sono tuttavia suscettibili di esecuzione forzata».

atti che si realizza la tutela in forma specifica di fronte al giudice amministrativo³⁰: ad es., impugnando e ottenendo la sospensione di un'ordinanza di demolizione così come di atti successivi, quale l'acquisizione al patrimonio del Comune³¹. Non a caso, tanto è rilevante a tal fine la presenza di un atto che nella tradizione impugnatoria della giustizia amministrativa si è, ove occorra, non da ora ricorso alla figura dell'atto implicito ricavabile pure soltanto da un comportamento conseguente³².

Ma è anche vero che vi sono fattispecie nelle quali è tale l'immediatezza materiale dell'intervento coattivo che a poco servirebbe presumere l'adozione di un atto, mancando il tempo utile per una interdizione giurisdizionale.

In questi casi, la tutela non potrebbe, in ipotesi, che operare *a posteriori* in chiave meramente risarcitoria. Ad es., si pensi ai poteri di polizia, attraverso i quali, in diretta applicazione della legge, si provvede materialmente e con immediatezza allo scioglimento di una riunione in luogo pubblico nella quale si sta mettendo a repentaglio l'ordine pubblico. Proprio riguardo a questo esempio Orlando evidenziava «l'impossibilità [...] di un ricorso contro una decisione dell'autorità di polizia che possa giudicarne la legalità ed eventualmente arrestarne gli effetti. Il diritto non può offrire in questo caso altro rimedio se non che un rigoroso regolamento della responsabilità civile e penale dei pubblici funzionari»³³.

In altre parole, parlare più largamente di esecutorietà delle pretese ha il merito di poter focalizzare anche queste situazioni, ma a condizione che, nell'interpretazione delle fattispecie, non si rinunci a dare il massimo spazio possibile all'esecutorietà degli atti, anche impliciti, ogni qual volta vi sia il tempo per un intervento cautelare del giudice. Così, tornando all'esempio precedente, non è da escludere che possa addivenirsi ad un espresso divieto di polizia che intervenga *ex ante*, ove l'autorità di polizia ritenga già astrattamente che una certa riunione, oggetto di previo avviso, condurrebbe ad un pericolo per l'ordine pubblico (si pensi oggi ai divieti di funerali pubblici ai mafiosi); il che potrebbe ancora lascia-

³⁰ Sul primato della tutela in forma specifica nel sistema pubblicistico, M- Mazzamuto, *Le tecniche di attuazione dei diritti nel processo amministrativo*, in G. Grisi, *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, Napoli, 2019, 283 ss., ma già in *Giustamm*, 2018.

³¹ Persino Cass. pen., sez. III, n. 41873/2023, ha di recente avuto modo di evidenziare che «l'esecutorietà presuppone l'obbligo di un "facere" nei confronti della pubblica amministrazione che può ottenere la prestazione in modo coattivo, senza la preventiva verifica giurisdizionale della pretesa (salva la possibilità del privato di ottenere la sospensione dell'esecuzione)».

³² Anche di recente Cons. Stato, Ad. Plen., n. 3/2020: «Nel campo del diritto amministrativo, come è noto, è ammessa la sussistenza del provvedimento implicito quando l'Amministrazione, pur non adottando formalmente un provvedimento, ne determina univocamente i contenuti sostanziali, o attraverso un comportamento conseguente, ovvero determinandosi in una direzione, anche con riferimento a fasi istruttorie coerentemente svolte, a cui non può essere ricondotto altro volere che quello equivalente al contenuto del provvedimento formale corrispondente, congiungendosi tra loro i due elementi di una manifestazione chiara di volontà dell'organo competente e della possibilità di desumere in modo non equivoco una specifica volontà provvedimentale, nel senso che l'atto implicito deve essere l'unica conseguenza possibile della presunta manifestazione di volontà».

³³ Orlando, *op. cit.*, 258.

re il tempo per ricorrere al giudice amministrativo e ottenere una sospensione del divieto, in quanto illegittimo, se non addirittura, sulla scorta dei *patres*, neanche rientrando come divieto preventivo nei poteri di polizia³⁴. La preferenza per l'atto non è in tal senso un'esigenza che nasce da una mal posta analogia con la esecuzione forzata civile, che di un atto sempre necessita³⁵, bensì risponde alla logica della tutela pubblicistica.

Si comprende dunque bene che è l'esecutorietà degli atti che, sul piano sistematico, continua a costituire il terreno principale della tutela³⁶, quantomeno quella in forma specifica garantita dal giudice amministrativo.

Molto la dottrina si è spesa, nella seconda metà del secolo scorso, per passare dalla atipicità alla tipicità dell'esecutorietà³⁷.

Ciò non ha in alcun modo messo in discussione l'accezione più ristretta di esecutorietà, come esecuzione coattiva, rimasta consolidata sino ad oggi³⁸. Anzi il sopravvenuto obiettivo di ricondurre il privilegio dell'esecuzione ad un principio di tipicità ha semmai indotto a marcare le distinzioni, al fine di staccare, per poi appunto tipizzare, l'esecuzione coattiva rispetto agli altri attributi generali del provvedimento: la produzione unilaterale degli effetti del provvedimento non implica più automaticamente l'unilateralità dell'esecuzione coattiva³⁹. In altre parole, non basta che l'ordinamento preveda un potere provvedimentale

³⁴ Orlando, *op. cit.*, 256: «non potrebbe esser dubbio che la legge abbia inteso negare all'autorità il diritto di opporsi alla riunione, quando la comunicazione fosse regolarmente data [...] Tuttavia, nella pratica, di questo diritto di proibire l'autorità si serve».

³⁵ V. Sacchi Morsiani, *op. cit.*, 56 ss.

³⁶ Lo stesso, Cammeo, *La esecuzione*, cit., 12, osservò che «nella maggior parte dei casi la questione della esecuzione coattiva si riannoda ad un precedente atto amministrativo o costitutivo o recognitivo, liquidativo ecc. della pretesa. In questo senso il problema può senza grave inconveniente considerarsi come relativo alla esecutorietà degli atti amministrativi».

³⁷ Sandulli, *op. cit.*, 318: «l'Amministrazione, soggetta com'è alla legge, non dispone della possibilità di porre in essere mezzi coercitivi fuori dei casi in cui la legge, espressamente o per implicito, gliela conferisca».

³⁸ Ad es., di recente, M. Clarich, *Il provvedimento amministrativo: efficacia ed esecutorietà*, in V. Cerulli Irelli, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 315 ss. il quale segna il distacco tra provvedimento amministrativo e negozio privatistico con riferimento a due aspetti, l'unilateralità (o imperatività) del provvedimento nella produzione dell'effetto e l'esecutorietà come deroga al principio del divieto di autotutela. Non mancano tuttavia ancor oggi casi in cui la giurisprudenza declina l'esecutorietà alla francese anche con riguardo all'efficacia del provvedimento: «in base al ben noto principio di esecutorietà i provvedimenti amministrativi impugnati in sede di ricorso giurisdizionale o in sede di ricorso straordinario conservano la loro efficacia fino a quando i provvedimenti stessi non siano annullati o la loro efficacia non sia sospesa dall'organo adito» (CGA sez. riun. parere n. 429/2002).

³⁹ G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 437 ss., che contesta «l'idea dell'esecutorietà come attributo indefetibile dell'efficacia del provvedimento», sia perché esistono «provvedimenti (ad efficacia finale), che non richiedono alcuna esecuzione» e vi sono casi in cui «l'autotutela assiste pretese nascenti non da provvedimenti amministrativi, ma direttamente dalla legge», sia perché «anche nei «provvedimenti ad effetti strumentali», l'esecuzione «non è l'effetto di un atto, bensì un nuovo fatto giuridico [...] espressione di un potere».

idoneo a produrre un effetto, ma perché tale effetto sia accompagnato da un potere di coazione occorre un'espressa previsione aggiuntiva.

Di tutto questo si è fatto carico di recente anche il legislatore con un'apposita disciplina introdotta nel 2005 nell'alveo della legge sul procedimento amministrativo e dedicata espressamente alla «esecutorietà», confermando la risalente accezione dottrina («le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti»), nonché introducendo il principio di tipicità («nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge») e un minimo di disciplina generale del relativo procedimento («Il provvedimento costitutivo di obblighi indica il termine e le modalità dell'esecuzione da parte del soggetto obbligato. Qualora l'interessato non ottemperi, le pubbliche amministrazioni, previa diffida, possono provvedere all'esecuzione coattiva»). Non privo di rilievo è inoltre il rinvio in caso di obbligazioni aventi ad oggetto somme di danaro: «ai fini dell'esecuzione delle obbligazioni aventi ad oggetto somme di denaro si applicano le disposizioni per l'esecuzione coattiva dei crediti dello Stato» (art. 21-ter L. n. 241/1990).

Ma non si può dire che cotanto rivolgimento abbia a ben vedere prodotto risultati apprezzabili.

È significativo quanto di recente si è acutamente evidenziato nel senso che non sia riscontrabile una significativa distanza negli esiti tra il contributo di Cammeo e quello sopravvenuto di Sandulli, anch'esso producentesi in uno studio analitico delle fattispecie, pur partendo i due autori rispettivamente dagli opposti principi di atipicità e tipicità⁴⁰. Ciò non deve sorprendere: da un lato, come si è detto, la giuspubblicistica liberale non era affatto insensibile al tema delle garanzie, addivenendo già a risultati significativi pur in assenza di un vincolo costituzionale, d'altro lato, l'ordinamento continua a registrare una variegata presenza di espresse previsioni normative e, tra gli stessi fautori della tipicità, non si è rinunciato a ritenere configurabile l'esecutorietà ogni qual volta essa possa ricavarci indirettamente dallo stesso contenuto normativo del provvedimento, incrociando il tema più ampio dei poteri impliciti⁴¹, il che non sembra peraltro così distante dalla tesi di Borsi che l'esecutorietà è legittimata e al contempo confinata dall'obbligo imposto nell'atto.

Se così stavano le cose si comprende bene che mancasse invero lo spazio per dare una qualche consistenza all'evocata innovazione legislativa.

Quel che è certo è che l'odierna casistica giurisprudenziale non mostra affatto segni di discontinuità. Non si danno pronunce, per quanto a nostra conoscen-

⁴⁰ Falcon, *op. cit.*, 145 parla al riguardo di una «larga somiglianza».

⁴¹ Anche di recente N. La Femina, *Profili evolutivi dell'esecutorietà amministrativa*, in *Pensare il diritto pubblico. Liber amicorum per Giandomenico Falcon*, Trento, 2015, 229: «È necessario chiedersi se, anche all'indomani del citato intervento normativo, sia ancora consentito configurare casi di esecutorietà implicita, desumibili dai principi generali dell'ordinamento e derivanti dalla natura stessa del provvedimento da eseguire».

za, nelle quali venga evocato il principio di tipicità per negare l'esecutorietà di un provvedimento, mentre con facilità si trovano pronunce assertive nel solco della tradizione.

Ed è stato peraltro lo stesso legislatore, nel bilanciamento non sempre ben approntato tra garanzie ed efficienza dell'azione amministrativa, a fornire un formidabile appiglio in tal senso: le amministrazioni devono concludere il procedimento «entro il termine» (art. 2 L. n. 241/1990); «I provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge o dal provvedimento medesimo»; «L'efficacia ovvero l'esecuzione del provvedimento amministrativo può essere sospesa, per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario» (art. 21-*quater*). Sembra che risuonino, con l'aggiornata *ratio* dell'efficienza, le parole di Cammeo: «gli atti amministrativi si considerano sempre eseguibili senz'altro»⁴².

Si è così statuito in giurisprudenza che «l'applicazione congiunta delle due disposizioni configura, in esplicazione del principio di esecutorietà dei provvedimenti amministrativi –ossia, della loro idoneità ad essere eseguiti, direttamente e coattivamente, dall'amministrazione senza necessità di precostituire un titolo esecutivo giudiziale– un potere-dovere dell'amministrazione di portare ad effettiva attuazione i propri provvedimenti emessi al termine del procedimento»⁴³.

E non è probabilmente un caso che persino la giurisprudenza costituzionale più recente, e successiva all'introduzione nel 2005 del citato art. 21-*ter*, non manifesti una discontinuità nell'evocare propri significativi precedenti: «l'operatività dell'ingiunzione a demolire non presuppone sempre necessariamente la preventiva acquisizione dell'immobile al patrimonio comunale, perché l'ingiunzione è un provvedimento amministrativo di natura autoritativa che, in quanto tale, è assistito [...] dal carattere della esecutorietà insito nel potere di autotutela»⁴⁴.

Così come non è privo di significato che la dottrina, che più di recente ha affrontato *funditus* l'argomento, abbia finito sostanzialmente per svalutare, sotto questo profilo, il presunto rilievo dell'innovazione legislativa⁴⁵.

In definitiva, tanto trambusto per ben poco, sicché si ha la sensazione, come non di rado avviene nel confrontarsi con la dottrina della seconda metà del seco-

⁴² Cammeo, *La esecuzione*, cit., 18.

⁴³ Cons. Stato, sez. VI, n. 2565/2013; ma già Cons. Stato, sez. IV, n. 2301/2012. Di recente, anche nella giurisprudenza di prime cure: Tar Molise, sez. I, I n. 67/2024; Tar Sardegna, sez. I, n. 7/2024. Sintomatico del persistere della mentalità tradizionale è, ad es., Tar Campania Napoli, sez. IV, n. 2734/2024, ove si afferma che gli atti elettorali non hanno i caratteri «del provvedimento amministrativo classico, munito del carattere dell'autorità e conseguente esecutorietà» (corsivo nostro).

⁴⁴ Corte cost. n. 345/199 citata da Corte cost. n. 140/2018.

⁴⁵ Vedi al riguardo l'approfondita panoramica di G. Grüner, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli, 2012, il quale peraltro ben evidenzia come il tentativo di scimmiettare l'ordinamento inglese fosse anacronistico, poiché anche in quell'ordinamento con l'avanzare del diritto amministrativo l'esecutorietà si era da tempo incardinata.

lo scorso e persino con le traduzioni legislative dei relativi *desiderata*, che talune prospettazioni presentino più che altro un valore di contrapposizione ideologica ai presunti difetti dello Stato liberale, più visto erroneamente come continuatore dell'assolutismo che come costruttore dello Stato di diritto, specie di quella ineguagliata invenzione garantista dello Stato di diritto amministrativo: una tradizione, nei suoi reali contenuti e punti di equilibrio, che andrebbe invece meglio individuata e valorizzata per non cadere in declamate, quanto apparenti discontinuità.

Congiungere il principio del divieto di farsi giustizia da sé, certamente valido per i privati, con una stringente applicazione della tipicità legislativa per confinare all'eccezione l'esecutorietà dei pubblici poteri appare del resto un obiettivo che finisce per difettare di realismo.

Non pare che possa così andarsi al di là delle lucide e ancora valide considerazioni di Cammeo.

Emblematiche sono al riguardo anche le indicazioni di Rudolf von Gneist.

L'illustre studioso dava contezza dei tentativi, già nel corso del XIX sec., di contestare «poteri coercitivi che sottoponevano i sudditi a esecuzioni senza giudizio» (specie «le procedure amministrative coercitive della polizia e delle autorità fiscali»), ivi compresa l'idea che «anche l'esecutivo deve sempre giustificare i suoi decreti sulla base di una legge scritta e, di conseguenza, utilizzare mezzi coercitivi contro persone e proprietà solo dopo una speciale autorizzazione legale», prendendo tuttavia atto che tali tentativi «alla fine sono stati sostanzialmente infruttuosi»⁴⁶. Tanto che lo stesso Borsi, pur osservando che il fondamento dell'esecutorietà dovesse ritrovarsi non nel tradizionale *ius coercionis*, bensì nella legge, considerava quella «speciale autorizzazione legale» per il potere coercitivo, evocata da Gneist, una formula «troppo ristretta»⁴⁷.

Gneist osservava, tra l'altro, che «nessuna legislazione ha ancora pensato di vincolare il diritto di coercizione amministrativa del monarca a una misura legale: la monarchia abolirebbe così se stessa. Il controllo giuridico necessario per la coercizione amministrativa deriva dalla giurisdizione amministrativa e dalle sue integrazioni»⁴⁸. Potrebbe aggiungersi che anche quando ciò, come nel caso recente del nostro legislatore, è stato sperimentato, non ne sono derivate significative conseguenze, poiché, se non più la monarchia, il potere amministrativo giuridicamente costituito e l'interesse pubblico ne rimarrebbero oltre misura sacrificati, mentre rimane vero che è invece al controllo giuridico della giurisdizione amministrativa che bisogna guardare.

⁴⁶ R. Gneist, *Verwaltungsexecution*, in F. Solzendorff, *Rechtslexikon*, Lipsia, 1881, 1106 ss.

⁴⁷ Borsi, *op. cit.*, 124.

⁴⁸ Gneist, *op. loc. cit.*

In definitiva, il lascito della nostra tradizione giuspubblicistica, nell'approccio e nei risultati, era già segnato da una posizione di grande realismo e di grande equilibrio, nella consapevolezza che l'esecutorietà degli atti amministrativi non potrebbe mai ricondursi *more geometrico* all'eccezione e che ciò, al contempo, non esime, con sensibilità liberale, dalla necessità di individuare dei limiti nello studio analitico delle fattispecie e nella prospettiva dei rimedi pubblicistici.

Né ci sembra che il sopraggiunto vincolo costituzionale abbia sostanzialmente mutato siffatto quadro, se non nella condivisibile rimozione di taluni poteri di polizia, specie quelli ereditati dal fascismo, e della regola del *solve et repete*.

4. *L'esecuzione forzata: una storia plurale*

Si lamenta, nella Relazione introduttiva del caro prof. Glendi (*Prolegomeni (in frazionati approcci) allo studio storico-sistematico dell'esecuzione forzata tributaria*), che, preso atto della storica «biforcazione» tra versante privatistico e pubblicistico, mentre il primo sarebbe stato ampiamente studiato, specie dalla dottrina processualciviltistica, lo stesso non potrebbe dirsi per il secondo⁴⁹.

Si tratta tuttavia di un giudizio che non si può asseverare, per quanto si possano comprendere (e condividere) le difficoltà di chi, come è il caso dei tributari, si trovi strutturalmente in mezzo al guado tra i due versanti e, non trovando a quanto pare, ma della cosa non vi è da meravigliarsi, soddisfacente approdo nell'ambientazione civilistica, peraltro aggravato da decenni di imperante (quanto discutibile) filo-privatismo, cerchi adesso conforto sull'altra sponda.

È vero però che, se una lacuna vi è, essa è piuttosto da ricondurre ad un difetto dell'intera dottrina giuridica, che non è stata mai in grado di offrire, ammeso che ciò sia realizzabile o idoneo a produrre risultati apprezzabili, un completo quadro sistematico dell'esecuzione forzata in una sua comprensiva, pur plurale, accezione: «un titolo esecutivo, nel senso più ampio del termine, può essere inteso come un qualsiasi fatto riconoscibile a cui è legata una richiesta di esecuzione»⁵⁰.

Correttamente si parla di una «biforcazione». Se, nel corso del XIX sec., ha preso corpo la straordinaria invenzione del diritto amministrativo, un'autonoma

⁴⁹ Quanto affermato da Glendi riflette probabilmente le indicazioni d'inizio novecento, di S. Romano, *Esazione delle imposte dirette*, in *Enc. giur. it.*, V, Milano, 1906, 581, a proposito di «quell'istituto generale dell'esecuzione amministrativa [...] non ancora perfettamente isolato e studiato dalla dottrina». Questa notazione non va però intesa esageratamente, se si considera che il percorso della dottrina giuspubblicistica nazionale era appena iniziato e lo stesso Romano, ivi in nota, non mancò di considerare una «buona trattazione» quella di Borsi, l'unica a quel momento esistente.

⁵⁰ R.H. Herrnrit, *Das Verwaltungsverfahren*, Vienna, 1932, 220.

branca del diritto, dando (invero ancor oggi⁵¹) sostanza alla sin lì alquanto generica distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, lo stesso si è consumato sul terreno dell'esecuzione forzata.

Non vi è solo il titolo esecutivo e l'esecuzione forzata del codice di procedura civile, ma, accanto a questo universo, ve ne è un altro, non meno ingombrante, quello dei titoli amministrativi, dotati di esecutorietà, non bisognosi di formula esecutiva ed eseguibili in via amministrativa.

Ciascuno di questi due universi ha avuto un proprio percorso di legittimazione e di costruzione storica e dommatica, nella logica propria dei principi di ciascun sistema. Per quanto non sia facile, e certamente al di là dei limiti della presente disamina, rintracciare storicamente l'intreccio tra *imperium* dell'esecutivo e giurisdizione, essendosi pure sostenuto che «l'esecuzione amministrativa appare come l'originale e l'esecuzione giudiziaria come il derivato», sicché il processo di esecuzione «è nato dall'esecuzione amministrativa, non viceversa»⁵², può affermarsi che, nel contesto civilistico, una compiuta e stabile giuridicizzazione, sui prodomi delle ordinanze reali, ebbe a prendere forma nel codice di procedura civile napoleonico del 1806, mentre le sorti della giuridicizzazione dell'esecuzione forzata amministrativa, pur con momenti di confronto col già confezionato paradigma processualcivilistico, avrebbe seguito la diversa via del nascente sistema di diritto pubblico. In altre parole, la biforcazione della materia dell'esecuzione non è altro che uno dei rivi della generale biforcazione che ha dato luogo nel corso del XIX sec. alla distinzione tra sistema privatistico e sistema pubblicistico⁵³.

Emblematica è la vicenda francese della formula esecutiva. La pronuncia giurisdizionale era esecutoria solo nell'ambito della circoscrizione del giudice che l'aveva emesso, mentre, per divenirlo in altre circoscrizioni, occorreva un *pareatis* presso la cancelleria del Parlamento ove doveva effettuarsi l'esecuzione o un permesso del giudice del luogo, o, per divenirlo su tutto il territorio nazionale, occorreva un *pareatis* col gran sigillo reale (*pareatis du grand Sceau*)⁵⁴, primo decisivo viatico verso l'unificazione della formula esecutiva, che troverà appunto con-

⁵¹ Poco si comprendono le odierne vulgate che vorrebbero superata la distinzione, bastando al riguardo evidenziare le differenze che, nonostante talune tendenze volte a civilizzare il diritto e la giustizia amministrativi, continuano a connotare i due sistemi, e nel senso del maggior garantismo di quello pubblicistico, sul versante sia del regime di invalidità degli atti, sia della tutela.

⁵² Gneist, *op. loc. cit.*

⁵³ Cammeo, *Commentario*, cit., 97-98, tratta infatti della peculiarità dell'esecutorietà amministrativa proprio a partire dalla contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato, pur non rifuggendo nelle varie fattispecie dal trovare talune comunanze. Ma già in Romano, *Esazione*, cit., 581, il procedimento di esecuzione forzata amministrativa viene pienamente rivendicato all'interno del "sistema" pubblicistico con «lineamenti così propri e così caratteristici che non è possibile confonderlo con nessun altro pertinente ad altro ramo del diritto».

⁵⁴ J. Gauret, *Style universel de toutes les cours et juridictions du royaume concernant les formules et l'instruction pour les procédures en matières civiles, suivant l'ordonnance de Louis XIV roy de France et de Navarre du mois d'avril 1667*, Parigi, 1715, 456 ss..

sacrazione nel codice di procedura civile napoleonico. Da quel momento la formula esecutiva si atteggia ad elemento costitutivo del titolo esecutivo: «Nul jugement ni acte ne pourront être mis à exécution, s'ils ne portent le même intitulé que les lois et ne sont terminés par un mandementaux officiers de justice, ainsi qu'il est dit en l'article 146», cioè secondo la formula esecutiva (art. 545 cod. proc. civ. 1806). Non sorprende così che in Francia si ebbe subito a confrontarsi con tale modello e a discutere della necessità o meno che anche gli atti amministrativi bisognassero della formula esecutiva, a maggior ragione poi per i pronunciamenti degli organi contenziosi, a cominciare dal Consiglio di Stato, che rimanevano formalmente amministrativi⁵⁵, ma sul piano positivo fu la tesi negativa a prevalere⁵⁶. Semmai, riguardo agli organi contenziosi, è con il passaggio dalla giustizia ritenuta a quella delegata nel 1872, dunque con l'assunzione di una più formale veste giurisdizionale, che fu prevista espressamente la formula esecutiva anche per il Consiglio di Stato (mentre rimase il problema per i Consigli di prefettura), come già avveniva per la Corte dei conti, perché sin dagli inizi del XIX sec. quest'ultima era configurata come una vera e propria giurisdizione⁵⁷.

Rimaneva però impregiudicata in generale la non necessità della formula esecutiva per gli atti amministrativi.

Non vi è dubbio dunque che un confronto tra questi due universi e ancor più un'ipotetica *reductio ad unum* appaiono già sul piano storico quantomai problematici, e le difficoltà aumentano anche per almeno due ordini di ragioni. In primo luogo, nel caso del diritto pubblico il percorso effettuato è dipendente dalle caratteristiche del relativo ordito, segnato dalla giurisprudenza pretoria, uni-

⁵⁵ Sulle diverse opinioni al riguardo la voce *Exécution des actes et jugemens*, in *Journal du Palais. Répertoire général contenant la jurisprudence de 1791 a 1847*, Parigi, 1847, specie 40, nonché la voce *Jugement*, in *Répertoire methodique et alphabetique de législation de doctrine et de jurisprudence*, XXIX, 1854, 456, a partire dal seguente interrogativo: «Le decisioni dei tribunali amministrativi hanno bisogno, per potere essere messi in esecuzione, di essere rivestiti della formula esecutoria, conformemente alla regola dell'art. 545 c. pr.?». La questione era connessa a quella della natura dei tribunali amministrativi. Non a caso, la tesi che sosteneva la necessità della formula esecutiva, prendeva spunto dalla valorizzazione della sostanza giurisdizionale dei giudizi amministrativi: L.A. Macarel, *Des tribunaux administratifs, ou Introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, Parigi, 1828, 561. La tesi negativa, oltre all'avallo di non meno autorevoli voci dottrinarie (da Cormenin a Cheauveau), trovava conforto, riguardo al Consiglio di Stato, nell'assenza di espresse prescrizioni che imponessero la formula, in quanto l'art. 35 del decreto del 1806 si limitava ad affermare che le «spedizioni saranno esecutorie», e, riguardo ai Consigli di prefettura, in due avvisi del Consiglio di Stato del 1806 e del 1826.

⁵⁶ Ancora Malapert, *Exposé des principes sur la formule exécutoire*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XVII, 1860, 232, osserva, pur criticamente, che «certi autori e una pratica pressoché costante rifiutano per le decisioni amministrative la possibilità di avere una formula esecutoria, perché, si dice, emanando dall'autorità esecutiva, questa autorità non può dare degli ordini a sé stessa». Anche in Belgio era prevalsa la tesi negativa, v. voce *Exécution*, in *Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique*, VII, 1846, 162: «Gli atti amministrativi non sono assoggettati a questa formula, perché essi emanano dallo stesso potere esecutivo».

⁵⁷ C. Gabolde, *Histoire de la formule exécutoire*, in *La Revue administrative*, 1955, 618. Nella stessa legge del 1872 si dispone infatti, riguardo al Consiglio di Stato, che «le spedizioni rilasciate dal Segretario portano la formula esecutoria».

ca vera fonte di certezza, e da una moltitudine di sempre cangianti e scomposte discipline settoriali, sicché la ricostruzione sistematica è sempre complessa e a maglie larghe. Sarebbe del tutto illusoria l'aspettativa, come è forse nei *desiderata* del prof. Glendi, di chi pretenda di ritrovare negli studi pubblicistici quella cattedrale dommatica di concetti degli studiosi del cantuccio ben più delimitato e stabile delle lapidi codicistiche. È già un gran risultato nel diritto pubblico avere il supporto di alcune categorie generali, tradizionalmente di creazione giurisprudenziale, e riuscire a raggruppare un materiale normativo quantomai informe in un qualche, pur minimale, criterio tassonomico. Basti in tal senso osservare che l'esecutorietà, se non espressamente contemplata, si ricavava dal contenuto provvedimento e dunque trovando di volta in volta fondamento nella straordinaria varietà dei poteri amministrativi⁵⁸.

Né invero lo stesso paradigma processualciviltistico è in sé così rassicurante, come si vorrebbe lasciar credere, poiché' le diatribe "interne" a tale scienza non sono mai venute meno: la difficoltà di affrancare la presunta autonomia dell'azione esecutiva dal momento cognitorio dell'opposizione all'esecuzione⁵⁹, così come di maneggiare il *totem* del titolo esecutivo, tra la nota *querelle* tra Liebmann e Cernelutti e la pluralizzazione nel segno dell'eterogeneità, specie dove l'entrata in campo delle cambiali, dei titoli⁶⁰; il tentativo di una ricostruzione storica, a partire dal diritto romano, da Liebmann a Vaccarella, con risultati eterogenei, atteso che nel primo caso si sottolineano le passate commistioni con la cognizione, che sarebbero superate con la novità delle vicende francesi (già a partire dalle ordinanze reali del XVII sec.), nel momento in cui le eccezioni del debitore diedero luogo ad un separato processo di cognizione (opposizione), sicché, in luogo delle precedenti figure ibride, «nasceva invece il titolo esecutivo, divenuto presupp-

⁵⁸ Ciò fa anche comprendere la difficoltà di comparazione segnalata dagli stessi giuristi, Sacchi Morsiani, *op. cit.*, 9: «Si è finito piuttosto per recepire un concetto, quello di esecuzione forzata, la cui ampia elaborazione nell'ambito della scienza processualistica riflette l'organicità del disegno legislativo in ordine alla funzione propria della sentenza del giudice (forse non attribuendosi sufficiente rilievo al fatto che la varietà ed eterogeneità di tipi di procedimenti amministrativi rende arduo ogni tentativo di ordinare, sul piano generale, gli aspetti e i problemi dell'esecuzione sulla falsariga del processo di esecuzione)». Ma già Borsi, *op. cit.*, 124.

⁵⁹ Qui non può non ricordarsi il contributo critico, demitizzante il *mainstream* dei processualciviltisti, di F. Vaccarella, *Contributo allo studio del titolo esecutivo*, Milano, 1965.

⁶⁰ R. Vaccarella, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, Torino, 1983, 2, arriverà a riconoscere, a partire dalla constatazione che il nuovo codice processuale, riguardo al titolo esecutivo, conteneva rispetto a quello del 1865 modifiche «per profili meramente formali e assolutamente marginali», che, se attorno a tale istituto «si è svolto (forse) il più acceso e sottile dibattito della nuova e 'sistematica' scienza processuale [...] Il dubbio che possa e debba qualificarsi come meramente accademico e sterilmente concettuale un dibattito che ha visto impegnati i più prestigiosi esponenti della nuova scuola processualistica appare, dunque, legittimo», tanto (ed il riferimento è ai contributi di Vaccarella) che «non può sorprendere che, di recente, si sia negata l'utilità della costruzione di un concetto unitario di titolo esecutivo».

sto fondamentale di un'esecuzione unificata e autonoma»⁶¹, nel secondo caso, si valorizza invece, sin dal diritto romano, l'idea di una separazione tra la cognizione e l'esecuzione, quest'ultima bisognosa di un ulteriore atto di opposizione dell'*imperium*, che troverebbe nelle vicende francesi non un momento di discontinuità, ma al contrario le sue «estreme conseguenze», riconducendo l'esecuzione forzata ad «un'attività schiettamente amministrativa (anche quando l'esecuzione riguarda le sentenze)», benché, nell'ottica invece della natura giurisdizionale dell'esecuzione che, nonostante la filiazione dal codice francese, avrebbe caratterizzato il nostro percorso nazionale, si potrà puntare ad individuare nell'atto stesso («interiorizzazione»), *in primis* la sentenza, la forza esecutiva, senza bisogno di una formula, quella esecutiva, che gliela conferisca *ab externo*, consapevolezza che però si maturerà solo con l'avvento, come titolo esecutivo, della cambiale, atto privato, privo di formula esecutiva⁶².

E sarebbe di grande utilità sapere quali potrebbero essere al riguardo le opinioni aggiornate degli storici del diritto, a cominciare dai romanisti, di fronte a ricostruzioni che lasciano il dubbio di apparire condizionate dal risultato finale che il giurista positivo intende perseguire.

Se vi è stata l'esigenza di un confronto essa è più ravvisabile nei contributi dei giuspubblicisti, come è già evidente negli scritti di Borsi e specie di Cammeo, che in quelli dei processualciviltisti, per quanto non mancassero, così come non mancano tuttora, significativi punti di intersezione.

Basti a titolo esemplificativo evidenziare come l'idea, già presente in Romanosi, che l'accertamento contenuto nell'atto amministrativo non abbia carattere definitivo venga raffrontata a quei titoli esecutivi, anch'essi privi di accertamento definitivo, presenti nel modello procesualiviltistico⁶³.

Né vi è del resto da sorprendersi, perché, come si è visto, è solo nel corso del XIX sec. che una più compiuta giuridicizzazione degli atti dei pubblici poteri, ivi compresi quelli che si traducevano in esecuzione forzata amministrativa, prenderà forma con la creazione del sistema pubblicistico, sicché era del tutto naturale che in siffatto passaggio la dottrina giuspubblicistica, già a cominciare da quella francese, prendesse a pietra di paragone l'appena codificato ordito processualciviltistico.

⁶¹ Più di recente E.T. Liebman, *I presupposti dell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, 265 ss.; *funditus*, Id., *Le opposizioni di merito nel processo esecutivo*, Roma, 1936.

⁶² Vaccarella, *op. cit.*, 27.

⁶³ Borsi, *op. cit.*, 57: «Nel diritto giudiziario troviamo esempio di atti che in modo analogo traggono seco una presunzione di giustizia o di verità e in base a questa possono essere esecutori; così ad es. la sentenza appellabile»; Cammeo, *Commentario*, cit., 98: «La esecutorietà degli atti amministrativi, come del resto l'esecuzione delle sentenze od ordinanze ancora impugnabili, e dei contratti in forma pubblica, procede da un criterio di opportunità che si fonda sopra una semplice presunzione, e non sopra una convinzione di verità e di giustizia»; Romano, *Corso*, cit., 282: «In questi casi, l'atto amministrativo ha caratteri analoghi a quelli dei c.d. titoli esecutivi nel diritto privato».

È invece proprio nella dottrina processualcivilistica che può maggiormente avvertirsi una deficienza, tutta protesa, come è stata tale dottrina, a discettare sul proprio anfratto, dove le interferenze pubblicistiche apparivano come un corpo estraneo che andava marginalizzato o ancor più dal quale bisognava depurarsi. In ciò, ci sembra, che possa aver pesato non solo l'esigenza di mantenere delimitato il proprio campo rispetto ad un eccesso di complessità ordinamentale, nel timore cioè di disperdersi nel *mare magnum* del diritto della pubblica amministrazione, ma anche, almeno in parte della dottrina, l'assunto, più o meno esplicito, che soltanto l'esecuzione forzata per via giurisdizionale costituisse espressione del "vero" diritto, sicché la vicenda dell'esecutorietà degli atti amministrativi andasse relegata ad un residuo autoritario da superare col tempo e non dovesse dunque essere inserita nella ricostruzione dell'istituto, serpeggiando non meno sullo sfondo il fiume carsico dei sostenitori della giurisdizione unica a più ampio rifiuto dell'intero ordito pubblicistico⁶⁴.

L'unico profilo che è stato considerato frontalmente, toccando una delle premesse essenziali dei costrutti processualcivilistici, *a fortiori* con la svolta chiovendiana, è la riconduzione dell'esecuzione civilistica alla giurisdizione e non ad una qualificazione amministrativa di derivazione francese⁶⁵, declassando a mero orpello la formula esecutiva⁶⁶, emblema tradizionale di un *imperium* apposto dal potere esecutivo, che pure non mancava ancora di essere considerato una sorta di essenza del titolo esecutivo⁶⁷. Non va tuttavia dimenticata la nota posizione minoritaria di Allorio che ravvisava il carattere amministrativo di qualsivoglia esecuzione, compresa quella processuale, benché come precipitato del più ampio

⁶⁴ Di cui si hanno le tracce anche nella dottrina giuspubblicistica, come nel caso di F. Benvenuti, *Autotutela parte* (*Dir. amm.*), in *Enc. dir.*, 1959, 553-554, per il quale l'autotutela esecutiva della p.a. deve intendersi come una «capacità eccezionale, anzi anomala, in un sistema in cui l'uso della forza per la soddisfazione delle proprie pretese è penalmente sanzionato ed è preordinato un processo, con tutte le relative garanzie, per i casi in cui l'esecuzione forzata debba avvenire in via giudiziaria», poiché' «oggi nessuno potrebbe più sottoscrivere la tesi (coerentemente dedotte dalla premesse ma propria di una concezione autocratica e non democratica dello Stato), che la giurisdizione abbia funzione sussidiaria rispetto all'attuazione delle pretese amministrative».

⁶⁵ G. Verde, *Attualità del principio* nulla executio sine titulo, in *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice*, Milano, 2001, 56: il titolo esecutivo «è il prodotto di una sequenza logico-sistematica, che aveva (ed ha) come premessa il carattere giurisdizionale del processo esecutivo e, poi, la necessità di costruire questo processo come meramente esecutivo», innalzando una barriera tra «la cognizione e l'esecuzione». Per la tradizione francese, basti il riferimento a Laferrière, *op. cit.*, 509: «il diritto di imprimere la forza esecutoria a una certa decisione è un attributo esclusivo del potere esecutivo, giacché le decisioni giudiziarie in sé stesse non possiedono questa forza se non in virtù della formula esecutoria apposta alle decisioni e ai giudizi, formula che contiene un mandato indirizzato agli agenti dell'esecuzione dal potere esecutivo».

⁶⁶ G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 217: «La formula esecutiva non è che l'affermazione esteriore e solenne d'una efficacia che già è inerente per sé al titolo esecutivo».

⁶⁷ Così, tra altri, e non a caso a questo Autore si rivolgeranno anche le critiche chiovendiane, De Palo, *Teoria del titolo esecutivo*, Napoli, 1901, 30 ss..

presupposto di teoria generale che il *proprium* della giurisdizione sarebbe ravvisabile soltanto nella cognizione⁶⁸.

A parte, come vedremo le figure “miste”, non vi è in alcun caso traccia dell’inserimento dell’universo dell’esecutorietà degli atti amministrativi all’interno della ricostruzione sistematica dell’esecuzione, se non nei termini di una estromissione.

Significativo è il caso di Pugliatti che, limitandosi a poggiare sulla dottrina pubblicistica tradizionale, dunque sulla ricorrenza di una «concreta manifestazione del potere sovrano», parla di una «esecuzione politica», cioè «che si realizza immediatamente a mezzo di un’attività di per sé esecutiva», contrapposta alla «comune esecuzione (giudiziaria)»⁶⁹. Sembra quasi che con quell’aggettivazione («politica») si fuoriesca dallo stesso diritto, come se non esistesse il diritto pubblico.

O ancora è il caso di Montesano, che finisce per assorbire il mondo dell’esecutorietà nella «funzione sostanziale dell’atto amministrativo», cioè in una «soggezione del privato non ad una speciale potestà amministrativa di autodifesa -la quale sia eccezione alla regola della tutela giurisdizionale delle pretese-, ma, puramente e semplicemente, alla sovranità degli atti pubblici», trattandosi in altri termini «non di una deroga alle norme del diritto processuale civile, ma della imperatività propria dell’atto amministrativo»⁷⁰. Anche qui non vi è terreno di confronto, perché in radice i due fenomeni si pongono su piani diversi, uno (pubblicistico) sostanziale, l’altro (privatistico) processuale, finendo tuttavia per tralasciare che l’esecuzione coattiva tale rimane, come che la si voglia inquadrare.

Men che meno, a parte sempre le figure “miste”, si tematizza in generale la questione di un’eventuale appartenenza degli atti amministrativi dotati di esecutorietà alla nozione codicistica di titolo esecutivo, per quanto tale questione fosse stata posta da un dimenticato amministrativista siciliano, già nel lontano 1878: «Son compresi gli atti amministrativi nell’enumerazione dei titoli esecutori fatta dall’art. 554?» (codice di procedura civile del 1865)⁷¹.

⁶⁸ V., al riguardo, L. Montesano, *La condanna nel processo civile anche tra privati e pubblica amministrazione*, Napoli, 1957, 186.

⁶⁹ S. Pugliatti, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, 208.

⁷⁰ Montesano, *op. cit.*, 167 ss.

⁷¹ G. Macri, *Corso di diritto amministrativo*, Messina, 1878, 189 ss. La risposta che dà l’Autore è positiva, poiché l’articolo citato, a differenza del codice francese, si riferisce anche agli «atti ai quali sia dalla legge attribuito il carattere esecutivo». E tale fondamento è riscontrabile, «nonostante il difetto d’una legge positiva», nei «principi»: «L’esecuzione parata infatti passa dall’ordine civile per l’intervento dell’autorità sociale; una sentenza è un titolo esecutivo, perché deriva da un magistrato sociale, un instrumento notarile» perché per legge «ufficiale depositario della fede pubblica», non invece una «scrittura privata»; «Ora se gli atti amministrativi non solo emanano dalla potestà sociale, ma costituiscono l’esercizio di questa potestà, e se come vedremo, il potere amministrativo è nelle due funzioni indipendente da qualunque altro, chi non vede che i suoi atti devono per necessità logica ottenere per sé medesimi virtù esecutoria?». Siamo nel solco della tradizione francese, con il corredo di citazioni dottrinarie e giurisprudenziali, di un fondamento che sta nelle prerogative dell’esecutivo, di un potere amministrativo esercitato in nome del re, e si ricorda persino la disputa d’oltralpe, ove prevalse la tesi che non fosse necessaria l’apposizione della formula esecutoria. Non è del tutto chiaro se quella rispo-

Sul piano pratico, ciò significa chiedersi se tali atti, a scelta dell'amministrazione, possano essere suscettibili di esecuzione codicistica, oltre alla esecuzione in via amministrativa. È un interrogativo che probabilmente non ha avuto seguito, poiché sia in dottrina, sia in giurisprudenza, si era fatta strada l'idea che l'amministrazione avesse la facoltà di ottenere un titolo giudiziale, in luogo di avvalersi dell'atto amministrativo esecutivo⁷², il che implicitamente comportava che questo ultimo non si facesse rientrare nel titolo esecutivo in senso codicistico.

Non a caso lo stesso Cammeo, in seguito, ebbe a precisare che in termini generali va esclusa la «necessità» che «astrattamente parlando, gli atti amministrativi potrebbero essere titoli esecutivi», nel senso che, per la loro realizzazione coattiva, «potrebbe essere prescritto di invocare dai tribunali ordinari un giudizio di esecuzione a senso della procedura civile»⁷³.

Non si può dire tuttavia che sul piano dommatico non potesse in ipotesi configurarsi uno spazio di approfondimento, stante quella pluralizzazione dei titoli esecutivi (specie con l'avvento della cambiale) con la quale i processualcivili finirono per confrontarsi e che metteva a dura prova la nozione stessa dell'istituto.

Il *core* dei due rispettivi universi rimaneva dunque separato, ma il diritto positivo presentava altresì delle figure «miste», ove sembravano sovrapporsi atti amministrativi esecutori e giudice civile, ed in particolare i casi più rilevanti della ingiunzione fiscale e della riscossione esattoriale.

È questo un terreno che, in omaggio a puntuali previsioni legislative, avrebbe potuto in ipotesi costituire un luogo fecondo di intreccio dei costrutti dommatici, ma anche in questo caso i risultati sono deludenti.

Significativi sono ancora una volta i contributi emblematici di Pugliatti e di Montesano, il primo operante per estromissione, il secondo per internalizzazione normalizzante nel sistema civilistico, in entrambi i casi con un effetto di separazione tra universo pubblicistico e universo privatistico.

sta positiva significasse che tali atti fossero anche suscettibili di esecuzione forzata civilistica o se il riferimento all'art. 554 servisse soltanto a dare una cornice di riferimento, di quello che sarà più sostanzialmente un ragionamento per principi, al fine di legittimare dei titoli esecutivi che seguivano poi un'esecuzione amministrativa, ma questo costrutto costituisce una prima testimonianza dell'attitudine dei nostri amministrativisti a confrontarsi con la disciplina codicistica.

⁷² Cammeo, *Commentario*, cit., 713-4, che cita svariate pronunce del giudice civile di fine Ottocento: «Sebbene l'amministrazione abbia il privilegio dell'esecutorietà delle sue pretese nelle forme e nei limiti anzidetti, non sembra che possa escludersi la sua facoltà di rinunciare caso per caso all'esercizio del privilegio stesso e di provvedervi per via di azione», pur essendo un evento «raro». In seguito A. Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, 1938, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, 322 ss., individuerà tra l'altro, negli ambiti in cui sarebbe configurabile una fungibilità tra mezzi pubblicistici e privatistici, i procedimenti esecutivi forzati e le procedure coattive privilegiate per la riscossione delle imposte dirette, delle entrate patrimoniali e dei crediti di diritto privato.

⁷³ Cammeo, *La esecuzione*, cit., 19.

Pugliatti consegna le figure “miste” allo stesso trattamento riservato in generale agli atti amministrativi esecutori: «L’esecuzione forzata per la realizzazione di pretese creditorie dello Stato o di altri enti pubblici, non si fonda tanto su di un titolo esecutivo formato al fine di costituire e legittimare un particolare diritto del soggetto a cui viene rilasciato (azione esecutiva), ma piuttosto sulla immediata emanazione di quella potestà d’impero, di cui l’ente pubblico è investito. Anziché’ una speciale azione esecutiva, qui si esplica, come concreta manifestazione del generale potere sovrano, una vera potestà esecutiva. Siamo nel campo di quella esecuzione che si realizza immediatamente a mezzo di un’attività di per sé esecutiva (esecuzione politica); e le finalità essenziali di questa attività esecutiva rimangono immutate, *anche se il procedimento assume, in tutto o in parte, la veste della comune esecuzione (giudiziaria)*»⁷⁴ (corsivo nostro), limitandosi poi a segnalare qualche particolarità di questi procedimenti, senza bisogno di indugiare ulteriormente su figure già ritenute estranee al sistema.

Montesano realizza una operazione opposta. Così nell’ingiunzione fiscale non può farsi questione di «esecutorietà» pubblicistica, in quanto «il titolo esecutivo non è dato dall’atto amministrativo, ma dal provvedimento del pretore», «il cui contenuto non è molto diverso da quell’accertamento puramente estrinseco e formale di un rapporto già costituito», come avveniva nelle procedure monitorie di «diritto processuale civile comune», e che non si tratti della «esecutorietà» trova conferma nel potere dei terzi creditori di aggredire il patrimonio nel debitore «in concorso con l’ente pubblico». O ancora nella esecuzione esattoriale, ove pure si riprende l’argomento dei terzi creditori, si riconosce che nella fase espropriativa si abbia un «procedimento amministrativo», ma se ne svuota in sostanza la valenza qualificatoria, escludendo nuovamente ogni pertinenza al paradigma della «esecutorietà» pubblicistica e costruendo un assorbente parallelismo con i «poteri di espropriazione stragiudiziale attribuiti ai titolari dei crediti civili», come nel potere di far vendere la cosa avuta in garanzia⁷⁵. Ci sembra peraltro che in ciò Montesano faccia uso di

⁷⁴ Pugliatti, *op. cit.*, 208. Posizione simile era già ravvisabile, riguardo alla riscossione delle imposte, in Romano, *Esazione*, cit., 581 e 618: sul presupposto, già palesato nel primo volume del *Trattato Orlando*, che si possano ammettere rapporti pubblicistici di natura patrimoniale, «e se così è, appare evidente che ciò debba verificarsi, a preferenza di altri istituti, per quelli tributari», sicché va rigettata sia in generale la tesi che le relazioni patrimoniali con la p.a. siano «essenzialmente di diritto privato, modificate da norme di *ius singulare*», sia in particolare la tesi che «il diritto al tributo è un diritto pubblico solo per la causa e il titolo» non anche per «il momento dell’esazione», si afferma che «tale procedura, nelle sue regole principali, è analoga a quella stabilita dalle leggi giudiziarie per l’esecuzione delle sentenze civili: il che ha spesso indotto all’opinione erronea che l’una non sia che una modificazione della seconda suggerita da criteri di *ius singulare* a favore delle pubbliche amministrazioni e dei loro concessionari: laddove si tratta di due istituti che si ricollegano a concetti e principii ben diversi, in quanto, mentre l’uno è esercizio di funzione amministrativa, l’altro è conseguenza e potere che deriva dalla funzione giurisdizionale. Vero è [...] che qualche volta non le autorità amministrative, ma le giudiziarie sono chiamate ad intervenire nel procedimento, ma si tratta di eccezioni che non valgono a mutare la natura di quest’ultimo».

⁷⁵ Montesano, *op. cit.*, 178 ss.

considerazioni già presenti in Cammeo, ma in vista non tanto di verificare assonanze o differenze, bensì appunto dell'obiettivo più radicale di estromettere tali figure dall'esecutorietà pubblicistica e assorbirle nel paradigma civilistico.

Un promettente modello compromissorio sembrerebbe invece quello chiovendiano, tanto più che l'illustre processualcivilista non rimase estraneo alle problematiche della giustizia amministrativa, così come Ludovico Mortara, e dunque in generale alle problematiche del sistema giuspubblicistico. Chiovenda mostra infatti conoscenza del principio dell'esecutorietà degli atti amministrativi, così come della letteratura giuspubblicistica del tempo, e sembra potenzialmente fecondo che, a differenza di Pugliatti, individui, tra i titoli esecutivi, anche «gli accertamenti provenienti da autorità amministrative», congiungendo così atti amministrativi, titolo esecutivo e giudice civile⁷⁶. Ma il tutto si riduce infine nel menzionare stringatamente le figure “miste” dei ruoli esattoriali che «in parte sono eseguiti dall'esattore, in parte dagli organi esecutivi ordinari» e delle note spese di provvedimenti amministrativi⁷⁷. Ancora una volta, prevale una considerazione marginale di queste fattispecie.

5. *Spunti ricostruttivi*

Lo studio della dottrina, quantomeno rispetto alla problematica del presente scritto, sembra evidenziare un eccesso di astratto ontologismo dommatico, mentre manca un adeguato approfondimento nella prospettiva della tutela e soprattutto, specie dopo decenni di deriva filo-privatistica, un'adeguata consapevolezza del maggior garantismo che caratterizza il sistema pubblicistico.

Sul piano teorico, è sufficiente partire da una semplice e generale premessa, e cioè che, se il titolo esecutivo esprime il *medium* del conquistato carattere giuridico dell'esecuzione, qualsiasi figura abilitante prevista dall'ordinamento rientra nella relativa nozione latamente intesa. Non vi è dunque una sede privilegiata di individuazione e definizione di ciò che legittima all'esecuzione.

Semmai è lecito chiedersi in modo diversificato, quali caratteri assuma, in uno o in altro anfratto dell'ordinamento, questa o quell'altra figura o quel sottoinsieme di figure abilitanti e soprattutto quali siano le conseguenze in termini di regime giuridico e di tutela: lo si è visto in Borsi che non ha remore a qualificare l'at-

⁷⁶ Non a caso, Montesano, *op. cit.*, 185 critica espressamente la tesi chiovendiana che «inquadra tra i titoli esecutivi processuali anche quegli atti formali dell'amministrazione, che danno ingresso a soddisfazione coattive attraverso la speciale procedura esattoriale o in via amministrativa».

⁷⁷ Chiovenda, *op. cit.*, 181, 206 e 280.

to amministrativo esecutivo come «titolo esecutivo», ma «secondo quelle norme e con quella misura di effetti che il diritto da cui è disciplinato pone e determina».

Più realistica, in tal senso, appare una abbastanza recente sottolineatura della dottrina processualciviltistica, che ravvisa nelle esecuzioni speciali, come sarebbe il caso dell'ingiunzione fiscale, nelle quali vi sarebbe «l'assenza di un equivalente del titolo esecutivo», la conferma che «il principio *nulla executio sine titulo* non esprime una imprescindibile necessità logica e assoluta, ma una esigenza soltanto di una *executio* che abbia le caratteristiche di quella disciplinata dal Libro terzo del codice»⁷⁸. Basterebbe fare un passo in più e sottrarre alla scienza processualciviltistica l'esclusiva su ciò che debba intendersi per «titolo esecutivo», se non per ciò che concerne i titoli esecutivi abilitanti alla esecuzione codicistica, mentre l'ordinamento offre un quadro ben più articolato, a cominciare dagli atti amministrativi esecutori: ad ognuno il suo.

Nella prospettiva, come dicevamo, della tutela, deve così condividersi l'orientamento tradizionale che ha tenuto ben ferma la «biforcazione» tra diritto pubblico e diritto privato, poiché è questa biforcazione che fa la differenza, quale che sia l'oggetto sul quale va a cadere, ivi compresa l'esecuzione forzata.

Se le pubbliche amministrazioni continueranno a godere, come è del tutto ovvio, del *privilège du préalable* e, in una certa misura, poco importa se per via di tipicità o di atipicità, del *privilège d'exécution*, questi poteri dovranno trovare compensazione *ex parte civis* in uno stringente regime giuridico, quello pubblicistico. L'atto amministrativo esecutivo è il punto di aggancio di tale tutela: lo possiamo pure iscrivere in un largo *genus* dei titoli esecutivi, purché ci si metta il più possibile al riparo da una commistione col meno garantistico regime di tutela privatistico.

Diversi sono i corollari che possono farsi derivare da siffatto assunto.

Costituisce una massima risalente che l'amministrazione abbia facoltà di adire la giurisdizione civile in luogo di esperire l'esecuzione in via amministrativa dei propri atti esecutori: enunciato, come si è visto, già riscontrabile in Cammeo e ancora vivo⁷⁹.

È vero che, sul piano pratico, una siffatta eventualità non è ricorrente, poiché «di solito l'amministrazione come 'potere' non ha d'uopo farsi attrice in

⁷⁸ Vaccarella, *op. cit.*, 42 ss.

⁷⁹ Anche in seguito, oltre al già citato Amorh, E. Cannada Bartoli, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 123: «In virtù del principio dell'esecutorietà, l'autorità amministrativa di solito non promuove giudizi, ma si avvale del potere di autotutela. Pure può accadere che preferisca rendersi attrice, sia perché voglia realizzare l'effetto pratico ripromessosi assistita dalla particolare autorità della cosa giudicata, sia perché l'effetto non sia conseguibile con l'esecutorietà, sia ancora perché questa nella specie manchi». Di recente, M.L. Guida, *L'esecuzione coattiva delle pretese amministrative*, in *Federalismi*, 2017, 6, ritiene che «il criterio dell'alternatività degli strumenti di tutela (e quindi dell'inesistenza di un obbligo di agire in autotutela e della facoltà di avvalersi anche degli strumenti di tutela giurisdizionale ordinari) appare tuttavia il più affidabile».

giudizio»⁸⁰, ma non si può fare a meno di evidenziarne la delicatezza problematica e di quanto sia al riguardo discutibile il consolidato orientamento della Cassazione nell'attribuire un tendenziale carattere generale a siffatta facoltatività, così come più ampiamente l'idea che vi sia una fungibilità tra strumenti pubblicistici e strumenti privatistici.

Il punto non è difficile da individuare. Potrebbe sembrare che percorrere una via alternativa a quella pubblicistica costituisca un viatico più garantista, mentre è vero esattamente il contrario, sicché quella facoltatività potrebbe in definitiva tradursi in una comoda elusione, per l'amministrazione, dei più stringenti vincoli del diritto pubblico.

Non è mancata in passato occasione nella quale una più avvertita dottrina ha avuto modo di mettere in risalto un siffatto *vulnus*. Così, riguardo alla possibilità, ammessa dalla Cassazione, che l'amministrazione, in luogo del provvedimento sindacale, potesse rivolgersi al giudice civile per ottenere in forma di sentenza un'ordinanza di demolizione di opere abusive, si era condivisibilmente evidenziato che, tra l'altro, «si giungerebbe ad un radicale sovvertimento dei criteri di distribuzione della competenza tra autorità giudiziaria ordinaria e giurisdizioni amministrative e si verrebbe, per di più, a pregiudicare in modo grave quella tutela giurisdizionale degli interessi legittimi, che la Costituzione all'art. 113 garantisce ai cittadini»⁸¹.

Anche di recente tale prospettiva è felicemente rappresentata in una pregevole pronuncia del Consiglio di Stato, nella quale si afferma che «non possa sostenersi una generale alternatività dei mezzi a disposizione della pubblica amministrazione», anche in ragione della «maggiore incisività dello scrutinio del giudice amministrativo nei casi di esercizio del potere, rispetto ai rapporti connotati da profili di pariteticità, quanto meno sotto il profilo della valutazione dell'effettiva funzionalizzazione dell'attività, che implica, tra l'altro, anche la considerazione dei motivi che spingono l'azione della Pubblica amministrazione. Il che permette di ritenere che l'eventuale preferenza per il modulo di tutela contro l'attività autoritativa risponda anche ad esigenze di tutela di maggiore incisività. La funzionalizzazione dell'attività pubblica permette la valorizzazione dei motivi del comportamento della Pubblica amministrazione ed il sindacato esterno sulla globalità dell'intervento, con uno schema di maggiore penetrazione nelle dinamiche decisionali dell'ente pubblico, venendo quindi a svolgere un compito che non necessariamente importa una diminuzione di tutela del privato. L'eventuale attribuzione di un doppio ordine di garanzie in favore della pubblica amministrazione, la qua-

⁸⁰ Come, sulla scorta di Cammeo, evidenziava lo stesso Chiovenda, *op. cit.*, 280.

⁸¹ R. Lucifredi, *Osservazioni sul potere del Sindaco di ordinare la demolizione di costruzioni abusive*, in *Giur. it.*, 1960, IV, 14.

le potrebbe avvalersi dell'uno o dell'altro sistema in base ad una propria arbitraria decisione, non aumenterebbe quindi le garanzie del soggetto amministrato ma le diminuirebbe, permettendo alla parte pubblica di scegliere il modulo in relazione alla propria convenienza ed evitando eventualmente profili di illegittimità o, come potrebbero emergere nel caso, di decadenza connessi al canale pubblicistico»⁸².

Non è privo di significato al riguardo che nel sistema francese la possibilità che l'amministrazione segua la via alternativa all'esercizio dei propri poteri si configuri in termini di eccezione, come nel caso dei rapporti contrattuali⁸³.

In questo senso non appare condivisibile quanto affermava Cammeo, e cioè che «il cittadino non ha interesse a che l'amministrazione si valga del suo privilegio giacché la procedura ordinaria costituisce per lui più ampia garanzia»⁸⁴. Sebbene fosse perfettamente consapevole del rilievo dei rimedi pubblicistici e della necessità della giustizia amministrativa, il Maestro non era ancora giunto a quanto oggi, dopo un'esperienza secolare, può affermarsi, e cioè che, nonostante *more geometrico* potrebbe sembrare più garantista per il cittadino l'intermediazione giudiziale, quanto appare *prima facie* un privilegio, quello della *décision préalable*, se del caso, anche esecutoria, diviene invece occasione per sottoporre l'atto agli stringenti vincoli del diritto pubblico e del giudice amministrativo, sicché nel complesso se ne ricava una maggior tutela. Neanche una intermediazione dello stesso giudice amministrativo sarebbe in tal senso auspicabile, poiché finirebbe per privare il cittadino della possibilità di avvalersi di vizi dell'atto (come ad es., tra altri, il difetto di motivazione o di istruttoria), che, per quanto non sempre idonei a cancellare in radice la pretesa dell'amministrazione, condurrebbero pur tuttavia all'annullamento dell'atto.

La linearità della “biforcazione” tra diritto pubblico e diritto privato ha non da ora trovato un terreno difficile di composizione in talune figure “miste” di creazione normativa, riguardanti in particolare i crediti della pubblica amministrazione, dove alla presenza di atti amministrativi esecutori si sovrappone la compartecipazione dell'autorità giudiziaria.

Queste figure mettono infatti a dura prova la coerenza tra qualificazioni, regime giuridico e giurisdizione, creando combinazioni non facili da maneggiare e finendo, soprattutto in questo anfratto, per rendere astratte le diatribe qualificatorie della dottrina.

Dal nostro punto di vista la questione si pone in questi termini: a cosa serve insistere su una qualificazione amministrativa degli atti se non se ne traggono conseguenze sul versante del regime giuridico e della tutela?

⁸² Cons. Stato, sez. IV, n. 2618/2011.

⁸³ *Conseil d'État*, 26 décembre 1924, *Ville de Paris*; o, di recente, 5 décembre 2017, n. 408550, *Ryanair*.

⁸⁴ Cammeo, *Commentario*, cit., 713.

Limitiamoci ai casi emblematici della riscossione esattoriale e dell'ingiunzione fiscale.

Nel primo caso, il nostro sistema, già nel XIX sec., vede, a vario titolo, il concorso del giudice civile. Si tratta dunque di una tradizione risalente e che significativamente rimonta allo stesso ordinamento pubblicistico per eccellenza, quello francese. Cammeo ce ne offre la *ratio*, peraltro anche con riferimento all'ingiunzione fiscale: alienare «i beni mobili e immobili del debitore, interessa di necessità anche i terzi» creditori e «un procedimento di coercizione diretta puramente amministrativo sarebbe perciò inopportuno e non equo nei riguardi dei terzi»⁸⁵. Non a caso, come si è visto, è proprio questo un profilo che Montesano valorizza quanto mai per cercare, pur discutibilmente, di far rientrare queste figure miste nell'alveo o comunque nella logica della esecuzione giurisdizionale civile.

Il giudice civile era qui il garante di una corretta distribuzione del patrimonio del debitore nel concorso dei creditori, ma intervenendo, ove occorresse, solo nel punto terminale della vicenda, quello della distribuzione, mentre tutto ciò che veniva prima rimaneva tradizionalmente ancorato ad un'ambientazione pubblicistica: dalla competenza della Commissioni tributarie, organi speciali del contenzioso amministrativo, al reclamo in fase esecutiva all'intendente di finanza e poi al giudice amministrativo.

Questo assetto, pur nella difficoltà del carattere "misto", sembrava segnato da un accettabile equilibrio ed è stato invece stravolto dalle vicende recenti: da un lato, le Commissioni tributarie, in luogo, in ipotesi, di sezioni specializzate del giudice amministrativo, come sarebbe stato più logico, diventano sezioni specializzate del giudice ordinario, e, d'altro lato, viene meno il reclamo all'intendente di finanza, determinando un vuoto di tutela che il giudice delle leggi ha ritenuto da ultimo di colmare configurando una opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi in capo al giudice civile⁸⁶.

Dove finiscono in tal modo le garanzie pubblicistiche, in questa serpeggiante abolizione del contenzioso amministrativo tributario (come se non fosse già bastata la disastrosa esperienza della legge del 1865), dato che ancor oggi prevale l'idea della ricorrenza di un procedimento amministrativo⁸⁷?

La questione più delicata è certamente quella della posizione del giudice tributario, caduto sotto il cappello della Cassazione, cioè in un'ambientazione civi-

⁸⁵ Cammeo, *La esecuzione*, cit., 21.

⁸⁶ Corte cost. n. 114/2018. Sul riparto di giurisdizione, alla stregua di tale pronuncia, il cui *scrimen* è individuato nella notifica della cartella esattoria, Cass. SS. UU., ord. n. 7822/2020.

⁸⁷ Non da ora la stessa Corte cost. n. 87/1962: «l'esecuzione esattoriale rappresenta un caso particolare di esecuzione, diverso dall'ordinario processo esecutivo, e regolato dalla legge (artt. 208 e 209 del T.U. citato) come procedimento amministrativo». Già in dottrina S. Romano., *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1906, .305, per il quale nella riscossione coattiva delle imposte «il procedimento è amministrativo».

listica ben lontana dai principi del sistema di diritto pubblico. Dopo decenni di deriva filo-privatistica, si dovrebbe forse tornare a riflettere sul fatto che la vera sostanza della specialità della giustizia tributaria sta proprio in quella tradizione pubblicistica, nell'essere stati, per usare le parole di Antonio Salandra, «magistrati speciali della giustizia amministrativa»⁸⁸, e che non vi è altra specialità che si possa fruttuosamente spendere, così come discorso non diverso potrebbe farsi per la stessa scienza tributaristica⁸⁹. Tutti coloro che hanno pensato o che pensano tuttora che compenetrandosi sempre più nel sistema civilistico sia ancora configurabile una specialità tributaria stanno soltanto ponendo le premesse per un *harakiri*.

Certo si tratterebbe di una battaglia di Davide contro Golia, del giudice tributario *versus* la Cassazione, nonostante la (conquistata) presenza delle sezioni tributarie della Corte, ma che merita di essere combattuta, per cercare di preservare, pur in contesto sistematico estraneo e deformante, la maggior tutela pubblicistica, fin quando forse un più saggio legislatore non rimetterà del tutto le cose al loro posto. Si pensi, ad es., quanto possa essere insidiosa l'idea della Cassazione, più confacente, per intenderci, al modello civilistico di un giudizio sul rapporto, che il controllo del giudice tributario risponda ad una impugnazione-merito e non ad una impugnazione-annullamento, il che in una certa misura sembra consentire che il giudice tributario accerti comunque il tributo, privando il cittadino di una secca tutela caducatoria⁹⁰. Al riguardo, sono incoraggianti i recen-

⁸⁸ Così con riferimento alle Commissioni amministrative per le imposte dirette, A. Salandra, *Codice della giustizia amministrativa*, Torino, 1893, 197 e 244. Non manca del resto, tra gli stessi tributaristi, tutto un orientamento favorevole ad un inquadramento pubblicistico dell'esecuzione di ascendenza romaniana, in vista di valorizzare la posizione del giudice tributario rispetto al giudice civile: C. Glendi, *Natura giuridica dell'esecuzione forzata tributaria*, in *Dir. prat. trib.*, 1992, p. 2240 ss.; S. La Rosa, *La tutela del contribuente nella fase di riscossione dei tributi*, in *Rass. trib.*, 2001, 1178 ss.; A. Guidara, *Esecuzione forzata tributaria*, in *Dig. disc. priv.*, agg., Torino, 2017, 169 ss.

⁸⁹ Ad es., tra gli storici del diritto tedesco, M. Stolleis, *Introduzione alla storia del diritto pubblico in Germania (XVI-XXI sec.)*, 2014, trad. it., Macerata, 2017, 118, osserva che «La "scienza giuridica tributaria" (*Steuerrechtswissenschaft*), formatasi in Germania, Austria e Italia negli ultimi due decenni del XIX secolo, si sviluppò in parte dalla scienza delle finanze, in parte dal diritto amministrativo».

⁹⁰ Da ult. Cass. n. 10117/2023 «secondo la giurisprudenza consolidata di questa Corte, il processo tributario non è annoverabile tra quelli di "impugnazione - annullamento", ma tra quelli di "impugnazione - merito", in quanto non è diretto alla sola eliminazione giuridica dell'atto impugnato, ma alla pronuncia di una decisione di merito sostitutiva sia della dichiarazione resa dal contribuente, che dell'accertamento dell'ufficio; di conseguenza, ove il giudice tributario ritenga invalido l'avviso di accertamento non per motivi formali (ossia per vizi di forma talmente gravi da impedire l'identificazione dei presupposti impositivi, e precludere l'esame del merito del rapporto tributario), ma di carattere sostanziale, non può limitarsi ad annullare l'atto impositivo, ma deve esaminare nel merito la pretesa tributaria e, operando una motivata valutazione sostitutiva, eventualmente ricondurla alla corretta misura, entro i limiti posti dalle domande di parte (*ex multis* Cass. 3.08.2016, n. 16154). 1.3 Ne consegue che il principio secondo cui le ragioni poste a base dell'atto impositivo segnano i confini del processo tributario, che è un giudizio di impugnazione dell'atto, precludendo all'Ufficio finanziario di porre a base della propria pretesa ragioni diverse e modificare nel corso del giudizio la motivazione dell'atto, va coordinato con il potere (connaturato all'esercizio stesso della giurisdizione) che ciascun giudice tributario ha, trovandosi in presenza di un'errata indicazione di una categoria reddituale nell'avviso di accertamento, di qualificare autonomamente la fattispecie demandata alla sua cognizione, a prescindere dalle allegazioni delle parti in

ti interventi normativi che sembrano asseverare in chiave chiaramente pubblicistica il regime e i vizi di invalidità degli atti impugnabili di fronte al giudice tributario: principio del contraddittorio; obbligo di motivazione, pur se è venuto meno il riferimento all'art. 3 L. n. 241/1990; annullabilità per violazione di legge, ivi incluse le norme sulla competenza, sul procedimento, sulla partecipazione del contribuente e sulla validità degli atti (art. 1 D.Lgs. n. 219/2023 di modifica dello statuto dei diritti del contribuente).

Non deve così, per altro verso, meravigliare che non solo si sia fatta fuori la tutela dell'intendente di finanza, ma al suo posto, nella discutibile pronuncia del giudice delle leggi del 2018⁹¹, si sia dato spazio non al giudice tributario, ma al giudice civile dell'esecuzione. Sembra quasi che la stessa giurisdizione tributaria, un potenziale continuatore del contenzioso amministrativo e dei principi pubblicistici, rimanga affetta da un peccato originale, da una specialità che per quanto possa sbiadirsi finisce pur sempre per essere motivo di disturbo.

Sarebbe stato invece di gran lunga preferibile, se non (ancor meglio) tornare al vecchio sistema, quantomeno estendere la giurisdizione tributaria, sia e soprattutto per preservare anche in questa sede i principi pubblicistici, sia per realizzare una maggior concentrazione processuale, fermo restando, in capo al giudice civile, l'eventuale momento terminale di distribuzione dei beni a tutela del concorso dei terzi creditori. In questa direzione sembrerebbe andare la recente legge delega (art. 19, comma 1, lett. c), L. n. 111/2023), ma che sul punto, sempre che non si ritengano le previsioni della legge delega d'immediata applicazione, non trova riscontro nel decreto legislativo di attuazione (D.Lgs. n. 220/2023).

Andando all'ingiunzione fiscale, come è noto, questo risalente istituto è attivabile per crediti dell'amministrazione sia di fonte pubblicistica, sia di fonte privatistica.

Per quanto dell'art. 3 r.d. n. 639/1910 (art. 34, comma 40, D.lgs. n. 150/2011) disponga che «avverso l'ingiunzione prevista dal comma 2 si può proporre opposizione davanti all'autorità giudiziaria ordinaria», è rimasta ferma la tradizionale affermazione che fa dipendere la giurisdizione dalla natura del rapporto sottostante all'ingiunzione: il giudice amministrativo se il rapporto è pubblicistico, quello tributario se fiscale, quello civile se privatistico⁹².

causa, e di pervenire ad una diversa qualificazione giuridica della fonte di produzione della ricchezza, non incidendo tale operazione sugli elementi costitutivi della pretesa fiscale e, più in particolare, sugli elementi fattuali rilevanti ai fini dell'individuazione del presupposto impositivo (Cass. 13.05.2011, n. 10585).

⁹¹ Per un commento critico tra i tributaristi, A. Guidara, *Il discutibile ampliamento dell'opposizione all'esecuzione in materia tributaria conseguente all'intervento della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2018, 2661 ss.

⁹² Di recente Cass., SS. UU., n. 29/2016, tenendo ferma la precedente giurisprudenza, ha statuito che «le medesime considerazioni valgono -ovviamente- ad escludere che la mera sostituzione del R.D. n. 639 del 1910, art. 3 ad opera del D.Lgs. n. 150 del 2011, art. 34, comma 40, -il quale dispone che "Avverso l'ingiunzione prevista dal comma 2 si può proporre opposizione davanti all'autorità giudiziaria ordinaria. L'opposizione

Ciò consente di ricomporre per dissezione dell'istituto una maggiore coerenza dei percorsi. Così la maggior garanzia del diritto pubblico potrà trovare attuazione, ogni qual volta il rapporto sottostante rientri nella giurisdizione del giudice amministrativo⁹³. La qualificazione amministrativa dell'ingiunzione, sostenuta dalla giurisprudenza⁹⁴ e ulteriormente acclarata dall'abrogazione della vidimazione pretorile (art. 229 D.lgs. n. 51/1998), sarà ancora configurabile di fronte al giudice tributario, ma, nel caso di un rapporto privatistico, essa si tradurrà in un mero orpello privo di conseguenze, non derivandone l'applicazione di principi pubblicistici, né del resto il giudice civile sarebbe idoneo a farli valere.

Non è poi affatto chiaro, in assenza di indicazione normative, se, al di là del sindacato sull'ingiunzione, possa, in seconda battuta, insinuarsi, anche, in ipotesi, alla luce del modello di recente prefigurato dal giudice delle leggi per la riscossione esattoriale, un'opposizione all'esecuzione (per fatti sopravvenuti, ad es., in ragione dell'avvenuto pagamento) o agli atti esecutivi di fronte al giudice civile, complicando nuovamente, pur in parte, i percorsi. Ovviamente il problema si porrebbe non tanto nel caso che vi sia già la giurisdizione del giudice civile sul rapporto, ma quando questa faccia invece capo al giudice tributario e *a fortiori* al giudice amministrativo.

6. *Recenti profili di intersezione tra le giurisdizioni*

Il giudice civile non è l'unico titolare di un processo esecutivo giurisdizionale.

La legge Crispi del 1889, come è noto, istituì il giudizio di ottemperanza in capo alla IV Sezione del Consiglio di Stato. In ragione della mancanza di un potere di annullamento del giudice ordinario, si trattava di introdurre un procedimento esecutivo che assicurasse l'ottemperanza di un'amministrazione riottosa, cioè la rimozione dell'atto dichiarato illegittimo e solo disapplicato. A tal fine, la stessa *ratio* della separazione tra i poteri che vietava l'annullamento in sede di cognizione imponeva che a tale rimozione potesse procedere altro organismo amministrativo, cioè il Consiglio di Stato, per quanto di lì a poco si finì per acclararne la natura giurisdizionale.

è disciplinata dal D.Lgs. 1 settembre 2011, n. 150, art. 32^o - sia idonea, di per se sola, ad attribuire alla giurisdizione del Giudice ordinario tutte le controversie introdotte con l'opposizione ad ingiunzione fiscale».

⁹³ CGA, sez. riun., parere n. 319/2023, «può, pertanto, concludersi che la giurisdizione del giudice amministrativo non viene meno a seguito, e per l'effetto, dell'ingiunzione di pagamento ai sensi dell'art. 2 del R.D. n. 639 del 1910».

⁹⁴ Di recente Cass., ord., n. 10896/2019: «L'ingiunzione fiscale è espressione del potere di accertamento e di autotutela della Pubblica Amministrazione, con natura giuridica di atto amministrativo che cumula in sé le caratteristiche del titolo esecutivo e del precetto, legittimando, in caso di mancato pagamento, la riscossione coattiva mediante pignoramento dei beni del debitore».

L'istituto rimase sulla carta per la semplice ragione che rimase sostanzialmente sulla carta l'idea, contenuta nella LAC, che il giudice ordinario dovesse divenire, in parte, giudice di controversie pubblicistiche, di provvedimenti lesivi di diritti: si istituì cioè un'esecuzione per una cognizione che non si era e non si sarebbe mai realmente incardinata nel sistema.

I due mondi rimasero invece coerentemente separati per quanto riguarda le controversie privatistiche. Il cittadino che, in tali controversie, otteneva la condanna dell'amministrazione al pagamento di somme di danaro era abilitato ad esperire le sole procedure di esecuzione codicistiche. È solo dagli anni ottanta del secolo scorso che, sulla scorta di innovative pronunce della giurisprudenza amministrativa, la Cassazione, preso atto della insufficienza della via esecutiva civilistica, aprì alla possibilità, anche in via cumulativa, di esperire per tali condanne il giudizio d'ottemperanza, ove il giudice amministrativo godeva di poteri sostitutivi: è così che il giudizio d'ottemperanza nato per dare esecuzione al giudicato del giudice ordinario per le controversie pubblicistiche ha finito per divenire strumento di esecuzione del giudicato del giudice ordinario per le controversie privatistiche.

Nel frattempo, nei primi decenni del secolo scorso, il giudice amministrativo estendeva in via pretoria l'applicazione dell'ottemperanza ai propri giudizi e tale estensione finì per coinvolgere anche i giudicati degli altri giudici speciali.

In questo sviluppo l'ottemperanza manteneva tuttavia fermo un suo tratto originario: l'essere un giudizio di esecuzione nei confronti della pubblica amministrazione.

Ciò sia in caso di ottemperanza di un giudicato amministrativo, essendo in generale ammessi nello stesso processo amministrativo soltanto ricorsi contro l'amministrazione, sia in caso di altri giudicati. Così per il giudicato contabile, erano suscettibili di ottemperanza le pronunce in materia pensionistica⁹⁵, ma non le pronunce di condanna a titolo di responsabilità amministrativa, rispetto alle quali le amministrazioni, munite di titolo esecutivo giudiziale, con tanto di formula esecutiva, potevano semmai esperire l'esecuzione forzata civilistica contro il cittadino.

Eppure, oggi si pone il seguente grave quesito: è possibile o comunque condivisibile ammettere un giudizio di ottemperanza, nella misura in cui esso importi gli esorbitanti poteri sostitutivi, anche nei confronti dei privati?

Non può sfuggire infatti che in caso di risposta affermativa, quello che è un fiore all'occhiello del nostro ordinamento, nel segno della maggior tutela nei con-

⁹⁵ Ad es., Cons. Stato, Ad. Plen., n. 10/1994: «Non vi sono disposizioni espresse per i ricorsi di ottemperanza a decisioni della Corte dei conti; ma è consolidato in giurisprudenza il principio, fondato su una interpretazione logica di carattere estensivo, che le pronunce giurisdizionali di detta Corte per le quali è ammesso il ricorso in ottemperanza -in pratica, quelle in materia pensionistica- vanno assimilate, a questi fini, a quelle del giudice ordinario».

fronti dell'amministrazione, potrebbe inaccettabilmente rivolgersi, con un autentico capovolgimento, contro il privato.

Le recenti previsioni di giudizi di ottemperanza rimessi, in luogo del giudice amministrativo, al giudice contabile o al giudice tributario non sembrano fuoriuscire dal modello tradizionale.

Il giudizio di ottemperanza contabile è contemplato solo per «l'esecuzione in materia pensionistica e nei giudizi ad istanza di parte» (art. 217 c.g.c.), così come, in passato, era delimitato l'ambito dell'ottemperanza di fronte al giudice amministrativo. Tanto è vero che l'art. 214 si preoccupa, per altro verso, di individuare espressamente le vie, che non comprendono il giudizio di ottemperanza, attraverso le quali far valere i crediti erariali acclarati dalle pronunce del giudice contabile: «recupero in via amministrativa», tramite trattenuta all'impiegato, «esecuzione forzata di cui al Libro III del codice di procedura civile» e «iscrizione a ruolo ai sensi della normativa concernente, rispettivamente, la riscossione dei crediti dello Stato e degli enti locali e territoriali».

Anche nella giustizia tributaria è stato introdotto un apposito giudizio di ottemperanza da esperire di fronte allo stesso giudice tributario (art. 70 D.lgs. n. 546/1992). Tale giudizio riguarda il rimborso del contribuente (art. 68) e le sentenze di condanna in favore del contribuente (art. 69), tanto che con l'accoglimento del ricorso per ottemperanza il giudice tributario «adotta con sentenza i provvedimenti indispensabili per l'ottemperanza in luogo dell'ufficio che li ha omessi e nelle forme amministrative per essi prescritti dalla legge».

Nell'ambito della giustizia amministrativa il quadro si è invece complicato da quando si è cominciato ad ammettere la possibilità che anche l'amministrazione possa esperire, in via principale o incidentale, azioni contro il privato di fronte al giudice amministrativo⁹⁶.

In una recente pronuncia l'Adunanza plenaria sembra infatti aprire alla possibilità di un'ottemperanza nei confronti del privato sul presupposto che, secondo l'art. 112, comma 1, c.p.a., «I provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti»⁹⁷.

Per altro verso, lo stesso codice del processo amministrativo, sulla falsariga del già sperimentato cumulo di esecuzione forzata e ottemperanza per le condanne del giudice ordinario contro l'amministrazione, prescrive che «i provvedimenti emessi dal giudice amministrativo che dispongono il pagamento di somme di denaro costituiscono titolo anche per l'esecuzione nelle forme disciplinate dal Libro III del codice di procedura civile e per l'iscrizione di ipoteca» (art. 115), il

⁹⁶ Si rinvia *funditus* a M. Mazzamuto, *L'amministrazione agisce contro il privato di fronte al giudice amministrativo (nota a Cons. st., sez. II, n. 8546/2020)?*, in *Giustiziasinsieme*, on line, 2021.

⁹⁷ Cons. Stato, Ad. plen., n. 2/2017.

che dovrebbe valere sia nel caso sia condannata l'amministrazione, sia nel caso sia condannato un privato.

Vale la pena di precisare che, nell'originaria formulazione dell'art. 115⁹⁸, ai fini dell'esecuzione della pronuncia di condanna del giudice amministrativo, la formula esecutiva non era necessaria per l'ottemperanza, quasi un residuo ottocentesco del giudice amministrativo ancora considerato come organo amministrativo, mentre occorreva, ove si fosse optato per l'esecuzione forzata civilistica. Adesso, in ragione della riforma Cartabia, che, come è noto, ha fatto venire meno in generale la necessità della formula esecutiva, è scomparso ogni riferimento a quest'ultima (per il giudice contabile, v. ora art. 212 c.g.c.).

Non è inoltre da escludere che possa configurarsi la via alternativa dell'iscrizione a ruolo, come è espressamente previsto nel codice della giustizia contabile, poggiando sulla norma poco valorizzata dell'art. 21-ter L. n. 24/ 1990 («ai fini dell'esecuzione delle obbligazioni aventi ad oggetto somme di denaro si applicano le disposizioni per l'esecuzione coattiva dei crediti dello Stato»), ove intesa come comprensiva delle obbligazioni derivanti da condanne del giudice amministrativo.

La citata e ancora generica presa di posizione dell'Adunanza plenaria suscita invece grande perplessità, potendo prestare il fianco a quella che, in altra occasione, si è definita come una «subdola» parità processuale delle parti⁹⁹.

Il riferimento alla lettera del codice («altre parti») appare troppo poco per avventurarsi in un'apertura dell'ottemperanza nei confronti dei privati di difficile composizione sistematica e dunque dagli esiti poco prevedibili e in potenza distortivi. Sarebbe preferibile dunque un ripensamento sul punto o quantomeno, se proprio si intenda mantenere percorribile la via dell'ottemperanza, il Consiglio di Stato dovrebbe dar prova di saper costruire una convincente, quanto assai impegnativa modulazione dei poteri del giudice per estromettere tutta quella esorbitanza, connessa ai poteri sostitutivi, che è giustificabile soltanto nei confronti dell'amministrazione e non di un privato, affiancando cioè alla tradizionale ottemperanza contro l'amministrazione un'apposita e diversa ottemperanza contro il privato.

⁹⁸ «1. Le pronunce del giudice amministrativo che costituiscono titolo esecutivo sono spedite, su richiesta di parte, in forma esecutiva. 2. I provvedimenti emessi dal giudice amministrativo che dispongono il pagamento di somme di denaro costituiscono titolo anche per l'esecuzione nelle forme disciplinate dal Libro III del codice di procedura civile e per l'iscrizione di ipoteca. 3. Ai fini del giudizio di ottemperanza di cui al presente Titolo non è necessaria l'apposizione della formula esecutiva».

⁹⁹ Mazzamuto, *op. ult. cit.*.

7. *Brevi conclusioni*

Il tema dell'esecuzione coattiva è, già sul piano storico, di ardua ricostruzione: dal rapporto tra amministrazione e giurisdizione al rapporto tra diritto pubblico e diritto privato. Non meno arduo è stato l'impegno della dottrina giuridica, anzi delle dottrine delle varie aree disciplinari, nel mettere a sistema un universo alquanto variegato.

Le problematiche di fondo sono tutt'oggi sostanzialmente rimaste in campo, specialmente nella difficoltà di maneggiare le figure "miste", come mostrano chiaramente le vicende della giustizia tributaria.

Un elemento di novità e di ulteriore complicazione è ravvisabile nell'intensificarsi delle interferenze tra le giurisdizioni, senza che anche qui emerga, al di là della condivisibilità o meno di talune particolari soluzioni, un chiaro quadro sistematico sia del complesso, sia del relazionarsi con le diverse tradizioni, quella del giudice amministrativo, del giudice contabile o dello stesso giudice tributario. Anzi, vi è il timore che, pur in questo anfratto, si stia consumando quel sottile e sotterraneo tentativo dei fautori della giurisdizione unica di realizzare un grande pasticcio confusivo dove i giudici speciali man mano si vadano scolorendo per assorbimento al presunto modello universale della giurisdizione civile.

L'unico punto irrinunciabile rimane che qualsivoglia costruito dovrebbe sempre essere informato alla prospettiva della tutela e ciò non può prescindere altresì dal salvaguardare il glorioso lascito del sistema di diritto pubblico, quello di derivazione francese, cioè di un modello di protezione del cittadino di fronte ai pubblici poteri che non ha pari nell'intera storia della civiltà giuridica.

Marco Mazzamuto - Abstract

Il diritto al primo colpo: unilateralità degli effetti e della esecuzione delle pretese amministrative

Il contributo ha per oggetto la materia delle pretese della pubblica amministrazione, specie sotto il profilo dell'esecuzione forzata amministrativa (cd. esecutorietà), in quadro di ricostruzione storico-sistematica tra diritto pubblico e diritto privato dal XIX sec. ai giorni nostri.

The law of first strike: unilateralism of the effects and enforcement of administrative claims

The contribution deals with the subject of public administration claims, especially from the point of view of administrative enforcement (so-called enforceability), within the framework of a historical-systematic reconstruction between public and private law from the 19th century to the present day.

Tutela dell'ambiente, attività amministrativa, sindacato giurisdizionale: un cambio di prospettiva*

Giovanni Tulumello

L'essenziale è avere consapevolezza dei propri procedimenti mentali; acquisire gli strumenti del nostro lavoro non passivamente, così come ci sono stati consegnati da chi ha lavorato prima di noi, ma sapendoli adattare alle esigenze del presente. Si tratta appunto di sapere se stiamo facendo prosa o poesia.

Nicolò Lipari¹

SOMMARIO: 1. Premessa: la tutela dell'ambiente fra sviluppo sostenibile e responsabilità intergenerazionale; i plurimi fattori convergenti nella direzione della necessità di una riflessione sulle categorie e sui rimedi nell'ottica dell'effettività. – 2. La giurisprudenza della Corte di Giustizia successiva alla sentenza *Janecek*: regole di validità e regole di responsabilità nella disciplina della tutela della qualità dell'aria; il problema degli strumenti del diritto processuale nazionale necessari per imporre gli obblighi di risultato. – 2.1. La sentenza della II Sezione del 19 novembre 2014, in causa C-404/13. – 2.2. La sentenza della Grande Sezione 19 dicembre 2019, in causa C-752/18. – 2.3. La sentenza della Grande Sezione, 22 dicembre 2022, in causa C-61/21. – 3. La giurisprudenza delle Corti nazionali francese e olandese: *private enforcement* e *private remedies*? – 4. La giurisprudenza italiana. – 4.1. Il problema dell'accesso. – 4.2. Il silenzio-inaudimento. – 4.3. Il giudizio di ottemperanza. – 4.4. Il riparto di giurisdizione. – 5. L'attuale conformazione normativa dell'interesse ambientale, la discrezionalità amministrativa e le forme di tutela. – 5.1. La dialettica fra ambiente e paesaggio. – 5.2. Il nuovo testo dell'art. 9 della Costituzione. – 5.3. La recente Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva (UE) 2018/2001 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili. – 5.4. La gerarchia degli interessi come conseguenza di una priorità logica ed ontologica. – 5.5. Processi qualificatori e assetto normativo. – 5.6. Complessità socio-politica del fenomeno regolatorio: come

* Il presente scritto, che rappresenta una versione integrata ed aggiornata della ricerca su «Il diritto dell'U.E. in materia di sviluppo sostenibile e di lotta al cambiamento climatico: la categoria dell'effettività e il ruolo della tutela giurisdizionale», pubblicata in www.giustizia-amministrativa.it, è dedicato alla memoria del prof. Nicolò Lipari.

¹ N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 8.

cambia la discrezionalità in materia? – 5.7. *Segue*: bilanciamento, discrezionalità, eccesso di potere. – 6. Conclusioni: l'esercizio della giurisdizione conforme alla sua funzione e al dettato normativo.

1. *Premessa: la tutela dell'ambiente fra sviluppo sostenibile e responsabilità intergenerazionale; i plurimi fattori convergenti nella direzione della necessità di una riflessione sulle categorie e sui rimedi nell'ottica dell'effettività.*

La disciplina della tutela dell'ambiente volta a contrastare i rischi del cambiamento climatico, portata soprattutto dalle direttive europee in materia di qualità dell'aria, sta imponendo all'attività della pubblica amministrazione, e al sindacato giurisdizionale (della legittimità) della stessa, significativi percorsi evolutivi che riguardano tradizionali categorie ed istituti dell'attività amministrativa e del processo.

Essa implica, soprattutto, profondi cambiamenti sul piano rimediale, in punto di intensità (e di esiti) del sindacato giurisdizionale sulle politiche ambientali.

Il principale – ma non esclusivo – settore d'interesse è dato, come accennato, dalla (verifica della) attuazione delle direttive europee in materia di qualità dell'aria.

Il giudice comunitario già dal 2008, con la giurisprudenza *Janecek* (sentenza 25 luglio 2008, in causa C-237/07) aveva affermato una logica di effettività e di risultato nell'attuazione della direttiva del Consiglio 27 settembre 1996, 96/62/CE, in materia di valutazione e di gestione della qualità dell'aria².

Come si è avuto modo di osservare allora, «La decisione della Corte di Giustizia non smentisce l'esistenza di un potere discrezionale nel raggiungimento degli obiettivi di contenimento delle emissioni inquinanti, ed anzi esplicitamente richiama la necessità di una ponderazione comparativa degli interessi antagonisti: essa,

² La Corte di Giustizia dell'U.E. in quell'occasione aveva affermato i seguenti principi:

«1) L'art. 7, n. 3, della direttiva del Consiglio 27 settembre 1996, 96/62/CE, in materia di valutazione e di gestione della qualità dell'aria ambiente, come modificata dal regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 29 settembre 2003, n. 1882, dev'essere interpretato nel senso che, in caso di rischio di superamento dei valori limite o delle soglie di allarme, i soggetti dell'ordinamento direttamente interessati devono poter ottenere dalle competenti autorità nazionali la predisposizione di un piano di azione, anche quando essi dispongano, in forza dell'ordinamento nazionale, di altre procedure per ottenere dalle medesime autorità che esse adottino misure di lotta contro l'inquinamento atmosferico.

2) Gli Stati membri hanno come unico obbligo di adottare, sotto il controllo del giudice nazionale, nel contesto di un piano di azione e a breve termine, le misure idonee a ridurre al minimo il rischio di superamento dei valori limite o delle soglie di allarme ed a ritornare gradualmente ad un livello inferiore ai detti valori o alle dette soglie, tenendo conto delle circostanze di fatto e dell'insieme degli interessi in gioco». La sentenza è commentata, fra gli altri, da M. Clément, *Droit européen de l'environnement*, Bruxelles, Larcier, 2010, 235 ss.

tuttavia, esprime un forte rifiuto a che il metodo del “piano d’azione” possa trasformarsi in un alibi per l’inazione, e riconduce correttamente il potere discrezionale nell’ambito dei limiti esterni dello stesso: ‘sebbene gli Stati membri dispongano di un potere discrezionale, l’art. 7, n. 3, della direttiva 96/62 fissa alcuni limiti all’esercizio di quest’ultimo, i quali possono essere fatti valere dinanzi ai giudici nazionali (v., in tal senso, sentenza 24 ottobre 1996, causa C-72/95, Kraaijeveld e a., Racc. pag. I-5403, punto 59), in relazione al carattere adeguato delle misure che il piano di azione deve contenere nei confronti dell’obiettivo di riduzione del rischio di superamento e di limitazione della sua durata, in considerazione dell’equilibrio che occorre garantire tra tale obiettivo e i diversi interessi pubblici e privati in gioco’³.

La discrezionalità – nel *quomodo* – può e deve esprimersi nella ricerca, fra le varie alternative praticabili, della soluzione ritenuta maggiormente capace di bilanciare la tutela ambientale con le istanze antagoniste: purché però il *quid* (il risultato della tutela come indicato normativamente: al quale l’amministrazione è vincolata) sia certo, concreto ed effettivo.

In altre parole, il tradizionale schema decisorio proprio della discrezionalità amministrativa, implicato dal pluralismo sociale (che caratterizza l’attuale forma di Stato)⁴, viene condizionato, a monte, da una gerarchia degli interessi disegnata normativamente in funzione di una priorità ontologica dell’esigenza di sviluppo sostenibile, anche in una prospettiva intergenerazionale⁵.

Il richiamo della dottrina alla necessità di rendere compatibile l’esercizio della discrezionalità con la prospettiva intergenerazionale sembra essere stato recepito anche dal recente disegno di legge governativo recante «Misure per la semplificazione normativa e il miglioramento della qualità della normazione e deleghe al Governo per la semplificazione, il riordino e il riassetto in determinate materie»: il cui art. 4, nello stabilire che «Le leggi della Repubblica promuovono l’equità intergenerazionale anche nell’interesse delle generazioni future», introduce la «Valutazione di impatto generazionale delle leggi», consistente “nell’analisi preventiva dei disegni di legge del Governo in relazione agli effetti ambientali o sociali ricadenti sui giovani e sulle generazioni future”.⁶

Per come testualmente disciplinato, si tratta in realtà di un vincolo più informativo che decisionale, che non ha di per sé il significato normativo di impe-

³ G. Tulumello, *Sviluppo sostenibile, discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Climate change: la risposta del diritto*, a cura di F. Fracchia e M. Occhiena, Napoli, 2010, 142.

⁴ In argomento sia consentito il rinvio a G. Tulumello, *La funzione: fisionomia e implicazioni del potere amministrativo nello stato sociale pluriclasse*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2018.

⁵ In argomento, per un approccio meditato e critico (nel senso etimologico del termine), F. Fracchia, P. Pantalone, *Decider(c) per la morte: crisi, sostenibilità, energie rinnovabili e semplificazioni procedurali. Interpretare il presente con il paradigma delle relazioni intergenerazionali nutrite di solidarietà*, Napoli, 2022, 105.

⁶ In argomento, L. Bartolucci, *La valutazione di impatto generazionale delle leggi come forma di attuazione degli articoli 9 e 97 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 21 febbraio 2024.

dire un esercizio dell'attività legislativa funzionale al consenso immediato (come tale, pregiudizievole per gli interessi delle generazioni future).

Nondimeno, è un segnale culturale di sicuro interesse che si affianca a quelli propri degli altri formanti, perché esplicita – ferma restando la libertà del legislatore, sul piano politico, in merito all'assunzione della decisione (ma comunque nel rispetto del parametro costituzionale di cui al riformato, sul punto, art. 9 della Costituzione: parametro che evidentemente condiziona la legittimità di ogni fonte primaria, e non solo di quelle di iniziativa governativa) – la consapevolezza dell'impatto (positivo, o negativo) della scelta sulle generazioni future, il che comporta evidentemente un'assunzione di responsabilità (anche nell'ottica dell'esercizio consapevole della democrazia).

La richiamata teorizzazione della sostenibilità ambientale nella prospettiva intergenerazionale è stata poi espressamente accolta dalla Corte costituzionale nella recente sentenza n. 105 del 2024: «La riforma del 2022 consacra direttamente nel testo della Costituzione il mandato di tutela dell'ambiente [...]. Peculiare è, altresì, la prospettiva di tutela oggi indicata dal legislatore costituzionale, che non solo rinvia agli interessi dei singoli e della collettività nel momento presente, ma si estende anche [...] agli interessi delle future generazioni: e dunque di persone ancora non venute ad esistenza, ma nei cui confronti le generazioni attuali hanno un preciso dovere di preservare le condizioni perché esse pure possano godere di un patrimonio ambientale il più possibile integro, e le cui varie matrici restino caratterizzate dalla ricchezza e diversità che lo connotano»⁷.

La giurisprudenza costituzionale italiana si allinea così a quella francese: la decisione del 27 ottobre 2023 del *Conseil constitutionnel* aveva infatti affermato che il legislatore, quando adotta misure suscettibili di incidere in modo serio e durevole sull'ambiente, deve verificare che le scelte destinate a rispondere ai bisogni del presente non compromettano di fatto la capacità delle generazioni future di decidere al riguardo, preservando la loro libertà di scelta⁸.

Opportunamente quest'ultima decisione si fa carico, attraverso un sindacato di legittimità costituzionale delle norme che disciplinano le scelte amministrative suscettibili di compromettere la facoltà (di sopravvivenza, e) di scelta delle

⁷ Si tratta di un'esplicita adesione alla tesi formulata, in dottrina, da F. Fracchia e P. Pantalone, *Decider(ci) per la morte: crisi, sostenibilità, energie rinnovabili e semplificazioni procedurali. Interpretare il presente con il paradigma delle relazioni intergenerazionali nutrite di solidarietà*, cit.; e da P. Pantalone, *La crisi pandemica dal punto di vista dei doveri. Diagnosi, prognosi e terapia dei problemi intergenerazionali secondo il diritto amministrativo*, Napoli, 2023.

⁸ Conseil constitutionnel, Décision n° 2023-1066 QPC, 27 octobre 2023: «Il découle de l'article 1er de la Charte de l'environnement éclairé par le septième alinéa de son préambule que, lorsqu'il adopte des mesures susceptibles de porter une atteinte grave et durable à un environnement équilibré et respectueux de la santé, le législateur doit veiller à ce que les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne compromettent pas la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins, en préservant leur liberté de choix à cet égard».

generazioni future, della preoccupazione – formulata in dottrina – di garantire la giustiziabilità di tali diritti⁹.

Il che, come si vedrà, non può che avvenire attraverso la costruzione di una gerarchia degli interessi vincolante per le scelte discrezionali dell'amministrazione¹⁰ (e per le scelte politiche del legislatore): rilevante anche sul piano del sindacato giurisdizionale¹¹.

Si tratta di opzioni a monte che in parte replicano sul piano giuridico un vincolo di priorità che è *in rerum natura* (la preservazione dell'ambiente fisico, quale presupposto di ogni ulteriore istanza correlata ad attività e interessi: *primum vivere*), e che in parte invece si preoccupano di non pregiudicare irrimediabilmente, a sfavore delle generazioni future, un delicato equilibrio, mediante esaurimento di fatto degli spazi di scelta disponibili fra le varie alternative di sviluppo (sostenibile).

Il problema, del resto, era stato sollevato circa un secolo fa anche fra gli economisti, con una riflessione – al tempo stesso utopica e profetica – sulle «possi-

⁹ A. Celotto, *I diritti delle generazioni future*, in *giustamm.it*, 2021, 4.

¹⁰ Sui profili generali della gerarchia degli interessi nel procedimento, si veda la ricostruzione di F. Fratini, *Le fonti della gerarchia degli interessi*, in Aa.Vv., *Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo*, Milano, 1994, 19 ss. Per un'applicazione al diritto dell'ambiente, e in particolare ai temi dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale, F. Fracchia, *Transizioni: il punto di vista del diritto amministrativo*, Napoli, 2024, in specie 60: «In periodo di crisi occorre decidere; per decidere è necessario ordinare gli interessi; l'art. 97 conferma che ciò è possibile, fornendo una base minima per effettuate una gradazione, raccomandando la virtù della sostenibilità e indicando che non tutti i valori sono equidistanti. Più in generale, questo settore del diritto offre una cornice di principi (pur se assai generici: chi inquina paga, prevenzione e precauzione) alla luce dei quali illuminare le politiche pubbliche e, soprattutto, sindacare, da parte delle diverse magistrature, le scelte di transizione, financo quelle consacrate nella legge».

¹¹ In argomento sia consentito il rinvio a G. Tulumello, *Il diritto dell'UE e la disciplina del processo amministrativo: l'accesso alla giustizia e l'estensione del sindacato di legittimità degli atti amministrativi nella materia della tutela ambientale*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2020; e a G. Tulumello, *L'effettività della tutela dei diritti fondamentali dei disabili nello Stato sociale, fra vincoli di bilancio e amministrazione di risultato*, in *Quest. giust.*, 2018, 3, ove il rilievo secondo cui «Il pluralismo pone infatti la necessità che, a fronte di tali, plurime esigenze potenzialmente antagoniste, si rinvenga, come criterio ordinatore, una "gerarchizzazione degli interessi"». D'altra parte, l'opposta prospettiva egualitaria, oltre ad essere incompatibile con chiare indicazioni sia sistematiche che positivizzate, rischierebbe di condurre il sistema allo stallo e alla paralisi. Il tradursi in atto del potere amministrativo è il veicolo attraverso il quale tale gerarchia degli interessi, fissata a livello normativo, trova concreta attuazione. Il potere amministrativo gioca dunque nella vicenda non già un ruolo di limite, ma al contrario un ruolo di necessario meccanismo di attuazione del diritto: «nello Stato sociale la vuota enunciazione costituzionale o convenzionale del diritto è priva di contenuto se non è riempita dalla prestazione corrispondente, che deve essere resa dall'amministrazione: il potere conformativo, in altre parole, correlato alla funzione di regolazione (volta a ricercare una compatibilità nel potenziale conflitto fra le tante attività oggetto di tutela anche costituzionale e convenzionale), riempie di contenuto un catalogo di diritti dal contenuto altrimenti puramente simbolico». La verifica della legittimità dell'esercizio del potere, avuto riguardo al parametro normativo portante la gerarchia fra gli interessi (e la concreta disciplina di questi), è dunque la prospettiva per una coerente ed efficace verifica della effettività della tutela dei diritti fondamentali (conformati): anche in ipotesi di negazione della pienezza della tutela per ragioni legate all'incapienza delle risorse». Nello stesso senso E. Guarna Assanti, *Il ruolo innovativo del contenzioso climatico tra legittimazione ad agire e separazione dei poteri dello Stato. Riflessioni a partire dal caso Urgenda*, in *Federalismi.it*, 2021, 17, 65 ss., il quale indica nella sopravvivenza un *prius* logico, e definisce «l'ambiente come prerequisito della democrazia costituzionale».

bilità economiche dei nostri nipoti», e un invito a tornare «a porre i fini avanti ai mezzi, e ad anteporre il buono all'utile»¹².

Il presente lavoro si propone di operare una ricognizione – in tutti i formanti – delle principali tendenze evolutive emerse in questa materia, per operare una verifica della tenuta delle tradizionali categorie, funzionale all'analisi degli strumenti di tutela.

In particolare, l'ormai non più negabile tendenza a porre al centro dell'attività amministrativa – in questo più che in altri settori – la categoria dell'effettività, incide inevitabilmente sui modi del sindacato del giudice amministrativo sull'azione (od inazione) delle autorità competenti all'adozione delle misure di contrasto al cambiamento climatico: e, prima ancora, sulla esatta qualificazione e valutazione – nel confronto con il relativo parametro normativo – di tale azione o inazione rispetto all'obiettivo prefigurato dalla legge nella relazione che corre, appunto, fra legge e provvedimento.

In tale ricostruzione, come si vedrà, emerge anche un ulteriore dato.

I primi tentativi di studio del diritto dell'ambiente, orientati verso una consapevole ricognizione delle categorie e degli strumenti di tutela, furono condotti, circa mezzo secolo fa, soprattutto da studiosi di formazione civilistica.

Oggi, pur a seguito della centralità del dibattito sul regime giuridico dei poteri (pubblici) implicati nella tensione verso lo sviluppo sostenibile, i civilisti tornano a riflettere sulle ricadute di tale regime (anche) nel diritto privato.

È una parabola significativa, non solo sul piano formale, perché si compie a ridosso di eventi e fenomeni che hanno contribuito a ridisegnare il primato logico dei valori sullo strumento.

2. *La giurisprudenza della Corte di Giustizia successiva alla sentenza Janecek: regole di validità e regole di responsabilità nella disciplina della tutela della qualità dell'aria; il problema degli strumenti del diritto processuale nazionale necessari per imporre gli obblighi di risultato*

La successiva giurisprudenza della Corte di Giustizia ha ulteriormente rafforzato il principio affermato dalla sentenza *Janecek*.

¹² J.M. Keynes, *Economic Possibilities for Our Grandchildren*, 1931, trad. it., Milano, 2009, 29: «Dobbiamo onorare chi può insegnarci a cogliere meglio l'ora e il giorno, quelle deliziose persone capaci di apprezzare le cose fino in fondo, i gigli del campo che non lavorano e non filano. Ma, attenzione, il tempo non è ancora venuto. Per almeno un altro centinaio di anni dovremo fingere con noi stessi che il bene è male, e il male bene; perché il male è utile e il bene no. Per un altro po', i nostri dèi continueranno a essere gli stessi, perché solo l'avvarizia, l'usura e la precauzione possono condurci oltre il tunnel della necessità economica, a vedere la luce».

2.1. La sentenza della II Sezione del 19 novembre 2014, in causa C-404/13

La sentenza della II Sezione del 19 novembre 2014, in causa C-404/13, resa – in sede di rinvio pregiudiziale – sull’attuazione della direttiva 2008/50/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa alla qualità dell’aria ambiente e per un’aria più pulita in Europa, ha ribadito che «se è vero che gli Stati membri dispongono di un determinato margine di valutazione per la determinazione delle misure da adottare, è pur vero che questi ultimi devono, comunque, garantire che il periodo di superamento dei valori limite sia il più breve possibile».

L’indicazione di un obiettivo di risultato, in termini di effettività, è accompagnata dalla (necessaria) indicazione della giustiziabilità di possibili violazioni: «qualora uno Stato membro non abbia rispettato i requisiti derivanti dall’articolo 13, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 2008/50, e non abbia richiesto la proroga del termine nelle condizioni previste dall’articolo 22 di tale direttiva, spetta al giudice nazionale competente, eventualmente adito, adottare ogni misura necessaria, come un’ingiunzione, affinché tale autorità predisponga il piano richiesto dalla citata direttiva nelle condizioni previste da quest’ultima».

Il rimedio individuato si limita però a “un’ingiunzione” (sulla cui utilità si tornerà in seguito).

2.2. La sentenza della Grande Sezione 19 dicembre 2019, in causa C-752/18

La sentenza della Grande Sezione 19 dicembre 2019, in causa C-752/18, individua invece – su indicazione del giudice del rinvio – una prospettiva rimediabile che al contrario si mostra particolarmente severa (pur se condizionata da una verifica di compatibilità da compiersi da parte del giudice nazionale).

Di fronte alla reiterata inazione e alla successiva inottemperanza alle ingiunzioni emesse nei confronti del Land della Baviera, il Bayerischer Verwaltungsgerichtshof ha chiesto alla Corte di Giustizia se il diritto dell’Unione, in particolare l’articolo 47, primo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, deve essere interpretato nel senso che, in circostanze caratterizzate da un persistente rifiuto di un’autorità nazionale di conformarsi ad una decisione giudiziaria che le ingiunge di adempiere un obbligo chiaro, preciso e incondizionato derivante da tale diritto, segnatamente dalla direttiva 2008/50/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa alla qualità dell’aria, spetta al giudice nazionale competente pronunciare una misura coercitiva detentiva nei confronti «dei titolari di un mandato per l’esercizio di pubblici poteri».

La risposta della Corte di Giustizia è nel senso che tale rimedio è praticabile «quando, nelle disposizioni di diritto interno, vi sia un fondamento giuridico per l'adozione di una siffatta misura che sia sufficientemente accessibile, preciso e prevedibile nella sua applicazione e purché la limitazione che sarebbe imposta al diritto alla libertà personale, garantito dall'articolo 6 della Carta dei diritti fondamentali, mediante tale pronuncia soddisfi le altre condizioni previste al riguardo dall'articolo 52, paragrafo 1, di quest'ultima. Per contro, in mancanza di un fondamento giuridico simile nel diritto nazionale, il diritto dell'Unione non conferisce a tale giudice la facoltà di ricorrere a una siffatta misura».

Infatti, neppure «il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva» è un «diritto assoluto» (paragrafo 44), sicché va operata una verifica preliminare alla praticabilità della soluzione suggerita dal giudice tedesco.

Il paragrafo 52 della motivazione precisa, infatti, che «Solo se il giudice del rinvio dovesse concludere che, nell'ambito della ponderazione di cui al punto 45 della presente sentenza, la limitazione del diritto alla libertà mediante l'imposizione di una pena detentiva soddisfa le condizioni poste a tal riguardo dall'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, il diritto dell'Unione non solo autorizzerebbe, ma imporrebbe anche l'applicazione di una siffatta misura».

Nell'ambito della definizione di nuovi itinerari rimediali contro l'ineffettività infrastatuale delle normative comunitarie, è interessante l'individuazione da parte della Corte di Giustizia del limite all'autonomia processuale degli Stati membri, quando questa sia di ostacolo all'effettiva attuazione del diritto dell'U.E.: «una normativa nazionale che porta a una situazione in cui la decisione di un organo giurisdizionale resta inoperante, non disponendo il medesimo organo di alcun mezzo per farla rispettare, viola il contenuto essenziale del diritto a un ricorso effettivo sancito dall'articolo 47 della Carta (v., in tal senso, sentenza del 29 luglio 2019, *Torubarov*, C-556/17, EU:C:2019:626, punto 72). 36 Infatti, tale diritto sarebbe illusorio se l'ordinamento giuridico di uno Stato membro consentisse che una decisione giudiziaria definitiva e obbligatoria resti inoperante a danno di una parte (sentenze del 30 giugno 2016, *Toma e Biroul Executivului Judecătoresc Horațiu-Vasile Cruduleci*, C-205/15, EU:C:2016:499, punto 43 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 29 luglio 2019, *Torubarov*, C-556/17, EU:C:2019:626, punto 57)»¹³.

L'importanza della sentenza in commento è data anche dall'indicazione contenuta nella stessa – quasi a mitigare il riconoscimento (condizionato) della sanzione detentiva come forma di tutela effettiva dell'ambiente – di possibili,

¹³ Con riguardo alla normativa italiana, può essere questione interessante – comunque estranea all'oggetto del presente lavoro – comprendere se gli articoli 328 e 650 del codice penale possano rilevare nella prospettiva indicata dalla Corte di Giustizia (essendo ormai venuta meno l'incriminazione di cui all'art. 323 cod. pen.).

altri rimedi previsti dal diritto dell'U.E. per l'inerzia dell'amministrazione statale o infrastatale nell'effettiva attuazione dei precetti comunitari: dal ricorso per inadempimento, al principio di «responsabilità extracontrattuale dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto dell'Unione ad esso imputabili»¹⁴.

2.3. *La sentenza della Grande Sezione, 22 dicembre 2022, in causa C-61/21*

Un (soltanto) apparente arretramento si registra però, proprio in relazione a tale ultima affermazione, nella successiva sentenza della Grande Sezione, 22 dicembre 2022, in causa C-61/21: laddove la Corte – andando di contrario avviso rispetto alle conclusioni dell'Avvocato Generale – ha affermato che le direttive in materia di tutela della qualità dell'aria devono essere interpretate nel senso che esse non sono preordinate «a conferire diritti individuali ai singoli che possono attribuire loro un diritto al risarcimento nei confronti di uno Stato membro, a titolo del principio della responsabilità dello Stato per i danni causati ai singoli da violazioni del diritto dell'Unione ad esso imputabili»¹⁵.

In realtà la decisione contiene un'affermazione di grande rilievo: quella per cui ai singoli è data, anzitutto, tutela in forma specifica¹⁶.

La scelta di incentrare la tutela sul terreno delle regole di validità, piuttosto che su quello delle regole di responsabilità, conferma ulteriormente la natura degli obblighi di risultato gravanti sugli Stati membri, la cui (in)attuazione non è surrogabile con un succedaneo monetario, ma va perseguita (anche ad opera dei singoli) sul terreno dell'effettività degli obiettivi – non negoziabili – di tutela ambientale.

Come si vedrà nei paragrafi successivi, la via d'uscita risarcitoria (o comunque sanzionatoria sul piano meramente economico) potrebbe essere inefficace, potendosi risolvere per alcuni Stati in un comodo *éscamotage* per non adottare scelte realmente attuative degli obblighi comunitari (imputando peraltro alla spesa pubblica anche il costo dell'inadempimento: sia per effetto delle procedure

¹⁴ Su questo tema, M. di Francesco Torregrossa, *La responsabilità dello Stato-legislatore e l'attività amministrativa*, Napoli, 2019.

¹⁵ La sentenza è commentata da M. Delsignore, *Il giudice europeo e il risarcimento del danno per inquinamento dell'aria*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 5, 619 ss.

¹⁶ Si veda il paragrafo 58 della sentenza: «il fatto che, qualora uno Stato membro non abbia garantito il rispetto dei valori limite di cui all'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2008/50 e alle disposizioni analoghe delle direttive precedenti, i singoli interessati devono poter ottenere dalle autorità nazionali, eventualmente agendo dinanzi ai giudici competenti, l'adozione delle misure richieste da tali direttive (v., in tal senso, sentenze del 19 novembre 2014, ClientEarth, C404/13, EU:C:2014:2382, punto 56 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 19 dicembre 2019, Deutsche Umwelthilfe, C752/18, EU:C:2019:1114, punto 56), non è tale da modificare tale constatazione».

d'infrazione, che delle penalità di mora liquidate dai giudizi nazionali su ricorso dei privati e delle associazioni).

La riaffermazione della tutela reale in capo ai singoli invece apre (o meglio, conferma) scenari rimediali di grande e più pregnante interesse.

3. *La giurisprudenza delle Corti nazionali francese e olandese: private enforcement e private remedies?*

I superiori rilievi trovano riscontro nella giurisprudenza di alcune Corti nazionali: che evidenzia, non senza qualche problema, come l'unico modo per garantire effettività al risultato della tutela della qualità dell'aria sia quello di praticare i rimedi di diritto processuale interno volti a superare l'inazione delle autorità nazionali (statali, ed infrastatali) rispetto alla concreta ed effettiva adozione di misure volte a raggiungere gli obiettivi indicati dalle direttive.

Si tratta, anzitutto, di due decisioni della Corte Suprema olandese¹⁷ e del Conseil d'État francese¹⁸ aventi entrambe ad oggetto l'inadempimento da parte dei rispettivi governi nazionali degli obblighi su di essi gravanti in forza del c.d. Accordo di Parigi¹⁹, definito come l'atto di «nascita di un nuovo diritto internazionale dell'ambiente»²⁰.

Sempre il Conseil d'État francese ha invece recentemente adottato un'analoga decisione (n. 428409 del 24 novembre 2023) nel giudizio relativo all'esecuzione della precedente decisione del 12 luglio 2017 (n. 394254) che aveva annullato il silenzio delle competenti autorità statali rispetto all'adozione delle misure necessarie per garantire il contenimento del livello di polveri sottili e di biossido di azoto entro i limiti massimi previsti dalla direttiva 2008/50/CE²¹.

¹⁷ È il c.d. caso Urgenda: Corte Suprema olandese, sentenza n. 19/00135 del 20 dicembre 2019, ECLI:NL:HR:2019:2007.

¹⁸ Si tratta del c.d. caso Grande-Synthe (427301): nel quale si sono succedute una prima decisione interlocutoria (del 19 novembre 2020, ECLI:FR:CECHR:2020:427301.20201119), una successiva decisione di accoglimento del ricorso contro il silenzio (1° luglio 2021, ECLI:FR:CECHR:2021:427301.20210701), ed una ulteriore decisione (10 maggio 2023, ECLI:FR:CECHR:2023:467982.20230510) che accerta l'ulteriore inottemperanza.

¹⁹ Si tratta dell'Accordo collegato alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, adottato a Parigi il 12 dicembre 2015; la Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica hanno autorizzato il Presidente della Repubblica alla ratifica con legge 4 novembre 2016, n. 204, il cui art. 2 recita: «Piena ed intera esecuzione è data all'Accordo di cui all'articolo 1, a decorrere dalla data della sua entrata in vigore, in conformità con quanto disposto dall'articolo 21 dell'Accordo medesimo». Con Decisione (UE) 2016/1841 del Consiglio del 5 ottobre 2016, l'Accordo è stato approvato dall'Unione Europea.

²⁰ M. Montini, *Riflessioni critiche sull'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici*, in *Riv. dir. internaz.*, 2017, 719 ss.

²¹ CE, V e VI sezioni riunite, n. 428409 del 24 novembre 2023. Il giudizio ha riguardato l'inottemperanza delle amministrazioni statali nel periodo luglio 2022-luglio 2023, mentre per i periodi precedenti erano

Tale ultima decisione per un verso ha preso atto dell'avvenuta, corretta esecuzione della pronuncia del 2017 quanto al consolidamento del contenimento delle PM10 entro i limiti consentiti anche per l'ultima delle aree (quella della città di Parigi) che fino al 2021 aveva registrato degli sforamenti²².

Per altro verso, quanto al biossido di azoto, constatata la permanenza degli sforamenti (o comunque di valori prossimi alla soglia critica) dei limiti massimi in tre aree del Paese, per una (Marseille-Aix) ha rilevato che sono state adottate misure (relative soprattutto ai trasporti, anche marittimi) «*suffisamment précises et détaillées*» da far ritenere eseguita la decisione sul silenzio.

Per le altre due aree (Paris e Lyon) la decisione ha invece ritenuto che le misure esecutive indicate dal Governo non fossero sufficienti a garantire nel più breve termine possibile il contenimento delle emissioni entro il limite massimo consentito, anche in ragione dei consistenti sforamenti registrati nel periodo precedente, ed ha liquidato a favore delle associazioni ricorrenti delle ulteriori penalità di mora per somme piuttosto significative.

È interessante notare come tale decisione si articoli, correttamente, in un'ottica di puro risultato: essa non ritiene ricevibili gli argomenti difensivi del Governo in punto di adozione di misure di carattere generale (punto 14 della motivazione), come quelle relative alla transizione ecologica nel settore dell'alimentazione dei veicoli, ritenute sicuramente utili ma non tali da offrire ragionevoli aspettative di risultare determinanti quanto ai valori relativi alle due zone critiche, soprattutto alla luce dei concreti dati fin qui registrati.

Il sindacato del giudice dell'esecuzione è dunque assolutamente coerente all'impostazione delle direttive: constatato l'inadempimento agli obblighi (di risultato) da esse posti, gli Stati possono valutare discrezionalmente quali misure siano ritenute più idonee, nel contemperamento con tutti gli interessi coinvolti, ad eseguire la decisione e dunque ad adempiere a quegli obblighi, purché però tali misure producano realmente, e non come mera aspettativa (più o meno credibile), ovvero come allegazione di un (solo) formale sforzo adempitivo, il risultato della stabile riduzione, «à la période la plus courte possible», delle emissioni al di sotto dei livelli massimi consentiti²³.

intervenute (rispettivamente, nel 2020, 2021 e 2022), tre decisioni relative alla (in)esecuzione della pronuncia del 2017. La sentenza è consultabile all'indirizzo <https://www.conseil-etat.fr/actualites/pollution-de-l-air-le-conseil-d-etat-condamne-l-etat-a-payer-deux-astreintes-de-5-millions-d-euros>.

²² «*Il résulte de l'instruction qu'aucun dépassement n'a été constaté non plus en 2022 pour cette même zone, confirmant donc la situation constatée depuis 2020. Compte tenu de ces différents éléments, et alors que la situation d'absence de dépassement dans la ZAG Paris peut désormais être considérée comme consolidée, la décision du 12 juillet 2017 doit être regardée comme étant exécutée s'agissant du respect des taux de concentration en particules fines.*»

²³ La vicenda sembra smentire la pessimistica prefigurazione dei limiti del c.d. *private enforcement* prospettata da A. F. Munari, *Public e private enforcement del diritto ambientale dell'Unione*, in *Quaderni AISDUE*, Sezione Atti convegno, 2023, 1, in specie par. 5.

In tutte queste decisioni emerge la tensione scaricata sulla giurisdizione (nazionale) fra l'esigenza di rispettare da un lato il principio di separazione dei poteri, e la necessità di garantire ai cittadini, di fronte all'inazione dell'autorità (a volte costituente essa stessa non una mera omissione, ma il frutto di una scelta: quella di non scegliere), l'effettivo rispetto di prescrizioni portanti obblighi precisi e puntuali²⁴.

In questi casi, infatti, si è affermato l'obbligo del potere (legislativo, in un caso; amministrativo, negli altri) di adottare le misure necessarie a garantire l'effettivo raggiungimento degli obiettivi di tutela: ma si è precisato che il contenuto specifico di tali misure non può essere indicato e definito dalla giurisdizione (pena, evidentemente, l'invasione delle prerogative degli altri poteri).

Nondimeno, l'affermazione per cui i governi nazionali sono liberi di adottare le misure che ritengano più consone, purché però efficaci in un'ottica di risultato (e non solo, quindi, sul piano del rispetto formale degli obblighi, o in un'ottica dilatoria: in ragione della mancata assunzione delle relative responsabilità da parte del decisore politico), potrebbe risolversi in una tutela inefficace tutte le volte in cui gli organi statali decidessero di ignorare – a differenza di quanto accaduto in Francia – l'obbligo di eseguire la sentenza, preferendo esporsi al pagamento di penalità pur di non assumere decisioni impopolari.

L'inadempimento di un simile ordine sancito dalla sentenza sarebbe infatti – in alcuni ordinamenti – incoercibile, arrestandosi al rilievo della proclamazione dell'obbligo ma non consentendo un seguito rimediale sul piano esecutivo che vada al di là di mere misure sollecitatorie accompagnate dalla previsione di penalità per ulteriori ritardi (in assenza della possibilità di esecuzione coattiva mediante la nomina di un commissario *ad acta*)²⁵.

L'effettività del rimedio dipende, quindi, oltre che dalle caratteristiche ordinarie del sistema processuale, dal livello di osservanza spontanea della decisione da parte dell'amministrazione, dalla reale volontà di superare la situazione di inadempimento.

In Francia, come visto, il senso di responsabilità istituzionale ha fatto sì che la mancanza di uno strumento giurisdizionale di esecuzione coattiva non pregiudicasse, in termini di effettività, il risultato imposto dalle norme europee.

Questo rilievo sdrammatizza il problema del mancato riconoscimento da parte della Corte di Giustizia del rimedio risarcitorio in capo ai singoli.

²⁴ Con riferimento al caso Urgenda, il tema è messo in evidenza da E. Guarna Assanti, *Il ruolo innovativo del contenzioso climatico tra legittimazione ad agire e separazione dei poteri dello Stato. Riflessioni a partire dal caso Urgenda*, cit.

²⁵ La riferita tensione fra le contrapposte esigenze, ed il tentativo di raggiungere un equilibrio, sono evidenti nel punto 25 della motivazione della citata sentenza del 10 maggio 2023 del Conseil d'État: nella quale è comunque evidente lo sforzo di effettività della tutela giurisdizionale.

Lo stesso rimedio delle *astreintes*, percorso in Francia, nasce infatti da iniziative di associazioni ambientaliste volte a censurare l'inazione delle amministrazioni competenti, e a sollecitare (non già un risarcimento, ma) concrete misure di contenimento delle emissioni: sicché il deterrente economico, se non consegue al rimedio risarcitorio, in ogni caso si ricollega alle misure disposte in sede giurisdizionale a fronte della mancata esecuzione delle decisioni che dichiarano illegittima l'inerzia.

Si è in proposito affermata «la complementarità tra misure di *private e public enforcement*: a mezzo dell'azione congiunta della Commissione e dei privati di fronte ai giudici nazionali, si garantisce il raggiungimento degli obiettivi di tutela dell'ambiente e della salute, che con l'approvazione delle direttive sulla qualità dell'aria gli Stati si sono impegnati a perseguire nell'ordinamento europeo»²⁶.

In realtà in argomento occorre operare un distinguo.

Sul piano delle competenze, l'applicazione delle Direttive, mediante esecuzione delle misure da esse previste, è un obbligo che grava esclusivamente sugli Stati.

Nondimeno, il sistema dei rimedi contribuisce a raggiungere un simile risultato nell'ipotesi – patologica – di violazione di tali obblighi.

In questo senso accanto alle procedure d'infrazione negli ultimi anni si mostra sempre più efficace l'apparato rimediale a disposizione dei singoli (come il signor Janecek) e delle associazioni di tutela ambientale che agiscono davanti ai giudici nazionali.

Non si tratta però, a rigore, di un rapporto di complementarità, posto che i risultati della tutela apprestata dal giudice a seguito dell'attivazione del rimedio attengono comunque ad una vicenda patologica dell'attuazione degli obblighi discendenti dalle direttive: in sostanza, si tratta dell'efficacia degli strumenti di tutela contro il rifiuto (o l'inadeguatezza) dell'*enforcement (public)*.

È tuttavia innegabile che i *private remedies* possono costituire, indirettamente, una forma di *private enforcement*: gli obiettivi di risultato saranno tanto più facilmente perseguiti, quanto più i soggetti privati reagiranno in sede giudiziaria all'inazione pubblica (tuttavia si tratta pur sempre di una re-azione, e non di un'azione, assimilabile a quella pubblica)²⁷.

Sotto questo profilo il problema che si pone è quello dell'efficacia del rimedio, vale a dire della sua idoneità a perseguire, per via giudiziaria, i medesimi risultati che si sarebbero dovuti fisiologicamente ed ordinariamente raggiungere mediante l'adempimento spontaneo da parte degli Stati degli obblighi gravanti su

²⁶ M. Delsignore, *Il giudice europeo e il risarcimento del danno per inquinamento dell'aria*, cit., 621.

²⁷ Prospettiva ulteriormente diversa è poi quella della responsabilità gravante sugli amministratori di società secondo il diritto europeo: in argomento, S. Bruno, M. Manna, *Rischio climatico e responsabilità degli amministratori: il caso ClientEarth vs. Shell*, *High Court of Justice* 12 maggio 2023, in *Foro It.*, 2024, 1, IV, 45 ss.

di essi: efficacia da valutarsi nella prospettiva dell'effettività dell'attuazione (coattiva) delle norme del diritto dell'U.E.²⁸

4. *La giurisprudenza italiana*

In una prospettiva di antropologia giuridica, l'efficacia dei rimedi va parametrata al costume sociale (e politico-amministrativo, nel caso di specie).

Se in Francia il deterrente delle conseguenze economiche dell'inadempimento si è fin qui rivelato in certa misura efficace, per la concretezza dello sforzo governativo nell'eseguire la sentenza che ne certificava l'inadempimento, non si può dire che esso lo sia anche in altre realtà nazionali, nelle quali si potrebbe accordare preferenza al depauperamento patrimoniale pubblico conseguente alle procedure d'infrazione e ai giudizi davanti ai giudici nazionali, operando in sostanza una fiscalizzazione dei costi della violazione delle direttive a tutela dell'ambiente, pur di non adottare misure risolutive, che potrebbero scontare il rischio della impopolarità²⁹.

La giurisprudenza italiana ha avuto recentemente modo di precisare – in relazione a molteplici istituti del diritto processuale amministrativo – quali siano le forme rimediali che nel nostro ordinamento processuale sono concesse al singolo (o alle associazioni di tutela ambientale) di fronte all'inerzia dell'amministrazione che rifiuti di adottare misure efficaci per il perseguimento degli obiettivi normativamente stabiliti, o che ometta di dare accesso alle informazioni in materia ambientale.³⁰

²⁸ Il che ridimensiona, com'è noto, il principio di autonomia processuale degli Stati membri: fra i principali contributi in argomento, R. Caranta, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario: studio sull'influsso dell'integrazione giuridica europea sulla tutela giurisdizionale dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione*, Jovene, 1992; Id., *La tutela giurisdizionale (italiana, sotto l'influenza comunitaria)*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti, e G. Greco, II ed., Milano, 2007, tomo II, 1031 ss.; D. de Pretis, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, a cura di G. Falcon, Padova, 2005, 303 ss.; M. Eliantonio, *Europeanisation of Administrative Justice? The influence of the ECJ's Case Law in Italy, Germany and England*, Amsterdam, 2009; D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009; G. Morbidelli, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001; A. Travi, *Verso una convergenza di modelli di processo amministrativo?*, in *Forme e strumenti di tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, a cura di G. Falcon, Padova, 2010, 7 ss.

²⁹ Per quanto riguarda l'Italia, secondo la fonte governativa al 24 luglio 2024 risultano attualmente pendenti 22 procedure d'infrazione in materia di violazione di norme sulla tutela dell'ambiente: <https://www.affarieuropei.gov.it/attivita/procedure-dinfrazione/stato-delle-infrazioni/25-lug-2024/>: si tratta peraltro – secondo la stessa fonte – di un trend in costante crescita in relazione alle precedenti rilevazioni (15 al 20 dicembre 2023, 17 al 25 gennaio 2024, 18 al 7 febbraio 2024, 18 al 13 marzo 2024, 18 al 24 aprile 2024, 19 al 23 maggio 2024).

³⁰ Per un quadro generale si rinvia a G. Tulumello, *Il diritto dell'UE e la disciplina del processo amministrativo: l'accesso alla giustizia e l'estensione del sindacato di legittimità degli atti amministrativi nella materia della*

4.1. *Il problema dell'accesso*

Proprio con riferimento a quest'ultimo profilo, la sentenza n. 6611/2023 della VII Sezione del Consiglio di Stato ha chiarito che la nozione di informazione ambientale accessibile, di cui all'art. 2, comma 1, del d.lgs. 19 agosto 2005, n. 195, anche per effetto della Convenzione di Aarhus³¹, configura un diritto dal contenuto «il più ampio possibile, per la speciale rilevanza del bene giuridico in questione e il diretto impatto che le scelte ambientali rivestono sulla vita della Comunità, anche in termini di coinvolgimento e partecipazione al momento decisionale. Tale speciale rilevanza è confermata, secondo questo Collegio, dal regime giuridico differenziato e senz'altro meno limitativo che connota l'accesso alle informazioni ambientali rispetto alle tradizionali forme riconducibili alle norme sul procedimento amministrativo»³².

La Convenzione di Aarhus, del resto, in materia di accesso (non alle informazioni, ma) alla giustizia, pur se priva di effetto diretto vincola il giudice nazionale all'interpretazione conforme e – ove questa non sia possibile – alla disapplicazione di norme processuali interne che limitino la legittimazione all'impugnazione di provvedimenti amministrativi i cui effetti siano suscettibili di incidere sugli obiettivi di protezione ambientale normativamente stabiliti (Corte di Giustizia dell'UE, Grande Sezione, sentenza 8 novembre 2022, in causa C-873/19: ove anche l'importante precisazione secondo la quale i «criteri [...] previsti dal diritto nazionale», ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 3, della Convenzione di Aarhus [...] vertono sulla determinazione della cerchia dei titolari di un diritto di ricorso, e non su quella dell'oggetto del ricorso, sempreché quest'ultimo riguardi la violazione di disposizioni del diritto ambientale nazionale. Ne consegue che gli Stati membri non possono ridurre l'ambito di applicazione *ratione materiae* di detto articolo 9, paragrafo 3, escludendo dall'oggetto del ricorso talune categorie di disposizioni del diritto ambientale nazionale»).

tutela ambientale, cit.; ove, tra l'altro, il rilievo per cui «la connessione fra strumenti rimediali di natura processuale e obiettivi di natura sostanziale posti dal diritto comunitario, che ha portato alla teorizzazione di una stagione ormai molto evoluta del principio di autonomia processuale degli Stati membri, ha trovato e trova nel settore della giustizia amministrativa un terreno naturalmente predisposto a valorizzare tale correlazione».

³¹ Sulla quale, tra gli altri, A. Tanzi, E. Fasoli, L. Iapichino, *La Convenzione di Aarhus e l'accesso alla giustizia in materia ambientale*, Padova, 2011; e N. De Dominicis, *L'accesso alla giustizia in materia ambientale. Profili di diritto europeo*, Padova, 2016.

³² In dottrina, in argomento, si veda l'ampia ed approfondita indagine di M. Lipari, *L'accesso alle informazioni ambientali e la nuova trasparenza amministrativa*, in *Federalismi.it*, 5 giugno 2023. Sui profili generali del diritto di accesso, M. Sinisi, *I diritti di accesso e la discrezionalità amministrativa*, Bari, 2020.

4.2. *Il silenzio-inadempimento*

Per quanto riguarda invece l'azione contro l'inerzia, va richiamata una recente vicenda che aveva visto il giudice amministrativo adito perché fosse dichiarata l'illegittimità del silenzio serbato dalla Regione Lazio sull'istanza-diffida di provvedere avente ad oggetto l'esercizio dei poteri sostitutivi previsti dall'art. 152 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, in relazione alla tutela delle acque del Lago di Vico, destinate al consumo umano e interessate da un documentato deterioramento.

Il T.A.R. del Lazio, con la sentenza n. 1927 del 2023, ha rigettato il ricorso, ritenendo sufficiente, nel senso dell'infondatezza della pretesa, il rilievo dell'avvenuta emanazione di una nota con cui la Regione «ha dato atto di aver provveduto alla nomina di un commissario ad acta e al trasferimento della gestione del servizio idrico in questione»; a seguito dell'adozione di tale nota, secondo la sentenza, «non ricorre più la fattispecie processuale del silenzio amministrativo».

In sede di appello il Consiglio di Stato, IV Sez., con sentenza n. 8897 del 12 ottobre 2023, ha invece accolto il ricorso, con un'argomentazione che mostra consapevolezza del ruolo e dei confini del sindacato giurisdizionale in materia, al di là della dimensione puramente formale della fattispecie: «I provvedimenti e le azioni intraprese dalla Regione, al di là degli obiettivi programmatici, oggetto di richiamo nella nota regionale di risposta del luglio 2022, non appaiono, in concreto, esaustivi rispetto agli specifici obblighi di provvedere imposti (a partire dalla Direttiva acque potabili) anche all'Amministrazione regionale in ossequio alle finalità ed esigenze di tutela delle acque ad uso umano, come descritti anche nell'atto di diffida, restando nondimeno integre le valutazioni tecnico-discrezionali spettanti alla Regione in sede di azione sostitutiva degli altri Enti e organi competenti»³³.

Analoga vicenda giurisdizionale si rinviene nella dialettica fra la sentenza del T.A.R. del Lazio n. 1925/2023, e la sua riforma ad opera della sentenza del Consiglio di Stato n. 3945/2024.

La prima, in particolare, esclude che si sia in presenza di un fenomeno di inerzia dell'amministrazione: «Tenuto conto che dalla lettura della nota di risposta dell'ente regionale prot. n. 692791, del 13 luglio 2022, si evince invero che la Regione Lazio ha compiuto delle attività e delle valutazioni con riferimento al pun-

³³ La sentenza peraltro precisa che «Le delibere regionali, oltre al declassamento delle acque, hanno previsto la necessaria adozione di una serie di misure per garantire la tutela della risorsa idrica dai fenomeni massivi di proliferazione algale atti ad evitare il definitivo deterioramento delle acque (v. D.G.R. n. 43/2013, § 6, lett. a), b), c) e d); D.G.R. n. 276/2020, § 11, lett. a), b), c) e d). Tali misure non sono state attuate, ragion per cui in data 15 giugno 2022 le odierne ricorrenti hanno presentato distinte istanze-diffide di provvedere ai sensi dell'art. 2 della l. n. 241/90 per domandare agli Enti competenti l'adempimento dei predetti obblighi. (...) Nel caso di specie, del resto, l'istanza – diffida presentata dalle Associazioni appellanti non era volta ad imporre alla Regione una specifica modalità di esercizio del potere sostitutivo quanto a stimolarne l'iniziativa, al fine di assicurare l'avvio della messa in atto delle azioni preventive e correttive per contrastare il fenomeno della proliferazione delle alghe nel lago di Vico».

to specifico del degrado degli habitat naturali presenti nel SIC/ZSC IT6010024, con la conseguenza, quindi, che sul punto l'amministrazione resistente non risulta silente, né l'atto in questione può qualificarsi come soprassessori».

Il giudice d'appello, ancora una volta, mostra invece di cogliere la portata degli obblighi discendenti dalla Direttiva Habitat, e la tutela giurisdizionale contro il silenzio-inadempimento (riferito al mancato assolvimento di tali obblighi), in un'ottica sostanziale e "di risultato": «Questo Consiglio di Stato ritiene, dunque, che nel caso di specie sia accertata l'esistenza di uno stato di "degrado" in un Sito di Interesse Comunitario/Zona Speciale di Conservazione, che impone uno specifico obbligo di provvedere anche ai sensi del paragrafo 6.2 della Direttiva Habitat, con l'adozione di autonome e ulteriori "opportune misure". A tale obbligo, l'amministrazione intimata non ha dimostrato di avere adempiuto. Da ciò consegue la fondatezza, nell'*an*, dell'originario ricorso avverso il silenzio inadempimento *ex art. 117 c.p.a.*».

La sentenza 3954/2024 è, sotto questo profilo, particolarmente interessante, perché afferma chiaramente che le "opportune misure" di cui al paragrafo 6.2 della Direttiva vanno individuate dall'amministrazione certamente con ampia discrezionalità, ma devono essere "effettive" (esattamente come nella giurisprudenza *Janecek* della Corte di Giustizia): esse, nella logica della Direttiva, devono quindi perseguire (ed anzi raggiungere) un "risultato", perché l'obbligo normativo è quello di arrestare il degrado delle zone SIC/ZSC.

Inoltre, tale pronuncia in più punti della motivazione (10.4., 11.4, 11.5.) insiste, coerentemente, sul fatto che la struttura della norma implica la «verifica *ex post*» dell'efficacia delle misure (discrezionali) adottate in assolvimento dell'obbligo di cui si discute, «in termini di effettiva riduzione dei fenomeni indicatori del degrado (ad es., la temperatura o il tasso di eutrofizzazione)».

Il che apre ulteriori scenari di tutela, in sede di giudizio di ottemperanza, ove le misure adottate dall'amministrazione risultino inefficaci (tanto più che la verifica è resa estremamente agevole dal fatto di inerire a possibili indicatori quantitativi).

4.3. *Il giudizio di ottemperanza*

Nell'ottica «della dottrina del risultato coerente con un canone di effettività della tutela»³⁴, il sistema italiano di giustizia amministrativa offre poi un rimedio suscettibile di affinare ed ottimizzare la tutela senza per ciò violare il principio di

³⁴ G. Tulumello, *L'effettività della tutela dei diritti fondamentali dei disabili nello Stato sociale, fra vincoli di bilancio e amministrazione di risultato*, cit.

separazione dei poteri, vale a dire il giudizio di ottemperanza (e le misure esecutive da esso previste)³⁵.

Nell'alternativa fra le soluzioni estreme (la mera sanzione economica, ovvero la pena detentiva per l'agente inerte) oggetto della richiamata giurisprudenza della Corte di Giustizia, probabilmente la misura più efficiente – e più equilibrata – è quella che il sistema italiano di giustizia amministrativa conosce a proposito della mancata esecuzione delle sentenze del giudice: anche delle sentenze rese su ricorso avverso il silenzio³⁶.

4.4. *Il riparto di giurisdizione*

È particolarmente evidente, dall'analisi sia delle premesse teoriche che delle applicazioni giurisprudenziali relative al diritto europeo dell'ambiente, che gli strumenti di tutela volti a contrastare il cambiamento climatico attengono al sindacato sull'adempimento degli obblighi che le direttive pongono a carico degli Stati membri: si tratta di un sindacato di legittimità sull'esercizio dei relativi poteri, tanto che i rimedi, come osservato, mirano proprio a garantire l'effettività di tale esercizio.

Questo dato trova recente conferma, ove mai ce ne fosse bisogno, nella sentenza del Tribunale di Roma, II sez. civile, n. 3552 del 26 febbraio 2024, che ha dichiarato inammissibili «per difetto assoluto di giurisdizione del Tribunale adito» le domande proposte per il risarcimento in forma specifica del danno derivante dal mancato rispetto, da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, dell'obbligo gravante sullo Stato italiano in relazione all'«abbattimento, entro il 2030, delle emissioni nazionali artificiali di CO₂-eq nella misura del 92% rispetto ai livelli del 1990».

Il meccanismo rimediale azionato è, strutturalmente, identico a quello descritto con riguardo alle vicende che si sono esaminate: i ricorrenti lamentavano un inadempimento delle direttive in materia di qualità dell'aria e chiedevano condannarsi lo Stato italiano al risarcimento in forma specifica (*ex art. 2058 cod. civ.*) del danno così cagionato.

La scelta del giudice non ha però tenuto conto del fatto che l'illecito lamentato si fosse sostanziato nella mancata attivazione, doverosa, dei relativi poteri: e,

³⁵ Per un utilizzo del giudizio di ottemperanza coerente all'esigenza di effettività della tutela e garante – oltre che del principio di separazione dei poteri – della “pratica” del diritto amministrativo, CGARS, Sez. giur., 18 giugno 2018, n. 356.

³⁶ *Ex multis*, Cons. Stato, V, ord. n. 2413/2020. Sul regime degli atti adottati dal commissario *ad acta* nominato dal giudice ai sensi dell'art. 117, comma 3, c.p.a. all'esito del giudizio proposto avverso il suo silenzio, Cons. Stato, Ad. Plen., 25 maggio 2021, n. 8, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 1, 156 ss., con nota di T. Tornielli, *La figura del commissario ad acta e la garanzia di effettività della tutela tra rito contro il silenzio e giudizio di ottemperanza*. Il rito del silenzio non preclude neppure la tutela cautelare: su tale questione, proprio in materia di tutela cautelare di interessi ambientali avverso il silenzio-rifiuto della pubblica amministrazione, si veda da ultimo CGARS, ord. 10 novembre 2023, n. 365.

soprattutto, che il rimedio più efficace (anche quanto a presupposti) non fosse quello *ex art.* 2058 cod. civ., ma piuttosto il giudizio di ottemperanza, venendo in rilievo il necessario esercizio di poteri pubblici.

Tanto che in sede di commento a tale pronuncia opportunamente è stato sottolineato «il richiamo finale nella sentenza al giudice amministrativo e alla sua sfera di cognizione sul potere»; tanto più «a fronte della ritenuta inadeguatezza del diritto soggettivo a dar conto di determinate dimensioni di doverosità e responsabilità, sull'onda lunga della categoria, di sempre maggiore dignità teorica, dell'interesse legittimo fondamentale, e della centralità del giudice amministrativo non solo al fine di rendere giustizia al privato, ma sempre più anche come arbitro del dialogo e del confronto tra le amministrazioni e del conflitto di attribuzioni fra enti»³⁷.

La previsione, conseguente, è nel senso che «Probabilmente anche i *climate change litigation* attecchiranno presso il giudice amministrativo, specie dopo la sentenza in commento, e magari con più fortuna»³⁸.

5. *L'attuale conformazione normativa dell'interesse ambientale, la discrezionalità amministrativa e le forme di tutela*

Nel diritto amministrativo generale la dottrina del risultato sta vivendo una stagione che, affrancandosi da una prima fase di mera enunciazione del principio, individua precisi strumenti normativi e conseguenti scenari di tutela, nella direzione di un «diritto amministrativo praticato»³⁹.

³⁷ G. Tropea, *Il cigno verde e la separazione dei poteri (nota a sentenza Tribunale civile di Roma, causa n. 39415 del 2021)*, in *giustiziansieme.it*; sulla stessa sentenza si veda altresì M. Magri, *Diritto al clima: negato o riconosciuto?*, in *diariodidirittopubblico.it*, 1° luglio 2014.

³⁸ G. Tropea, *Il cigno verde e la separazione dei poteri*, cit.

³⁹ In argomento si rinvia, per brevità, a G. Tulumello, *Affidamento, buona fede, e fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie, e la disciplina dei rimedi (verso un "diritto amministrativo praticato")*, in *giustizia-amministrativa.it.*, ottobre 2023, in specie § 3. In materia di diritto ambientale, e di giustizia climatica in particolare, questa prospettiva di riflessione è particolarmente rilevante, perché – come già affermato in passato: G. Tulumello, *Il diritto dell'UE e la disciplina del processo amministrativo: l'accesso alla giustizia e l'estensione del sindacato di legittimità degli atti amministrativi nella materia della tutela ambientale*, cit. – il c.d. *enforcement* del comune quadro normativo europeo condiziona il reale contenuto della tutela nei diversi contesti. G. Corso, M. De Benedetto e N. Rangone, *Diritto amministrativo effettivo, Una introduzione*, Bologna, 2022, definiscono del resto il tema dell'effettività la «pietra d'inciampo» del diritto amministrativo contemporaneo (154). Si veda in argomento anche il recente studio del *Conseil d'État* francese «*L'usager, du premier au dernier kilomètre: un enjeu d'efficacité de l'action publique et une exigence démocratique*», Paris, 2023. Nella giurisprudenza italiana, per una ipotesi di illegittimità dell'atto amministrativo consistente nella «divaricazione, sul piano dell'effettività, fra tutela astrattamente prevista e misure realmente praticate», Cons. Stato, III, 6 dicembre 2023 n. 10570.

Il diritto dell'ambiente, e in particolare la c.d. giustizia climatica, sono stati da questo punto di vista – come fin qui osservato – un «“diritto precursore” o “diritto sonda” delle evoluzioni dell'ordinamento giuridico generale»⁴⁰.

Una delle ragioni risiede nel fatto che, come ricordato, l'approccio delle direttive sulla qualità dell'aria (ma in generale quelle aventi ad oggetto settori della tutela ambientale) è nel senso di imporre agli Stati membri degli obblighi di risultato.

Il terreno di verifica della legittimità dell'azione amministrativa diviene dunque, secondo quanto fin qui ricostruito, quello della effettività delle misure di tutela ambientale.

Non è senza significato che la Corte costituzionale, nella recente sentenza n. 105 del 2024, che ha fatto il punto sul significato della riforma costituzionale del 2022, abbia specificato che il nuovo parametro costituzionale non ha solo rilievo “in negativo”, ma «vincola così, esplicitamente, tutte le pubbliche autorità ad attivarsi in vista della sua efficace difesa»: il riferimento, espresso, alla categoria dell'efficacia – quale criterio di verifica della conformità dell'azione delle “pubbliche autorità” alla norma costituzionale – rappresenta una significativa ed autorevole conferma del perfetto allineamento della prospettiva costituzionale italiana a quella del diritto dell'U.E..

Il c.d. *public enforcement* (spontaneo) attiene alla *pratica*, da parte delle amministrazioni nazionali, del diritto amministrativo predicato dalle direttive in materia, alla sua traduzione in misure (doverose, ed efficaci) concrete: mentre le misure giurisdizionali volte al superamento coattivo della mancanza di pratica attengono alla più ampia nozione di *effettività* del relativo disegno normativo e delle tutele ad esso connesse, suscettibili anche di supplire ad un livello inadeguato di attuazione spontanea da parte di tutti i soggetti coinvolti⁴¹; ovvero, secondo una diversa terminologia, alla nozione di *effettività secondaria*⁴².

⁴⁰ E. Guarna Assanti, *Il ruolo innovativo del contenzioso climatico tra legittimazione ad agire e separazione dei poteri dello Stato. Riflessioni a partire dal caso Urgenda*, cit., 77. Per un'analisi del contenzioso climatico anche nella prospettiva della politica del diritto, S. Valaguzza, *Liti strategiche: il contenzioso climatico salverà il pianeta?*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 2, 293 ss.

⁴¹ Osserva C. Volpe, *Protezione, garanzie e tutele in una società fluida, globalizzata e multilivello. Principi, diritti e interessi fondamentali*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ottobre 2023, che «Le posizioni giuridiche soggettive sottostanti ai diritti fondamentali hanno modo di esprimersi nella loro pienezza soltanto se ne viene garantita l'effettiva attuazione. E non solo attraverso la giurisdizione in generale e quella amministrativa in particolare, ma soprattutto da parte della società, attraverso l'ordinamento giuridico, il quale deve essere in grado di apprestare un sistema che consenta effettività ed efficacia alla soddisfazione dei diritti fondamentali. In attuazione di norme e principi costituzionali e del diritto europeo».

⁴² A. Zito, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021, 77: «Il diritto è effettivo dunque se è in grado di raggiungere sul terreno fattuale il risultato cui la regolazione giuridica è finalizzata, ossia l'effettiva corrispondenza dei comportamenti umani a quelli normativamente ‘regolati’. Si tratta di quella che è stata definita l'effettività primaria perché accanto ad essa esiste anche un'effettività secondaria da intendere come l'applicazione demandata agli organi competenti di irrogare la sanzione in caso di violazione della norma».

Il dato caratterizzante tale sistema normativo è la presa d'atto – da parte delle direttive europee relative alla lotta al cambiamento climatico – di una gerarchizzazione ontologica degl'interessi: perché, per dirla con Berlin, «le teorie non nascono nel vuoto»⁴³.

Essa implica che gli Stati devono comunque raggiungere – in chiave di effettività, e non come mero sforzo tendenziale – determinati risultati indicati dalle stesse direttive: in difetto, i singoli possono agire perché in sede giurisdizionale (nazionale) si impongano misure tali da annullare azioni illegittime (perché insufficienti), ovvero tali da superare l'inerzia.

Il modello delineato è del resto ormai irreversibile dopo la recente crisi pandemica, come opportunamente posto in risalto in dottrina⁴⁴.

Una simile presa d'atto, normativamente imposta da fonti comunitarie, implica evidentemente, come pure si è accennato, una inevitabile riflessione sulla discrezionalità amministrativa (con riguardo a scelte involgenti conseguenze sul terreno in esame)⁴⁵, come pure un corrispondente e necessario affinamento degli strumenti di tutela giurisdizionale offerti dal diritto interno, che superino

⁴³ Berlin, *Il riccio e la volpe*, ne *Il riccio e la volpe e altri saggi*, Milano, 1986, 115. Come si è già avuto modo di affermare (G. Tulumello, *Il diritto dell'UE e la disciplina del processo amministrativo: l'accesso alla giustizia e l'estensione del sindacato di legittimità degli atti amministrativi nella materia della tutela ambientale*, cit.), «Ciò che infatti sul piano logico e teorico connota il diritto ambientale, e che nella prospettiva del diritto comunitario differenzia la disciplina del relativo interesse nel senso di attribuire a questo – pur in un sistema fortemente pluralista – un primato logico, è la funzione di gestione (preventiva) del rischio, che impone la fissazione di una soglia di tutela non mobile, ma tendenzialmente fissa e non negoziabile (a scapito degli interessi confliggenti)». In argomento G. Corso, *La valutazione del rischio ambientale*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. Rossi, Torino, 2008, 162: «Costi quel che costi, il diritto alla salute deve essere soddisfatto. Lo stesso dicasi per il diritto all'ambiente. Quale sia la posizione dei beni che formano il contenuto dei due diritti nella costellazione dei beni e degli interessi pubblici lo comprova la normativa italiana sul procedimento amministrativo: nella quale istituti come il silenzio-assenso, o la conferenza di servizi non trovano applicazione o sono sottoposti a differenti regole decisionali quando il dissenso rispetto alla maggioranza viene espresso da una amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico artistico o alla tutela della salute. Questa normativa ha per presupposto una gerarchia di valori o di interessi nella quale ambiente e salute stanno in cima. Da qui la loro incommensurabilità con altri valori o interessi: da qui il rifiuto di sottoporre le misure di tutela dell'ambiente o della salute ad una valutazione in termini di costi».

⁴⁴ F. de Leonardis, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. Amm.*, 2021, 4, 809: «La pandemia potrebbe essere considerata come la goccia che ha fatto traboccare il vaso: ha messo di fronte ciascuno di noi al concetto di "limite", ci ha fatto superare la *hybris*, la superbia intellettuale con la quale l'uomo pensava di poter dominare il mondo. [...] La pandemia ha accelerato un processo di transizione che era già in corso anche con riferimento all'insieme delle istituzioni che si collocano ai vari livelli ordinamentali (e a cascata, anche in relazione ai poteri che nel nostro ordinamento nazionale sono oggi chiamati ad affrontare tale sfida: siamo adesso nel momento più difficile quello dell'attuazione, dell'esecuzione e in esso, come si è visto, le amministrazioni giocheranno un ruolo fondamentale».

⁴⁵ Con riguardo all'elaborazione di un modello di discrezionalità della pubblica amministrazione che consenta un controllo più penetrante delle relative scelte, A. Zito, *La scelta discrezionale della P.A. tra principio di esauribilità del potere e controllo effettivo del suo esercizio: per una ridefinizione del concetto di discrezionalità*, in *Dir. amm.*, 2023, 1, 29 ss.

una prospettiva di sindacato puramente formale per risultare conformi al diritto sostanziale dell'UE secondo i noti parametri dell'effettività e dell'equivalenza⁴⁶.

Peraltro, il sistema italiano di giustizia amministrativa, ad una attenta lettura, si mostra compatibile con una simile prospettiva rimediale, anche prima delle (e indipendentemente dalle) esigenze di adattamento poste dalle fonti del diritto europeo dell'ambiente: si pensi all'«ampliamento della nozione di legittimità come presupposto per un sindacato pieno» già predicata da autorevole dottrina⁴⁷.

È pertanto ormai innegabile, nell'ambito della disciplina dell'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione, la collocazione dell'interesse ambientale – alle condizioni e nei casi previsti dalle disposizioni in materia di qualità dell'aria e delle acque – in posizione gerarchicamente prioritaria rispetto ad altri interessi con esso potenzialmente antagonisti.

5.1. *La dialettica fra ambiente e paesaggio*

Si, pensi, per rimanere nell'ambito delle forme di tutela del territorio, alla dialettica fra paesaggio e ambiente: che in passato, specie in materia di localizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, ha portato alcune amministrazioni a ritenere recessive le esigenze di tutela ambientale rispetto a quelle – spesso neppure rilevate in funzione di un reale rilievo estetico-culturale – di mera conservazione della forma del territorio⁴⁸.

Gli evidenti limiti di una simile concezione della tutela del paesaggio e dei beni culturali, non adeguatamente consapevole del quadro d'insieme delle tutele, sono stati posti in evidenza in giurisprudenza laddove si è affermato che «L'interesse pubblico alla tutela del patrimonio culturale non ha, nel caso concreto, il peso e l'urgenza per sacrificare interamente l'interesse ambientale indifferibile della transizione ecologica, la quale comporta la trasformazione del sistema produttivo in

⁴⁶ In questo senso anche C. Feliziani, *Dall'accesso alla giustizia in materia ambientale alla giustizia ambientale*, in *Ord. Internaz. e dir. umani*, 2023, 3, 597 ss.

⁴⁷ P. Chirulli, *Il mobile confine tra legittimità e merito: rileggendo Eugenio Cannada-Bartoli*, in *giustizia-insieme.it*, 25 ottobre 2023, ove, tra l'altro, a conclusione di un'articolata riflessione, l'affermazione di «nozione evidentemente molto ampia di legittimità, e conseguentemente una concezione molto evoluta del controllo giurisdizionale». In argomento M. Trimarchi, *Appunti sulla legittimità in diritto amministrativo: origine, evoluzione e prospettive del concetto*, in *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, a cura di A. Carbone ed E. Zampetti, Napoli, 2018, 319 ss.

⁴⁸ Su questa vicenda sia consentito il rinvio a G. Tulumello, *L'energia eolica: problemi e prospettive – L'esperienza italiana*, in *giustamm.it*, 2007, 10. Fra i contributi recenti, anche per una ricognizione del panorama giurisprudenziale, D. Bevilacqua, *La dialettica tra la promozione delle energie rinnovabili e la tutela di altri beni ambientali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, 1, 125 ss.

un modello più sostenibile che renda meno dannosi per l'ambiente la produzione di energia, la produzione industriale e, in generale, lo stile di vita delle persone»⁴⁹.

5.2. *Il nuovo testo dell'art. 9 della Costituzione*

Tale dialettica, che già in origine evidentemente scontava una non adeguata considerazione del ruolo «dell'intervento dell'uomo quale fattore del divenire del paesaggio»⁵⁰, è ormai definitivamente superata, come rilevato da autorevole dottrina, dalla recente riforma dell'art. 9 della Costituzione, che «nella formulazione risultante dalle modifiche approvate con la legge costituzionale n. 1/2022 viene a configurarsi come una norma in cui finalmente vengono messi assieme, sotto un unico cappello, beni e valori solo apparentemente differenti e distanti come la cultura, la ricerca scientifica, il paesaggio e, appunto, l'ambiente»⁵¹.

Opportunamente questa analisi fa rilevare che il bilanciamento giurisprudenziale fra le esigenze di tutela del paesaggio e quelle della tutela dell'ambiente dopo la riforma costituzionale comporterà inevitabilmente che «la tutela dell'ambiente venga intesa come “espansiva della vita” ossia in quell'accezione complessa,

⁴⁹ Cons. Stato, VI, n. 10624/2022, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 5, 657 ss., con nota di A. Pirri Valentini, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale nella tutela del paesaggio*. La sentenza citata, che opportunamente valorizza la transizione ecologica come “interesse indifferibile” (in argomento F. de Leonardis, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, cit.), osserva ulteriormente che «La posizione “totalizzante” così espressa dall'Amministrazione dei beni culturali si pone in contrasto con l'indirizzo politico europeo (Direttiva CEE n. 2001/77) e nazionale (D.Lgs. 29 dicembre 2003, n. 387) che riconosce agli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili importanza fondamentale, dichiarandoli opere di pubblico interesse proprio ai fini di tutela dell'ambiente: l'art. 12, comma 7, del D.Lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, in particolare, sancisce la compatibilità degli impianti eolici con le zone agricole, stabilendo che nella loro ubicazione si deve tenere conto “delle disposizioni in materia di sostegno nel settore agricolo, con particolare riferimento alla valorizzazione delle tradizioni agroalimentari locali, alla tutela della biodiversità, così come del patrimonio culturale e del paesaggio rurale ...”». Nello stesso senso Cons. Stato, VI, n. 8167/2022, in *Urb. app.*, 2023, 3, 346 ss., con nota di C. Vivani, *Ambiente, clima e patrimonio culturale: un approccio giurisprudenziale innovativo*. Su tale sentenza si vedano altresì F. Pellizzer e E. Caruso, *Tutela della cultura e transizione ecologica nel vincolo culturale indiretto: un binomio (solo) occasionale. Alcune riflessioni a margine di Cons. Stato, sez. VI, n. 8167/2022*, in *www.aedon.it*, 2023, 2.

⁵⁰ G. Torregrossa, C. Varrone, *L'evoluzione del concetto di amministrazione per la tutela dei beni culturali*, in *Anastilosi. L'antico, il restauro, la città*, Roma-Bari, 1986, 152. Nel senso del rifiuto di «una concezione ampia e “olistica” del “paesaggio”, che arrivi «ad affermare – in maniera emblematica – che questa ormai ingloberebbe anche la nozione di “ambiente”», Cons. Stato, IV, 28 gennaio 2022, n. 624; tale decisione esplicitamente rimarca che «come affermato da parte della dottrina, resta netta la distinzione tra paesaggio e ambiente, implicando – il primo – la percezione (per lo più qualitativa) e l'interpretazione da un punto di vista soggettivo e – il secondo – prevalentemente l'apprezzamento delle quantità fisico-chimiche e dei loro effetti biologici sull'ecosistema da un punto di vista oggettivo (approccio, quest'ultimo, implicito nella nozione – centrale nella legislazione ambientale – di inquinamento, cfr. art. 5, lett. i-ter) d.lgs. n. 152 del 2006».

⁵¹ F. de Leonardis, *La riforma “bilancio” dell'art. 9 Cost. e la riforma “programma” dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *ApertaContrada*, 28 febbraio 2022. Tale impostazione, come ricordato sopra, è ora accolta dalla sentenza n. 105/2024 della Corte costituzionale.

articolata e variegata e come tale graduabile e bilanciabile che si è affermata sinora nella giurisprudenza non solo costituzionale; diverso è invece il caso in cui ci si riferisca alla tutela dell'ambiente come tutela delle condizioni di sopravvivenza della vita dell'uomo del Pianeta, secondo la teoria dei Planetary Boundaries, in questo caso, infatti, dovrebbe assumere sicuramente una primazia in quanto precondizione non solo della tutela del paesaggio ma di ogni altro tipo di tutela»⁵².

Ancor più esplicitamente – e altrettanto condivisibilmente – si è affermato che «non sembrano sussistere dubbi circa il fatto che un criterio generale di azione, vincolante in sede di adozione di scelte amministrative che possano incidere sull'ambiente e improntato alla sua tutela, sia suscettibile di essere inferito direttamente dalla Costituzione e non solo dalla disciplina legislativa. [...] l'art. 9, gerarchizzando il valore ambientale, costituisca un freno alla libertà del legislatore (ma pure della giurisprudenza costituzionale e all'amministrazione) di ordinare gli interessi»⁵³.

Il nuovo art. 9 della Costituzione, pertanto, «se coraggiosamente interpretato (e nel lungo periodo) può fornire solido supporto normativo alla profondità intergenerazionale di decisioni responsabili (che vanno assunte “anche nell'interesse delle future generazioni”, dimostrando che non tutti i valori sono equiordinati e raccomandando la virtù della sostenibilità e, quindi, dell'equità intergenerazionale verso i più deboli»⁵⁴.

5.3. *La recente Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva (UE) 2018/2001 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili*

Se il quadro costituzionale è dunque ormai esplicito in tal senso, anche il diritto comunitario si avvia – nella materia in esame – a scelte normative ancor più nette (per scarsa fiducia nel “coraggio” delle scelte nazionali?)⁵⁵.

L'art. 16-*quinquies* della Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva (UE) 2018/2001 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, la direttiva 2010/31/UE sulla prestazione ener-

⁵² F. de Leonardis, *La riforma “bilancio” dell'art. 9 Cost.*, cit.

⁵³ F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in “negativo”*, in *Dir. econ.*, 2022, 1, 15 ss.

⁵⁴ F. Fracchia, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d'insieme*, in *Dir. econ.*, 2023, 2, 247 ss.

⁵⁵ Si tratta, peraltro, di scelte non meramente settoriali, ma di sistema, tali da incidere sulla ricostruzione del rapporto fra cittadino e pubblica amministrazione; in argomento G. Corso, *Cittadino e pubblica amministrazione. Che cosa è cambiato nel loro rapporto*, in *Dir. Amm.*, 2024, 2, 321: «Basti pensare alla corposa legislazione ambientale e, oggi, al complesso di misure volte a promuovere e sorreggere la transizione ecologica: che cercano di ridurre i rischi e di arginare i disastri ambientali che colpirebbero in assenza di quelle misure».

getica nell'edilizia e la direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, stabilisce che «Entro [tre mesi dall'entrata in vigore], fino al conseguimento della neutralità climatica, gli Stati membri provvedono affinché, nella procedura autorizzativa, la pianificazione, la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, la loro connessione alla rete, la rete stessa e i mezzi di stoccaggio siano considerati d'interesse pubblico prevalente e nell'interesse della salute e sicurezza pubblica nella ponderazione degli interessi giuridici nei singoli casi e ai fini dell'articolo 6, paragrafo 4, e dell'articolo 16, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 92/43/CEE, dell'articolo 4, paragrafo 7, della direttiva 2000/60/CE e dell'articolo 9, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2009/147/CE».

La gerarchizzazione degli interessi, in vista del perseguimento del risultato della neutralità climatica (individuato quale parametro di riferimento), diviene ancora più esplicita.

5.4. *La gerarchia degli interessi come conseguenza di una priorità logica ed ontologica*

Le fonti normative – costituzionale e comunitaria – sovraordinate rispetto a quella legislativa pongono così dei limiti a quest'ultima: ritenuta evidentemente incapace, nell'attuale fase storica, di attuare in modo virtuoso l'insegnamento secondo cui «Il sistema pluralistico [...] per poter funzionare richiede una rigorosa definizione dell'area di rilevanza di ciascun interesse, e ciò comporta l'ovvia infungibile competenza del legislatore, supremo garante della equilibrata composizione degli ineliminabili conflitti che i diversi bisogni della collettività possono provocare»⁵⁶.

Secondo alcune posizioni critiche, talora anche autorevolmente sostenute⁵⁷, l'ambiente si eleverebbe, in tal modo, a una sorta di “diritto-tiranno”.

La questione in alcuni casi rischia di essere puramente lessicale, sulla spinta di dispute “ideologiche”, o comunque di petizioni di principio.

A ben vedere, lo sfavore affermato dalla Corte costituzionale verso la “tirannia dei diritti” (fondamentali) nelle sentenze n. 85/2013 e n. 58/2018 non esclu-

⁵⁶ G. Torregrossa, *Introduzione al diritto urbanistico*, Milano, 1987, 5; ove, peraltro, l'ulteriore precisazione, plasticamente confermata dall'analisi dei formanti, per cui «il grado di rilevanza [...] dei diversi interessi considerati non è determinabile in astratto, né in modo uniforme, ma va riferito alle singole concrete situazioni, ed è suscettibile di mutare nel tempo» (28).

⁵⁷ G. Montedoro, *Il ruolo di Governo e Parlamento nell'elaborazione e nell'attuazione del PNRR*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2021; lo stesso A. si mostra peraltro, a monte, critico nei confronti della nozione di sviluppo sostenibile, e di talune forme di «invadenza del giudiziario in materia ambientale»: Id., *Spunti per la “decostruzione” della nozione di sviluppo sostenibile e per una critica del diritto ambientale*, in *amministrazionein-cammino.luiss.it*, 30 aprile 2009.

de – ma anzi implica – che, in caso di conflitto, i diritti vengano bilanciati in conformità al loro grado di protezione garantito dall'ordinamento.

È la conformazione, a monte, degl'interessi che condiziona tale bilanciamento (a volte in termini molto espliciti, come nella richiamata proposta di Direttiva).

Tale schema logico è del resto chiaramente richiamato dalla stessa Corte costituzionale, ad esempio, nella sentenza n. 275 del 2016: laddove la discrezionalità del legislatore in materia di garanzia del diritto all'istruzione dei disabili è limitata dalla necessità di garantire quel «nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» che le fonti che lo regolano indicano come insopprimibile.

Nessun assolutismo ambientalista, dunque: ma anzi proprio la necessità di rimanere fedeli alla «lezione del positivismo giuridico»⁵⁸ impone di prendere atto di un assetto normativo ormai ineludibile: perché tale assetto, contrariamente alle critiche rivoltegli, è frutto della considerazione di una complessa pluralità di fattori, e non di uno soltanto; non è dunque ispirato ad un «principio ispiratore unico e universale», ma semmai al perseguimento di «molti fini [...] non unificati da un principio morale o estetico»⁵⁹.

La tutela giuridica dell'ambiente, declinata – per evidenti ragioni ontologiche di cui la norma giuridica si è fatta carico: fra le quali quella di contrastare il cambiamento climatico – nella prospettiva dello sviluppo sostenibile e delle relazioni intergenerazionali, per effetto della richiamata evoluzione normativa ha visto dunque confermato sul piano strutturale l'originario carattere «convenzionale»⁶⁰

⁵⁸ A. Schiavello, *Conoscere il diritto*, Modena, 2023, 65.

⁵⁹ I. Berlin, *Il riccio e la volpe*, cit., 71-72.

⁶⁰ La tesi, formulata da G. Torregrossa, in *Profili della tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1980, 1357 ss. (ove anche un'analisi delle principali tesi in argomento, a partire da quella di M.S. Giannini, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 15 s.) fu espressamente accolta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 239 del 1982. Il rischio era legato al fatto che una malintesa concezione eccessivamente lata di "ambiente" finisse con l'assorbire ogni forma di (concorrente) tutela territoriale. Si trattava, in sostanza di evitare di cadere nel tranello delle "etichette di successo" (su cui si veda M. Delsignore, *La tutela o le tutele pubbliche dell'ambiente? Una risposta negli scritti di Amorth*, in *Dir. amm.*, 2021, 2, 313 ss.), per tentare di ristabilire con rigore del metodo la ricostruzione di nozioni e competenze. A conclusioni sostanzialmente analoghe, anche se con un lessico solo apparentemente diverso, perviene ora, dopo la riforma dell'art. 9 della Costituzione, la Corte costituzionale nella sentenza n. 105/2024, allorché afferma che «La riforma del 2022 consacra direttamente nel testo della Costituzione il mandato di tutela dell'ambiente, inteso come bene unitario, comprensivo delle sue specifiche declinazioni rappresentate dalla tutela della biodiversità e degli ecosistemi, ma riconosciuto in via autonoma rispetto al paesaggio e alla salute umana, per quanto ad essi naturalmente connesso [...]». Il riferimento lessicale alla "unitarietà" del bene-ambiente ha in realtà riguardo non già al significato che a tale attributo si assegnava decenni or sono, in chiave unificante ed assorbente rispetto alle cc.dd. tutele parallele: ma piuttosto nel senso – subito dopo chiarito dalla stessa sentenza – opposto, tendente a valorizzare l'autonomia della nozione rispetto a quelle inerenti la tutela della salute, del paesaggio e di ogni altra forma di tutela incidente sulla medesima porzione di territorio ma in funzione della tutela di interessi diversi. In tal senso, a proposito della sopra richiamata teoria gianniniana, R. Ferrara (*L'ambiente e il suo diritto, nelle riflessioni di Massimo Severo Giannini*, in *Dir. amm.*, 2024, 1, 207 ss.) osserva (218) che «è ancora possibile dubitare del fatto che il bene ambiente possa essere considerato, e dunque concettualmente inquadrato, come un quid unicum, ed essere per-

della nozione, al punto da diventare il perno di «politiche generali», caratterizzate peraltro da uno «statuto minimo derivante dal diritto comunitario»⁶¹.

In altre parole, l'indicazione normativa della primarietà dell'esigenza di contrastare il cambiamento climatico implica inevitabilmente il conflitto con istanze antagoniste: tuttavia, fin dai primi e più avveduti studi sui «profili giuridici della nozione di ambiente», si è insegnato che «La composizione del conflitto fra i vari interessi si ottiene predeterminando il grado di rilevanza delle relative posizioni soggettive e definendo la natura dei poteri che a ciascun soggetto titolare di quel determinato interesse l'ordinamento giuridico assegna»⁶².

D'altra parte, per evitare l'arbitrio del soggettivismo, tale percorso metodologico risponde ad un'esigenza pregiuridica: «Se qualcosa ha valore, e quanto ne ha, se qualcosa è un valore, e in quale misura, lo si può stabilire soltanto in base a un punto di osservazione o punto di vista già posto»⁶³.

È pertanto sulla base di tale consapevolezza, e non di ricostruzioni non autorizzate dal dato normativo, che vanno sciolti i relativi nodi interpretativi⁶⁴.

5.5. *Processi qualificatori e assetto normativo*

Come accennato in premessa, nella dottrina italiana il tentativo di teorizzare le categorie giuridiche della tutela ambientale, pur se in relazione ai nodi posti dalla disciplina dei vari poteri pubblici implicati nella vicenda, è stato originato – nelle forme più consapevoli – dagli studi sugli strumenti e gli istituti del diritto civile⁶⁵.

ciò ricondotto ad una nozione unitaria ed onnicomprensiva, sebbene l'evoluzione dell'ordinamento eurounitario paia spingere (anche) in questa direzione. [...] La tesi dell'ambiente come bene plurale, e soprattutto pluristrutturato, sembra quindi presentare persistenti e perduranti margini di accettabilità e sostenibilità, *rebus sic stantibus*, ed essa mi sembra tanto più suggestiva e convincente, seppure in termini non assoluti, alla luce del diritto positivo. [...] Sicché, anche sotto questo profilo, le riflessioni di M.S. Giannini sembrano aprire scenari sicuramente suggestivi e proporre soluzioni capaci di coniugare i dati di diritto positivo con una lettura generale e sistematica del diritto dell'ambiente che, pur tra luci ed ombre, andava progressivamente uscendo dal porto delle nebbie nel quale era stato sino a quel momento confinato».

⁶¹ F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010, in specie 247 ss.

⁶² G. Torregrossa, *Introduzione al diritto urbanistico*, cit., 16; ove anche (19) il rilievo per cui «la prospettata convergenza di più (confliggenti) interessi verso una determinata 'cosa', non comporta una identità del 'bene' in senso giuridico».

⁶³ C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, trad. it. Milano, 2008, 53.

⁶⁴ Osserva G. Tropea, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, cit., 430, che «è questo l'aspetto a mio avviso più rilevante del principio di effettività della tutela: mettere alla prova la tenuta delle categorie tradizionali e dei "ruoli" dei *doctores*».

⁶⁵ Per tutti, G. Torregrossa, *Profili della tutela dell'ambiente*, cit.

Quasi mezzo secolo dopo si assiste, sul piano dogmatico, ad un fenomeno inverso: gli stessi civilisti affermano che «il rapporto soggetto-ambiente, ove svolto al di fuori di ogni strumentalismo, può diventare addirittura paradigmatico del corretto modo di intendere oggi la giuridicità»; e che il principio dello sviluppo sostenibile «non può essere relegato ad una dimensione esclusivamente pubblica o normativa perché, se correttamente inteso, finisce per diventare criterio di giudizio dello stesso modo di intendere il rapporto tra persona e mercato, facendo prevalere gli interessi personali su quelli esclusivamente patrimoniali»⁶⁶.

Si afferma così, tra l'altro, che «l'interesse ambientale diventa un limite interno allo sviluppo economico e quindi all'attività di impresa e all'autonomia negoziale. Vi è stato chi ha addirittura parlato – con una solo apparente forzatura terminologica – di “contratto ecologico”, pensando ad un contratto in cui l'interesse ambientale penetra e colora la causa del contratto»⁶⁷.

Una simile funzionalizzazione della causa negoziale allo sviluppo sostenibile è del resto praticata in materia di contratti della pubblica amministrazione, a partire dal riconoscimento operato dalla Corte di Giustizia nella sentenza 17 settembre 2002, C-513/99, in causa *Concordia Bus Finland* (e con i limiti ivi stabiliti), a testimoniare la pluralità degli strumenti di cui dispongono le amministrazioni pubbliche per il raggiungimento degli obiettivi in questione⁶⁸: anche se attraverso una disciplina che, diversamente da quanto accadde un ventennio or sono con il richiamato *leading case*, pone un problema di legittimità dei relativi atti non già

⁶⁶ N. Lipari, *Premesse per un diritto civile dell'ambiente*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 2, 209 ss.; ove, tra l'altro, il rilievo per cui «Nel mutato scenario ecologico-istituzionale il diritto, anche quello privato, è chiamato a confrontarsi con nuove occasioni di danno e di pericolo, prima impensabili o sconosciute, cui corrispondono esigenze di tutela meritevoli di protezione da parte dell'ordinamento. Si tratta, in altre parole, di registrare il progressivo acquisto di rilevanza giuridica da parte di eventi lesivi un tempo privi di significato, non solo perché non riscontrabili o verificabili, ma anche (e più spesso) perché concepiti come una mera fatalità, semplici retroscena di un paradigma concettuale, quello della crescita economica, e di un sistema, quello giuridico, ritenuti non idonei ad occuparsi di eventi o situazioni che travalicano la soglia temporale del presente. Va sempre più chiaramente emergendo un bisogno di sicurezza della società, dichiarato secondo un orizzonte temporale di lungo periodo».

⁶⁷ N. Lipari, *Premesse per un diritto civile dell'ambiente*, cit., ove l'ulteriore affermazione secondo la quale «se ci si colloca nell'ottica della sostenibilità, non è più possibile assegnare alla proprietà e all'impresa il loro valore originario, proprio della cultura liberale, di diritti di libertà, che non consentirebbe altre limitazioni se non quelle funzionali al sistema commerciale di mercato e la cui circolazione sarebbe esclusivamente riservata alla libertà negoziale». Il riferimento è a M. Pennasilico, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2017, 1.

⁶⁸ In argomento, fra i contributi più interessanti, F. de Leonardis, *L'uso strategico della contrattazione pubblica: tra GPP e obbligatorietà dei CAM*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2020, 62 ss.; E. Caruso, *La funzione sociale dei contratti pubblici: oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, 2021; Id., *Equo trattamento dei lavoratori nel nuovo codice dei contratti pubblici tra sostenibilità e risultato amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2023, 4, 863 ss.; E. Guarnieri, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna, 2022; Id., *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni fra continuità e innovazioni*, in *Dir. amm.*, 2023, 4, 829 ss. Con riferimento al vigente codice dei contratti pubblici, G. Tropea, *L'evoluzione della disciplina e i principi del codice*, in *Aa.Vv.*, *Lineamenti di diritto dei contratti pubblici*, Napoli, 2024, 13 ss. In giurisprudenza si vedano, tra le altre, Cons. Stato, V, 25 gennaio 2024, n. 807; e Cons. Stato, III, 27 maggio 2024, n. 4701.

per l'ipotesi di ampliamento "volontario" in senso ambientale della causa negoziale, ma al contrario per l'opposta ipotesi di mancato rispetto dei criteri ambientali minimi (evoluzione normativa che denota forse la sfiducia verso la sensibilità ambientale delle stazioni appaltanti, e la conseguente necessità di obbligarle normativamente a ciò)⁶⁹.

È pertanto necessario che il confronto con i problemi da decenni sul tappeto sia operato, anche nella prospettiva qualificatoria, non in base a petizioni di principio astratte ma nella consapevolezza della «nuova conformazione verde del diritto pubblico dell'economia»⁷⁰ (e, sembrerebbe, non solo del diritto pubblico): facendo da ciò derivare l'esatta ricognizione (teorica e normativa) di poteri, diritti ed obblighi, che costituiscono le premesse dell'individuazione della misura della tutela da approntare a ciascuna istanza in sede giurisdizionale.

5.6. *Complessità socio-politica del fenomeno regolatorio: come cambia la discrezionalità in materia?*

Negli ultimi anni, anche in conseguenza dell'inefficacia delle politiche nazionali, il baricentro della regolazione giuridica si è spostato – sul piano dei livelli territoriali di governo – in ambito sovranazionale, e i contenuti della disciplina sono stati, come visto, irrigiditi: con la conseguenza di un accentramento della responsabilità nella definizione «dell'area di rilevanza di ciascun interesse», e – sul piano dei contenuti – di un minore relativismo dell'oggetto delle tutele, come tale più agevolmente sindacabile in sede giurisdizionale.

Peraltro, l'irrigidimento della discrezionalità (legislativa ed amministrativa) consegue al fatto che le indicate riforme (e proposte di riforma) hanno «spostato decisamente il sempre oscillante pendolo tra autorità e libertà a favore della prima»⁷¹.

Anche se forse, proprio in questa materia, tale dialettica deve essere oggetto della «rimodulazione nella coppia concettuale, più aggiornata ai tempi che vivia-

⁶⁹ Sul problema del mancato rispetto dei criteri ambientali minimi, P. Provenzano, *Spigolature in tema di criteri ambientali minimi*, in *Democrazia, diritti umani e sviluppo sostenibile. Quali sfide in Italia e in Brasile? - Democracia, direitos humanos e desenvolvimento sustentável. Quais os desafios da Itália e do Brasil?*, a cura di M. Immordino, N. Gullo, C. Celone, Napoli, 2024 (in corso di pubblicazione).

⁷⁰ F. de Leonardis, *Lo Stato ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Torino, 2023, XIX.

⁷¹ F. de Leonardis, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost.*, cit.: ove, a proposito della riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione, si osserva che «da una parte, il deciso ampliamento del perimetro dei limiti apponibili all'iniziativa economica privata (secondo comma) e, dall'altra, mediante l'aggiunta dei fini ambientali a quelli sociali a cui può essere indirizzata e coordinata dalla legge l'iniziativa economica privata (terzo comma) si costruiscono le basi costituzionali per un non scontato ritorno della politica e della programmazione industriale nel nostro Paese».

mo, solidarietà/individualismo»⁷²: una rimodulazione probabilmente giustificata, sul piano pre-giuridico, dal fenomeno della decostruzione delle categorie sociali, e dall'ingresso nell'epoca post-sociale⁷³.

Sulle cause di tale complesso fenomeno ha probabilmente pesato la scarsa propensione di governi e parlamenti nazionali a bilanciare efficacemente, nel rispetto degli obiettivi di risultato, istanze ed esigenze antagoniste: in una stagione storica in cui la ricerca del consenso politico immediato probabilmente fa premio sulla bontà di scelte strategiche ottimali e di lungo periodo.

Ne consegue l'adozione di strumenti di azione normativi ed amministrativi nominalmente funzionali alla tutela degli obiettivi predicati, ma (volutamente?) deficitari sul piano dell'effettività⁷⁴.

Di fronte ad una «classe politica che vorrebbe nascondere la sua debolezza dietro la pretesa forza di regole formalizzate, eccessive nel numero nonché sempre più ambigue nella forma»⁷⁵, si scarica sulla giurisdizione la responsabilità della ricostruzione (e dell'affermazione) delle gerarchie fra gli interessi, e si alimenta inevitabilmente il fenomeno della c.d. giustizia climatica: ma quella gerarchia è posta, a monte, dal dato normativo non adeguatamente attuato – in via di “effettività primaria” – sul piano amministrativo⁷⁶.

⁷² G. Tropea, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, Napoli, 2023, 16. In argomento si veda anche N. Lipari, *Premesse per un diritto civile dell'ambiente*, cit.: «l'ottica dell'ambiente induce oggi ad una prospettiva privilegiata, da un lato per intendere il ruolo autentico del diritto nell'esperienza contemporanea, capace di superare le logiche riduttive dell'individualismo e del formalismo, dall'altro per superare il condizionamento delle categorie qualificanti alle quali siamo stati educati».

⁷³ A. Touraine, *La fin des sociétés*, Paris, Seuil, 2013.

⁷⁴ Osserva in proposito S. Nespore (PNACC: *come l'Italia affronta il cambiamento climatico*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2024, 325), che «L'aspetto paradossale è che l'Italia fa consistenti investimenti per l'adattamento climatico, purché siano all'estero, nei Paesi emergenti e in via di sviluppo. [...] L'Italia è l'unico paese dell'Unione europea senza un piano nazionale di adattamento al cambiamento climatico che sia tale non solo di nome. Il Piano approvato nel 2023 infatti non individua azioni concrete, elenca solo “possibili opzioni di adattamento” in una tabella che contiene solo titoli. La parte attuativa è rinviata a fasi successive, con scadenze imprecise o decorrenti dalla costituzione dell'Osservatorio che, come si è visto, avrebbe dovuto essere costituito lo scorso marzo, mentre sono incomprensibilmente ignorati progetti e azioni già in corso in molte Regioni, in parte finanziati dal PNRR [...]. Così, mentre si succedono emergenze climatiche sempre più frequenti e onerose in termini di danni alle persone e all'economia nazionale, il Paese rimane in attesa che, dopo undici anni dall'approvazione di una Strategia nazionale di adattamento, giunga finalmente un piano che indichi davvero le azioni da intraprendere con i costi previsti e con i finanziamenti necessari».

⁷⁵ N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, cit., 219 e 220.

⁷⁶ L'importanza del controllo giurisdizionale amministrativo sul modo in cui l'amministrazione, in questa materia, «ordina gli interessi» ed acquisisce i dati necessari e utili alla decisione, è giustamente posta in evidenza, anche nella prospettiva dell'«importanza del regime di diritto amministrativo» quale sistema di tutela del cittadino contro l'«arroganza del potere», da F. Fracchia, *Transizioni: il punto di vista del diritto amministrativo*, cit., 63; ove anche l'affermazione secondo la quale «una controprova dell'importanza (appunto in termini di garanzia del cittadino) di questa impostazione si rinvenga ponendo mente ai casi in cui, nel delineare la cornice normativa delle transizioni, si assiste a forzature e superamenti del fisiologico regime di diritto amministrativo. Ciò avviene quando la politica irrita il diritto fino al punto di sostituire alla dinamica incentrata sull'intervento dell'amministrazione (sottoposta al regime del diritto amministrativo) meccanismi diversi, quali la legifera-

5.7. Segue: bilanciamento, discrezionalità, eccesso di potere

Occorre conclusivamente tornare sulle conseguenze che i descritti fenomeni di accentramento delle competenze normative, di gerarchizzazione degli interessi e di irrigidimento (*recte*: maggiore chiarificazione e specificazione) della disciplina avrebbero prodotto sui tratti dell'esercizio del potere discrezionale in materia e, attraverso di esso, sul sindacato giurisdizionale.

Con riferimento alla riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione operata dalla legge costituzionale n. 1 del 2022 si è affermato che «il sindacato del giudice amministrativo dovrà filtrare il valore costituzionale che si voglia assegnare alla riforma degli articoli 9 e 41 Cost. attraverso un suo vaglio sulla ragionevolezza e proporzionalità della scelta. In buona sostanza, si tratta pur sempre di controllare la scelta discrezionale attraverso una verifica del rispetto di quei paletti esterni oltre i quali il merito amministrativo sconfinava in una dimensione che il diritto attrae a sé stesso attraverso quel vaglio di legittimità che è tipico dell'eccesso di potere. [...] Questo significa che il giudice amministrativo è chiamato in questi casi a fungere da controllore di quel bilanciamento che abbiamo visto essere consustanziale all'applicazione di ogni principio e valore della Costituzione»⁷⁷.

L'A. osserva tuttavia poco oltre che «Qualora fosse vero che dalla riforma costituzionale discende, se non un azzeramento, quantomeno una forte riduzione del bilanciamento tra l'ambiente ed i valori costituzionali confliggenti, probabilmente questo tipo di sindacato non potrebbe neppure svolgersi o comunque non potrebbe essere assicurata quel tipo di dinamica che prelude al suo buon funzionamento. È infatti nel bilanciamento e nel contemperamento tra i valori che, come si diceva, si manifesta il cuore del sindacato processuale sulla discrezionalità».

La discrezionalità amministrativa, ed il connesso sindacato in termini di eccesso di potere, non scompaiono tuttavia per il solo fatto che la norma operi, a monte, una ordinazione (del grado di protezione) degli interessi, così sottraendo all'amministrazione la relativa "ponderazione comparativa" (in astratto): non va dimenticato infatti che la discrezionalità è «lo spazio di scelta che residua allorché la normativa di azione non predetermini in modo completo tutti i comportamenti dell'amministrazione»⁷⁸.

zione di atti di programmazione (PNRR), lo svuotamento delle sedi decisionali ordinarie o, comunque, alcune deroghe ai regimi tradizionali».

⁷⁷ F. Cintioli, *L'interpretazione degli articoli 9 e 41 della Costituzione dopo la legge cost. n. 1 del 2022: l'amministrazione e il giudice amministrativo*, in *Dir. econ.*, 2024, 2, 26.

⁷⁸ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, XXIV ed., a cura di F. Fracchia, Milano, 2022, 328: ove anche il rilievo per cui «La scelta discrezionale c.d. 'pura' può attenersi a vari profili dell'azione amministrativa, quali il contenuto del provvedimento, la stessa decisione relativa al 'se' e al 'quando' rilasciarlo, oppure a più profili congiunti e deve essere effettuata alla stregua dell'interesse pubblico che informa l'azione amministrativa, recando il minor pregiudizio agli interessi coinvolti». Il condizionamento normativo operato dal prin-

È fuor di discussione che «la discrezionalità attenga a valutazione degli interessi pubblici e privati coinvolti nel problema, o nella operazione, che l'amministrazione deve risolvere o portare a compimento»: potendosi semmai «discutere sul modo in cui vengono in rilievo e sono oggetto di valutazione i vari interessi, pubblici e privati, nel processo decisionale dell'amministrazione»⁷⁹.

In tal senso la tradizionale tesi gianniniana «fondata sulla distinzione tra un interesse pubblico primario e un numero imprecisato di interessi secondari (pubblici e privati) e sulla comparazione tra l'interesse primario e gli interessi secondari, può essere precisata (o modificata) in almeno due direzioni, ossia eliminando la differenza tra l'interesse primario e gli interessi secondari, ossia attribuendo pari dignità a ciascuno degli interessi coinvolti, ovvero tenendo separata la valutazione dell'interesse primario, ossia sottraendolo alla comparazione con gli altri interessi, e relegando la presa in considerazione di questi ultimi ad una fase successiva all'avvenuto accertamento della necessità di curare l'interesse pubblico primario»⁸⁰.

Come ben dimostra la vicenda oggetto della giurisprudenza francese richiamata in precedenza, il vincolo di risultato che la norma pone a specifica tutela di uno degli interessi coinvolti non elimina la discrezionalità della scelta dell'amministrazione in merito alla «effettuazione della operazione amministrativa»⁸¹, né esclude l'esistenza di uno «spazio di scelta»⁸² per l'amministrazione.

Fra le plurime alternative lasciate – nel *quomodo* – alla discrezionalità dell'amministrazione per il perseguimento del risultato di tutela (proprio per consentire l'adozione di soluzioni non univoche, ma garanti anche di interessi potenzialmente antagonisti), il giudice dovrà, come negli esempi riportati nel testo, verificare anzitutto che la ricerca del bilanciamento non si sia risolta in una cura puramente nominale dell'interesse ambientale, che costituirebbe una deviazione dall'obiettivo primario di raggiungimento del risultato normativamente stabilito; ma anche che sia stata verificata correttamente la praticabilità di soluzioni suscettibili di contemperare il soddisfacimento anche degli interessi confliggenti. Questo, e solo questo, è il modo per garantire il rispetto del dato normativo: che pog-

cipio dello sviluppo sostenibile evidentemente non esclude la discrezionalità: «le scelte discrezionali dell'amministrazione debbono tenere in considerazione la variabile ambientale, valorizzata dall'art. 9 Cost. che, tra l'altro, correla la tutela dell'ambiente della biodiversità e degli ecosistemi all'interesse delle generazioni future» (329).

⁷⁹ Così F.G. Scoca, *Massimo Severo Giannini, la teoria generale del diritto e la teoria del provvedimento*, in *Dir. amm.*, 2024, 1, 65.

⁸⁰ F.G. Scoca, *op. e loc. ult. cit.* Per la seconda delle prospettive indicate nel testo, A. Zito, *La scelta discrezionale della P.A. tra principio di esauribilità del potere e controllo effettivo del suo esercizio: per una ridefinizione del concetto di discrezionalità*, cit.

⁸¹ Così, ancora, F.G. Scoca, *op. cit.*, 67.

⁸² E. Casetta, *op. e loc. ult. cit.* Sui temi della discrezionalità, dell'eccesso di potere e del relativo sindacato, si vedano ora N. Paolantonio, *Provvedimento amministrativo e sindacato di legittimità*, e L.R. Perfetti, *Merito, discrezionalità, giurisdizione. Osservazioni sul fragile equilibrio tra diritti e potere nella costruzione teorica di Vittorio Ottaviano*, entrambi in *Dir. Amm.*, 2024, 2 (rispettivamente 515 e ss. e 411 e ss.).

gia su di una nozione di ambiente non unitaria ma convenzionale (articolata su plurimi interessi, oggetti e competenze), e allo stesso tempo su di una gerarchizzazione di tali interessi e sulla conformazione legale di alcuni di essi in termini di effettività del raggiungimento di un dato risultato di tutela.

La figura dell'eccesso di potere, ed il relativo sindacato, sembrano al contrario valorizzati dalla logica di effettività e dalla prospettiva del risultato che connotano la disciplina in esame: coerentemente, del resto, all'evoluzione della tassonomia dei vizi di legittimità del provvedimento amministrativo riveniente dal diritto comunitario proprio nella direzione di una rivalutazione dell'eccesso di potere, con conseguenze anche sui modi del sindacato giurisdizionale⁸³.

6. *Conclusioni: l'esercizio della giurisdizione conforme alla sua funzione e al dettato normativo*

Il riferito assetto impone così al formante giurisprudenziale il ruolo di garante dell'effettività degli obiettivi normativamente posti, della "pratica" del diritto amministrativo dell'ambiente: ruolo invero reso agevole dalle peculiarità del parametro normativo fin qui descritte, che facilitano la ricostruzione dell'assetto degli interessi coinvolti e la conseguente individuazione della regola del caso concreto, e dagli strumenti offerti dal processo amministrativo.

A meno che la giurisprudenza, allontanandosi dal compito di «decidere secondo la legge»⁸⁴, si accontenti di assicurare una tutela solo formale⁸⁵, o al contrario si faccia portavoce in questa materia di una "deriva valoriale" che alimenta il fenomeno della crisi del giudizio e, in ultima analisi, della legittimazione culturale e sociale del diritto stesso⁸⁶.

⁸³ In argomento, C. Feliziani, *Il provvedimento amministrativo nazionale in contrasto con il diritto europeo – profili di diritto sostanziale e processuale*, Napoli, 2023 (in specie, 101 ss.).

⁸⁴ N. Irti, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, 4-5, 917 ss.

⁸⁵ Afferma che «Il corpo giudiziario è chiamato così a superare la tradizionale ritrosia manifestata in questa materia», C. Vivani, *Climate change litigation: quale responsabilità per l'omissione di misure idonee a contrastare i cambiamenti climatici?*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2020, 7, 599 ss., n. 21.

⁸⁶ A. Lo Giudice, *Il dramma del giudizio*, Milano-Udine, 2023, in specie 25 ss. L'esercizio della giurisdizione nel modello neoliberale è uno degli elementi critici riscontrati nella citata analisi di G. Tropea, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, cit.; ove anche (350) il rilievo di una «gara al rialzo tra corti all'insegna del diritto più neoliberale». In argomento C. Volpe, *Protezione, garanzie e tutele in una società fluida, globalizzata e multilivello. Principi, diritti e interessi fondamentali*, cit., osserva che «Il giudice, nelle lacune e nell'oscurità di una normativa farraginosa, è incentivato a ricorrere a soluzioni creative a discapito dell'applicazione della legge, con conseguenti ripercussioni sulla prevedibilità e la stabilità delle decisioni. La creatività fa parte del dna del Consiglio di Stato, ma se si crea troppo si corre il rischio di sostituirsi ai diversi poteri cui compete l'emanazione delle norme».

Si tratta, piuttosto, in un'epoca in cui si riflette giustamente su alcuni fenomeni e tendenze che inducono, pericolosamente, a prefigurare la possibilità di «un mondo senza diritto»⁸⁷, di «comprendere, rompendo le sedimentazioni del passato, che il senso del fenomeno giuridico sta tutto nel suo esercizio»⁸⁸; e di raccogliere – con coerenza, rigore e credibilità – l'autorevole e illuminato monito per cui «L'«amministrazione del fare» smette allora di essere uno slogan per farsi necessità vitale. Con tutte le sue conseguenze. Di ciò, il giudice amministrativo deve tener conto»⁸⁹.

⁸⁷ S. Braconnier, *Un monde sans droit?*, L'Aube, 2023, ove i richiami al ruolo dell'università e della ricerca giuridica nella «nécessité de réacculturer la société au droit et au principe d'intérêt généraux», e nell'esigenza di «refaire du droit un langage commun»; e ove anche la constatazione che la fragilità del diritto deriva anche dalla fragilità del potere politico. Nella specifica prospettiva del diritto amministrativo si interroga – tra l'altro – sulle «condizioni di sopravvivenza del sistema sociale del diritto», F. Fracchia, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere, Un quadro d'insieme*, in *Dir. econ.*, 2023, 2, 247 ss.

⁸⁸ N. Lipari, *Premesse per un diritto civile dell'ambiente*, cit.

⁸⁹ F. Frattini, *Relazione del Presidente del Consiglio di Stato sull'attività della giustizia amministrativa*, 22 febbraio 2022, in www.giustizia-amministrativa.it: ove l'invito alla giurisdizione amministrativa ad «accompagnare la modernità», a recuperare la «fiducia dei cittadini» e la fiducia degli «osservatori della comunità internazionale e dell'Europa», e ad operare con «efficienza e credibilità».

Giovanni Tulumello - Abstract

Tutela dell'ambiente, attività amministrativa, sindacato giurisdizionale: un cambio di prospettiva?

Il lavoro svolge una riflessione sulle principali tendenze evolutive emerse – in tutti i formanti – nella materia dello sviluppo sostenibile e della lotta al cambiamento climatico, per operare una verifica della tenuta delle tradizionali categorie elaborate in tema di tutela dell'ambiente, funzionale all'analisi delle relative forme di tutela giurisdizionale.

Environmental protection, administrative activity, judicial review: a change of perspective?

The paper carries out a reflection on the main evolutionary trends that have emerged – in all formants – in the field of sustainable development and the fight against climate change, in order to carry out a verification of the resilience of the traditional categories elaborated on the subject of environmental protection, functional to the analysis of the relative forms of judicial protection.

Il *golden power* nella prospettiva del diritto amministrativo: osservazioni sullo strumento e sulle sue dinamiche*

Sara Valaguzza

SOMMARIO: 1. Lo spirito del *golden power* nella prospettiva attuale del diritto (pubblico) dell'economia. – 2. L'esercizio del *golden power* nel contesto dei procedimenti compositi. – 3. Profili procedurali e provvedimenti. – 3.1. L'applicabilità dei principi generali della legge sul procedimento amministrativo. – 3.2. La pre-notifica. – 3.3. Il provvedimento conclusivo: è davvero un atto di alta amministrazione? – 4. Le peculiarità del regime dei *golden power* come forma di intervento pubblico nell'economia.

1. *Lo spirito del golden power nella prospettiva attuale del diritto (pubblico) dell'economia*

Questo scritto approccia la tematica del *golden power* a partire dal suo inquadramento nelle dinamiche attuali dei rapporti tra strumenti privatistici e prerogative dello Stato e dell'Unione europea, considerando la necessaria riconfigurazione della dimensione pro-concorrenziale dei mercati alla luce di istanze, tipicamente pubblicistiche, che pervadono gli scambi intra ed extra europei, legittimate proprio dal quel quadro normativo sovranazionale nato per proteggere le libertà economiche che oggi vengono, in parte, limitate.

Ciò non deve apparire un paradosso, essendo piuttosto la logica reazione al moltiplicarsi delle possibilità di circolazione delle informazioni e all'interconnessione globale che facilitano le aggressioni all'economia europea che caratterizzano questo momento storico.

* L'articolo riprende i contenuti dell'intervento elaborato per il convegno organizzato presso l'Università degli Studi di Milano l'11 gennaio 2024, dal titolo *Golden power: l'esercizio dei poteri speciali nell'ambito del mercato finanziario*.

La situazione qui appena descritta rende opportuna una riflessione sulle modalità tradizionali di realizzazione del mercato unico europeo, che viene ad assumere un'identità differente da quella sua originaria, in ragione della necessità di riconfigurare i metodi di protezione della crescita industriale nel rispetto dello spirito sinergico tra esigenze economiche e sociali che da sempre caratterizzano l'identità europea.

È del tutto fisiologico, di questi tempi, che gli statuti privatistici subiscano un'ingerenza costante di un nuovo diritto (pubblico) dell'economia, in cui aspetti extra-economici condizionano la qualità delle organizzazioni aziendali¹, avallano o impediscono la realizzazione di operazioni commerciali, guidano le scelte imprenditoriali e influenzano dall'esterno il modo di fare profitto. Ciò anche per ragioni che la dottrina ha legato alla «meritevolezza dei flussi di denaro»².

Nel contesto attuale, infatti, economia e diritto si intrecciano facendo in modo che la combinazione tra azione pubblica e attività privata diventi un insieme di esperienze sinergiche per la promozione di valori comuni e di una nuova etica collettiva, ispirata alla solidarietà interstatale, allo sviluppo sostenibile e alla protezione delle risorse nazionali.

Il nesso tra economia e giustizia, l'applicazione al mercato dei parametri dell'equità sociale, il superamento dei vantaggi collettivi sui privilegi individuali – elementi tutti caratteristici del nostro tempo – stanno comportando un ricongiungimento di rami del diritto separati per tradizione in un unico grande alveo nel quale convergono nuove forme di garanzia per la libertà e il benessere comunitario ed individuale.

Del resto, l'evidente derivazione del sistema economico da quello politico rende possibile ambientare la libera iniziativa economica privata all'interno di un sistema normativo che ricongiunga, appunto, la dimensione privata e quella pubblica, dentro ad un ordine del mercato in cui la concorrenza, divenuta regime ordinario degli scambi commerciali, non è più (sempre che lo sia mai stata) un fine in sé, ma un mezzo per raggiungere altri scopi³.

Non deve stupire, quindi, che vi sia una normativa, quale è quella del *golden power*, che limita l'esercizio dei diritti proprietari, per la tutela di difesa e sicurez-

¹ Molto interessanti le riflessioni, sia in termini di analisi economica del diritto, sia di organizzazione aziendale, contenuti negli scritti di V. Cecchini Manara, L. Sacconi, *Compliance With Socially Responsible Norms of Behavior: Reputation vs. Conformity*. *EconomEtica*, n. 73 August 2019, M. Fia, L. Sacconi, *Justice and Corporate Governance: New Insights from Rawlsian Social Contract and Sen's Capabilities Approach*. *Journal of Business Ethics*, 2019, 160, 937-960; L. Sacconi, *(A Rawlsian View of CSR and the Game Theory of its Implementation (Part I): the Multi-stakeholder Model of Corporate Governance*, in L. Sacconi, M. Blair, R.E. Freeman, A. Vercelli (eds.), *Corporate Social Responsibility and Corporate Governance*, London, 2011.

² In questi termini, G. Sarchillo, A. Imperia, *Golden powers: una terza via per l'intervento pubblico in mercati internazionali strategici*, in *Dir. comm. internaz.*, 2023, 591 ss.

³ B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020.

za nazionale⁴. Ciò, peraltro, può avvenire solo a fronte di ragioni eccezionali, che rendono compatibile la “prevaricazione” dell’interesse generale su quello individuale con il sistema di mercato che caratterizza il modello economico europeo e degli Stati membri.

In questa prospettiva, la disciplina sui *golden powers*⁵ ha una radice concettuale e ideologica simile, per esempio, a quella della *corporate social responsibility*⁶, alla regolazione dell’intelligenza artificiale⁷ o al *sustainable procurement*⁸: in

⁴ Il che non toglie, evidentemente, la necessità di prestare particolare attenzione nella formulazione dei regimi speciali di *golden power*, applicati a diversi comparti dell’economia: il controllo di compatibilità con i limiti posti dal diritto europeo è, infatti, potenzialmente critico; la dottrina, infatti, esamina la compatibilità con il diritto europeo di varie discipline settoriali: così, per esempio, in relazione al settore finanziario: D. Gallo, *La questione della compatibilità dei golden powers in Italia, oggi, con il diritto dell’Unione europea: il caso delle banche*, in *Riv. reg. merc.*, 2021, 26 ss.; A. Sacco Ginevri, *Golden powers e banche nella prospettiva del diritto dell’economia*, *ivi*, 55 ss.; di recente si discute anche delle regole in tema di produzioni alimentari, dato che il TAR Lazio, Sez. I, 13 aprile 2022, n. 4488, ha confermato il veto apposto dal Governo italiano ad un’operazione di acquisizione societaria nel settore delle sementi, su cui M. Lonardi, *Golden powers e sicurezza alimentare: il caso Syngenta*, in *Riv. reg. merc.*, 2022, 669 ss.

⁵ La cui natura mista, tra esigenze politiche, di sicurezza nazionale ed economiche, emerge nel quaderno redatto dal Dipartimento delle informazioni per la sicurezza nel 2019, interamente dedicato al *Golden power*, con contributi di autori vari. In particolare, *ivi*, L. Fiorentino osserva che l’estrema complessità dei procedimenti rende necessario coinvolgere diverse amministrazioni dotate di complementari competenze tecniche, 25; S. Gliubich avverte il rischio per l’Unione europea di subire l’alienazione della sovranità energetica, militare e tecnologica, 29; B. Valensise chiarisce che «Attraverso l’interesse nazionale si arriva ad un’idea di potere, poiché esso riflette mentalità, cultura, metodo e priorità di un Paese. Esso è destinato a manifestare l’idea che un Paese ha di sé», 111. L’intersezione delle regole del *golden power* con la disciplina delle società è commentata, anche in chiave critica, da V. Donativi, *Golden power. Profili di diritto societario*, Torino, 2018; sempre nell’ottica del diritto commerciale: F. Prenestini, *Golden power e meccanismi societari di difesa dall’acquisto del controllo*, in *www.federalismi.it*, 2022; A. Triscornia, *Golden power: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2019, 773 ss.; più generale, C. Gengaro, *Stato e mercato. Dalla “golden share” al “golden power”*, Napoli, 2023; R. Spagnuolo Vigorita, *Golden power: per un nuovo paradigma di intervento dello Stato nell’economia*, in *Ceridap*, 2021, 112 ss.; con profili di diritto comparato, G. Sarchillo, *Dalla Golden Share al Golden Power: la storia infinita di uno strumento societario. Profili di diritto europeo e comparato*, in *Contr. imp.*, 2015, 619 ss.

⁶ La disciplina in questione è intesa, in dottrina, come «un tentativo di superare il c.d. *trade off* tra l’efficienza del mercato di concorrenza e l’aspirazione alla giustizia», così F. Trimarchi Banfi, *Note sulle funzioni dei mercati nell’economia sociale di mercato*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 979 ss., spec. 990. Si veda il fascicolo 2-3/2021 della *Rivista delle Società*. Sulla responsabilità sociale di impresa V. F. Gangi, M. Mustilli, *La responsabilità sociale d’impresa, principi e pratiche*, Milano, 2018; F. Ballucchi, K. Furlotti, *La responsabilità sociale delle imprese*, Torino, 2022; C. Amatucci, *Responsabilità sociale dell’impresa e nuovi obblighi degli amministratori. La giusta via di alcuni legislatori*, in *Giur. Comm.*, 2022, 612 ss.; F. Fimmanò, *Art. 41 Cost. e valori ESG: esiste davvero una responsabilità sociale dell’impresa?*, in *Giur. comm.*, 2023, 777 ss.; già M. Libertini, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell’impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, 1 ss.

⁷ Che intende garantire la tutela della *privacy*, proteggere dalla cattiva informazione, prevenire rischi di manipolazione, etc. Interessante che il *Digital Market Act* (Reg. UE/2022/1925) indichi espressamente di perseguire obiettivi «complementari ma differenti» e a tutela di interessi «differenti» rispetto alle norme di concorrenza, come osserva, in chiave critica, M. Libertini, *Il regolamento europeo sui mercati digitali e le norme generali in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 1069 ss.

⁸ Sulle quali si sofferma, prendendole a titolo di esempio per l’ingresso di scopi politici nell’economia di mercato, F. Trimarchi Banfi, *Note sulle funzioni dei mercati nell’economia sociale di mercato*, *cit.*, spec. par. 4. Cfr. anche M. Mattalia, *Gli operatori economici nella disciplina sugli appalti e concessioni tra concorrenza e solidarietà*, in *Dir. amm.*, 2016, 465 ss.; per chi volesse S. Valaguzza, *Governare per contratto*, Napoli, 2018.

tutti i casi citati, si impongono obblighi in capo agli operatori del mercato che travalicano la sfera degli interessi economici per proiettarsi, invece, nella dimensione comunitaria del perseguimento (e della tutela) di interessi generali, verso la quale vengono fatti convergere sia l'azione pubblica sia quella privata (anche d'impresa).

Dunque, i poteri speciali di *golden power* sono uno degli istituti utilizzati dall'attuale diritto dell'economia, costantemente frammisto di elementi privatistici (*in primis* il rispetto per la libertà di impresa) e pubblicistici (che consentono di introdurre limiti e di programmare l'attività economica), per tutelare gli interessi strategici dello Stato.

Più in particolare, nel caso del *golden power*, l'intervento pubblico ha origine in un'esigenza propria dell'Unione europea: il Regolamento UE n. 452 del 2019, come dichiarato nel testo della normativa in questione, «riflette la risposta del legislatore dell'Unione a un'esigenza politica percepita, sorta nel contesto dei cambiamenti dell'ordine economico globale»⁹.

Diversamente dalla precedente emblematica vicenda della *golden share*¹⁰, e probabilmente avendo memoria del copioso contenzioso confluito, in sede di rinvio pregiudiziale, alla Corte di Giustizia, qui il diritto europeo è intervenuto in via diretta, con una normativa di carattere autorizzatorio, che permette agli Stati di introdurre limiti alle libertà economiche, avallandone *ex ante* la compatibilità euro-unitaria, per ragioni legate al controllo degli investimenti esteri diretti (ferme restando, necessariamente, le verifiche di proporzionalità e ragionevolezza circa i limiti imposti alla libertà fondamentali riconosciute dai Trattati).

Lo schema proposto, in questo caso, dal diritto europeo è la conseguenza di un profondo cambiamento che ha interessato l'arena del commercio e che si riflette anche sull'atteggiarsi delle finalità pro-concorrenziali, che, come si anticipava, vengono relativizzate ad altri scopi.

⁹ Par. 31.

¹⁰ Sul tema specifico della *golden share* e dei poteri speciali si segnalano, tra tutti, i contributi di: S. Valaguzza, *Giurisprudenza comunitaria in tema di golden share e principio di legalità*, in *Foro amm. CDS*, 2003, 2751; S. Cassese, *I controlli pubblici sulle privatizzazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 855; S. Ninatti, *Privatizzazioni: la Comunità europea e le golden shares nazionali*, in *Quad. Cost.*, 2000, 702; E.M. Appiano, *Gli influssi del diritto comunitario sulle privatizzazioni: fra favor e rigore*, in *Contr. impr. Europa*, 2000, 636; C. Amiconi, *La golden share come tecnica di controllo delle public utilities: luci e ombre*, in *Giust. civ.*, 1999, 463; N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998; R. Garofoli, *Golden share e Authorities nella transizione dalla gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 159; V. Roppo, *Privatizzazioni e ruolo del "pubblico": lo Stato Regolatore*, in *Pol. dir.*, 1997, 627; A. Carullo, *Mercato e golden share*, in *Impr. amb.*, 1996, 18; P. De Carli, *Privatizzazioni e pubblici poteri*, in *Dir. e soc.*, 1996, 354; J. Sodi, *Poteri speciali, golden share e false privatizzazioni*, in *Riv. soc.*, 1996, 368; G. Rossi, *Privatizzazioni e diritto societario*, in Av.Vv. *Le privatizzazioni in Italia*, a cura di P.G. Marchetti, Milano, 1995, 153 e in *Riv. soc.*, 1994, 393 ss; E. Freni, *Golden share e principio di proporzionalità: quando il fine non giustifica i mezzi*, *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1045; E. Boscolo, *Le "Golden share" di fronte al giudice comunitario*, in *Foro it.*, 2002, 481 ss.; B. Libonati, *La faticosa "accelerazione"*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 29; R. Costi, *Privatizzazioni e diritto delle società per azioni*, ivi, 77 ss.

Appare particolarmente interessante, sotto questo profilo, la storicizzazione della dimensione di protezione delle libertà dei Trattati e del principio concorrenziale, che emerge nelle conclusioni dell'Avvocato Generale, rese nel marzo 2023, proprio in una controversia relativa all'esercizio di poteri di *golden power*¹¹; domandandosi se fosse compatibile con il diritto dell'Unione il veto espresso dal governo ungherese nei confronti di un'operazione d'acquisto, da parte di un'impresa indirettamente controllata da una società bermudiana, di un'impresa nazionale proprietaria di una cava, dalla quale venivano estratte componenti fondamentali per l'edilizia, l'Avvocato Generale ha scritto: «Se mi fosse stato presentato questo caso 20 anni fa, avrei avuto pochi dubbi nel ritenerlo una manifestazione di protezionismo non coerente con la libertà di circolazione dei capitali; oggi invece (...) bisogna tenere conto che il mondo è cambiato, anche per via della guerra in Ucraina (...) e bisogna fare un passo indietro evitando conclusioni affrettate (...) Gli interessi strategici e geopolitici di Paesi terzi hanno, oggi, la forza per farci riflettere su come riconfigurare il nostro impegno a preservare il libero mercato»¹².

È evidente, quindi, che qualcosa è cambiato nel modo di ragionare delle istituzioni europee e nell'interpretazione dei parametri di ragionevolezza e proporzionalità che devono accompagnare le decisioni degli Stati eventualmente restrittive delle libertà economiche.

Del resto, la scelta di rendere prioritario l'esercizio della libertà di iniziativa economica privata ha sempre avuto, anche nella dimensione sovranazionale, dei contro-limiti.

In particolare, il diritto degli Stati membri di proteggere la propria sicurezza e i propri *fundamentalialia* (ordine pubblico, moralità pubblica, salute delle persone, etc.) è sempre stato pacificamente affermato e se ne trova traccia in diverse disposizioni confluite da ultimo nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione. Per esempio, all'articolo 36 TFUE (*ex* articolo 30 del TCE), a proposito di eventuali restrizioni quantitative al commercio tra gli Stati membri, è ammesso che siano «impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di pre-

¹¹ Conclusioni dell'Avvocato generale della CGUE, 23 marzo 2023, in C-106/2022.

¹² Discutono il *golden power* nel contesto delle problematiche economiche e politiche attuali: A. Sandulli, *Le relazioni fra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 40, 5 ss.; M. Perrino, *Golden power, emergenza Covid-19 e spirito del tempo*, in *Giustizia insieme*, 2020; F. Marconi, *L'intervento pubblico nell'economia e il mutevole ruolo dello Stato: il nuovo golden power tra competizione geopolitica e valutazioni economico-strategiche*, in *www.federalismi.it*, 2021, 39 ss.; A. Sacco Ginevri, *I golden powers fra Stato e mercato ai tempi del Covid-19*, in *Giur. comm.*, 2021, 282 ss.; F. Gaspari, *Poteri speciali e regolazione economica tra interesse nazionale e crisi socioeconomica e politica dell'Unione europea*, in *www.federalismi.it*, 2020, 118 ss.; F. Riganti, *I golden powers italiani tra "vecchie" privatizzazioni e "nuova" disciplina emergenziale*, in *Le nuove leg. civ. comm.*, 2020, 867 ss.; G. Marra, *L'assetto dei poteri speciali per il controllo degli investimenti dal 1994 al d.l. liquidità n. 23/2020*, in *Giur. comm.*, 2021, 312 ss.

servazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale», sempre che tali divieti o restrizioni non costituiscano un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri.

All'articolo 65 del TFUE (*ex* articolo 58 del TCE), in tema di movimenti di capitali e pagamenti, è riconosciuto il diritto degli Stati membri «b) di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza» e, ancora più rilevante in quanto contenuto nelle disposizioni finali a suggello degli accordi tra gli Stati membri che consentono la delega di competenza all'Unione, all'art. 346 (*ex* articolo 296 del TCE) è posto un limite all'effetto diretto delle disposizioni dei Trattati, posto che «b) ogni Stato membro può adottare le misure che ritenga necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza e che si riferiscano alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico; tali misure non devono alterare le condizioni di concorrenza nel mercato interno per quanto riguarda i prodotti che non siano destinati a fini specificamente militari».

Quindi, la disciplina del *golden power* non scopre, per un verso, nulla di nuovo, ma “semplicemente” forgia un modello di protezione degli interessi strategici degli Stati maggiormente propenso ad accettare “correzioni” al mercato.

Certo ci troviamo inevitabilmente sul crinale di un difficile equilibrio tra esigenze primarie dell'Unione e degli Stati, potenzialmente confliggenti¹³. Anche se, a ben vedere, le norme in tema di *golden power* contengono uno spirito anche pro-concorrenziale, dal momento che introducono regole contro l'aggressività commerciale di soggetti non ispirati dal profitto ma mossi da interessi di Stati stranieri (anche intranei all'Unione europea) che intendano saccheggiare il *know-how* di imprese nazionali e, per ciò, siano pronti a disarticolare la logica economica del mercato concorrenziale.

2. *L'esercizio del golden power nel contesto dei procedimenti compositi*

Dal punto di vista dello strumento giuridico, il *golden power* rappresenta un sistema di regole attraverso il quale gli Stati membri sono legittimati ad esercitare poteri speciali che consentono di dettare specifiche condizioni o di porre il veto all'adozione di determinate delibere societarie o all'acquisto di partecipazioni o quote¹⁴.

¹³ In dottrina si è così introdotto il concetto di “concorrenza mediata”, G. Scarchillo, A. Imperia, *Golden powers: una terza via per l'intervento pubblico in mercati internazionali strategici*, in *Dir. comm. internaz.*, cit.

¹⁴ La dottrina in argomento è piuttosto consistente: *ex multis*, L. Belviso, *Golden power. Profili di diritto amministrativo*, Torino, 2023; A. Sandulli, *La febbre del golden power*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 743; S. de Nitto, *Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, in *Dir. amm.*, 2022, 553; F. Prenestini, *Golden power: una tela di Penelope?*, in *Riv. soc.*, 2022, 667 ss.; A. Triscornia, *Golden power: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2019, 733.

La *ratio* della disciplina sui poteri speciali è quella di consentire ai Governi nazionali di proteggere la sovranità popolare assicurandosi che settori critici e attività di rilevanza strategica, come l'energia, i trasporti, le comunicazioni, siano gestiti in modo coerente con gli interessi nazionali a lungo termine.

In questo caso, la protezione degli interessi nazionali finisce spesso per coincidere con quella degli interessi dell'Unione, il cui mercato rischierebbe diversamente di essere "manipolato" da acquisizioni strumentali di Paesi terzi che, per ragioni geopolitiche, vogliono indebolire uno Stato o rafforzare una parte della propria economia e conoscenza. Il Consiglio di Stato, anche al fine di circoscrivere l'ambito del sindacato giurisdizionale sugli atti del Governo, ha enfatizzato il collegamento tra disciplina in tema di *golden power* e principio della sovranità popolare «potenzialmente vulnerato da acquisizioni di *asset* fondamentali per la collettività nazionale da parte di Stati stranieri che, ad avviso del Governo, non diano sufficienti garanzie circa il relativo uso»¹⁵.

Per inciso, qui il riferimento alla protezione della sovranità popolare non ha nulla a che fare con il pensiero sovranista (che vorrebbe un'economia solo nazionale), ma si riferisce alla protezione del benessere della Nazione e degli interessi della comunità.

In questo senso, se non si vuole sostenere che i poteri di *golden power* sono propriamente politici, si deve però ammettere che essi si collocano, quanto meno, ai confini tra politica e amministrazione, nel contesto dei fini generali della politica nazionale. Sul tema della qualificazione dei provvedimenti di *golden power* torneremo *infra*.

Dal punto di vista della strategia regolatoria, le regole in argomento interessano due circuiti.

Il primo circuito, come visto, è quello dell'Unione europea che, con normativa primaria di carattere regolamentare¹⁶, è intervenuta con un meccanismo ricondotto alla *soft cooperation* da ricondurre alla dinamica amministrativa dei c.d. procedimenti compositi¹⁷, nei quali l'ordinamento sovranazionale e quel-

¹⁵ Cons. St., Sez. IV, 9 gennaio 2023, n. 289.

¹⁶ Sulle logiche del Regolamento UE n. 452/2019 all'interno delle strategie europee, anche in confronto con quelle di altri Stati: G. Napolitano, *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale*, in *Riv. reg. merc.*, 2019, 2 ss., che osserva anche come i meccanismi di coordinamento con la Commissione e tra Stati membri hanno lo scopo di ridurre il margine per strategie e tattiche geo-politiche meramente nazionali; sulla disciplina del Regolamento e sugli interventi nazionali più recenti cfr. R. Chieppa, *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022, n. 51*, in *www.federalismi.it.*; in commento al Regolamento, G. Scarchillo, *Golden powers e settori strategici nella prospettiva europea: il caso Huawei. Un primo commento al Regolamento (UE) 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti*, in *Dir. comm. internaz.*, 2020, 569.

¹⁷ Sui procedimenti compositi, basti riferirsi a: G. Della Cananea, *L'amministrazione europea*, in S. Casese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale, Tomo II, Milano, 2003, 1797 e ss.; E. Chiti, C. Franchini, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003; Aa.Vv., *L'amministrazione europea e le sue*

li degli Stati interagiscono tra loro in maniera cooperativa, scambiando informazioni e valutazioni per supportare la decisione dell'autorità procedente (che è l'autorità dello Stato membro nel quale l'operazione di realizza).

Il secondo circuito è quello della normativa degli Stati. Nel caso italiano, diverse fonti concorrono a configurare le regole applicabili ai poteri speciali¹⁸; una elencazione non sarebbe esaustiva e nemmeno utile dato che si tratta di un tessuto normativo in continua evoluzione.

L'esercizio dei poteri speciali, dunque, dà vita ad una complessa vicenda di carattere procedurale, che genera una forma multipolare di rapporti amministrativi, tra amministrazioni di ordinamenti diversi, tra amministrazioni dello Stato e tra amministrazioni ed operatori economici¹⁹.

La decisione sull'esercitare o meno i poteri speciali spetta allo Stato membro nel cui territorio si realizzerebbe l'operazione o l'investimento oggetto di approfondimento, ma, sebbene l'amministrazione procedente e decidente sia sempre quella nazionale, le regole europee strutturano sistemi cooperanti verticalmente tra Stato e Commissione europea e, all'interno dello Stato, tra Governo e altre amministrazioni interessate (per esempio, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato), e orizzontalmente, tra Stato membro e Stato membro e, all'interno dello Stato italiano, tra le amministrazioni coinvolte nel Gruppo di coordinamento istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Il meccanismo di cooperazione forgiato dalle norme europee viene avviato attraverso una notifica dello Stato membro alla Commissione e agli altri Stati membri, corredata da tutte le informazioni rilevanti perché le altre amministrazioni possano esprimere le proprie valutazioni.

Il Regolamento europeo prevede che, ove uno degli Stati membri che riceve la notifica ritenga che un investimento estero diretto oggetto di un controllo in corso in un altro Stato membro possa incidere sulla propria sicurezza o sul proprio ordine pubblico, esso possa formulare osservazioni allo Stato membro che

regole, a cura di L. De Lucia, B. Marchetti, Bologna, 2015, 131 ss.; S. Cassese, *Il procedimento amministrativo europeo*, in F. Bignami, S. Cassese (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo, Quaderni della Riv. Trim. Dir. Pub.*, n. 1, 2004, specie 49 e ss.; M. Egeberg (ed.), *Multilevel Union Administration. The Transformation of Executive Politics in Europe*, Basingstoke, 2006, 26.

¹⁸ A partire dal d.l. 5 marzo 2012, n. 21, convertito con modificazioni in l. 11 maggio 2012, n. 56, per poi svilupparsi in numerosi atti derivati, in particolare attraverso Regolamenti che disciplinano l'individuazione di vari settori considerati strategici con le annesse specificità.

¹⁹ Si tratta di uno sviluppo procedimentale di particolare interesse, che ha dato lo spunto a numerose riflessioni nel campo della letteratura pubblicistica. In argomento, particolarmente ampia, e non solo analitica, la trattazione monografica di L. Belviso, *Golden power. Profili di diritto amministrativo*, op. cit., 103 ss.; V. anche S. De Nitto, *Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, in *Dir amm.*, 2022, 553; A. Gemmi, *La golden power come potere amministrativo. Primi spunti per uno studio sui poteri speciali e sul loro rafforzamento*, in *PA Persona e amm.*, 2020, 381 ss.; R. Garofoli, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *www.federalismi.it*, 2019, 2 ss.

effettua il controllo, inviandole contestualmente alla Commissione che, a propria volta, dovrà notificare agli altri Stati le osservazioni pervenute.

Parimenti, anche la Commissione, ove ravvisi un pericolo per la sicurezza o l'ordine pubblico in più di uno Stato membro, può emettere un parere destinato allo Stato membro che effettua il controllo.

La normativa ammette anche che i pareri della Commissione e degli altri Stati siano sollecitati dallo Stato notificante, preparando così una decisione finale risultante da un meccanismo cooperativo rafforzato, nel quale prevale la necessità di acquisire e ponderare tutte le informazioni utili per la definizione del caso.

Un procedimento analogo può essere avviato, pure in assenza di notifica, da parte dello Stato interessato dall'operazione, ove gli altri Stati o la Commissione vengano a conoscenza di un programma che potrebbe esporre l'Unione e/o i governi europei a rischi per la pubblica sicurezza e per la difesa degli interessi comuni europei.

L'azione amministrativa dello Stato interessato non solo è preparata attraverso gli scambi di informazioni e valutazioni di cui si è detto, ma è anche guidata dal fatto che il Regolamento UE indica con precisione quali dati e informazioni sono considerate rilevanti per le operazioni di "controllo diffuso" come sopra descritto.

Per rendere efficace la collaborazione che il diritto europeo ha istituito, la Commissione è dotata di un gruppo di esperti, per la discussione delle questioni relative al controllo degli investimenti esteri, funzionale ad acquisire informazioni non di pubblico dominio e capace di supportare con adeguata consapevolezza dei molteplici profili coinvolti le determinazioni degli Stati e della Commissione.

Il provvedimento del Governo nazionale che concreta l'esercizio dei poteri speciali non è tenuto a recepire i pareri degli altri soggetti coinvolti, ma, nel caso in cui la Commissione ritenga che un investimento estero diretto possa incidere su progetti o programmi di interesse per l'Unione per motivi di sicurezza o di ordine pubblico, lo Stato membro in cui l'investimento estero diretto è in programma o è stato realizzato è tenuto a prendere nella massima considerazione il parere della Commissione e a fornire a quest'ultima una spiegazione qualora non lo segua.

In questi termini, l'esercizio dei *golden power* concreta un procedimento composito, all'interno del quale le situazioni soggettive degli operatori economici interessati dal veto o dai poteri prescrittivi riconosciuti alle autorità nazionali sono conformate per effetto dell'esercizio di un'azione pubblica che cresce e si alimenta in una speciale dialettica multilivello, tra soggetti in posizione equi-ordinata (i diversi Stati membri) e con la Commissione.

Ciò, per un verso, avvicina i “diritti”²⁰ degli operatori economici interessati dall’esercizio dei *golden power* a quelli che risultavano coinvolti in caso di *golden share*: in entrambi i casi, infatti, la rilevanza del diritto europeo dà vita a situazioni giuridiche “frammentate”, perché soddisfatte o limitate per via di valutazioni, ora, dell’Unione, ora, degli Stati membri.

La grande differenza però è che, nel caso di *golden power*, la scelta europea è andata nel senso di intervenire in chiave preventiva, per guidare l’azione dei Paesi dell’Unione con principi generali che potessero essere implementati con facilità, non lasciando esposte le determinazioni nazionali all’interpretazione evolutiva dei principi dei Trattati.

Da questo punto di vista, il Regolamento (UE) n. 42 del 2019 colloca saldamente l’intervento normativo all’interno dei principi della concorrenza, che sono ribaditi come essenziali, riconoscendo pure il valore degli investimenti esteri diretti, come elemento capace di contribuire alla crescita dell’Unione rafforzandone la competitività, ma legittima l’Unione e gli Stati membri ad adottare, per motivi di sicurezza o di ordine pubblico, misure restrittive nei confronti degli investimenti esteri diretti, purché nel rispetto delle condizioni generali espresse nella normativa comune.

Proprio nel confronto con il regime del precedente modello della *golden share* è interessante sottolineare che i considerando del Regolamento si focalizzano sulla certezza del diritto, relativamente ai meccanismi di controllo che siano posti in essere a livello degli Stati membri²¹, che infatti possono beneficiare di un elenco di fattori, contenuto del Regolamento, che potrebbero essere presi in considerazione nella fase di esame dell’investimento²², e, al contempo, dichiarano la strategicità di quel coordinamento verticale e orizzontale proprio dei procedimenti compositi, affermando la necessità di assicurare il coordinamento e la cooperazione a livello unionale, unitamente ad una flessibilità che consenta di tenere conto delle specificità nazionali.

La maggior parte dei considerando del Regolamento è proprio diretta a specificare le modalità attraverso le quali realizzare un efficace meccanismo di cooperazione tra gli Stati e con l’Unione.

²⁰ A fronte dell’esercizio dei poteri speciali, si tratta di interessi legittimi eventualmente tutelabili di fronte al giudice amministrativo.

²¹ Cfr. considerando n. 7.

²² Per esempio, il Regolamento prevede che nel determinare se un investimento estero diretto possa incidere sulla sicurezza o sull’ordine pubblico, gli Stati membri e la Commissione possono prendere in considerazione i suoi effetti potenziali a livello di infrastrutture critiche (fisiche o virtuali), come l’energia, i trasporti, l’acqua, la salute, le comunicazioni, i media, etc., oppure se l’investitore estero sia direttamente o indirettamente controllato dall’amministrazione pubblica, inclusi organismi statali o forze armate, di un Paese terzo (cfr. art. 4 del Regolamento).

Poiché il provvedimento conclusivo compete allo Stato notificante o il cui territorio è coinvolto nell'esecuzione del programma, la tutela giurisdizionale è di competenza del giudice nazionale, che potrà valutare, solo ai fini della completa ricostruzione dei fatti, i pareri espressi dagli altri soggetti pubblici (nelle parti in cui siano resi oggetto di accesso e non invece in quelle – la maggior parte – coperte da segreto).

Ove vi siano dubbi sull'interpretazione corretta del Regolamento, il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia è lo strumento idoneo per ricostruire l'intenzione del legislatore comunitario sui limiti di esercizio del *golden power*, la cui compatibilità con il diritto europeo è possibile solo fornendo una interpretazione proporzionata e restrittiva dei limiti alle libertà economiche tutelate dal Trattato.

Così, ad esempio, la Corte di Giustizia, in sede di rinvio pregiudiziale, ha di recente cassato²³ la decisione del Governo ungherese che ha bloccato l'acquisto di una società ungherese, operante sul mercato ungherese dei materiali edili (estrazione di ghiaia, sabbia e argilla) e nella fabbricazione di prodotti in calcestruzzo per l'edilizia, da parte di altra società ungherese, controllata da una società delle Bermuda, considerandola strategica ai sensi della normativa sul controllo degli investimenti esteri.

I motivi per cui la Corte ha ritenuto la decisione del Governo in contrasto con il diritto europeo sono legati all'inconsistenza delle tesi dello Stato. Infatti, era emerso in corso di causa che la società acquirente già acquistava il 90% dei materiali della società *target*, e che solo il 10% di essi era dunque disponibile per il mercato nazionale, oltre al fatto che le materie prime di base considerate strategiche avevano un bassissimo tasso di esportazione.

Dunque, l'uniforme interpretazione dei limiti ammessi alle libertà economiche (inclusa la libertà di stabilimento) non è rimessa *in toto* alla libera valutazione dello Stato, ma va orientata secondo quanto ritenuto ragionevole secondo lo sviluppo argomentativo dei giudici comunitari. Ciò è, di per sé, significativo per il diritto amministrativo nazionale, la cui conformazione al diritto europeo della concorrenza, *recte* del mercato, è doverosamente riconducibile alla molteplicità di fattori disciplinanti le situazioni soggettive che trovano la propria regolamentazione, in parte in sede nazionale e, in parte, in una dimensione cooperativa maggiormente allargata.

Peraltro, l'impatto della decisione della Corte di Giustizia a cui si fa riferimento si riverbera principalmente sulle dinamiche proprie del procedimento istruttorio in ordine alla valutazione dei presupposti per l'esercizio dei poteri di *golden power*, facenti capo allo Stato. Infatti, secondo la Corte, sono ammesse eventuali limitazioni alle libertà garantite dal Trattato unicamente se le misure

²³ Cfr. CGUE, 13 luglio 2023, in C-106/22.

adottate in sede nazionale siano idonee a garantire l'obiettivo perseguito e non vadano al di là di quanto è necessario per ottenerlo e sempre che ciò sia concretamente provato da informazioni circostanziate sul contesto di mercato di riferimento. È richiesto, cioè, che l'azione amministrativa espletata dalle autorità locali non si limiti a considerazioni astratte, espresse nei termini del mero interesse pubblico ad evitare l'operazione economica oggetto di esame, ma che sviluppi una sintesi tra valutazioni puramente discrezionali e parametri di discrezionalità tecnica. In linea con la già rilevata preferenza dell'ordinamento europeo per regimi in cui l'attività amministrativa sia ancorata a parametri oggettivi e quindi possa essere più agevolmente sindacata²⁴.

3. *Profili procedurali e provvedimentali*

3.1. *L'applicabilità dei principi generali della legge sul procedimento amministrativo*

L'esercizio dei poteri speciali è articolato, a partire dall'obbligo di notifica, nelle tre fasi tipiche dei procedimenti amministrativi. La dottrina²⁵ ha scomposto l'esercizio del potere che compete al Governo in due momenti: uno "a monte", che consiste nella verifica delle condizioni di applicabilità della disciplina sui poteri speciali e uno "a valle", che riguarda il giudizio sui poteri speciali da esercitarsi.

Posto che l'azione del Governo si svolge secondo una proceduralizzazione che è quella tipica del procedimento amministrativo è utile interrogarsi sull'applicabilità o meno al caso almeno dei principi della l. n. 241/1990, contenente le norme generali sul procedimento amministrativo, che operano in chiave residuale ad integrazione dei procedimenti amministrativi previsti dalle svariate normative speciali che popolano il diritto amministrativo.

La questione è percepita come critica in dottrina, tanto che è stato proposto, per superare il dubbio, di richiamare espressamente, nella normativa che disciplina i poteri speciali, le disposizioni della legge generale sul procedimento amministrativo. Il che però attualmente non è avvenuto²⁶.

La giurisprudenza, per parte sua, si è pronunciata sulla non applicabilità dell'art. 10-*bis* della citata legge n. 241²⁷, cioè della norma che rende obbligatorio un preavviso di rigetto nei procedimenti ad istanza di parte, come pare esse-

²⁴ Così B. Marchetti, *Vincoli sovranazionali e discrezionalità amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022, 721 ss.

²⁵ Specialmente L. Belviso, *Golden power. Profili di diritto amministrativo*, op. cit., 140 ss.

²⁶ G. Napolitano, *I Golden powers italiani alla prova del Regolamento Europeo*, cit., 130.

²⁷ TAR Lazio, Sez. I, Roma, 13 aprile 2022, n. 4486.

re il procedimento che può determinare l'esercizio dei poteri speciali, che prende avvio con una notifica del privato.

In particolare, nonostante il procedimento per l'esercizio dei *golden powers* prenda il via da un atto del privato (cioè dall'obbligo di notifica, che incombe sull'impresa acquirente o sulla società *target*, anche congiuntamente), i giudici amministrativi, oltre ad escludere la compatibilità del preavviso di rigetto con la natura giuridico-costituzionale dell'organo decisionale che interviene nella specie (ritenendosi non ipotizzabile un contraddittorio, sia pure cautelare, tra le imprese e il Consiglio dei Ministri)²⁸, ha qualificato l'obbligo di notifica non come una "richiesta" del privato titolare di un interesse pretensivo ad un *quid* che dipenda dall'assenso dell'amministrazione, ma come un atto propulsivo di natura obbligatoria che assolve l'obbligo informativo verso il Governo e, dunque, ha escluso l'applicabilità dell'art. 10 *bis*. L'impresa notificante, in altri termini, non richiede l'esercizio del potere di *golden power*, ma semmai esprime l'interesse opposto (al "non" esercizio).

A riprova dell'assenza delle condizioni tipiche di applicabilità dell'art. 10 *bis*, si cita anche la possibilità, per il Governo, di procedere con iniziativa d'ufficio; il che escluderebbe di includere il procedimento in quelli "ad iniziativa di parte".

La giurisprudenza ha però evitato di affrontare la questione generale in merito all'assoggettamento del procedimento per l'esercizio dei *golden powers* alle norme generali sul procedimento amministrativo.

Tuttavia, la verifica delle condizioni di applicabilità dell'art. 10-*bis* è argomentata in maniera precisa, come se la l. n. 241 si applicasse, al punto da far propendere per ritenere il riconoscimento della funzione quantomeno integrativa della legge citata, al netto di previsioni generali certamente non applicabili perché incompatibili con quanto previsto dal d.l. n. 21/2012 (come le previsioni in tema di accesso agli atti, date le ovvie ragioni di segretezza e, più in generale, le regole in tema di partecipazione al procedimento²⁹).

Si potrebbe, in verità, sollevare qualche osservazione critica rilevando che la fase decisoria, per espressa previsione di legge, può concludersi anche con un provvedimento tacito e che, in questo caso, la norma prevede che, decorsi i termi-

²⁸ Così Cons. St., Sez. IV, 9 gennaio 2023, n. 289.

²⁹ Sul tema della partecipazione, si nota un interessante collegamento tra procedimento e processo, nel senso che mentre il procedimento per l'esercizio dei *golden power* è "chiuso" alla partecipazione di terzi, il giudizio amministrativo ammette facilmente sia intervento *ad adiuvandum* – per esempio della società *target* se il ricorso viene formulato dalla società potenziale acquirente – sia intervento *ad opponendum* – per esempio di una società che opera nel settore e che a sua volta vorrebbe acquistare il capitale sociale della società *target* di un interesse straniero bloccato dal Governo. Cfr., ad esempio, Cons. St., Sez. IV, 9 gennaio 2023, n. 289, in cui è ammesso l'intervento *ad opponendum* di una società che aveva formulato una proposta di acquisto non considerata dalla società *target*.

ni per la conclusione del procedimento, «l'operazione può essere effettuata»; ciò significa che è stata introdotta una ipotesi di silenzio assenso. Senonché il silenzio assenso accompagna i casi in cui il procedimento si avvia ad istanza di parte ed è alimentato da interessi pretensivi (appunto quello a realizzare l'operazione economica oggetto di approfondimento nell'ambito della disciplina in tema di *golden powers*); il che potrebbe comportare qualche incoerenza con il ragionamento appena citato che porta ad escludere l'applicabilità dell'art. 10-*bis*.

L'esclusione del meccanismo della partecipazione procedimentale potrebbe essere più facilmente superato se si affermasse che i principi generali del procedimento (peraltro composito) in esame non devono essere ricercati nella legge sul procedimento amministrativo, ma nel Regolamento europeo, che richiede agli Stati di strutturare procedure trasparenti e non discriminatorie, assicurando trasparenza, prevedibilità, partecipazione procedimentale, ragionevole durata del procedimento e adeguata motivazione³⁰, oltre a stabilire che il provvedimento finale, diversamente da quanto accade, per esempio, negli Stati Uniti e in Cina, debba poter sindacato.

Ci si è poi domandati se il Ministero, che riceve la notifica da parte dell'impresa, debba sempre avviare l'istruttoria, quand'anche ritenga che vi siano immediate evidenze che l'operazione non rientra nei settori strategici nell'ambito dei quali è ammesso l'esercizio del potere di *golden power*.

Per affrontare questa ipotesi, la giurisprudenza amministrativa ha utilizzato i canoni procedimentali comuni, ritenendo che non sussista un suddetto obbligo quando l'operazione notificata, all'evidenza, non rientra nella normativa applicabile³¹.

Per quanto concerne la fase decisoria, ci si è chiesti se il Governo sia o meno tenuto a seguire la proposta ministeriale che chiude l'istruttoria. Sul punto, in considerazione della natura amministrativa, ma altamente strategica, della determinazione di competenza del Consiglio dei Ministri, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la proposta non debba essere considerata vincolante e che, data la riservatezza e la rilevanza delle informazioni acquisite dal Governo, quest'ultimo non sia tenuto a motivare le ragioni per le quali si discosta dal parere. Stupisce, in parte, che queste delicate questioni non siano affrontate direttamente dalla normativa di riferimento³² e vengano risolte in sede di analisi giurisprudenziale; tuttavia, la

³⁰ Su questi principi si sofferma G. Napolitano, *I Golden powers italiani alla prova del Regolamento Europeo*, cit., 129.

³¹ Così, ad esempio, TAR Piemonte, Sez. I, ord. 20 aprile 2021, n. 416.

³² Anche il ragionamento sul principio di legalità, applicato al campo, presenta diverse deroghe rispetto al concetto di attribuzione specifica di potere amministrativo e di aree di competenza e regole di azione. In dottrina si è correttamente osservato che il principio di buon andamento verrebbe compromesso se il Governo potesse muoversi oltre i confini della normativa secondaria, per esempio considerando strategica qualsiasi attività, L. Belviso, *Golden power*, op. cit., 155.

peculiarità dei provvedimenti, anche per chi li ascrive all'ambito degli atti amministrativi, è foriera di soluzioni che considerino il contesto nel quale essi vengono adottati, che mette in evidenza, anche in questo caso, l'assoluta inadeguatezza dei parametri di cui alla legge generale sul procedimento amministrativo.

3.2. *La pre-notifica*

Dai dati ufficiali relativi al 2022 risulta che siano state notificate 608 operazioni, di cui la maggior parte nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni e che il 54% è stato ritenuto non soggetto agli obblighi del d.l. n. 21/2012.

Ciò significa che il settore fa un uso precauzionale della notifica e testimonia dunque, alla luce dell'analisi di impatto della regolazione, che le norme relative all'ambito di applicazione del Decreto non consentono una adeguata prevedibilità per gli operatori economici in termini di assoggettamento o meno alla disciplina dei poteri speciali.

Perciò non è affatto realizzata la predizione della dottrina che ha commentato con favore le norme in tema di ambito oggettivo di applicazione del *golden power*: il timore di subire sanzioni amministrative per non aver correttamente interpretato i profili del caso porta gli operatori privati a notificare in maniera abnorme.

Si badi che queste circostanze, portate all'attenzione degli organi europei, potrebbero portare a "rivivere" le censure formulate a suo tempo in tema di *golden share*, considerata l'estrema pervasività del sistema sulle libertà economiche e la scarsa prevedibilità degli esiti delle notifiche.

Per cercare di ridurre l'ambito delle azioni, il legislatore nazionale ha introdotto lo strumento della pre-notifica, allo scopo di alleggerire le istruttorie ed evitare l'avvio del procedimento in casi in cui sia palese la non applicabilità della disciplina in tema di poteri speciali.

La disciplina interna sui *golden power* prevede anche un procedimento semplificato, di competenza esclusiva dell'Autorità nazionale, tramite il quale gli operatori economici possono rivolgere una pre-notifica al Gruppo di coordinamento istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri o direttamente al Consiglio dei Ministri al ricorrere di determinate condizioni, al fine di ricevere una valutazione preliminare sulla applicabilità dei citati articoli e sulla autorizzabilità dell'operazione.

L'esito dell'informativa può essere, alternativamente, il seguente: l'operazione oggetto di pre-notifica è ritenuta non rientrare nell'ambito applicativo della disciplina sui *golden power*, non risultando conseguentemente dovuta la formale

notifica; l'operazione oggetto di pre-notifica è suscettibile di rientrarvi e, perciò, l'impresa è tenuta a eseguire la notifica, oppure l'operazione oggetto di pre-notifica rientra nell'ambito applicativo della disciplina, ma sono manifestamente insussistenti i presupposti per l'esercizio dei poteri speciali.

Ora, se la pre-notifica è un evidente strumento di semplificazione, essa realizza però una situazione che, oltre a creare alcune incertezze interpretative (sulle quali ci si soffermerà *infra*), non è del tutto convincente dal punto di vista della dinamica di interazione tra valutazioni nazionali, anche di più Stati, e sovranazionali che dovrebbe essere propria dei procedimenti compositi. Infatti, nel caso si voglia ritenere – cosa che la legge non chiarisce affatto – che la valutazione del Governo che ha ritenuto non inclusa l'operazione economica nell'ambito del regime dei poteri speciali consuma il potere amministrativo sia dell'amministrazione nazionale sia di quelle europea (come dovrebbe essere per dare un senso, appunto, alla semplificazione che giustifica la pre-notifica), allora vi sarebbe una avocazione a sé dell'autorità nazionale dell'intera vicenda: il Governo attrarrebbe a sé anche l'istruttoria comunitaria e le situazioni soggettive oggetto di esame sarebbero attratte, sia pure per comprensibili ragioni di semplificazione, in un unico livello amministrativo.

Nel dettaglio, attraverso la pre-notifica, l'impresa interessata può presentare un'informativa sull'operazione e sapere, nel termine di trenta giorni, se l'operazione oggetto di pre-notifica rientra o meno nell'ambito di applicazione del regime del *golden power* ovvero se, pur rientrandovi, siano manifestamente insussistenti i presupposti per l'esercizio dei poteri speciali.

Nella direzione di ottenere una maggiore economicità procedurale, è ammesso che, nell'esaminare la pre-notifica, sia possibile evitare il passaggio dal Consiglio dei ministri nei casi di minore rilevanza, che vengono decisi dal Gruppo di coordinamento all'unanimità per il non esercizio dei poteri speciali.

La pre-notifica, che ricalca il sistema previsto nella disciplina anti-trust, è stata accolta con favore, almeno dalla dottrina³³, anche se, a ben vedere, presenta alcuni punti di ambiguità che occorre affrontare.

Come si anticipava, bisogna domandarsi, anzitutto, se, in particolare quando viene comunicato all'operatore economico che l'operazione oggetto di pre-notifica non rientra nell'ambito applicativo dei *golden powers* (non risultando conseguentemente dovuta la formale notifica), la valutazione "preliminare" del Gruppo di coordinamento cui è demandato il compito di esaminare la richiesta

³³ L. Belviso, *Golden Power*, op. cit., 115. Sul tema anche R. Chieppa, *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022*, n. 51, cit., 24. Sulla pre-notifica si veda anche: L. Masotto, *Il golden power alla prova del procedimento e del processo amministrativo*, cit., 666; A. Sandulli, *La febbre del golden power*, cit., 758; R. Garofoli, *Golden power, mercato e protezione degli interessi nazionali*, cit., 8-9; M. Clarich, *Servizi cloud e 5G dentro il perimetro del golden power*, cit.

preventiva è definitiva, cioè se consumi il potere del Consiglio dei Ministri, della Commissione e degli altri Stati, di sollevare rilievi sull'operazione indagata.

A mio avviso, dalla normativa che istituisce l'istituto³⁴, che riferisce delle finalità della pre-notifica individuandole nell'obiettivo di «ricevere una valutazione preliminare sulla applicabilità dei citati articoli e sulla autorizzabilità dell'operazione» dovrebbe derivarsi che la determinazione espressa non è definitiva e che, quindi, il Governo potrebbe comunque ravvisare la necessità di intervenire in esercizio dei poteri di *golden power*.

A tali conclusioni, si giungerebbe anche considerando che, come si è visto sopra, il Consiglio dei Ministri è legittimato, senza alcuna motivazione rafforzata, a discostarsi dalla proposta emersa a valle della istruttoria degli organi tecnici; a ciò dovrebbe logicamente seguire che, quantomeno dove la pre-notifica sia gestita all'interno del Gruppo di coordinamento, senza il coinvolgimento del Governo, essa non possa chiudere la possibilità di osservazioni divergenti dell'organo titolare del potere (*id est* il Governo). Diversamente, si verificherebbe una sostituzione di potere, per effetto dell'assegnazione di competenza ad organi differenti, a seconda delle modalità di avvio del procedimento prescelte dall'impresa (pre-notifica o notifica).

Tra l'altro, il modello di ispirazione della pre-notifica, che è indicato in dottrina nella procedura prevista in tema di concentrazioni, rispetto alla quale è consentito ai soggetti interessati di realizzare un confronto preliminare con l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in una fase precedente alla comunicazione formale dell'operazione (di concentrazione), è strutturato in maniera cooperativa, per consentire un confronto con gli uffici dell'Autorità secondo i tempi e le modalità da concordare con gli stessi in relazione alle eventuali problematiche connesse alla predisposizione della successiva comunicazione formale.

Nell'ambito di tale confronto è possibile richiedere ed acquisire ulteriori informazioni, che semplificano e accelerano la verifica (successiva) degli effetti della comunicazione di concentrazione. È poi specificato, nelle indicazioni operative che l'Autorità fornisce agli operatori economici, che restano fermi i poteri *ex art.* 16, comma 4, della l. n. 287/1990, tra i quali il divieto dell'operazione di concentrazione. Dunque, il modello di riferimento appare molto lontano dalla sua interpretazione nel campo dei *golden powers*.

Un chiarimento sugli accennati aspetti sarebbe probabilmente opportuno, se non in fase normativa, quanto meno in fase di esplicitazione della prassi applicativa e degli effetti conseguenti alla comunicazione di pre-notifica sui poteri esercitabili successivamente dal Governo.

³⁴ Cfr., Art. 2-*quater* d.l. n. 21 del 2012 (inserito dall'art. 26, c. 1, d.l. n. 21/2021).

3.3. *Il provvedimento conclusivo: è davvero un atto di alta amministrazione?*

Il provvedimento di esercizio o non esercizio dei *golden powers* è assunto con delibera collegiale del Consiglio dei Ministri, che decide sulla proposta formulata dal Ministro competente – proposta che, come si è scritto, può essere disattesa anche senza motivazione – e approvata dall'intero Gruppo di coordinamento.

La decisione è soggetta al controllo di ragionevolezza del giudice amministrativo e deve rispettare alcuni principi, *in primis* il principio di proporzionalità, che non si esaurisce nella preferenza del potere prescrittivo rispetto a quello oppositivo e interdittivo.

Sulla qualificazione giuridica dell'atto conclusivo, la giurisprudenza³⁵, in accordo con le tesi dottrinali maggioritarie³⁶, ha ritenuto di riferirsi alla categoria degli atti di alta amministrazione (caratterizzati da altissima discrezionalità e da un significativo *self restraint* del sindacato giurisdizionale) – al pari, per esempio, dell'atto di nomina di un Capo Dipartimento di un Ministero – con qualche (a mio avviso convincente) perplessità espressa tra gli studiosi³⁷ di chi sottolinea come le norme in esame configurino un potere tipicamente amministrativo (con densità politica differente da quella degli atti di alta amministrazione), sindacabile infatti anche sotto il profilo della sua proporzionalità, con alcune rilevanti peculiarità – piuttosto – sul piano istruttorio, per cui vi sono esigenze di riservatezza e di segretezza che comprimono i diritti delle parti coinvolte nel procedimento.

Per la verità, l'operazione a cui si è appena alluso si presta ad alcune criticità: anzitutto, il Consiglio di Stato qualifica i provvedimenti di *golden power* come atti amministrativi, ma li riconduce ad «un'ampia valutazione geopolitica proiettata a scenari futuri» e a protezione della «sovranità nazionale»; il che appare quanto meno spiazzante come connotazione capace di accompagnare atti qualificati (non come politici, ma come) di alta amministrazione.

A mio avviso, il discorso potrebbe beneficiare di una impostazione maggiormente sostanzialista, più coerente con il diritto europeo, nel quale si trovano le

³⁵ In maniera riassuntiva Cons. St., Sez. IV, 9 gennaio 2023, n. 289; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 13 aprile 2022, n. 4486 e 4488.

³⁶ Escludono la natura di atto politico: L. Belviso, *Golden power*, op. cit., 137 ss., che sottolinea come, diversamente dall'atto politico, non si tratta di un'attività libera nella scelta dei fini, perché la legge individua le finalità sottese all'esercizio del potere; R. Garofoli, *Golden power: mercato e protezione degli interessi nazionali*, in *www.federalismi*, 2022; R. Chieppa, *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022*, n. 51, cit., 10 ss.; A. Sandulli, *La febbre del golden power*, cit., 753; B.P. Amicarelli, *Il golden power fra istruttoria viziata e principio di legalità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 655 ss.; R. Spagnuolo Vigorita, *Golden power: per un nuovo intervento dello stato nell'economia*, cit., *passim*.

³⁷ A. Sandulli, *La febbre del golden power*, cit., 743.

fondamenta dei poteri speciali degli Stati. Specialmente per la *ratio* che supporta l'intervento pubblico dell'economia nel caso in esame.

Trattandosi di esercitare valutazioni strategiche, di carattere geopolitico, a tutela della sicurezza e della difesa della Nazione e di disvelare – e vietare – eventuali operazioni economiche sospette, a protezione della sovranità popolare, mi pare che gli atti in questione non abbiamo né i tratti degli atti di alta amministrazione né quelli degli atti amministrativi *tout court*. Si potrebbe discutere invece se sia stata introdotta nell'ordinamento una nuova categoria di atti politici, eccezionalmente oggetto papabile di sindacato giurisdizionale.

La mancata riconducibilità alla categoria degli atti politici è, infatti, la mera conseguenza del dettato sovranazionale: nel Regolamento europeo è chiaramente espresso il principio della doverosa sindacabilità delle decisioni di *golden powers*, a presidio delle libertà economiche riconosciute dal Trattato.

Ma forse la qualificazione, in ottica euro-unitaria, è poco rilevante, perché è invece decisivo il regime giuridico al quale l'atto è sottoposto; in questo, scrivevo che proverei a proporre una impostazione sostanzialista.

La mia proposta è di considerare questi atti come “atti politici a regime amministrativo europeo”, perché è il Regolamento UE ad imporre il rispetto di principi fondamentali, tra cui la trasparenza, la pubblicità, la non discriminazione, la sindacabilità di fronte ad un giudice, che, a prescindere dal *nomen iuris* dell'atto, devono essere garantiti nel procedimento.

Per questo, mi pare si possa proporre di qualificare questi atti come atti politici a “regime amministrativo europeo”, soggetti ai principi generali di cui al Regolamento UE e sottratti, perciò, alla teoria della insindacabilità dell'atto politico³⁸.

Il principio di proporzionalità, per esempio, al di là delle previsioni contenute nel Decreto del 2012 è inteso in senso europeo dal giudice sovranazionale, come ricordano le recenti conclusioni dell'Avvocato generale:³⁹ «il diritto dell'Unione limita le scelte politiche nazionali, esigendo che le ragioni giustificative siano interpretate restrittivamente, poiché costituiscono deroghe alla regola in base alla quale gli investimenti diretti sono, in linea di principio, liberalizzati. Di conseguenza, tali giustificazioni possono essere invocate soltanto in presenza di una minaccia reale e sufficientemente grave per uno degli interessi fondamentali della collettività, anche se solo probabile».

³⁸ In merito alla quale si rinvia a M. Del Signore, *Commento all'art. 31 Regio Decreto 26 giugno 1924, n. 1054*, in Aa.Vv., *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di A. Romano, R. Villa, Padova, 2009, 1484 ss.

³⁹ Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale della CGUE, 23 marzo 2023, in C-106/2022.

Quanto al sindacato del giudice amministrativo nazionale, si tratta di un sindacato esterno che controlla la ragionevolezza dell'atto e l'esercizio dei presupposti "formali"⁴⁰.

Del resto, non credo ciò debba stupire: infatti, il giudice amministrativo non ha qui accesso pieno al fatto; perché gli elementi di valutazione sono in parte secretati; quindi, il *self restraint* è il riflesso di una questione di capacità istituzionale: i limiti della decisione giudiziale dipendono dai limiti della sua cognizione. La documentazione che porta alla decisione non è, infatti, suscettibile di accesso agli atti.

E però questo non significa che il sindacato giurisdizionale non si esprima.

Dunque, il sindacato è possibile, ma non invece una sostituzione della valutazione politica perché essa comporterebbe l'assunzione di un *constitutional role* da parte del giudice amministrativo⁴¹.

4. *Le peculiarità del regime dei golden power come forma di intervento pubblico nell'economia*

Si è visto come, ambientata nel contesto europeo, la disciplina dei *golden power* è sì affidata a strumenti imperativi di azione pubblica che implicano la soggezione della posizione dell'operatore economico alle decisioni dell'autorità, ma si tratta di poteri soggetti a forme di concertazione e cooperazione, limitati negli obiettivi, esercitati all'interno di un procedimento composito al quale partecipa la Commissione e ordinati dentro ad un dialogo che coinvolge diversi attori.

Già la concertazione degli Stati e con l'Unione è, di per sé, una delle garanzie per un uso accorto e responsabile delle limitazioni a libertà fondamentali riconosciute dai Trattati.

Riflettendo specificamente sui poteri di *golden power*, la dottrina pubblicistica ha evidenziato alcuni tratti interessanti e peculiari dell'istituto.

È stato osservato⁴² che il *golden power* incide sulla *living constitution* europea, proponendo un equilibrio diverso tra Stato e mercato e qualificandosi come «una delle forme di protezione perimetrale degli interessi finanziari dell'Unione europea».

L'osservazione mi pare particolarmente pertinente perché evidenzia che il rapporto tra Stato e mercato non è una situazione sempre uguale a se stessa, ma

⁴⁰ Si segnala, però, che in dottrina si è ipotizzata l'applicazione dell'art. 6 CEDU, come parametro per verificare la pienezza della tutela anche dei ricorsi avverso l'esercizio dei poteri di *golden power*: così M. Allena, *Un nuovo ambito di giurisdizione del giudice amministrativo nel diritto dell'economia: la competenza esclusiva in materia di esercizio dei golden powers*, in *Il dir. dell'econ.*, 2012, 639 ss.

⁴¹ Interessanti, sul punto, le considerazioni di un giurista di estrazione anglosassone, J. Jowell, *The role of judges in european democracies*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 87 ss.

⁴² A. Sandulli, *La febbre del golden power*, cit., spec. par. 6.

al contrario si evolve seguendo le esigenze sociali e le istanze economiche, prese in considerazione nella loro configurazione storica concreta.

Interessante anche l'osservazione che inquadra il *golden power* come un modello di rilancio di strumenti di programmazione economica a livello europeo; in effetti, la *soft cooperation platform* realizzata grazie al Regolamento europeo fissa una importante strategia politica, comune, europea articolandone i principi, nella logica che è simile a quella degli atti statali di programmazione macroeconomica.

In questo senso, ancora più in generale, si comprende l'osservazione di chi ha sottolineato come il *golden power* rilanci l'integrazione europea e l'essenzialità dell'alleanza collaborativa tra i Governi degli Stati membri, e tra essi e la Commissione, affinché l'Unione torni ad esercitare quella funzione di comunità economica e sociale, con una propria identità e proprie strategie, che le consentirebbe di essere maggiormente riconosciuta come protagonista fondamentale dello scenario geopolitico mondiale.

Per altro verso, è emerso che il *golden power* attribuisce centralità al diritto amministrativo, o almeno alle sue strutture logiche, come si evince dai meccanismi e dai principi che emergono dal Regolamento UE, ma anche dalla declinazione del procedimento (appunto amministrativo) di esercizio dei poteri speciali e dalla giurisdizione del giudice amministrativo degli Stati membri⁴³.

Si è detto poi che «con i *golden powers*, lo Stato torna a svolgere anche le funzioni di doganiere, riappropriandosi del ruolo di guardiano dei confini, di fronte a vecchie e nuove minacce alla sicurezza e agli interessi nazionali che possono celarsi dietro ad operazioni di investimento apparentemente solo economiche»⁴⁴.

Credo si possa aggiungere al dibattito attuale qualche ulteriore considerazione, a partire dalla prima osservazione formulata in questo scritto: la disciplina sul *golden power* legittima un intervento pubblico con canoni differenti dai tradizionali, in conseguenza della presenza di un modello economico nuovo.

Ci troviamo, oggi, di fronte ad un'economia a-territoriale (sconfinata), cioè globale, in termini di circolazione tra domanda e offerta, poco legata ai luoghi; altamente tecnologica e facile preda di espropriazione di *know how*; digitale, dunque fortemente interconnessa, pronta alla circolazione immediata delle informazioni e delle ricerche dato che il sapere scientifico e tecnologico può essere condiviso via *web*; con enorme crescita dei sistemi di intelligenza artificiale, quindi pronta a sviluppi non sempre controllabili dall'essere umano.

A fronte di queste caratteristiche dell'economia, i sistemi di regolazione tradizionale hanno bisogno di nuovi strumenti di controllo, appunto per impedire

⁴³ Diffusamente, L. Belviso, *Golden power*, op. cit., 140 s.

⁴⁴ G. Napolitano, *I Golden powers italiani alla prova del Regolamento Europeo*, in G. Napolitano (a cura di), *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2019, 121 e Id., *L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 549 ss.

che la globalizzazione dell'economia, l'assenza di legame coi territori, l'interconnessione digitale e la facile espropriazione di *know how* producano danni agli Stati e all'Unione o li rendano preda di scenari geopolitici negativi.

Alla luce di questo scenario, penso si possa condividere il fatto che l'intervento del *golden power* è consequenziale rispetto ad esigenze contingenti e che non ci si trovi di fronte ad una scelta ideologica in termini di ripubblicizzazione di ciò che sia già stato privatizzato.

Questo, secondo me, rende realmente peculiare il tipo di intervento pubblico nell'economia di cui stiamo parlando: fare in modo che l'interesse del mercato possa continuare a perseguirsi genuinamente, tutelando così *in primis* gli operatori e svelando, con mezzi di verifica che solo lo Stato può mettere in campo, eventuali strategie occulte di Paesi terzi.

E allora, se è così, la disciplina dei *golden power* potrebbe (a mio avviso, dovrebbe) essere riletta come una regolazione pro-concorrenziale.

Infatti, la "prevaricazione" del diritto pubblico sul diritto dei mercati appare ragionevole, anche perché va, in fin dei conti, a protezione della concorrenza. E perché alla base del *golden power* non vi sono elementi ideologici di strisciante pubblicizzazione, bensì ragioni geopolitiche e non di politica industriale.

E appare anche ragionevole che il *golden power*, nelle attuali condizioni dell'economia mondiale, sia concepito come uno strumento stabile (non transeunte) del diritto pubblico dell'economia (sotto questo profilo molto diverso dalla *golden share* che era una sorta di contraltare alla privatizzazione sostanziale delle *ex* imprese a partecipazione pubblica).

Si tratta, in altre parole, di una *ratio* che è perfettamente coerente con quella dell'attuale diritto pubblico dell'economia, che ritengo si possa associare all'idea di un "diritto della precauzione" (più che della prevenzione), cioè di norme che anticipano restrizioni per evitare danni potenzialmente molto gravi e irreparabili, anche alla luce di situazioni che presentano margini di incertezza, a fronte della difficoltà di interpretare la complessità dei fenomeni moderni, da un lato, e dell'esigenza di tutelare comunque la comunità, dall'altro (in quest'ottica, mi pare che l'approccio della normativa europea al fenomeno non sia molto diverso da quello verso l'intelligenza artificiale, con annesse limitazioni e interventi precauzionali).

Sara Valaguzza - Abstract

Il golden power nella prospettiva del diritto amministrativo: osservazioni sullo strumento e sulle sue dinamiche

Lo scritto analizza i *golden powers* come strumento strategico del diritto pubblico dell'economia nell'ottica dell'incrocio, sempre più attuale, tra esigenze del mercato e tutela degli interessi generali dell'Unione Europea, riflettendo sulla riconfigurazione della dimensione pro-concorrenziale nel disegno attuale dell'economia di mercato aperta e concorrenziale.

La *ratio* dei poteri speciali viene collegata ad un "diritto della precauzione" che anticipa restrizioni per evitare danni potenzialmente gravi e irreparabili, a fronte di situazioni che presentano margini di incertezza e della difficoltà di interpretare la complessità dei fenomeni moderni che popolano la geopolitica del mondo.

The Golden power in the perspective of administrative law: observations on the instrument and its dynamics

The paper analyses golden powers as a strategic tool of public economic law in the increasingly relevant intersection between market needs and the protection of the EU general interest. The reconfiguration of the pro-competitive dimension, together with an open and competitive market economy, is one of the topics analysed.

The rationale behind these special powers is connected to a "precautionary law" approach that aims to proactively impose restrictions to prevent potentially serious and irreversible harm. This is particularly relevant in situations that involve uncertainty and the challenges of understanding the complexities of modern geopolitical phenomena.

Il sistema climatico: un nuovo bene giuridico?

Antonietta Lupo

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. – 2. Il problema della definizione del perimetro concettuale di clima nella sua dimensione giuridica. Il clima: da fatto naturale a bene giuridico. – 3. La questione della qualificazione giuridica del bene “sistema climatico”. Il sistema climatico come bene comune: profili di diritto nazionale. – 3.1. *Segue*: Il sistema climatico come *global common good*: profili di diritto internazionale. – 4. Rilievi conclusivi.

1. *Premessa introduttiva*

È ormai opinione condivisa che il cambiamento climatico antropogenico rappresenti la più imponente sfida ambientale, giuridica, sociale ed economica dell'era contemporanea¹.

Nonostante alcune posizioni negazioniste reputino i timori per l'alterazione nella variabilità naturale del clima una forma di allarmismo ambientale², sia la comunità scientifica internazionale che la società civile acclarano ormai con sufficiente certezza la gravità dell'emergenza climatica in corso, soprattutto in termini di «perdita di resilienza e integrità funzionale della Terra e dei suoi sistemi»³.

¹ Il contributo è il frutto di riflessioni contenute in un più ampio lavoro monografico in corso di pubblicazione.

N. Watts, *The 2018 Report of the Lancet Countdown on Health and Climate Change: Shaping the Health of Nations for Centuries to Come*, in *The Lancet*, 2018, 2479 ss.; D. Bodansky, J. Brunnée, L. Rajamani, *International Climate Change Law*, Oxford, 2017, 2 ss.; P. Sands, *Climate Change and the Rule of Law: Adjudicating the Future in International Law*, in *Journal of Environmental Law*, 2016, 22 ss.; N. Stern, *The Economics of Climate Change*, in *The American Economic Review*, 2008, 1 ss.

² Cfr. M. Carducci, *Il diritto alla verità climatica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2023, 349 ss.; S. Levantesi, *I bugiardi del clima. Potere, politica, psicologia di chi nega la crisi del secolo*, Roma-Bari, 2021; S. Caserini, *Il negazionismo climatico e il ritardo nelle politiche di mitigazione*, in *Economia delle fonti di energia e dell'ambiente*, 2010, 47 ss.

³ G.M. Woodwell, *On Purpose in Science, Conservation and Government: The Functional Integrity of the Earth Is at Issue Not Biodiversity*, in *Ambio*, 2002, 432 ss.

Le modificazioni del clima costituiscono un «fatto distruttivo»⁴ di portata eccezionale, che ha il potenziale di impattare severamente non solo sui sistemi ecologici fondamentali del nostro pianeta, ma, di riflesso, anche sulle condizioni di vita dell'essere umano, pregiudicando la fruibilità di molteplici diritti fondamentali già riconosciuti a livello domestico, regionale e internazionale, quali il diritto a cibo adeguato, il diritto di accesso all'acqua, il diritto alla salute, il diritto di autodeterminazione.

Riprendendo il pensiero di Luigi Ferrajoli⁵, l'attuale emergenza climatica non consta, dunque, in una "fattispecie", configurandosi al contrario in un replicarsi di fatti materiali produttivi di effetti lesivi della vita umana.

È su simili premesse che affiora, ormai da qualche anno, l'idea di affrontare la questione climatica dalla prospettiva dei diritti umani attraverso il riconoscimento di uno specifico diritto soggettivo alla stabilità climatica, considerato come «condizione operativa necessaria a mantenere effettivi nel tempo gli altri diritti»⁶ ovvero quale «condizione logica»⁷ del diritto alla vita.

Si ritiene, infatti, che l'eventuale riconoscimento di un diritto soggettivo al clima possa, nello spazio giuridico europeo, «condizionare, fortemente, le scelte del decisore politico» e, nello scenario globale, «indirizzare le politiche di contrasto ai cambiamenti climatici e al riscaldamento globale, rafforzando il percorso già delineato dalla Convenzione Quadro sui Cambiamenti Climatici, dal Protocollo di Kyoto e, da ultimo, dall'Accordo di Parigi»⁸.

Tuttavia, la concettualizzazione *de jure condendo* di un diritto umano al clima è piuttosto ardua: ci si interroga sulla giuridicità dell'interesse individuale ad esso sotteso, focalizzato tra i due estremi del diritto soggettivo assoluto e dell'interesse diffuso (da cui anche il profilo della legittimazione ad agire in giudizio), sul relativo fondamento normativo, sulla sua concreta "coercibilità".

Ciò che sembra, invece, posta in secondo piano è la questione dell'esistenza giuridica del bene "clima".

Considerato che l'identificazione di una situazione giuridica soggettiva è intrinsecamente correlata alla natura del bene, occorre a nostro avviso domandarsi preliminarmente se il clima, quale fenomeno naturale extragiuridico, possa considerarsi entità giuridicamente rilevante e, come tale, assurgere al rango di bene giuridico.

⁴ M.S. Giannini, *Diritto dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1125.

⁵ L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, 2. Teoria della democrazia*, Roma-Bari, 2007, 263; M. Carducci, *Emergenza climatica: tra "formule Radbruch" e diritto umano al clima stabile e sicuro*, in *Scienza & Pace Magazine*, 2023.

⁶ M. Carducci, *Cambiamento climatico (Diritto costituzionale)*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *DDPub*, Milano, 2021, 71.

⁷ M. Magri, *Il 2021 è stato l'anno delle "giustizia climatica"?*, in *AmbienteDiritto.it*, 2021, 5.

⁸ A. Pisanò, *Il diritto al clima. Una prima concettualizzazione*, in *L'ircovero*, 2021, 283.

2. *Il problema della definizione del perimetro concettuale di clima nella sua dimensione giuridica. Il clima: da fatto naturale a bene giuridico*

È a tutti noto come il clima in sé rappresenti un fatto naturale oggettivo, studiato e qualificato dalla scienza come «la descrizione statistica, in termini di media e di variabilità, di grandezze rilevanti» che si succedono in una determinata località durante «un periodo di tempo che va da mesi alle migliaia o milioni di anni»⁹.

Pur essendo ormai riconosciuto dal diritto come fonte produttiva di effetti giuridici, il “fatto climatico” non ha mai costituito oggetto di una specifica definizione giuridica, né a livello di diritto internazionale né a livello di diritto domestico¹⁰ né ancora a livello di formante giurisprudenziale.

La ragione di tale lacuna risiede nella circostanza che il clima è sostanzialmente un fatto extragiuridico «sorretto da descrizioni indipendenti dal diritto, in quanto offerte esclusivamente dalle scienze naturali, ovvero da quelle osservazioni che si occupano delle c.d. “leggi della natura” [...] ed elaborano le conseguenti “leggi scientifiche”, per la loro descrizione»¹¹.

È, dunque, consequenziale che i principali testi normativi in materia climatica definiscano e disciplinino non già il fenomeno clima in sé considerato (il cui concetto, come si vedrà, si dà per presupposto), ma la sua “alterazione” antropogenica, ovvero il cambiamento climatico, in quanto produttiva di effetti negativi rilevanti per il diritto.

Paradigmatico, al riguardo, è l’art. 1 della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (d’ora in avanti, UNFCCC), che «non per caso si apre con la formula “effetti negativi dei cambiamenti climatici” e solo dopo ricorre alla definizione di “cambiamenti climatici”, cui si aggancia quella non di “clima” bensì di “sistema climatico”»¹².

⁹ IPCC, *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, 2022, 2902.

¹⁰ R. Bifulco, *Ambiente e cambiamento climatico nella costituzione italiana*, in *Rivista AIC*, 2023, 137, evidenzia che la maggioranza delle Costituzioni europee non contengono alcun esplicito riferimento ai lemmi clima e/o cambiamento climatico, con l’eccezione dei Cantoni svizzeri, Berna e Ginevra. La stessa Costituzione italiana (recentemente modificata dalla legge cost. n. 1/2022), mentre menziona l’«ambiente», la «biodiversità» e gli «ecosistemi», non opera alcun riferimento al clima e/o al cambiamento climatico, che infatti – a ragione – è stato considerato da F. Gallarati, *Tutela costituzionale dell’ambiente e cambiamento climatico: esperienze comparate e prospettive interne*, in *DPCE online*, 2022, 1085, «il grande assente della riforma costituzionale». In argomento, A. Stevanato, *Il costituzionalismo oltre lo Stato alla prova del cambiamento climatico: lezioni svizzere e tedesche per il nuovo articolo 9 della Costituzione italiana*, in *DPCE online*, 2023, 593 ss.

¹¹ M. Carducci, *Il diritto alla verità climatica*, cit., 354.

¹² M. Carducci, *La ricerca dei caratteri differenziali della “giustizia climatica”*, in *DPCE online*, 2020, 1362.

Parimenti assai significativo è l'art. 191 del TFUE, che, nel riferirsi alla politica dell'Unione in materia ambientale, neppure timidamente accenna al lemma clima, ricorrendo invece all'espressione "combattere i cambiamenti climatici"¹³.

Alla rammentata mancanza di una definizione normativa cui fare riferimento sopperiscono i lodevoli sforzi profusi dalla dottrina, che, partendo dal presupposto teorico che il clima si trovi in una relazione di strettissima interdipendenza con l'ambiente, propone diverse soluzioni definitorie.

Una prima elaborazione dottrinale sugli aspetti giuridici del clima ravvisa una sua marcata vicinanza concettuale con l'ambiente, argomentando che «gli elementi climatici sembrano appartenere ad una nozione ampia del bene ambiente, sia perché ne partecipano le condizioni di vita e di salute delle diverse matrici, sia perché esso stesso, nelle sue componenti fisiche (i fattori climatici), ne costituisce parte essenziale»¹⁴. Più chiaramente, il clima costituirebbe uno dei molteplici fattori che compongono il bene ambiente.

Riecheggia in questo orientamento la nota teoria pluralista¹⁵, che considera l'ambiente un concetto "contenitore" o "ombrello"¹⁶ nel quale far confluire beni di varia appartenenza e di diversa utilizzazione, ciascuno oggetto di tutele giuridiche distinte e differenziate.

Com'è stato notato¹⁷, però, i concetti di ambiente e clima – seppur «siano nell'immaginario collettivo concetti contermini»¹⁸ poiché deputati entrambi alla regolazione della vita umana e non umana – non sono tra loro sovrapponibili.

¹³ Cfr. M. Monteduro, *La tutela della vita come matrice ordinamentale della tutela dell'ambiente (in senso lato e in senso stretto)*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2022, 442.

¹⁴ A. Galanti, *Giustizia ambientale e giustizia climatica: così vicine, così lontane*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, 626.

¹⁵ M.S. Giannini, «Ambiente»: saggio sui suoi diversi aspetti giuridici, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 1 ss.; E. Capaccioli, F. Dal Piaz, *Ambiente (tutela dell')*, in *Noviss. Dig. It.*, I, Torino, 1980, 257 ss.; A. Predieri, *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 503 ss.; G. Pericu, *Ambiente (tutela dell') nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, 189; B. Caravita, *Diritto pubblico dell'ambiente*, Bologna, 1990, 43 ss.; G. Cocco, *Ordinamento costituzionale*, in S. Nespor, L. Ramacci (a cura di), *Codice dell'Ambiente*, Milano, 2022, 152 ss.. In giurisprudenza, Corte cost., 29 dicembre 1982, n. 239, in *Foro it.*, 1983, CVI, 2; Cons. Stato, sez. VI, 11 aprile 1991, n. 257, in *Riv. gir. amb.*, 1992, 130. Sull'opposto versante teorico si pongono i sostenitori della c.d. concezione monista (tra i quali F. Giampietro, *Diritto alla salubrità dell'ambiente. Inquinamenti e riforma sanitaria*, Milano, 1980, 71 ss.; A. Postiglione, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 32; A. Gustapane, *Tutela dell'ambiente*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 507; F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria di ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, 215 ss.; P. Maddalena, *L'ambiente: prolegomeni per una sua tutela giuridica*, in *Riv. giur. amb.*, 2008, 525 ss.. In giurisprudenza, Corte cost., 28 maggio 1987, n. 210, in *Giur. cost.*, 1987, I, 1577; Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641, in *Giur. cost.*, 1987, I, 3788.

¹⁶ Cfr. M. Cecchetti, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000, 14.

¹⁷ S. Baldin, *Towards the judicial recognition of the right to live in a stable climate system in the European legal space? Preliminary remarks*, in *DPCE online*, 2020, 1445; M. Carducci, *Cambiamento climatico*, cit., 53.

¹⁸ M. Magri, *Esiste un diritto al clima?*, in *Rienergia.staffettaonline.com*.

L'ambiente è spesso associato ad un determinato contesto fisico-territoriale, l'*habitat* naturale nel quale vive l'uomo, delimitato e circoscritto¹⁹. Esso costituisce «l'insieme delle condizioni fisiche che gli esseri viventi, e specialmente l'uomo, necessitano per garantire la propria sopravvivenza»²⁰.

Il clima, invece, rappresenta un “macro-oggetto” giuridico che interessa l'intero globo e che si caratterizza per la sua “a-spazialità” e “a-temporalità”. Rinviano allo strumentario gnoseologico proprio della scienza, Carducci evidenzia, infatti, che esso consiste in una «situazione interspaziale e intertemporale di mutamento che interessa l'intera biosfera e non solo un determinato contesto»²¹. Sicché, se anche esso rappresenta «il contesto in cui si trovano gli elementi che compongono l'ambiente, è da essi distinto»²².

Detto in altri termini, anche se «il sistema climatico, sia a livello locale che a livello globale, dipende ed è influenzato dai fattori ambientali», i quali, a loro volta, «possono persistere e conservarsi a condizione che perdurino le condizioni climatiche che hanno permesso la loro formazione ed esistenza»²³, esso non può comunque identificarsi con l'ambiente.

All'esito del solcato *iter* argomentativo, altra posizione della dottrina giunge, dunque, alla conclusione che l'essenza del clima non sia «riconducibile alla definizione giuridica di ambiente o di natura, né di altro ancora, in quanto il clima reclama una sfera esclusiva»²⁴, così come il diritto climatico, che, «sebbene concepito inizialmente come un sotto-settore del diritto dell'ambiente, negli ultimi decenni [...], ha acquisito progressivamente alcuni tratti distintivi propri, tanto da condurre parte della dottrina ad identificare nel *climate change law* una branca a sé stante del diritto, o finanche a teorizzare la riconduzione del diritto dell'ambiente all'interno del macro-settore del diritto climatico»²⁵.

V'è da considerare che quello di clima (come pure quello di ambiente²⁶) è un concetto ontologicamente indeterminato in astratto e di per sé non facilmente riducibile in enunciati prescrittivi secondo il linguaggio normativo.

Trattandosi, come si è detto in precedenza, di un fenomeno extragiuridico di conoscenza scientifica, appare chiaro come per ricostruirne il perimetro concettuale sia necessario analizzarne preliminarmente l'accezione non giuridica, assumendo come punto di partenza le acquisizioni scientifiche.

¹⁹ Corte cost., 14 gennaio 2009, n. 12, in *Federalismi.it*, 2009.

²⁰ A.N. Martín, *Don't look up: le risposte del diritto penale alla crisi climatica*, in *Sistema penale*, 2022, 49.

²¹ M. Carducci, *Diritto al Clima: i cittadini fanno causa allo Stato*, in *TerraNuova.it*, 29 settembre 2019.

²² T. Morton, *Hyperobjects: Philosophy and Ecology After the End of the World*, Minneapolis, 2013, 54.

²³ R. Bifulco, *Ambiente e cambiamento climatico nella costituzione italiana*, cit., 138.

²⁴ S. Baldin, P. Viola, *L'obbligazione climatica nelle aule giudiziarie. Teorie ed elementi determinanti di giustizia climatica*, in *DPCE online*, 2021, 598 ss.

²⁵ F. Gallarati, *Tutela costituzionale dell'ambiente e cambiamento climatico*, cit., 1089.

²⁶ M. Cecchetti, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, cit., 2 ss.

Le cognizioni fornite dalla scienza specialistica (*rectius*, i risultati diffusi dall'IPCC attraverso i suoi *report*) definiscono il clima come «il tempo medio o, più rigorosamente, come la descrizione statistica in termini di media e variabilità di grandezze rilevanti (temperatura, precipitazioni e venti) in un periodo di tempo che va da mesi a migliaia o milioni di anni. [...] In un senso più ampio e generale, il clima è lo stato, con l'inclusione di una descrizione statistica, del sistema climatico», ovvero dell'insieme di cinque componenti fisiche (l'atmosfera, l'idrosfera, la criosfera, la litosfera, la biosfera e le interazioni tra loro) «responsabili del clima e delle sue variazioni»²⁷. Essendo, infatti, il sistema climatico un sistema fisico unico, qualsiasi mutamento intervenga in uno solo di tali singoli elementi «si ripercuote sull'intero sistema, il quale reagisce portando una continua, seppur lentissima, variazione del proprio assetto globale»²⁸, cioè una variazione climatica.

La complessa interazione tra tali entità fisiche – considerate dalla scienza elementi del clima e non già semplici fattori o cause esterne – garantisce un flusso spontaneo di servizi naturali, i cd. servizi ecosistemici di regolazione, fondamentali per il funzionamento del sistema di supporto della vita sulla Terra.

Come si vede, dunque, nella letteratura scientifica il clima rappresenta una realtà strutturalmente complessa nella quale convergono molteplici fattori fisici, chimici, biologici. Esso presenta, inoltre, un carattere sistemico, giacché gli elementi che lo compongono, combinandosi tra loro secondo interrelazioni e interazioni, concretano la funzione ecosistemica di regolazione dei beni e servizi naturali indispensabili per il soddisfacimento diretto e/o indiretto delle necessità umane²⁹.

Tali cognizioni tecnico-scientifiche, seppur non esplicitamente positivizzate, risultano sussunte nei contenuti delle disposizioni normative definitorie del diritto climatico di cui l'UNFCCC è considerata «documento fondativo»³⁰.

Nell'operare quella che viene denominata “riserva di scienza”³¹, a ben vedere, l'art. 1 della citata Convenzione definisce anzitutto il sistema climatico e le sue componenti, rinviando sostanzialmente alla concezione “sistemica” di clima sopra configurata: si legge, infatti, che il sistema climatico è l'insieme dell'atmosfera, idrosfera, biosfera, geosfera e delle relative interazioni.

In secondo luogo, l'art. 1, comma 2, nel definire il cambiamento climatico come «la variazione del clima attribuito direttamente o indirettamente ad attività

²⁷ IPCC, *Climate Change 2001: The Scientific Basis. Contribution of Working Group I to the Third Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge-New York, 2001, 87.

²⁸ M. Pinna, *La climatologia nella seconda metà del ventesimo secolo. Alcuni elementi per un riesame*, in *Bollettino della società geografica italiana*, 1998, 234.

²⁹ R.S. Degroot, *Functions of Nature*, Groningen, 1992.

³⁰ A. Pisanò, *Diritto al clima*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, Napoli, 2022, 112.

³¹ L. Busatta, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, 144 ss.; S. Ceccanti, *Scienza e politica dopo la pandemia: 'chi' decide 'cosa'*, in *Federalismi.it*, 2022.

umane, che altera la composizione dell'atmosfera planetaria e che si aggiunge alla naturale variabilità climatica osservata su intervalli di tempo analoghi», richiama due elementi caratterizzanti la nozione scientifica di clima³²: «la naturale variabilità climatica osservata su intervalli di tempo analoghi», ossia la variabile spazio-temporale della temperatura e «la variazione del clima attribuito direttamente o indirettamente ad attività umane», ovvero la componente antropogenica che le leggi fondamentali della termodinamica e l'osservazione dei flussi di materia ed energia che fluiscono all'interno del nostro pianeta considerano elemento che (assieme alle altre entità fisiche) contribuisce alla naturale variabilità climatica³³.

Il “rinvio” all’accezione non giuridica di clima risulta, poi, ancor più chiara nella definizione di impatti climatici negativi, qualificati come «cambiamenti dell’ambiente fisico o della vita animale e vegetale dovuti a cambiamenti climatici, che hanno rilevanti effetti deleteri per la composizione, la capacità di recupero o la produttività di ecosistemi naturali e gestiti per il funzionamento dei sistemi socioeconomici oppure per la sanità e il benessere del genere umano». Qui, com’è stato evidenziato, il concetto scientifico di clima emerge, assumendo la forma di «funzione ecosistemica di regolazione di beni e servizi naturali indispensabili per il funzionamento delle relazioni socio-economiche e il benessere delle comunità viventi, inclusa quella umana»³⁴.

Alla luce di queste riflessioni può, quindi, affermarsi che – sul piano del diritto positivo – la nozione di clima sia presupposta e indirettamente ricavabile in via di interpretazione.

Così, pur nella mai sopita difficoltà di individuare una descrizione giuridica pienamente soddisfacente, si può definire il clima come la rappresentazione dello stato del sistema climatico, o meglio come «il risultato dell’equilibrio degli scambi di energia e di materia»³⁵ fra le sue componenti sistemiche funzionalizzato alla regolazione di quei processi ecosistemici atti a soddisfare, direttamente o indirettamente, le necessità dell’uomo e a garantire l’esistenza di tutte le specie viventi.

È in questi termini che, a nostro avviso, il clima (*rectius*, il sistema climatico di cui esso è rappresentazione) acquisisce rilevanza per il diritto, assurgendo a bene giuridico oggetto di tutela. Di esso, infatti, il diritto climatico si incarica di garantire la stabilità e la sicurezza – oggi minacciate dai cambiamenti climatici di natura antropogenica – attraverso la previsione di obbligazioni teleologicamen-

³² Cfr. M. Carducci, *Cambiamento climatico*, cit., 54.

³³ A. Kleidon, *A basic introduction to the thermodynamics of the earth system far from equilibrium and maximum entropy production*, in *Philosophical Transaction (Royal Society Biological Society)*, 2010, 1303 ss.

³⁴ M. Carducci, *La ricerca dei caratteri differenziali della “giustizia climatica”*, cit., 1361.

³⁵ Così M. Carducci, *ibidem*, 1361; S. Messina, *Il costituzionalismo “globale” alla prova del cambiamento climatico e della crisi ecologica planetaria. Per una possibile metamorfosi del diritto ambientale internazionale*, in A. Andronico, M. Meli (a cura di), *Diritto e antropocene. Mutamenti climatici e trasformazioni giuridiche*, Sesto San Giovanni, 2020, 151.

te orientate, tra l'altro, a escludere «qualsiasi pericolosa interferenza delle attività umane sul sistema climatico» (art. 2, UNFCCC) ed a «proteggere il sistema climatico a beneficio della presente e delle future generazioni» (art. 3, UNFCCC).

3. *La questione della qualificazione giuridica del bene "sistema climatico". Il sistema climatico come bene comune: profili di diritto nazionale*

Reputato il sistema climatico quale bene giuridico, si rende ora necessario procedere alla sua categorizzazione.

Com'è noto, la categoria dei beni funge da categoria ordinante e si presta a molteplici classificazioni dicotomiche. Tra queste, una distinzione fondamentale attiene certamente al regime di appartenenza.

Tanto nell'attuale codice civile quanto nella Costituzione, si distingue tra proprietà/beni pubblici e proprietà/beni privati. Se la Costituzione, nel prevedere che la proprietà «è pubblica o privata», sembra fare riferimento alla disciplina d'uso e non all'appartenenza soggettiva dei beni³⁶, la disciplina dettata dal codice civile appare, invece, più centrata sul dato formale della titolarità della proprietà³⁷.

Entrambi i testi normativi sembrano accogliere una connotazione decisamente economica del bene. È appena il caso di notare, infatti, che l'art. 42 cost. inserisce la proprietà entro il Titolo III dedicato ai diritti e doveri dei cittadini, facenti capo ai rapporti economici, mentre il codice civile si riferisce alle cose che possono formare oggetto di diritti, come quelle suscettibili di entrare a far parte del patrimonio individuale o collettivo: quest'ultimo, quindi, *de facto* è composto da beni, ma *de jure* include altresì i diritti su questi ultimi, avvalorando l'idea di appropriazione e, con essa, quella di scambio.

Va, tuttavia, tenuto presente che una maturata riflessione giuridica rispetto ai mutamenti contingenti della società contemporanea, nel tempo, ha portato al superamento del profilo dominicale dell'appartenenza, che oggi assume infatti carattere recessivo rispetto a quello della destinazione del bene, sia esso pubblico o privato³⁸.

La stessa Corte di Cassazione – chiamata a pronunciarsi nel 2011 sulla nota vicenda delle “valli da pesca nella laguna di Venezia” – ha posto in luce l'esigenza interpretativa di guardare al tema dei beni oltre la tradizionale «dicotomia beni pubblici (o demaniali) privati», per non «limitarsi alla mera individuazione della

³⁶ M. Renna, *Beni pubblici*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006.

³⁷ G. Fidone, *Beni comuni in senso giuridico e commons in senso economico: un confronto tra due categorie non coincidenti*, in *Apertacontrada.it*, 2018.

³⁸ N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 128; F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, I, Padova, 2009, 334.

titolarità dei beni», tralasciando «l'ineludibile dato della classificazione degli stessi in virtù della relativa funzione e dei relativi interessi a tali beni collegati»³⁹.

Secondo questa impostazione, occorre abbandonare «il percorso classico che va dai regimi ai beni» e, imboccando «il percorso inverso cioè dai beni al regime»⁴⁰, valutare i beni «in base alle utilità prodotte, tenendo in alta considerazione i principi e le norme costituzionali sopravvenuti al codice civile e collegando le utilità dei beni alla tutela dei diritti della persona e di interessi pubblici essenziali»⁴¹.

Seguendo dunque la logica della Corte, nella delicata prospettiva di categorizzare il sistema climatico, si trascenderà dalla tradizionale dicotomia beni pubblici-beni privati, per approdare ad una tassonomia in virtù della funzione e degli interessi ad esso collegati.

Come si è avuto modo di evidenziare nelle pagine che precedono, il sistema climatico è strumento necessario, essenziale, non sostituibile per la sopravvivenza della specie umana, oltre che per la realizzazione dei diritti fondamentali della persona (e, in particolare, del diritto alla vita, del diritto al cibo, del diritto all'acqua) e per il suo libero sviluppo.

Questa strumentalità del sistema climatico induce a ritenere che lo stesso – tenuto conto delle sue intrinseche peculiarità, talune delle quali appunto funzionali all'esercizio di diritti fondamentali della persona – possa essere sussunto nella categoria dei c.d. “beni comuni”⁴², ovvero di quell'insieme di beni che rilevano non tanto nella dimensione della loro appartenenza individuale a un soggetto privato o pubblico, bensì piuttosto in quella della loro capacità di soddisfare, attraverso il loro uso condiviso, i bisogni essenziali di coloro che appartengono a una determinata comunità di riferimento»⁴³.

Non è questa la sede per descrivere compiutamente la complessa tematica dei beni comuni, oggetto di riflessioni dense e articolate in campo sia giuridico, che economico, filosofico, sociologico e politico⁴⁴.

³⁹ Cass. civ., ss. uu., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1170 ss., con commento di F. Cortese, *Dalle valli di pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*; su tale pronuncia v. anche F. Saitta, *La demanialità dei beni tra titolarità e funzione: verso un definitivo superamento delle categorie codicistiche?*, in *Riv. giur. urb.*, 2011, 331 ss.

⁴⁰ A. Crismani, *I beni funzionali agli interessi della collettività: il caso della Laguna di Venezia e delle sue valli da pesca*, in *Riv. dir. nav.*, 2011, 23 ss.

⁴¹ Cass. civ., ss. uu., 14 febbraio, n. 3665, 2011, cit.

⁴² S. Nespore, *Tragedie e commedie del nuovo mondo dei beni comuni*, in *Riv. giur. amb.*, 2013, 665-685. *Contra*, M. Carducci, *La ricerca dei caratteri differenziali della “giustizia climatica”*, cit., 1367.

⁴³ M. Bombardelli, *La cura dei beni comuni come via di uscita dalla crisi*, in Id. (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Trento, 2016, 15.

⁴⁴ Per alcuni approfondimenti, *ex plurimis*, cfr. G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 1968, 1243 ss.; E. Ostrom, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990; U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011, 51; T. Bonetti, *I beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano tra “mito” e “realtà”*, in *Aedon*, 2013; A. Di Porto, *Res in usu pubblico e “beni comuni”. Il nodo della tutela*, Torino, 2013, 43 ss.; A. Dani, *Il concetto di “beni comuni” tra passato e presente*, in *Historia*

Basterà qui ricordare come essa non sia estranea alla scienza giuspubblicistica italiana, intrecciandosi con il più generale dibattito (di taglio prevalentemente filosofico-giuridico) sul modo di intendere la proprietà pubblica, inizialmente maturato a seguito dell'insofferenza verso «quelle politiche pubbliche che hanno generato l'attuale crisi di fiducia nelle istituzioni e nella rappresentanza politica»⁴⁵ e, successivamente, intensificatosi in conseguenza dei tentativi di privatizzazione del servizio idrico.

Si rammenterà come, già negli anni Sessanta del secolo scorso, Massimo Severo Giannini⁴⁶, privilegiando il criterio oggettivo-funzionale della destinazione del bene indipendentemente dalla sua appartenenza formale, teorizzasse una classificazione dei beni pubblici diversa da quella adottata dal codice civile del 1942.

È stato chiarito come l'illustre Autore non mirasse, tuttavia, «a contrapporre la proprietà pubblica a quella privata», ma intendesse «approfondire lo stato delle conoscenze sulla proprietà pubblica suggerendone una differenziazione fondata sull'attività che l'ente pubblico può svolgere grazie all'utilizzo di tali beni»⁴⁷. In questa prospettiva, infatti egli operava una distinzione tra beni pubblici (a loro volta suddivisi in beni a fruizione collettiva, contrassegnati da un loro godimento diffuso, e beni a fruizione imprenditoriale, riservati non alla collettività, ma alle imprese), beni collettivi, coincidenti con i cd. demani o domini collettivi, e beni comuni, i quali avrebbero costituito «una forma moderna di proprietà collettiva, poiché di essi la collettività ha l'effettivo godimento, mentre l'appartenenza al potere pubblico è in funzione di costituzione, conservazione, disposizione delle utilità collettive, delle utilità collaterali e della gestione del bene. Beni comuni sono, così, l'etere, l'acqua e l'aria, vale a dire beni talmente importanti che, almeno sinora, non si è mai posto un problema di appartenenza»⁴⁸.

Pur non pervenendo all'attestazione dell'esistenza di una categoria di beni definibili "comuni", non può negarsi che l'Autore sia stato però in grado di cogliere, se non addirittura di anticipare, la tematica dei beni comuni che la dottrina successiva avrebbe poi evidenziato ed adeguatamente approfondito.

Com'è noto, si deve alla Commissione Rodotà – istituita nel 2007 con il fine precipuo di elaborare uno schema di legge per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici – la «piena affermazione giuridica della catego-

et ius - *Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, 2014, 1 ss.; A. Lucarelli, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, in *Nomos*, II, 2017, 1.

⁴⁵ M.R. Marella, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, in Id. (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012, 9.

⁴⁶ M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, 77 ss.

⁴⁷ M. Passalacqua, "Oltre" la concezione proprietaria dei beni comuni. *Diritto, economia e interesse generale*, in *Amministrazioneincammino.it*, 2017, 2.

⁴⁸ M.S. Giannini, *Diritto pubblico*, cit., 93.

ria dei beni comuni quale *tertium genus* accanto ai beni “pubblici” e “privati”⁴⁹ e la loro configurazione dinamica come «cose che esprimono utilità funzionali all’esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona, e sono informati al principio della salvaguardia intergenerazionale delle utilità [...] che non rientrano *stricto sensu* nella specie dei beni pubblici, poiché sono a titolarità diffusa potendo appartenere non solo a persone pubbliche, ma anche a privati»⁵⁰.

Una definizione questa che, nel tempo, diventa inclusiva al punto da comprendere non solo le cd. *res incorporales*, cioè quelle cose *quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae iura consistunt*⁵¹, ma anche «tutti quei beni che, a prescindere dall’appartenenza (pubblica, privata o collettiva), siano, “per loro intrinseca natura o finalizzazione” e “indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore”, destinati alla realizzazione degli interessi della collettività»⁵².

Cose assai diverse, osserva la dottrina, che hanno senza dubbio qualcosa in comune con altri beni ascrivibili alla categoria, ma delle quali «non è facile stabilire esattamente che cosa. E non è così chiaro se quel “qualcosa” in comune è sufficiente per organizzare una categoria unitaria di beni comuni»⁵³.

L’eterogeneità dei beni comuni è spiegata in ragione della loro strumentalità alla garanzia dei diritti fondamentali la cui «potenzialmente inesauribile *vis* espansiva [...] finisce per attrarre (quantomeno, potenzialmente) all’interno della categoria in esame ogni sorta di bene (o, in generale, di istituto, di fenomeno) giuridicamente rilevante»⁵⁴.

Conseguenza di questa varietà di situazioni è il pericolo della dissoluzione della categoria dei beni comuni che, alla fine, rischia di non trovare adeguata protezione giuridica. Come evidenziato, infatti, «se tutto diventa bene comune, niente può essere davvero giuridicamente protetto dall’aggressione da una parte della proprietà privata e del mercato, dall’altra dall’ambiguo e spesso mortale abbraccio della proprietà pubblica»⁵⁵.

⁴⁹ T. Bonetti, *I beni comuni nell’ordinamento giuridico italiano*, cit., 3; A. Lucarelli, *Introduzione. Verso una teoria giuridica dei beni comuni*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2007, 4. *Contra* A. Ciervo, *Beni comuni*, Roma, 2012, 45 ss., per il quale l’espressione «beni comuni» non indica una terza categoria di beni, bensì un’alternativa alla tradizionale dicotomia beni privati/beni pubblici.

⁵⁰ Così la Relazione di accompagnamento alla proposta di legge delega recante: «Delega al Governo per la modifica del Capo II del Titolo I del Libro III del Codice Civile nonché di altre norme collegate».

⁵¹ Gai, *Istitutiones*, 2.12-14.

⁵² A. Di Porto, *I “beni comuni” in cerca di identità e tutela*, in G. Conte, A. Fusaro, A. Somma, V. Zeno Zencovich (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa*, Roma, 2018, 164.

⁵³ S. Nespor, *L’irresistibile ascesa dei beni comuni*, in *Federalismi.it*, 2013, 8 ss.; S. Rodotà, *Un terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013, 477; U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., 54.

⁵⁴ L. D’Andrea, *I beni comuni tra pubblico e privato*, in *Dir. e soc.*, 2016, 437; A. Saitta, *I beni comuni nella giurisprudenza costituzionale*, in L. D’Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri, A. Saitta (a cura di), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2015, 216.

⁵⁵ S. Nespor, *L’irresistibile ascesa dei beni comuni*, cit., 8 ss.

Da qui il tentativo della dottrina⁵⁶ di procedere ad un'organica ricognizione tassonomica, anche al fine di tratteggiarne uno statuto giuridico.

Una prima categorizzazione distingue i beni comuni in beni di tipo tradizionale, naturali o artificiali⁵⁷ (a loro volta differenziati in materiali e immateriali), *new commons*⁵⁸ (quali gli edifici pubblici, il patrimonio culturale e archeologico, il paesaggio, gli sviluppi delle biotecnologie) e beni "globali"⁵⁹, al cui interno viene ricondotto anche il clima. Tali ultimi beni, considerati un tempo disponibili e in quantità illimitata, vengono ora valutati come «utilità di cui tutti devono poter usufruire e che vanno preservate anche per le generazioni future, dato il loro carattere fondamentale per l'esistenza dell'umanità»⁶⁰.

Più restrittiva è, invece, la tassonomia proposta da Luigi Ferrajoli, il quale, partendo dal dato letterale dell'art. 810 c.c., procede «a una ridefinizione del concetto di beni comuni depurata dai suoi usi retorici e quanto più possibile ancorata al lessico giuridico», distinguendo i beni fondamentali dai beni patrimoniali: «i primi definibili come i beni che formano oggetto dei diritti fondamentali, i secondi come i beni che formano oggetto di diritti patrimoniali»⁶¹.

Particolarmente interessante è la classificazione operata all'interno della più generale categoria dei beni fondamentali, i quali vengono suddivisi in beni personalissimi «come sono le parti del corpo umano, che formano l'oggetto di diritti fondamentali di immunità, cioè di libertà da lesioni, incluse quelle provenienti da atti di disposizione», beni sociali «oggetto dei diritti fondamentali sociali alla salute e alla sussistenza, come i farmaci salvavita e gli alimenti di base», e beni comuni, «cioè le *res communes omnium*, il cui uso o accesso alle quali è vitale per tutte le persone e che formano perciò l'oggetto di diritti fondamentali di libertà di uso o godimento»⁶².

⁵⁶ G. Bravo, *Dai pascoli a internet. La teoria delle risorse comuni*, in *Stato e Mercato*, 2001, 505 ss.; S. Nespore, *Tragedie e commedie nel nuovo mondo dei beni comuni*, cit., 680 ss.; V. Cerulli Irelli, L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Pol. dir.*, 2014, 6 ss.

⁵⁷ E. Pellicchia, *Beni comuni e diritti fondamentali della persona: un'analisi giuridica*, in *Scienza e Pace*, 2013, 2, distingue tra beni comuni di carattere naturale (tra i quali il clima) e beni comuni di carattere socio-culturale (ovvero il linguaggio, la conoscenza, il cd. capitale sociale ossia le reti sociali, i saperi tradizionali); M.R. Marella, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, cit., 17 ss.; Id., *I beni comuni: un tentativo di tassonomia*, in *I beni comuni*, Pisa, 2015, 37 ss. classifica i beni comuni in beni corporali (le risorse naturali) e beni incorporali (le conoscenze scientifiche e i saperi tradizionali).

⁵⁸ A. D'Aloia, *Storie "costituzionali" dei diritti sociali*, in *Scritti in onore di M. Scudiero*, Napoli, 2008, Vol. II, 739; S. Nespore, *L'irresistibile ascesa dei beni comuni*, cit., 8.

⁵⁹ G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, cit., 1243 ss.; D. Corvi, *Il clean energy for all europeans tra sostenibilità e beni comuni*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2019, 8.

⁶⁰ M. Bombardelli, *La cura dei beni comuni come via di uscita dalla crisi*, cit., 5.

⁶¹ L. Ferrajoli, *Beni fondamentali*, in Aa.Vv., *Tempo di beni comuni. Studi multidisciplinari*, Roma, 2013, 141 ss.; Id., *Principia iuris*, cit., 263.

⁶² L. Ferrajoli, *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Milano, 2022, 115.

Nel novero di quest'ultima categoria, l'Autore inserisce il clima (o meglio gli equilibri climatici), considerato appunto un bene vitale naturale che, in quanto sottoposto impunemente alle aggressioni provenienti dai cd. beni artificiali micidiali (come sono le emissioni gas serra), necessita di essere protetto attraverso la sua previsione costituzionale «come bene appartenente a un demanio planetario», sottratto «alla disponibilità sia della politica che dell'economia» e affidato, quale «proprietà comune, alla cura di tutti gli esseri umani»⁶³.

Conformemente a Ferrajoli, anche Stefano Rodotà individua un nesso funzionale tra beni comuni e diritti fondamentali, postulando la necessità di un «integrale recupero di quei diritti fondamentali che, a loro volta, individuano i beni funzionalmente legati a quei diritti ed alla loro soddisfazione»⁶⁴. Tuttavia, l'Autore si limita a definire i beni comuni come quei beni «a titolarità diffusa, che appartengono a tutti e a nessuno, nel senso che tutti devono poter accedere a essi e nessuno può vantare pretese esclusive»⁶⁵, demandando ai regolatori pubblici il compito di identificare quali beni possano essere accessibili attraverso gli ordinari meccanismi di mercato e quali, invece, debbano essere sottratti a questa logica per il soddisfacimento dei bisogni fondamentali.

Al di là delle differenti ricostruzioni tassonomiche, non si può fare a meno di osservare come, nelle riflessioni della dottrina, i beni comuni siano considerati tali non già per via di ipotizzate caratteristiche ontologiche, ma per la loro capacità di soddisfare bisogni avvertiti «come fondamentali per l'esistenza di ognuno [...] che si sviluppano in modo graduale secondo una scala che va dalla sopravvivenza, alla dignità dell'esistenza, alla possibilità di sviluppare pienamente la propria personalità»⁶⁶.

Ora, il sistema climatico pare incarnare, in modo esemplare, la finalità sottesa ai beni comuni, essendo un bene produttivo di utilità necessarie per la soddisfazione dei bisogni essenziali e per il libero sviluppo della persona. Un bene, cioè, definibile essenziale «al progresso materiale o spirituale dell'uomo e, in taluni casi, alla sua stessa sopravvivenza e dignità»⁶⁷.

Corollario logico di questa finalizzazione è la non escludibilità nella sua fruizione. Caratteri naturali ad esso intrinseci lo rendono, infatti, di per sé non escludibile e, pertanto, accessibile *pro indiviso* da parte di ogni potenziale utilizzatore in funzione del proprio bisogno.

⁶³ L. Ferrajoli, *ibidem*, 117.

⁶⁴ S. Rodotà, *Postfazione. Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide*, in M.R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012, 331.

⁶⁵ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 115 ss.; Id., *Vivere la democrazia*, Roma-Bari, 2018, 93 ss.

⁶⁶ M. Bombardelli, *La cura dei beni comuni come via di uscita dalla crisi*, cit., 15.

⁶⁷ A. Di Porto, *I "beni comuni" in cerca di identità e tutela*, cit., 163.

Emerge, conseguentemente, un ulteriore carattere fondamentale del bene sistema climatico: la sua “funzione sociale”. Come tutti i beni comuni, esso, infatti, assolve – per sua naturale vocazione – «all’interesse sociale, servendo immediatamente [...] la [...] collettività in persona dei suoi componenti»⁶⁸.

Tanto soggetti pubblici quanto soggetti privati possono usufruire del sistema climatico, sebbene non in modo assoluto ed esclusivo, considerato che le modalità di fruizione non possono trascendere dalle istanze di socialità tradotte dalla portata sovraindividuale del bene stesso⁶⁹. Detto in altri termini, la fruizione del bene sistema climatico deve avvenire «all’insegna di una sorta di accessibilità sostenibile»⁷⁰ compatibile con l’esigenza di garantire anche le aspettative delle generazioni future.

Per via della naturale tendenza dell’essere umano a massimizzare il proprio interesse, tuttavia, l’incondizionata accessibilità al bene sistema climatico ne ha comportato un sovrautilizzo, conducendo a quella che il biologo statunitense Hardin definisce “tragedia dei beni comuni”⁷¹ (su cui si dirà in seguito). L’immissione massiva in atmosfera dei gas serra – principalmente dovuta all’«utilizzo delle fonti energetiche fossili, della deforestazione, dei pozzi di carbonio per motivi prettamente economici o per finalità produttive»⁷² – ha, infatti, determinato (e sta determinando tuttora) l’alterazione della naturale variabilità a livello planetario, producendo conseguenze disastrose per l’intera umanità.

Da qui il tentativo del diritto climatico di individuare limiti normativi oltre i quali il progresso scientifico e tecnologico (e con esso l’irragionevole sfruttamento del sistema climatico) non possano spingersi.

3.1. *Segue: Il sistema climatico come global common good: profili di diritto internazionale*

La lettura del sistema climatico come bene comune sembra trovare terreno fertile anche nella dottrina internazionale contemporanea, che lo colloca nella specifica categoria dei *global common goods*⁷³.

⁶⁸ A. Lucarelli, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, 2014.

⁶⁹ A. Iuliani, *Prime riflessioni in tema di beni comuni*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 617.

⁷⁰ Così S. Fanetti, *A proposito di suolo comune*, in *Riv. dir. comp.*, 2020, 118.

⁷¹ G. Hardin, *The tragedy of the commons*, cit., 1243 ss.

⁷² A. Pisanò, *Il diritto al clima*, cit., 42.

⁷³ R. Louvin, *Climate stability as common good: a strategy for the European Union*, in S. Baldini, S. De Vido, *Environmental sustainability in the European Union: socio-legal perspectives*, Trieste, 2020, 121 ss.; N. Schrijver, *Managing the global commons: common good or common sink?*, in *Third World Quarterly*, 2016, 1252 ss.; M.S. Soroos, *Garrett Hardin and tragedies of global commons*, in P. Dauvergne, *Handbook of global environmental politics*, Massachusetts, 2005, 45. Secondo alcuni autori (J.L. Combes, P. Combes Motel, S. Schwartz, *A review of the economic theory of the commons*, cit., 58; M. Grasso, *Climate change: the global public good*, Working

Com'è noto, il concetto di *common good* si afferma nella seconda metà del XX secolo come eccezione alla millenaria concezione del diritto internazionale quale ordinamento giuridico fondato unicamente sulla sovranità statale⁷⁴. Applicato nella sua primitiva identificazione alle questioni di diritto dell'ambiente, esso si riferiva infatti a tutte quelle risorse naturali ricadenti al di fuori del territorio degli Stati (e, conseguentemente, delle loro giurisdizioni).

Nel tempo, il concetto si è progressivamente evoluto in senso estensivo sino a comprendere risorse globali (da qui la denominazione di *global common goods*) eterogenee, tra le quali la biodiversità, la dignità umana e il sistema climatico⁷⁵.

Secondo l'*United Nations Development Programme*, i *global common goods* rappresenterebbero una sottospecie dei *global public goods*⁷⁶, ovvero di quei beni «with benefits that extend to all countries, people and generations» costituenti una *species* dei *public goods*, dei quali condividerebbero le due caratteristiche fondamentali della non escludibilità e della non rivalità, distinguendosi da quelli domestici in forza di tre criteri: geografico (l'efficacia del bene si estende a più paesi), socio-economico (l'efficacia del bene riguarda tanto i paesi ricchi quanto quelli poveri) e generazionale, in quanto relativi all'intera umanità⁷⁷.

Nell'analisi economica del diritto⁷⁸, invece, i *global common goods* rappresentano risorse non rinnovabili condivise da una comunità di utenti e contraddistinte dai caratteri della “rivalità” (l'utilizzo del bene comporta una riduzione dell'altrui fruizione) e della “non esclusività” (nessun soggetto deve esser escluso dal loro utilizzo)⁷⁹.

Paper 75, Department of Economics – Università degli Studi di Milano Bicocca, 2004), mentre il clima sarebbe un *global common good*, il cambiamento climatico assumerebbe le caratteristiche proprie di un *global public good*.

⁷⁴ Cfr. F. Lenzerini, *Patrimonio comune dell'umanità (dir. int.)*, in *Treccani.it*, Roma, 2019.

⁷⁵ Sul tema cfr. F. Lenzerini, A. Vrdoljak (a cura di), *International Law for Common Goods. Normative Perspectives on Human Rights, Culture and Nature*, Oxford-Portland, 2014; R. Wolfrum, *Die Internationalisierung staatsfreier Räume*, Berlin, 1984; E.J. Molenaar, A.G. Oude Elferink, *The international legal regime of areas beyond national jurisdiction: current and future developments*, Leiden-Boston, 2010.

⁷⁶ Sul concetto generale di *global public goods* cfr. I. Kaul, D. Blondin, *Global public goods and the United Nations*, in J.A. Ocampo, *Global governance and development*, Oxford, 2016, 32 ss.; I. Kaul, I. Grunberg, M. Stern (eds.), *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*, New York, 1999; I. Kaul (eds.), *Providing Global Public Goods: Managing Globalization*, New York, 2003.

⁷⁷ Più precisamente, l'UNDP ritiene che esistano tre categorie principali di *public goods*: i *natural global commons* (come lo strato di ozono e il clima), gli *human-made global commons* (tra i quali il patrimonio culturale e le infrastrutture transnazionali) e i *global policy outcomes*, che includono la pace, la salute e la stabilità finanziaria.

⁷⁸ M. Olson, *The logic of collective action. Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge, 1965 (trad. it. *La logica dell'azione collettiva*, Milano, 1983); J.L. Combes, P. Combes Motel, S. Schwartz, *A review of the economic theory of the commons*, in *Revue d'économie du développement*, 2016, 52.

⁷⁹ P. Cacciari (a cura di), *La società dei beni comuni*, Roma, 2010, 20, evidenzia che «per le scienze economiche classiche i beni comuni vengono individuati tra quelli che corrispondono ai principi di “non rivalità” (l'utilizzo del bene non deve comportare una diminuzione di utilizzo da parte di altre persone) e di “non esclusività” (nessuna persona deve esser esclusa dal loro utilizzo)».

Proprio a causa della loro rivalità nel consumo, detti beni risulterebbero esposti al rischio di un esubero di sfruttamento, così da gravare sulle generazioni presenti e future. Se, difatti, un'eccessiva fruizione per molti beni può risultare marginale, nel caso di un bene comune, un irrazionale impiego fondato sulla logica del "free riding" può porlo sotto pressione fino a farlo degradare.

Da qui la "tragedia dei beni comuni" teorizzata da Garret Hardin, il quale spiega che, in assenza di un intervento normativo coercitivo o di una massiccia operazione di privatizzazione, la crescita esponenziale della popolazione mondiale rispetto alle risorse terrestri prevedibilmente fruibili determinerebbe il loro inevitabile esaurimento.

A supporto della propria teoria, Hardin prospetta due esempi: un terreno destinato a pascolo comune e libero e l'inquinamento generato da produttori o consumatori nell'aria o nell'acqua.

In entrambe le ipotesi – diversamente da quanto sostenuto da Adam Smith⁸⁰, secondo cui, per effetto della mano invisibile del mercato, gli interessi individuali conducono all'interesse collettivo – ciascun utente, tendendo a generare per sé stesso il maggior profitto possibile, sfrutterebbe i *common goods* senza curarsi della loro salvaguardia, ritenendo poco conveniente affrontare in proprio costi che genererebbero vantaggi anche in favore di tutti gli altri utenti.

Si osserva, però, che la soluzione indicata da Hardin «di sostituire al bene comune la proprietà privata del bene o la pubblica autorità è tutt'altro che agevole e, per molti beni comuni, può risultare quasi impraticabile»⁸¹.

Paradigmatico esempio è il cambiamento climatico antropogenico.

Com'è noto, ciascun paese del mondo contribuisce, in misura diversa, all'aumento della concentrazione complessiva di gas serra nell'atmosfera, causa del cambiamento climatico globale e del conseguenziale deterioramento del sistema climatico.

Per fronteggiare tale fenomeno e mantenere la temperatura media globale ben al di sotto dei 2 °C Celsius rispetto ai livelli preindustriali, l'Accordo di Parigi del 2015 impegna tutti i paesi contraenti ad adottare – a livello domestico e su base volontaria – misure di contenimento e di mitigazione, da attuare secondo scadenze prefissate. Tuttavia, il raggiungimento degli *standard* regolativi di riduzione delle emissioni liberamente prefissati a livello nazionale non assume carattere vincolante (se non da un punto di vista meramente politico), giacché il loro mancato conseguimento non comporta l'irrogazione di alcuna sanzione. In altri termini, l'impegno di ciascuno Stato risulta circoscritto al mero dovere di deter-

⁸⁰ A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, London, 1776.

⁸¹ S. Nesper, *Tragedie e commedie nel nuovo mondo dei beni comuni*, cit., 672; M. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, in *Harvard Law Review*, 1998, 621.

minare e comunicare agli altri paesi aderenti all'Accordo l'entità del contributo nazionale all'azione globale.

Ciò, com'è intuibile, incoraggia gli Stati ad assumere la posizione del *free-rider* o battitore libero, scaricando sugli altri paesi gli oneri socio-economici necessari per il raggiungimento di una stabilità climatica globale⁸² e vanificando, nei fatti, gli sforzi di mitigazione delle economie più virtuose.

In definitiva, nonostante l'elaborazione di regole condivise e l'individuazione di condotte concrete volte ad evitare che la fruizione del bene sistema climatico possa risolversi in un irreversibile deterioramento dello stesso, la questione climatica rimane, ancora oggi, imperante e insoluta.

Assumendo un differente punto di vista, il premio nobel per l'economia Elinor Olstrom⁸³ dimostra invece, con modelli teorici e ricerche empiriche, che la gestione dei beni comuni al di fuori della dicotomia pubblico/privato non è necessariamente destinata al fallimento. L'economista americana sostiene, difatti, che considerare ciascun individuo unicamente come *homo oeconomicus* con l'unico obiettivo di massimizzare il proprio profitto sia riduttivo. Sarebbe, al contrario, preferibile riscoprire l'*homo civicus* capace di instaurare rapporti di collaborazione con gli altri individui della propria comunità di appartenenza con i quali organizzare un'adeguata gestione delle risorse comuni.

Più precisamente, ciò che risulta dalle indagini che l'economista conduce sul campo è che il problema della gestione dei *commons* dipende dalle modalità con le quali essi vengono amministrati dalla collettività di riferimento: nel *management* dei beni comuni, infatti, «non conta solo la scelta fatta, ma anche chi la fa e come, e in particolare la rilevanza di decisioni assunte non da un centro, ma condivise dagli attori coinvolti in un'arena di azione»⁸⁴.

Il «comune» di cui discute Olstrom, in altri termini, altro non è «che un diverso modo di gestire lo spazio di libertà che per Hardin è causa di ogni genere di conflitto e depauperamento progressivo»⁸⁵.

Accanto alla teoria liberista, per la quale la tragedia dei *commons* può essere scongiurata affidando la loro gestione al mercato, e alla teoria statalista, che vede nello Stato-apparato l'unico soggetto capace di amministrare i beni comuni, Olstrom propone, dunque, una terza via: una forma di autogoverno da parte degli stessi fruitori dei *commons*.

⁸² Si pensi, ad esempio, al fenomeno del *carbon leakage*, consistente nel potenziale «trasferimento» delle emissioni inquinanti verso Stati esteri in cui gli *standard* ambientali sono limitati o nulli.

⁸³ E. Olstrom, *Governing the commons: the evolution of institutions for collective action*, New York, 2006.

⁸⁴ T. Vitale, *Società locali e governo dei beni comuni. Aggiornamenti sociali*, 2010, 99.

⁸⁵ F. Cortese, *Che cosa sono i beni comuni?*, in M. Bombardelli, (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Trento, 2016, 48.

Anche il modello di gestione delle risorse comuni ipotizzato dall'economista americana non è, a ben vedere, esente da critiche. È, difatti, facile comprendere che quanto più «si amplia il livello della governabilità, tanto più diminuisce la capacità di governo effettivo, producendosi così *tragedies of commons* in serie e cumulative, quali appunto sono riassunte nella sindrome del mutamento climatico»⁸⁶.

È vero, però, che nel pensiero della politologa americana il prototipo di gestione dei *commons* è quello non di una società senza istituzioni, bensì di una società in cui queste ultime appoggiano e supportano l'azione collettiva.

Nell'enumerare i principi che consentono un'efficace ed efficiente gestione cooperativa e partecipata, infatti, Olstrom fa riferimento – per i sistemi più estesi – a forme organizzative articolate su più livelli concentrici, «sviluppando l'idea di una società policentrica, con un governo federalista ed equilibrio tra i poteri»⁸⁷ nella quale i cittadini governano dal basso e in maniera cooperativa le loro risorse comuni.

Come si può agevolmente constatare, ne viene definita la fisionomia di un complesso sistema multilivello di *governance* dei beni comuni, in cui l'articolata trama di relazioni tra istituzioni e privati consente una gestione condivisa e partecipata degli interessi sociali giuridicamente rilevanti⁸⁸.

In quest'ottica, dunque, il “comune” non comporta un ridimensionamento degli spazi pubblici, quanto piuttosto la sottrazione «al soggetto pubblico del dominio autoritario di tali spazi, al fine di garantire con modalità e finalità più democratiche i diritti fondamentali dei cittadini»⁸⁹.

4. *Rilievi conclusivi*

Le considerazioni fin qui svolte, per quanto sommarie, portano conclusivamente a ritenere che il sistema climatico possa essere elevato al rango di bene giuridico (in senso lato⁹⁰).

Si è consapevoli che la qualificazione prospettata non incontri il favore di quella dottrina che, fedele alla tradizionale concezione di bene giuridico *property*

⁸⁶ C. Donolo, *I beni comuni e l'episteme repubblicana*, in *Politica&Società*, 2013, 387.

⁸⁷ T. Vitale, *Società locali e governo dei beni comuni*, cit., 93.

⁸⁸ S. Staiano, «Beni comuni» categoria ideologicamente estenuata, in L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri, A. Saitta (a cura di), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2015, 428.

⁸⁹ A. Lucarelli, *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, s.l., 2011, 62 ss.

⁹⁰ M. Sciascia, *Diritto delle gestioni pubbliche. Istituzioni di contabilità pubblica*, Milano, 2013, 21 distingue i «beni giuridici in senso stretto, comprendenti quei beni economici oggetto di appropriazione individuale, dai beni giuridici in senso lato, che sono da considerare tali per effetto di una tutela diretta da parte della legge nell'interesse della collettività».

oriented (desumibile dall'art. 810 c.c.), ritiene che il clima non sia «una cosa-bene di cui appropriarsi»⁹¹.

Si tratta, tuttavia, di un orientamento al quale non ci sembra di poter pienamente aderire. Ed invero, per quanto possa sostanzialmente condividersi l'assunto secondo cui il sistema climatico non sia, per sua natura, passibile di situazioni giuridiche di tipo appropriativo riferibili a uno o più soggetti determinati, non può farsi a meno di rilevare come una simile interpretazione dell'oggettivazione giuridica risulti indifferente alla coeva realtà sociale ove la costante emersione di nuovi beni meritevoli di tutela impone, invece, di percorrere un diverso itinerario ermeneutico che consenta a tali entità, non classificabili entro le categorie tralattive, di entrare a far parte del mondo del giuridicamente rilevante.

Si è, insomma, dell'avviso che una lettura maggiormente sistematica ed assiologica dell'art. 810 c.c. possa consentire al sistema climatico di acquisire dignità di bene in senso giuridico.

Per il vero, la poco felice formulazione letterale di tale disposizione non fornisce all'interprete appigli sicuri sulla concreta estensione del concetto di bene giuridico⁹².

Ciononostante, la dottrina tradizionale costruisce la nozione di bene in senso giuridico sul modello del diritto di proprietà attraverso il riferimento all'idea dell'oggetto del diritto⁹³: sono beni le cose che possono essere fonte di utilità e tali da poter costituire oggetto di appropriazione esclusiva⁹⁴.

A sostegno di questo enunciato si osserva che la disposizione in esame «è collocata ad apertura del libro terzo, ossia del libro dedicato alla proprietà e ai diritti reali; in questo senso, quindi, potrebbe essere spiegata la peculiarità della sua formulazione trattandosi, probabilmente, di una disposizione, che, nelle intenzioni del legislatore, avrebbe dovuto determinare le sole entità che possono formare oggetto di diritti reali»⁹⁵.

Bisogna, per contro, sottolineare come la definizione dell'art. 810 c.c. non abbia valore generale, ma valga soltanto «a delimitare la sfera oggettiva dei diritti reali e, quindi, l'ambito di applicazione della regolamentazione contenuta nel Libro Terzo»⁹⁶.

⁹¹ M. Carducci, *Declinazioni della «giustizia climatica», «trappola del progresso» e diritto umano al clima*, in *Cedeuam.it*, 2021.

⁹² Cfr. G. Chiarini, *Fattispecie e disciplina dei servizi. Contributo alla riflessione giuridica sugli istituti della società post industriale*, Milano, 2011, 72; S. Pugliatti, *Beni (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1952, 173; A. Jannarelli, *La disciplina dei beni tra proprietà e impresa nel codice del 1942*, in *AA.VV., Letture di diritto privato*, Bari, 1994, 97 ss.

⁹³ T.O. Scozzafava, *Dei beni*, in *Comm. Schlesinger*, sub art. 810 c.c., Milano, 1999, 6.

⁹⁴ *Ex plurimis* D. Messinetti, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1976, 55.

⁹⁵ T.O. Scozzafava, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, 94.

⁹⁶ L. Bigliuzzi Geri, U. Breccia, F.D. Busnelli, U. Natoli, *Diritto civile, II, I diritti reali*, Torino, 1998, 3.

Apertis verbis, la norma di cui si discorre – nell'evidenziare che la nozione di bene è «eminentemente giuridica, di qualificazione giuridica di determinate entità, le quali assumono rilevanza per il diritto»⁹⁷ – non pare escludere *a priori* che entità meritevoli di tutela giuridica possano costituire oggetto di altri diritti, diversi da quelli reali, e finanche (in virtù del disposto dell'art. 2 Cost.) di nuovi diritti strumentali al soddisfacimento dei nuovi interessi della società globalizzata⁹⁸.

In termini più generali, ciò che sembra potersi desumere dal dettato dell'art. 810 c.c. è che il bene non sia altro che un'entità «a cui l'ordinamento giuridico collega qualche interesse meritevole di tutela, precisamente l'interesse a trarne determinate utilità»⁹⁹. Ed allora, prescindendo da una ormai tramontata visione ancorata al diritto soggettivo, inteso quale potestà del soggetto sul bene, è sul concetto di interesse al cui appagamento è deputata la *res* che pare giovi dirigere lo sguardo, posto che i beni non rilevano in sé per sé, ma in quanto strumenti di realizzazione di interessi giuridicamente significativi.

Quello che si vuol cioè evidenziare è che, sempre più frequentemente, il bene emerga «in chiave giuridica in conseguenza della proiezione dinamica del soggetto a realizzare un certo interesse. E l'interesse, a sua volta, non può più essere inteso, secondo l'ottica del diritto, come semplice proporzione di idoneità di un soggetto rispetto a un bene, ma semmai come una sua attenzione a crearlo, a far nascere una rilevanza giuridica altrimenti inesistente»¹⁰⁰.

Eloquenti, a tal proposito, si presentano le notazioni della più recente dottrina, la quale riconfigura il bene in senso giuridico come l'«entità che risulti, ad esito di un processo di selezione, analisi e qualificazione giuridica, oggetto di un interesse»¹⁰¹ ovvero come l'«entità che sia oggetto di un interesse»¹⁰², cioè che sia idonea «a costituire oggetto di un interesse giuridicamente rilevante»¹⁰³.

Sennonché, la rilevanza è un elemento che non può costituire oggetto di definizione normativa, «dovendo necessariamente emergere dal complessivo sistema delle fattispecie oggetto di tutela all'interno dell'ordinamento»¹⁰⁴. E invero, il fatto «che un interesse sia protetto o meno non si potrà ricavare da una qualche inter-

⁹⁷ V. Zeno Zencovich, *Cosa*, in *Dig., disc. priv., Sez. civ.*, III, Torino, 1989, 443.

⁹⁸ *Ex multis*, A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, VII, Milano, 1995, 129; G. De Nova, *I nuovi beni come categorie giuridiche*, in G. De Nova, B. Inzitari, G. Tremonti, G. Visentini (a cura di), *Dalle res alle new properties*, Milano, 1991, 15.

⁹⁹ A. Gambaro, *I beni*, in F. Messineo, P. Schlesinger (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012, 13.

¹⁰⁰ N. Lipari, *Il contratto come bene. Spunti di riflessione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2011, 189.

¹⁰¹ P. Cendon (a cura di), *Commentario al codice civile. Artt. 810-951. Beni, pertinenze, frutti, demanio, proprietà*, Milano, 2009, 6.

¹⁰² V. Zeno Zencovich, *Cosa*, cit., 443.

¹⁰³ P. Cendon (a cura di), *Commentario al codice civile*, cit., 7.

¹⁰⁴ G. Chiarini, *Fattispecie e disciplina dei servizi. Contributo alla riflessione giuridica sugli istituti della società post industriale*, Milano, 2011, 89.

pretazione dell'art. 810 c.c., ma si potrà desumere solo dall'individuazione di una norma o di un principio che alla protezione di esso siano specificamente rivolti»¹⁰⁵.

In questo senso, quindi, la norma in esame altro non farebbe che rinviare «ai differenti contesti in cui quelle entità ricevono tutela»¹⁰⁶, affidando all'ordinamento il compito di individuare un interesse meritevole e, quindi, un corrispondente bene.

Nel far nostri questi risultati, venendo ora al sistema climatico, pare non revocabile in dubbio che esso, in quanto deputato alla regolazione dei processi ecosistemici atti ad assicurare la «vita sulla terra, compresa quella umana»¹⁰⁷, sia da considerarsi entità idonea a costituire oggetto di un interesse giuridicamente rilevante: il primario interesse alla permanenza in vita del genere umano, alla cui protezione è oggi specificamente rivolto un composito “*corpus juris*”, che – a livello globale – definisce obbligazioni giuridiche e obiettivi politici di contrasto al fenomeno del cambiamento climatico antropogenico, quale causa principale dell'alterazione della composizione dell'atmosfera planetaria e della naturale variabilità climatica e, quindi, di effetti dannosi per il sistema climatico e, più in generale, per le condizioni di vita dell'uomo e di ogni essere vivente.

Per quanto concerne, poi, la sua categorizzazione, non sembra peregrino collocarlo entro l'alveo dei beni comuni, stante il duplice aspetto finalistico e funzionale che lo connota, ovvero il soddisfacimento di bisogni essenziali dell'uomo (tra i quali, appunto, il primario interesse alla permanenza in vita del genere umano).

Più precisamente, accogliendo la prospettiva personale-collettivistica prospettata anche dalla giurisprudenza di legittimità, il sistema climatico potrebbe considerarsi un bene comune ad imputazione pubblicistica, la quale «esprime una duplice appartenenza alla collettività ed al suo ente esponenziale, dove la seconda (titolarità del bene in senso stretto) si presenta, per così dire, come appartenenza di servizio che è necessaria, perché è questo ente che può e deve assicurare il mantenimento delle specifiche rilevanti caratteristiche del bene e la loro fruizione»¹⁰⁸.

Come, difatti, affermato da Sabino Cassese¹⁰⁹, la “proprietà pubblica” non deve ineluttabilmente essere considerata come proprietà dello Stato, ma come un complesso di beni della collettività di cui lo Stato non è che un semplice amministratore: «se è la collettività ad usare necessariamente il bene, se cioè solo la collettività può usarlo e nessun altro; e se, d'altra parte, i fini che l'ente deve realizzare

¹⁰⁵ M. Barcellona, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestre*, 1978, 622.

¹⁰⁶ G. Chiarini, *Fattispecie e disciplina dei servizi*, cit., 89.

¹⁰⁷ M. Carducci, *La ricerca dei caratteri differenziali della “giustizia climatica”*, cit., 1362.

¹⁰⁸ Cass. civ., ss. uu., 14 febbraio, n. 3665, 2011, cit. In dottrina, E. Pellecchia, *Beni comuni e diritti fondamentali della persona*, cit., 7; D. Mone, *La categoria dei beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano: un paradigma per la lettura del regime dei beni pubblici alla luce della Costituzione*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2014, 108 ss.

¹⁰⁹ S. Cassese, *I beni pubblici, circolazione e tutela*, Milano, 1969, 175 ss.

sono della collettività, non si vede perché si debba fare un giro logico inutile (ed affermare che lo Stato è “proprietario” dei beni e li “destina” al godimento della collettività); in realtà la collettività gode direttamente del bene, soddisfacendo così i suoi bisogni senza che l’ente che la rappresenta debba affermare un diritto di proprietà sui beni, diritto che si risolverebbe nella necessaria destinazione all’uso da parte della collettività».

Corollario del raggiunto portato ermeneutico è che la titolarità dello Stato-collettività non rileva sul piano proprietario, ma comporta gli oneri di una *governance* che renda effettivi le varie forme di godimento e di uso pubblico del bene. Una titolarità pubblica, insomma, non costruita «secondo logiche “appropriative” ed “escludenti” dell’uso della *res*, ma in funzione eminentemente “gestoria” quale garanzia della fruizione collettiva dei beni e, per ciò solo, della corrispondente valenza “comunitaria”»¹¹⁰.

Giacché, tuttavia, detto bene (che Ferrajoli considera vitale) necessita di un sistema di garanzie, occorre che esso sia riconosciuto e garantito da ogni singolo Stato come fondamentale e, quindi, sottratto alla disponibilità della politica e del mercato attraverso la sua consacrazione come bene costituzionale, cioè previsto come fondamentale da Costituzioni rigide¹¹¹.

¹¹⁰ T. Bonetti, *I beni comuni nell’ordinamento giuridico italiano*, cit., § 3.

¹¹¹ L. Ferrajoli, *Beni fondamentali*, cit., 141 ss.; E. Vitale, *Quale tempo per i beni comuni?*, in *Ragion pratica*, 2013, 399; A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013, 23 ss. *Contra* F. D’urso, *L’uomo e le cose. Osservazioni sulla proprietà e sui beni comuni*, in *Costituzionalismo.it*, 2018.

Il sistema climatico: un nuovo bene giuridico?

Si è recentemente proposta l'idea, debitamente argomentata in dottrina, che, per affrontare efficacemente i problemi che hanno natura e struttura transgenerazionale, quali sono le emergenze derivanti dalla questione climatica, la strategia più solida sul piano giuridico e più coerentemente percorribile sia quella di riconoscere uno specifico diritto umano al clima.

La concettualizzazione *de jure condendo* di un diritto alla stabilità climatica è, tuttavia, operazione complessa, che impone di esaminare la preliminare questione dell'esistenza giuridica del bene "clima".

Partendo dal presupposto che l'identificazione di una situazione giuridica soggettiva è intrinsecamente connessa alla natura del bene, il contributo intende appurare se il clima, quale fenomeno naturale extragiuridico, possa considerarsi entità giuridicamente rilevante e, come tale, assurgere al rango di bene giuridico.

The climate system: a new legal asset?

The idea has recently been proposed, duly argued in doctrine, that, to effectively address problems that have a transgenerational nature and structure, such as the emergencies deriving from the climate issue, the most solid legal strategy and the most coherently practicable is that of recognizing a specific human right to the climate.

The *de jure condendo* conceptualization of a right to climate stability is, however, a complex operation, which requires examining the preliminary question of the legal existence of the "good climate".

Starting from the assumption that the identification of a subjective legal situation is intrinsically connected to the nature of the asset, the work intends to ascertain whether the climate, as a natural extra-legal phenomenon, can be considered a legally relevant entity and, as such, rise to the rank of legal asset.

Golden power e libertà europee: verso una restrizione delle normative sul controllo degli investimenti esteri?

Pier Giorgio Visconti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Dalla *golden share* al *golden power*. – 3. Il cambio di prospettiva dell'Unione: le Comunicazioni del 2017 e il Reg. 2019/452/UE. – 4. L'estensione dei poteri speciali alle reti 5G e le modifiche alla normativa italiana. – 5. L'evoluzione della disciplina del *golden power* alla luce delle recenti crisi. – 6. La vicenda oggetto di rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE. – 7. Cenni alla disciplina europea ed ungherese. – 8. Decisione della Corte di giustizia nella causa C-106/22. – 9. Conclusioni.

1. *Premessa*

Con il presente contributo si intende offrire una panoramica sull'evoluzione della disciplina di controllo degli investimenti esteri diretti, anche alla luce di una più recente pronuncia della Corte di giustizia¹.

Come noto, gli strumenti di controllo degli investimenti esteri diretti hanno trovato origine con le privatizzazioni e con le preoccupazioni del legislatore che *assets* ritenuti strategici potessero essere distratti dalla loro funzione in assenza di controllo pubblico². Con la *golden share* si è cercato di porre rimedio a tali preoccupazioni, andando tuttavia oltre quanto necessario. La Corte di giustizia infatti ha sanzionato la maggior parte dei Paesi europei, Italia compresa, per con-

¹ Corte giust., 13 luglio 2023, Xella Magyarország Építőanyagipari Kft. contro Innovációs és Technológiai Miniszter, Commissione Causa C-106/22.

² In Italia, l'assetto normativo originario è stato introdotto con il d.l. n. 332/1994, convertito nella legge n. 474/1994 che, traendo ispirazione dalla *golden share* inglese, aveva previsto l'introduzione di poteri speciali negli statuti delle società originariamente sotto il controllo pubblico.

trasto delle discipline nazionali con i principi comunitari, eccezion fatta per il virtuoso caso belga³.

Occorre sottolineare che, nel corso del decennio, l'atteggiamento dell'Unione europea e delle sue istituzioni nei confronti del *golden power* e degli strumenti di *screening* è notevolmente mutato. Da una posizione di iniziale contrasto, infatti, si è assistito ad un progressivo allineamento con le normative nazionali culminato nel Regolamento del 2019 e nella Comunicazione del 2022, che hanno sollecitato l'istituzione di nuovi strumenti di *screening* per i Paesi che ne erano sprovvisti.

Con la pronuncia di seguito riportata sembrerebbe che la Corte abbia nuovamente cercato di porre un freno all'eccessiva espansione degli strumenti in questione, ricordando agli Stati membri l'esistenza di limiti alla loro discrezionalità in materia.

2. *Dalla Golden Share al Golden Power*

Il legislatore italiano, a seguito di molteplici censure da parte della Corte di giustizia, ha sostituito la normativa sulla *golden share* con il d.l. n. 21/2012, prevedendo una disciplina generale «in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni», comunemente nota come *golden power*.

Al decreto-legge è stata data attuazione rispettivamente con il d.p.r. n. 35/2014, per quanto riguarda i poteri speciali nei settori della difesa e della sicurezza nazionale e con il d.p.r. n. 86/2014, per i settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni.

Il *golden power* ha un ambito di applicazione più ampio della precedente disciplina, riferendosi genericamente a tutte le imprese ritenute strategiche in quanto operanti nei settori della difesa e della sicurezza nazionale e nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni.

Per l'esercizio dei poteri speciali nei settori della difesa e sicurezza nazionale si richiede l'esistenza di un grave pregiudizio per gli interessi nazionali. Per i settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, invece, che l'operazione possa dare luogo ad una situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazio-

³ F. Bassan, *Dalla Golden Share al Golden Power: il cambio di paradigma europeo dell'intervento dello Stato sull'economia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, 1, 60 ss. È forse utile osservare che, per giustificare la *golden share* belga, si è fatto ricorso all'art. 106 par. 2 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, norma ampiamente utilizzata nel settore *antitrust* e concernente i servizi di interesse economico generale.

nale ed europea di settore, di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza, al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti.

La maggior ampiezza dei poteri speciali nei settori della difesa e della sicurezza nazionale è stata giustificata per il fatto che tali ambiti sono tradizionalmente di quasi esclusiva competenza statale⁴. Come noto, infatti, il TFUE all'art. 346 dispone che «ogni Stato può adottare le misure che ritenga necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza e che si riferiscono alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico [...]».

In ogni caso, la differenza di maggior rilievo con la precedente disciplina consiste nel fatto che, con il citato decreto, i poteri speciali sono stati slegati da qualunque legame con le società privatizzate. La disciplina, inoltre, ha assunto una connotazione prettamente pubblicistica, svincolandosi definitivamente dalla matrice societaria, come si evince anche dal dato letterale: si parla infatti di *power* e non più di *share*⁵.

Tale potere, infatti, nasce al di fuori della società e si esercita a prescindere da una partecipazione pubblica nelle società che operano in settori di rilevanza strategica⁶.

Si è sostenuto che, in tal modo, si sarebbe determinato l'effetto, per certi versi paradossale⁷, di espandere eccessivamente i poteri dello Stato, senza quei limiti rappresentati dalle clausole statutarie presenti nelle società privatizzate⁸.

Va tuttavia osservato che, con la nuova disciplina, sono stati definiti più chiaramente i presupposti per l'esercizio dei poteri speciali.

Inoltre, con il D.P.C.M. del 6 agosto 2014 è stato istituito presso la Presidenza del Consiglio il gruppo di coordinamento interministeriale, all'interno del quale siedono rappresentanti della Presidenza stessa e componenti dei ministeri interessati.

Il legislatore ha previsto una graduazione nell'esercizio dei poteri, disponendo che il ricorso al veto o all'opposizione, possa essere esercitato solo nel caso in cui l'imposizione di condizioni meno gravose risulti insufficiente.

⁴ M. Lamandini, *Libera circolazione dei capitali, diritto di stabilimento e diritti speciali a favore dello Stato: dalla golden share al golden power*, in *Diritto societario europeo ed internazionale*, Torino, 2016, 107 ss.

⁵ C. San Mauro, *La disciplina della nuova golden share*, in *Federalismi*, 2012, 21, 1 ss.

⁶ A. Comino, *Golden powers per dimenticare la golden share: le nuove forme di intervento pubblico sugli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 5, 1019 ss.; M. D'Alberti, *Il golden power in Italia: norme ed equilibri*, in G. Napolitano (a cura di), *Foreign Direct Investment Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2019, 84.

⁷ L. Torchia, *Politica industriale e regolazione*, in *Riv. reg. merc.*, 2015, 1, 4.

⁸ A. Sacco Ginevri, F.M. Sbarbaro, *La transizione dalla golden share nelle società privatizzate ai poteri speciali dello Stato nei settori strategici: spunti per una ricerca*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 1, 109.

Sinteticamente si può riassumere che la disciplina del *golden power* si differenzia da quella della *golden share* per una serie di profili, tra cui: a) i settori nei quali il Governo può esercitare i poteri speciali; b) i soggetti passivi, potenziali destinatari dei poteri; c) la tipologia dei poteri speciali che il Governo può esercitare; d) la diversa fonte dei poteri speciali, legale e non più statutaria⁹; e) la diversa natura dei poteri, pubblicistica e non più societaria¹⁰.

3. *Il cambio di prospettiva dell'Unione: le Comunicazioni del 2017 e il Reg. 2019/452/UE*

Prima di analizzare le modifiche succedutesi in Italia, si ritiene necessario cambiare angolo d'osservazione e analizzare l'evoluzione della prospettiva a livello dell'Unione.

L'Unione europea, da alfiere incontrastato della libera circolazione dei capitali e dell'apertura dei mercati è diventata progressivamente fautrice e sostenitrice di maggiori controlli, e conseguentemente meno severa nei confronti delle normative di *screening* introdotte dagli Stati membri¹¹. A sollecitare tale cambiamento hanno contribuito diversi fattori, tra cui profonde modifiche a livello economico e geopolitico. Si è passati così da una stagione, quella delle privatizzazioni, in cui l'intervento diretto dello Stato nell'economia era marginale e si limitava al ruolo di controllore che operava per mezzo di autorità indipendenti, ad una in cui, anche a causa di profonde crisi economiche, in tutto il mondo si è reso necessario un maggior intervento dello Stato¹².

Quanto alla prospettiva comunitaria, una delle ragioni principali che ha determinato la Commissione ad un cambio di prospettiva era legata alla preoccupazione per l'aumento degli investimenti in imprese strategiche europee da parte di soggetti esteri e, in particolar modo, da parte di fondi sovrani¹³.

Così, a marzo del 2017, in occasione del Settantesimo anniversario del Trattato di Roma, la Commissione Europea ha realizzato un Libro bianco sul futuro dell'Europa¹⁴, in cui ha analizzato le principali sfide in tema di sicurezza pubblica

⁹ V. Donativi, *Golden powers, Profili di diritto societario*, Torino, 2019, 9 ss.

¹⁰ L. Ardizzone, M.L. Vitali, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, in *Giur. comm.*, 2013, 5, 936 ss.

¹¹ A. Ferrari Zumbini, *Principi dell'Unione europea in materia di golden power: opportunità e limiti*, in G. Della Cananea, L. Fiorentino (a cura di), *I "poteri speciali" del Governo nei settori strategici*, Napoli, 2020, 24 ss.

¹² A. Musacchio, S.G. Lazzarini, *Reinventing State Capitalism*, Cambridge, 2014, 24 ss.

¹³ A. Guaccerò, E.J. Pan, M. Chester, *Investimenti stranieri e fondi sovrani: forme di controllo nella prospettiva comparata USA-Europa*, in *Riv. soc.*, 2008, 6, 1359 ss.

¹⁴ Commissione Europea, Libro Bianco sul Futuro dell'Europa, Riflessioni e scenari per l'Europa fino al 2025, 1° marzo 2017.

europea. Nello stesso anno, in occasione del Discorso annuale sullo stato dell'Unione, l'allora presidente della Commissione aveva proposto l'introduzione di un quadro normativo per il controllo degli investimenti nell'Unione.

Una prima proposta è stata formulata in una Comunicazione della Commissione del 2017¹⁵, il cui contenuto si può riassumere nei seguenti obiettivi: i) fornire un quadro coerente che sia in grado di controllare gli investimenti senza interferire eccessivamente con le prerogative nazionali degli Stati membri; ii) agevolare una cooperazione ristretta tra questi; iii) aumentare la trasparenza degli investimenti esteri diretti; iv) gestire in modo efficace i casi che sollevano preoccupazioni per la sicurezza e l'ordine pubblico; v) impedire l'elusione dei meccanismi nazionali di controllo degli investimenti¹⁶.

Parallelamente alla Comunicazione venne presentata una proposta legislativa, che diventerà poi il Regolamento UE n. 452/2019. Con tale proposta legislativa si proponeva di istituire una cornice normativa europea per il controllo degli investimenti esteri diretti, ferma restando la competenza dei Governi in merito alla decisione di adottare o meno una normativa in materia. Non si intendeva così imporre agli Stati un meccanismo di controllo degli investimenti, ma più semplicemente armonizzare la materia a livello europeo creando un quadro normativo per gli Stati che già disponessero di un meccanismo di *screening* o che intendessero adottarne uno, specificando taluni requisiti che si sarebbero dovuti rispettare.

L'art. 3 della proposta aveva previsto la facoltà per la Commissione di esercitare un controllo per motivi di sicurezza e di ordine pubblico, motivi che emergono particolarmente nel caso in cui l'investitore sia controllato dal governo di un Paese terzo, ovvero qualora l'investimento possa incidere su programmi di interesse per l'Unione e che sono stati oggetto di finanziamento da parte dell'UE, ovvero su settori specificamente individuati.

Il Regolamento, inoltre, ha individuato una serie di ambiti, ritenuti particolarmente critici, che dovranno essere presi in considerazione nell'esercitare il controllo sugli investimenti. Tali settori saranno poi ripresi dal Legislatore italiano per modificare la normativa nazionale in materia.

Infine, la proposta di Regolamento, prevedendo un meccanismo di cooperazione tra Stati, intendeva realizzare uno di scambio di informazioni per far sì che gli Stati potessero collaborare più efficacemente.

¹⁵ Commissione Europea, Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico Europeo e al Comitato delle Regioni, *Accogliere con favore gli investimenti esteri diretti tutelando al contempo gli interessi fondamentali*, COM (2017) 494 final, 13 settembre 2017.

¹⁶ S. Alvaro, M. Lamandini, A. Police, I. Tarola, in *La nuova via della seta e gli investimenti esteri diretti in settori ad alta intensità tecnologica*, Quaderni Consob, Roma, 2019, 35 ss.

Sempre nel 2017, con decisione della Commissione¹⁷, era stato istituito un gruppo di esperti che si occupasse di tutte le questioni rientranti nell'ambito di applicazione del Regolamento.

Come si è anticipato, il Legislatore italiano, con la legge 4 dicembre 2017, n. 172 recante «Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili», nell'ottica di rafforzare il controllo sugli investimenti esteri, ha apportato alcune importanti novità. Tra queste, la decisione di estendere l'ambito di applicazione della disciplina per ricomprendere la categoria inedita dei settori ad alta intensità tecnologica. Tale novella, pur avendo avuto vita breve, risulta di sicuro interesse perché, per la prima volta, è stato esteso l'ambito di applicazione anche al settore finanziario.

È stata introdotta, inoltre, una sanzione per il caso di omessa notifica di operazioni riguardanti il settore della difesa e della sicurezza. L'art. 14 della legge n. 172/2017, così facendo, ha posto rimedio alla lacuna legislativa che prevedeva una sanzione in caso di omessa notifica solo per i soli settori dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni.

Un'ulteriore novità contenuta nell'art. 13 della legge sopracitata è stata quella di introdurre un nuovo comma quarto all'art. 120 del T.U.F, relativo agli obblighi di comunicazione delle partecipazioni rilevanti. Con tale modifica, si è imposto agli acquirenti di partecipazioni rilevanti nel capitale di società avente l'Italia come stato membro d'origine, l'obbligo di comunicare alla società partecipata, alla Consob e al mercato gli obiettivi perseguiti nei sei mesi successivi all'acquisizione. Inoltre, il soggetto acquirente, è tenuto a dichiarare: a) i modi di finanziamento; b) se agisce solo o in concerto; c) se intende fermare i suoi acquisti o proseguirli nonché se intende acquisire il controllo dell'emittente e, in tal caso, la strategia che intende adottare e le operazioni per metterla in opera; d) le sue intenzioni per quanto riguarda eventuali accordi e patti parasociali; e) se intende proporre l'integrazione o la revoca degli organi amministrativi e di controllo dell'emittente. Si è precisato, inoltre, che in caso di omessa dichiarazione il diritto di voto non può essere esercitato. Per concludere, il Legislatore con tale modifica, che ricalca norme già presenti in altri ordinamenti¹⁸, è intervenuto al fine di incrementare la trasparenza del mercato, anche in considerazione di acquisti di partecipazioni sottosoglia OPA.

¹⁷ Decisione della Commissione Europea, C (2017) 7866, del 29 novembre 2017.

¹⁸ Ci si riferisce alle disposizioni contenute nella sezione 13(d) del *Securities Exchange Act* americano e all'articolo L 233-7 del *Code de Commerce* francese.

4. *L'estensione dei poteri speciali alle reti 5G e le modifiche alla normativa italiana*

La consapevolezza dell'evoluzione tecnologica in atto e del suo impatto sulla società e sulle istituzioni ha stimolato il Legislatore italiano a integrare la normativa del 2012, aggiornando il perimetro delle attività strategiche. È stato così inglobato all'interno del *golden power* il settore delle reti di telecomunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G, con l'intento di garantire la protezione delle reti e dei servizi di comunicazione basati su tale tecnologia¹⁹. A tal fine, si è stabilito che il veto o le prescrizioni possono essere giustificati da valutazioni concernenti fattori di vulnerabilità che potrebbero compromettere l'integrità e la sicurezza delle reti e dei dati che vi transitano, compresi quelli individuati sulla base di principi e linee guida elaborate a livello internazionale e dall'Unione europea.

La normativa è stata modificata con il d.l. del 25 marzo 2019, n. 22 che ha aggiunto l'art. 1-*bis* al decreto del 2012, apportando alcune rilevanti novità.

Più nello specifico, con tale decreto le reti e i servizi 5G vengono considerate come attività rientranti nell'ambito della difesa e sicurezza nazionale e sottoposte alla relativa disciplina. Inoltre, sono oggetto di notifica tutti i contratti di fornitura di beni e servizi collegati alle reti e servizi 5G stipulati con soggetti extra-UE. Pertanto, anche semplici contratti di fornitura diventano oggetto di notifica e, dunque, potenzialmente destinatari di misure restrittive ad opera del Governo.

La finalità degli interventi sembrerebbe essere stata quella di garantire la sicurezza cibernetica in un momento in cui non vi era ancora una compiuta disciplina della materia e non era stata istituita l'Agenzia per la cybersicurezza nazionale.

Un aspetto che ha suscitato più di un interrogativo concerne la facoltà per uno Stato di spostare determinati interessi da un ambito definitorio ad un altro, come è avvenuto per l'art. 1-*bis*²⁰. In tal senso, autorevole dottrina ha osservato come il collegamento con il settore della sicurezza nazionale abbia rappresentato una forzatura o quantomeno sia emerso soltanto al termine di un collegamento logico piuttosto lungo²¹.

Una novità che merita attenzione è la previsione di una distinzione tra investimenti effettuati da soggetti extra-UE, nei cui confronti trova piena applicazio-

¹⁹ L. Fiorentino, *Verso un sistema integrato di sicurezza: dai poteri speciali al perimetro cibernetico*, in G. Della Cananea, L. Fiorentino (a cura di), *I "poteri speciali" del Governo nei settori strategici*, Napoli, 2020, 51ss.

²⁰ Il preambolo dell'art. 1 del d.l. 22/2019, infatti, aggiungendo il già citato articolo 1-*bis*, ha specificato che tale intervento è stato effettuato al fine di un aggiornamento della normativa in materia di poteri speciali in conseguenza dell'evoluzione tecnologica in corso, con particolare riferimento alla tecnologia 5G e ai connessi rischi di un uso improprio di dati con implicazioni sulla sicurezza nazionale.

²¹ M. Clarich, *La disciplina del golden power in Italia e l'estensione dei poteri speciali alle reti 5G*, in G. Napolitano (a cura di), *Foreign Direct Investment Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2019, 117.

ne la disciplina e investimenti effettuati da soggetti appartenenti a Stati membri che, invece, ne sono esclusi. Da ciò si può desumere che gli investimenti effettuati da soggetti europei non siano considerati pericolosi per il sistema della difesa e della sicurezza nazionale o, più semplicemente, che in tale ambito il Legislatore abbia voluto garantire una maggiore apertura dei mercati a livello europeo, come auspicato dal Regolamento sopraccitato²².

5. *L'evoluzione della disciplina del golden power alla luce delle recenti crisi*

La disciplina fin qui illustrata, come si è cercato di dimostrare, ha subito profonde modifiche per rispondere alle esigenze, spesso di carattere eccezionale, che gli Stati si sono trovati ad affrontare. Così è stato per l'emergenza pandemica da Covid-19 e, più recentemente, per i rischi scaturenti dal conflitto in Ucraina²³.

Le misure restrittive e di distanziamento sociale, adottate dai Governi più duramente colpiti dalla pandemia, hanno inciso sulla tenuta delle economie nazionali e comportato un deprezzamento degli *assets* strategici dei paesi in crisi. Logica conseguenza di tale deprezzamento è stata che società ritenute strategiche erano divenute particolarmente "appetibili" per investitori esteri che avevano intravisto la possibilità di acquisirne il controllo a prezzi di saldo.

La Commissione europea, a fronte di tale minaccia esterna, ha pubblicato una Comunicazione²⁴, con la quale ha sollecitato gli Stati membri ad impiegare lo strumento del *golden power*, considerandolo una risorsa non solo ammissibile ma addirittura auspicabile in contingenze straordinarie. Va sottolineato che la Comunicazione della Commissione fa esclusivo riferimento ai meccanismi di *screening* nei confronti di soggetti riferibili a Paesi extra-UE e che le restrizioni ai movimenti di capitali da e verso Paesi terzi si collocano in un contesto giuridico diverso rispetto alle restrizioni ai movimenti di capitali all'interno dell'Unione.

Nel panorama italiano un'importante novità è rappresentata dal d.l. n. 23/2020, con cui sono state introdotte alcune modifiche che hanno inciso sui profili sostanziali e procedurali dell'esercizio dei poteri speciali. Più in generale le

²² M. Clarich, *Servizi cloud e 5G dentro il perimetro del golden power*, 25 marzo 2022, Il Sole 24ore.

²³ Sull'evoluzione e rafforzamento dei poteri speciali si veda G. Napolitano, *L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 5, 549 ss.; A. Sacco Ginevri, *The Italian foreign direct investments screening in times of Covid-19: trends and perspectives*, in F. Capriglione, R.M. Latra, R. McCormick, C. Paulus, L. Reichlin, M. Sakuramoto (a cura di), *Law and economics early review. Issues on financial markets regulation, business development and government's policies on globalization*, 2020, 122 ss.; A. Ilacqua, *L'ascesa dei golden powers. Dallo Stato imprenditore alla Stato protettore*, in *Il diritto dell'Economia*, 2023, 1, 429 ss.

²⁴ Comunicazione della Commissione Europea, *Guidance to the Member States concerning foreign direct investment and free movement of capital from third countries and the protection of Europe's strategic assets, ahead of the application of Regulation (EU) 2019/452 (FDI Screening Regulation)*, 25 marzo 2020, C(2020) 1981 final.

modifiche hanno riguardato l'estensione dei settori, la dilatazione degli obblighi di notifica e l'incremento dei soggetti notificanti. Il Decreto, originariamente di carattere transitorio, ha esteso la possibilità di utilizzare i poteri speciali anche per operazioni intra-UE²⁵ e per acquisizioni di partecipazioni minoritarie da parte di soggetti extra-UE²⁶. L'esigenza di assicurare l'efficacia dei *golden powers* è tale che il legislatore ha consentito anche la possibilità di avviare d'ufficio il procedimento per l'esercizio dei poteri speciali nel caso di operazioni non notificate²⁷.

Il rafforzamento dello *screening* governativo è stato ulteriormente confermato dal d.l. n. 21/2022. Le novità di maggior rilievo contenute in tale ultimo decreto possono schematicamente riassumersi nel modo seguente: *i*) ridefinizione dell'ambito di applicazione della normativa, attuando una tendenziale stabilizzazione delle misure emergenziali che dovevano essere di carattere temporaneo; *ii*) riformulazione della disciplina in materia di comunicazione elettronica a banda larga basata su tecnologia 5G e *cloud*; *iii*) innovativo coinvolgimento delle società *target* nel procedimento di notifica delle operazioni rientranti nel perimetro di esercizio dei poteri speciali; *iv*) introduzione di un sistema di pre-notifica.

È stata così superata l'originaria distinzione tra la disciplina relativa ai settori della difesa e della sicurezza nazionale e quella concernente i settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni. Infatti, mentre le acquisizioni relative ai settori di cui all'art. 1 riguardavano anche le operazioni effettuate da soggetti europei e, con riferimento al profilo oggettivo, anche le partecipazioni c.d. di minoranza, l'ambito di applicazione dell'art. 2 era invece limitato alle operazioni extra-UE ed applicabile solo alle acquisizioni di partecipazioni di controllo. Tale quadro è stato modificato con il c.d. Decreto Liquidità, la cui disciplina provvisoria è stata progressivamente prorogata nel tempo e, da ultimo, confermata dal decreto-legge sopracitato.

²⁵ Parte della dottrina ha mostrato alcune perplessità. Si veda L. Vasques, *Golden Power. Alcune note a margine della disciplina emergenziale del controllo governativo sulle acquisizioni in Italia*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2020, 1, 119 ss. L'autore evidenzia come scopo precipuo dei poteri speciali sia quello di preservare le imprese nazionali da soggetti esterni considerati "ostili". Peraltro, un controllo così penetrante come quello previsto dal nuovo Decreto Liquidità, che prescinde dalla nazionalità del soggetto coinvolto, implicherebbe un'eccessiva influenza statale su scelte di tipo imprenditoriale, ponendo anche profili di incompatibilità con la libertà di iniziativa economica privata, di cui all'art. 41 della Costituzione.

²⁶ Nello specifico si prevede l'obbligo per gli acquirenti extra-UE di notificare alla Presidenza del Consiglio dei Ministri non solo le operazioni di acquisizione di controllo ma anche ogni operazione di acquisto di partecipazioni che attribuiscono una quota di diritti di voto o del capitale almeno pari al 10% – tenuto conto delle azioni o quote già direttamente o indirettamente possedute – e il cui valore complessivo di investimento sia pari o superiore a un milione di euro, nonché l'obbligo di notificare tutte le acquisizioni che determinino il superamento delle soglie del 15%, 20%, 25% e 50%.

²⁷ Analoga previsione si riscontra nell'ordinamento statunitense. Sul punto si veda C. Mann, *The global rush toward foreign direct investment screening: lessons from the United States*, in G. Napolitano (a cura di), *Foreign Direct Investment Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2019, 15 ss.

Un ulteriore ampliamento, introdotto in sede di conversione, ha riguardato gli investimenti c.d. *greenfield*, che si hanno quando un'impresa investe creando *ex novo* un'attività produttiva all'estero, nonché l'inserimento tra gli *assets* strategici dei beni e rapporti «anche se oggetto di concessioni, comunque affidate, incluse le concessioni di grande derivazione idroelettrica». Con la modifica in questione, si è chiarito che non si estende l'ambito di applicazione del *golden power* a nuovi settori ma si specifica che rientrano nell'obbligo di notifica gli *assets* strategici anche se oggetto di concessione comunque affidata²⁸.

Per quanto riguarda la riformulazione della disciplina in materia di comunicazione elettronica a banda larga basata su tecnologia 5G e *cloud*, la nuova disciplina mira a rafforzare i presidi per la sicurezza, la difesa nazionale e le reti di comunicazione elettronica, con particolare riguardo alle tecnologie 5G e *cloud*, qualificandoli come “di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale”.

Con il Decreto, inoltre, è stata introdotta la possibilità che la notifica alla Presidenza del Consiglio sia fatta congiuntamente dalla società acquirente e dalla società *target*, seppur con termini e prescrizioni differenti.

L'ultimo e forse più rilevante profilo di novità consiste nell'introduzione di un obbligo di “pre-notifica”, già sperimentato nel settore *antitrust*. Tale strumento consente di ottenere una preliminare valutazione circa l'applicabilità della normativa sul *golden power*, in tal modo diminuendo il carico di notifiche che, in caso di incertezza circa l'applicabilità della normativa, venivano presentate per il solo timore di incorrere in sanzioni.

In tal modo l'impresa interessata può trasmettere al Dipartimento per il coordinamento amministrativo della Presidenza del Consiglio una dettagliata informativa sull'operazione in atto, al fine di ottenere un preventivo vaglio sulla stessa. Il Dipartimento, all'esito di una deliberazione assunta dal Gruppo, comunica all'impresa uno dei seguenti esiti: (i) l'operazione non rientra nell'ambito applicativo del Decreto; (ii) l'operazione, oggetto di pre-notifica, può rientrare nell'ambito applicativo del Decreto e in tal caso l'impresa è tenuta a eseguire la regolare notifica; (iii) l'operazione potrebbe astrattamente rientrare nell'ambito applicativo della disciplina sui poteri speciali, ma sono insussistenti i presupposti per l'esercizio di questi ultimi. Tali esiti vengono comunicati entro 30 giorni dall'informativa. Nel caso in cui, entro questo termine, il Gruppo non si sia espresso, l'impresa sarà tenuta ad eseguire la regolare notifica dell'operazione. Non trova applicazione alcun meccanismo di silenzio-assenso.

²⁸ R. Chieppa, *Disciplina e prassi applicativa del golden power italiana*, in J. Moscianese, R.C. Panico (a cura di), *Le operazioni di M&A tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2022, 66.

Infine, nel caso in cui il Gruppo di coordinamento decida all'unanimità di non esercitare i poteri speciali non è più necessaria una delibera formale del Consiglio dei Ministri.

Tra le ulteriori novità vi è l'istituzione presso il Dipartimento per il coordinamento amministrativo di un nucleo di valutazione e analisi strategica in materia di esercizio dei poteri speciali, nonché la possibilità di avvalersi della collaborazione della Guardia di Finanza.

Va segnalato, inoltre, che, a seguito della crisi bellica in Ucraina, la Commissione²⁹ ha invitato gli Stati membri che non dispongono di meccanismi di *screening* ad istituire con urgenza forme di controllo degli investimenti esteri diretti sollecitando, nel frattempo, l'utilizzo di altri strumenti giuridici esistenti per affrontare i casi in cui l'acquisizione di una particolare impresa possa creare un rischio per la sicurezza e l'ordine pubblico. Per quanto riguarda, invece, gli Stati membri che dispongono di meccanismi di *screening*, la Commissione ha sollecitato gli stessi a farne uso per valutare e prevenire le minacce collegate agli investimenti russi e bielorusi.

Infine, nel febbraio 2023 è stata adottata nel nostro ordinamento la legge n. 10/2023, che ha convertito il d.l. 5 febbraio 2022, n. 187, recante «Misure urgenti a tutela dell'interesse nazionale nei settori produttivi strategici», con cui sono state introdotte, all'art. 2, alcune novità in materia di *golden power*, tra cui la possibilità di accedere in via prioritaria a fondi e strumenti di agevolazione per le imprese colpite dall'esercizio dei poteri governativi³⁰. Più nello specifico, è stato previsto che «successivamente all'esercizio dei poteri speciali di cui al d.l. 15 marzo 2012, n. 21, il Ministero delle imprese e del *Made in Italy* valuta, su istanza dell'impresa notificante, la sussistenza dei presupposti per l'accesso a misure di sostegno della capitalizzazione dell'impresa, idonee a consentire un rafforzamento patrimoniale, ai fini dell'accesso con priorità al fondo per la salvaguardia dei livelli occupazionali e la prosecuzione dell'attività d'impresa [...] e può, altresì, valutare, sempre su istanza dell'impresa notificante, i presupposti per l'accesso agli interventi erogati dal patrimonio destinato, costituito ai sensi dell'art. 27, comma 1, del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 [...]». Dunque, con tale disposizione è stata introdotta una forma di “compensazione” per le imprese le cui operazioni sono oggetto dell'esercizio dei poteri speciali.

Quello che emerge da tale quadro è che il *golden power*, da strumento eccezionale, è diventato uno strumento a permanente disposizione del Governo e che, da ultimo, il Legislatore ha preso atto che spesso l'esercizio del *golden power*

²⁹ Comunicazione della Commissione europea, 6 aprile 2022, sugli “*Orientamenti ad uso degli Stati membri riguardanti gli investimenti esteri diretti dalla Russia e dalla Bielorussia in considerazione dell'aggressione militare contro l'Ucraina e delle misure restrittive stabilite nei recenti Regolamenti del Consiglio sulle sanzioni*”, C 151 I/01”.

³⁰ L. Perfetti, *Investitori spiazzati da norme generiche e sanzioni pesanti*, 20 febbraio 2023, *IlSole24ore*.

rischia di compromettere il perfezionamento di operazioni potenzialmente necessarie alla sopravvivenza dell'impresa ritenuta strategica e, pertanto, ha ritenuto opportuno introdurre delle misure in qualche modo compensative.

6. *La vicenda oggetto di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE*

Come si è cercato di illustrare, gli strumenti di controllo degli investimenti esteri diretti hanno trovato origine con le privatizzazioni e si sono sviluppati nel corso degli anni, anche per superare le criticità evidenziate dalle istituzioni comunitarie. D'altra parte, l'atteggiamento dell'Unione europea è notevolmente mutato, infatti, da una posizione di iniziale contrasto, le istituzioni comunitarie sono diventate progressivamente fautrici di maggiori controlli. Inevitabilmente, gli Stati membri hanno implementato ulteriormente le proprie normative di *screening* degli investimenti. A risulturne sacrificati sono stati i principi europei a tutela del libero mercato.

In tal senso merita di essere esaminata la sentenza del 13 luglio 2023³¹, con cui la Corte di giustizia si è pronunciata, per la prima volta, sull'ambito di applicazione del Regolamento UE 2019/452 e che potrebbe rappresentare una prima inversione di tendenza delle istituzioni europee in materia.

La vicenda trae origine dal veto opposto dal Ministero dell'Innovazione e della Tecnologia ungherese all'acquisizione da parte di Xella Magyarország Építőanyagipari Kft. (di seguito "Xella"), una società di diritto ungherese, ma controllata da una società estera³², operante nel mercato dei materiali edili, della totalità delle quote di Janes és Társa. Quest'ultima è una società ungherese che si occupa di estrazione mineraria di ghiaia, sabbia, e argilla.

L'attività esercitata dalla società *target* rientra, in base all'allegato I del decreto governativo n. 289/2020, tra quelle ritenute strategiche dalla legislazione ungherese. In conseguenza di ciò, la Xella, dopo aver stipulato il contratto di compravendita della totalità delle quote, aveva inviato al Ministro ungherese una notifica precauzionale, al fine di renderlo edotto di tale operazione e, contestualmente, di chiedere conferma che tale formalità non fosse necessaria in considerazione del suo assetto proprietario.

³¹ Corte giust., 13 luglio 2023, *Xella Magyarország Építőanyagipari Kft. c. Innovációs és Technológiai Miniszter*, C-106/22, EU:C:2023:884.

³² La Xella è controllata al 100% da una società di diritto tedesco che, a sua volta, è detenuta da una società di diritto lussemburghese, la Xella International SA. Quest'ultima società è indirettamente controllata, a sua volta, dalla società madre del gruppo Lone Star, registrata alle Bermuda ed appartenente, in ultima istanza, ad un cittadino irlandese.

Il Ministro, invece, preso atto della notifica, ha vietato l'esecuzione dell'operazione invocando l'"interesse nazionale". La Corte di Budapest ha successivamente annullato tale decisione sulla base del rilievo che il Ministro non aveva adeguatamente rispettato le norme procedurali ed era venuto meno al suo obbligo di motivazione. La Corte ha così ingiunto al Ministro di avviare un nuovo procedimento, conclusosi l'anno seguente con un ulteriore divieto dell'operazione.

Nella motivazione, il Ministro ha argomentato la decisione qualificando la Xella come "investitore estero", essendo indirettamente detenuta da una società registrata alle Bermuda, e dunque argomentando che, qualora la Janes és Tàrsa venisse acquistata, seppur indirettamente, da una società estera, sussisterebbe un rischio a lungo termine per l'approvvigionamento di materie prime. Ha così affermato l'importanza strategica dell'attività esercitata dalla società *target*.

La Xella ha contestato la decisione controversa sostenendo, di fronte al giudice del rinvio, che quest'ultima era frutto di una discriminazione arbitraria e di una restrizione dissimulata alla libera circolazione dei capitali. La ricorrente ha, altresì, sostenuto che l'opacità della nozione di interesse nazionale potesse costituire una violazione del fondamentale principio dello "Stato di diritto"³³.

Ad avviso della Xella, dunque, la motivazione ministeriale sarebbe stata determinata dal carattere «non nazionale» del suo assetto proprietario, pur essendo la società, in ultima istanza, detenuta da un cittadino di uno Stato membro.

In tali circostanze, la Corte di Budapest, sospendendo il procedimento interno, ha deciso di sottoporre alla Corte di Giustizia, due questioni pregiudiziali.

La prima concernente la compatibilità della disciplina ungherese con l'art. 65, paragrafo 1, lettera b), TFUE, letto in combinato disposto con i Considerando 4 e 6 del Regolamento sopracitato, e con l'art. 4, par. 2 del TUE.

Con la seconda questione, il giudice ungherese ha interrogato la Corte chiedendo, in caso di risposta affermativa alla prima, se la circostanza che la Commissione abbia svolto una procedura di controllo delle concentrazioni e l'abbia autorizzata, come avvenuto nel caso di specie, osti all'esercizio del potere governativo ai sensi del diritto dello Stato membro.

Analizzata brevemente la vicenda, si rende necessario richiamare, seppur in forma necessariamente sintetica, la normativa di riferimento prima di soffermarsi sulla pronuncia della Corte.

³³ L'art. 2 TUE recita: «L'Unione europea si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze, come stabilito all'articolo 2 del trattato sull'Unione europea (TUE)».

7. *Cenni alla disciplina europea ed ungherese*

Nell'esaminare il caso in questione, la Corte di giustizia ha analizzato nuovamente il Regolamento sopraccitato.

In particolare, si è soffermata sui Considerando 4, 6, 10, 13 e 36, nei quali si prevede che: *i*) il Regolamento fa salvo il diritto degli Stati membri di derogare alla libera circolazione dei capitali di cui all'art. 65 par. 1, lettera b) del TFUE; *ii*) gli investimenti esteri diretti rientrano nell'ambito di applicazione della politica commerciale comune, in cui l'Unione ha competenza esclusiva; *iii*) gli Stati membri che dispongono di un meccanismo di controllo, dovrebbero prevedere misure necessarie ad evitare l'elusione dei loro meccanismi di controllo e delle relative decisioni; *iv*) nel determinare se un investimento possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico, dovrebbe essere possibile per gli Stati membri e la Commissione tenere conto di tutti i fattori pertinenti, compresi gli effetti sulle infrastrutture critiche, sulle tecnologie e sui fattori produttivi che sono essenziali per la sicurezza o il mantenimento dell'ordine pubblico.

Inoltre, gli Stati membri e la Commissione devono tenere conto del contesto e delle circostanze riguardanti l'investimento estero diretto. Tra questi ultimi, un fattore di sicuro rilievo è rappresentato dal fatto che un investitore estero possa essere controllato, direttamente o indirettamente, da parte del governo di un Paese terzo.

Dall'analisi del Regolamento emergono, inoltre, alcuni principi generali che gli Stati membri sono tenuti a rispettare, quali: l'assenza di discriminazione, la trasparenza, la possibilità di ricorso contro la decisione dello Stato membro nonché l'esistenza di termini temporali pertinenti.

Da un punto di vista sostanziale si individuano, all'art. 4, una serie di ambiti di investimento che si presume possano incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico, tra cui, al primo paragrafo, si menziona la sicurezza dell'approvvigionamento di fattori produttivi critici, quali l'energia e le materie prime.

Soffermandosi sulla disciplina ungherese rilevante ai fini del procedimento principale, vengono in rilievo gli artt. 276, 277 e 283 della *Veszélyhelyzet megszűnésével összefüggő átmeneti szabályokról és a járványügyi készségről szóló 2020 évi LVIII. törvény* (legge n. LVIII del 2020 sulle norme transitorie relative alla cessazione dello stato di emergenza e sulla crisi epidemiologica, nel prosieguo "Vmtv"), disciplinante la normativa ungherese in materia di controllo degli investimenti esteri diretti. L'art. 276 della Vmtv chiarisce cosa si intenda per "interesse nazionale", "investitore estero" e "società strategica".

L'articolo successivo, invece, specifica il procedimento da seguire nel caso di investimenti effettuati nei confronti di società ritenute strategiche. In tal caso,

sono necessarie la notifica al Ministro e l'avviso di ricevimento di tale notifica nel caso in cui dall'operazione derivino rischi per l'interesse nazionale, per come definito dall'art. 276 della legge citata.

Si deve indicare, inoltre, nel caso in cui il valore dell'investimento è pari o superiore a 350 milioni di fiorini ungheresi (circa 935.720 euro), se qualsiasi "investitore estero", in seguito ad acquisizione diretta o indiretta di una partecipazione nella società strategica interessata, acquisisca, direttamente o indirettamente, un'"influenza maggioritaria" su tale società strategica. Per influenza maggioritaria, in base all'art. 8:2 del codice civile, si intende qualsiasi relazione in base alla quale una persona fisica o giuridica detiene più del 50% dei diritti di voto o esercita un'influenza dominante in seno ad una persona giuridica.

Dopo aver ricevuto la notifica, il Ministro esamina «se, nel caso in cui la parte notificante acquisisca la proprietà, un diritto di proprietà su buoni o obbligazioni, un diritto di usufrutto o un diritto di sfruttamento, risultino lesi o siano messi a rischio l'interesse nazionale, la sicurezza pubblica o l'ordine pubblico ungheresi, o se esista la possibilità che ciò si verifichi [...]».

Una volta esaminata la notifica ed entro trenta giorni dal ricevimento della stessa, il Ministro, qualora non ricorrano le circostanze per dare avvio al procedimento, dichiara semplicemente di averne preso conoscenza, altrimenti, ne vieta l'acquisizione.

Infine, merita una menzione anche l'Allegato 1 del *Magyarországi székhelyű gazdasági társaságok gazdasági célú védelméhez szükséges tevékenységi körök meghatározásáról szóló* 289/2020 (Decreto governativo n. 289/2020), che, nel definire i settori di attività necessari per la tutela economica delle società commerciali con sede in Ungheria, ricomprende le materie prime e gli altri tipi di attività estrattiva tra quelli considerati di importanza strategica.

8. *Decisione della Corte di giustizia nella causa C-106/22*

A questo punto, senza indugiare oltre, si rende necessario esaminare quanto la Corte di giustizia ha statuito in merito alle suddette questioni pregiudiziali.

Con riferimento alla prima questione, si domandava se la disciplina ungherese fosse compatibile con la normativa europea e, in particolare, con l'art. 65, par. 1, lett. b), in combinato disposto con i Considerando 4 e 6 del Regolamento 2019/452, nonché con l'art. 4, par. 2, TUE.

Più nello specifico, la questione atteneva alla conformità con la disciplina europea di un meccanismo di controllo degli investimenti previsto dalla normativa di uno Stato membro che consente di vietare l'acquisizione della proprietà di

una società ungherese da parte di un'altra società residente nello stesso Stato e a sua volta facente parte di un gruppo, in cui una società di un paese terzo dispone di un'influenza maggioritaria.

La ragione del divieto si rinviene nel rischio che tale acquisizione possa pregiudicare l'interesse nazionale alla sicurezza degli approvvigionamenti nel settore delle materie prime di base, quali la ghiaia, la sabbia e l'argilla.

La Corte, in primo luogo, ha rilevato che, come osservato dalla Commissione, la fattispecie in esame non rientra nell'ambito di applicazione del Regolamento 2019/452. Quest'ultimo, come noto, si applica a quegli investimenti concernenti partecipazioni durevoli e dirette di un investitore estero, intendendosi con investitore estero, quell'impresa costituita o comunque organizzata conformemente alla legislazione di un Paese terzo.

Ebbene, la fattispecie oggetto del procedimento principale si colloca al di fuori dall'ambito di applicazione del Regolamento. Ad avviso della Corte, infatti, «ciò non può essere rimesso in discussione dal fatto che dall'articolo 4, paragrafo 2, lettera a), e dall'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), del Regolamento 2019/452 discende che l'assetto proprietario dell'investitore estero può essere preso in considerazione come fattore nella valutazione del potenziale rischio per la sicurezza o l'ordine pubblico posto dall'investimento di cui trattasi. Infatti, tale fattore di valutazione riguarda nello specifico il fatto che l'investitore estero sia direttamente o indirettamente controllato dall'amministrazione pubblica, inclusi organismi statali o forze armate, di un paese terzo, anche attraverso l'assetto proprietario o finanziamenti consistenti. Tuttavia, poiché tale elemento di valutazione si riferisce in modo esplicito solo all'assetto proprietario dell'investitore estero, nozione definita all'articolo 2, paragrafo 2, del Regolamento 2019/452 e circoscritta alle società di un paese terzo, esso non implica che l'ambito di applicazione di tale regolamento, come definito all'articolo 1, paragrafo 1, di quest'ultimo, sia esteso sino ad includere gli investimenti effettuati da società organizzate conformemente alla legislazione di uno Stato membro in cui una società di un paese terzo detiene un'influenza maggioritaria. Non risulta peraltro dal fascicolo di cui dispone la Corte che la decisione controversa nel procedimento principale sia stata adottata al fine di contrastare un tentativo di eludere il meccanismo di controllo, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 6, del regolamento 2019/452».

La Corte, in secondo luogo, ritiene di non doversi pronunciare in merito al riferimento all'art. 4, par. 2, TUE, che sancisce l'uguaglianza degli Stati membri di fronte ai Trattati, dal momento che il giudice del rinvio non chiarisce quale sia la sua rilevanza al fine della questione. Infine, per quanto concerne la libertà fondamentale applicabile al caso di specie, la Corte, richiamando costante giurisprudenza sul tema ha ricordato che, nonostante il giudice del rinvio inviti ad esaminare la normativa nazionale alla luce della libera circolazione dei capitali, le

disposizioni relative all'acquisizione, da parte di un investitore estero, di una partecipazione che conferisce un'influenza maggioritaria rientrano in un'altra libertà fondamentale, ovvero la libertà di stabilimento *ex artt.* 49-55 TFUE. La fattispecie in esame, pertanto, deve essere valutata alla luce della libertà di stabilimento, dal momento che l'acquisto della totalità delle quote è indubbiamente sufficiente a consentire all'acquirente di esercitare un'influenza dominante sulle società *target*. Si deve ricordare, inoltre, che conformemente all'art. 54, sono beneficiari della libertà di stabilimento tutte le società che siano costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e abbiano la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione.

D'altra parte, è stato in più occasioni osservato dalla stessa Corte che, contrariamente a quanto sostenuto dal Ministro ungherese, «da nessuna disposizione del diritto dell'Unione risulta che la provenienza degli azionisti delle società residenti nell'Unione, siano essi persone fisiche o giuridiche, incida sul diritto di tali società di esercitare la libertà di stabilimento. Lo status di società dell'Unionesi fonda, in virtù dell'art. 54 TFUE, sul luogo della sede sociale e sull'ordinamento giuridico di appartenenza della società, e non sulla nazionalità dei suoi azionisti»³⁴

Tutto ciò considerato, la Corte ha ritenuto che la Xella, anche se parte di un gruppo di società la cui capogruppo è stabilita in un Paese terzo, è una società dell'Unione e, pertanto, l'origine dei suoi azionisti non può in alcun caso essere strumentalizzata per negare alla società di beneficiare della libertà di stabilimento. Peraltro, anche volendo considerare l'origine degli azionisti della società, cosa che non si avrebbe motivo di fare, non si può non osservare che il proprietario finale del gruppo è un cittadino irlandese.

Posto, dunque, che la prima questione deve essere esaminata solo alla luce della libertà di stabilimento, la Corte ha ricordato che tale libertà fondamentale non è applicabile ad una fattispecie in cui tutti gli elementi si collocano all'interno di un solo Stato membro³⁵. In tale senso il fatto che la società "madre" del gruppo Xella sia una società tedesca e che la società "madre della madre", di diritto lussemburghese sia, a sua volta, controllata dal gruppo Lone Star, la cui capogruppo è registrata alle Bermuda, costituisce un elemento di estraneità. Di conseguenza, il carattere transfrontaliero della società acquirente, residente nell'Unione, non rileva ai fini della risoluzione della suddetta questione.

La Corte, quindi, ritenuta ricevibile la domanda e dopo aver ricordato cosa debba intendersi per restrizione alla libertà di stabilimento, ossia tutte quelle misure che ne vietano, ostacolano o scoraggiano l'esercizio³⁶, ha così statuito sul

³⁴ Corte giust., 10 aprile 2014, *Felixstowe Dock and Railway Company e a.*, C-80/12, EU:C:2014:200, punto 40.

³⁵ Corte giust., 7 settembre 2022, *Cilevičs e a.*, C-391/20, EU:C:2022:638.

³⁶ Corte giust., 27 febbraio 2019, *Associação Peço a Palavra e a.*, C-563/17, EU:C:2019:144, punto 54.

caso in commento: «la normativa nazionale di cui trattasi, come applicata nella decisione controversa nel procedimento principale, nella misura in cui consente alle autorità di uno Stato membro di vietare a una società dell'Unione, per motivi di sicurezza e di ordine pubblico, l'acquisizione di una partecipazione in una società residente "strategica" che le consente di esercitare una sicura influenza sulla gestione e il controllo di quest'ultima società, costituisce, manifestamente, una restrizione alla libertà di stabilimento di tale società dell'Unione, nel caso di specie una restrizione particolarmente grave».

Come noto, tuttavia, anche restrizioni alle libertà fondamentali possono, al ricorrere di determinate e tassative circostanze, essere giustificate. La Corte, infatti, ha in più occasioni affermato³⁷ che deroghe ai Trattati possono essere ritenute ammissibili a condizione che la misura nazionale di cui trattasi sia giustificata da un motivo imperativo di interesse generale, sia idonea a garantire il raggiungimento dell'obiettivo perseguito e non vada al di là di quanto necessario per ottenerlo³⁸. Pertanto, le misure nazionali non possono restringere indebitamente il mercato, ma ciò non implica che gli Stati membri siano privi di strumenti necessari a proteggere le proprie imprese. Gli Stati, infatti, per perseguire tale obiettivo possono far ricorso alle deroghe espresse dai Trattati o elaborate dalla Corte di Giustizia, tra cui le c.d. "esigenze imperative di interesse generale", che si sono stratificate negli anni per adeguarsi alle esigenze di nuovi interessi formati nel tempo come risposta alle trasformazioni socioeconomiche verificatesi.

Nel caso di specie è in questione lo specifico interesse volto a garantire la sicurezza e la continuità degli approvvigionamenti nel settore edile e, più nello specifico, per quanto concerne le materie prime di base quali ghiaia, sabbia e argilla. La giurisprudenza della Corte, pur riconoscendo che gli Stati restano liberi di determinare – conformemente alle loro necessità nazionali – quali siano le proprie esigenze di ordine pubblico e di pubblica sicurezza, ha chiarito, tuttavia, che tali motivi, nel contesto dell'Unione e in particolar modo quando incidano su libertà fondamentali garantite dai Trattati, devono essere interpretati in senso restrittivo e che l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza possono essere invocati solo in caso di minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi tutelati.

La Corte, pur avendo riconosciuto in diverse circostanze che motivi concernenti la sicurezza degli approvvigionamenti in settori quali quello del petrolio, delle telecomunicazioni e dell'energia possano rientrare tra tali esigenze, nel caso di specie, invece, ha sostenuto che «non si può ritenere che l'obiettivo di cui trattasi nel procedimento principale, inteso a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento a favore del settore edile, in particolare a livello locale, per quanto riguarda

³⁷ Corte giust., 3 febbraio 2021, *Fussl Modestraße Mayr*, C-555/19, EU:C:2021:89, punto 52.

³⁸ F. Merusi, *La Corte di giustizia condanna la "golden share" all'italiana e il ritardo del legislatore*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2000, 3, 1236 ss.

determinate materie prime di base, vale a dire la ghiaia, la sabbia e l'argilla, derivanti da un'attività di estrazione mineraria, rientri, alla pari dell'obiettivo legato alla sicurezza dell'approvvigionamento dei settori del petrolio, delle telecomunicazioni e dell'energia, tra gli «interessi fondamentali della collettività» conformemente alla giurisprudenza citata». Ancora, nella stessa sentenza ora in commento si è ritenuto non sussistente il rischio di “minaccia effettiva e particolarmente grave” paventato dal Ministro ungherese dal momento che «risulta pacifico, da un lato, che prima di tale acquisizione la società acquirente acquistava già circa il 90% della produzione delle materie prime di base di cui trattasi dalla miniera della società acquistata, al fine di trasformarle nel suo stabilimento ubicato in prossimità di tale miniera, e che il restante 10% di detta produzione era acquistato da imprese locali del settore edile. Dall'altro, è noto che poiché tali materie prime di base hanno, per loro natura, un valore commerciale relativamente basso rispetto, soprattutto, alle loro spese di trasporto, il rischio di esportazione di una parte rilevante della produzione di detta miniera anziché la vendita di dette materie prime di base sul mercato locale appare poco probabile, se non addirittura escluso in pratica».

Alla luce di quanto sopra, la Corte di giustizia, rispondendo alla prima delle due questioni sollevate dal giudice nazionale, ha concluso che le disposizioni del Trattato in materia di libertà di stabilimento devono essere interpretate nel senso che ostano ad un meccanismo di controllo degli investimenti esteri, come quello ungherese, che vieta l'acquisizione di una società residente, ritenuta strategica, da parte di un'altra società ugualmente residente nell'Unione (e nello stesso Paese membro), per quanto appartenente ad un gruppo di carattere transnazionale, con la motivazione che tale operazione rischi di pregiudicare l'interesse nazionale consistente nel garantire la sicurezza dell'approvvigionamento nel settore delle materie prime.

Dal momento che il giudice interno aveva sollevato la seconda questione subordinandola al caso di risposta affermativa alla prima, la Corte, avendo risposto negativamente a questa, non si è dovuta pronunciare sulla seconda e ultima questione.

9. Conclusioni

Da tempo ci si chiedeva se il progressivo ampliamento delle discipline di controllo degli investimenti esteri diretti in quasi la totalità dei Paesi europei – sulla scia del mutamento di prospettiva a livello dell'Unione – fosse compatibile con le libertà fondamentali garantite dai Trattati.

Con la sentenza sopra richiamata si è assistito nuovamente ad una tensione tra gli orientamenti della giurisprudenza europea – ispirata a una lettura rigorosa dei principi su cui si regge l'Unione economica e politica – e l'esigenza dei

moderni Stati nazionali di monitorare l'andamento delle attività economiche e degli investimenti effettuati sul proprio territorio³⁹. In tal senso, la sentenza offre delle utili riflessioni sull'argomento.

Un primo spunto di riflessione che si può trarre dalla pronuncia, deriva dalla nozione di "investimento estero diretto" assunta a paradigma dalla Corte. Quando si discorre di investimenti esteri diretti ci si riferisce, generalmente, all'acquisto di un potere di gestione o comunque di un legame durevole con la società *target* da parte di un investitore estero, intendendosi con quest'ultimo l'impresa di un Paese terzo, ovvero costituita o comunque organizzata conformemente alla legislazione di un Paese terzo.

Nella sentenza, adottando un'interpretazione restrittiva delle definizioni contenute nel Regolamento, si chiarisce che investitore estero è solo quel soggetto o quella persona giuridica che è effettivamente costituita in un Paese terzo, essendo invece irrilevante il luogo di provenienza degli azionisti, anche laddove vi sia un socio di controllo extraeuropeo.

La Corte ha pertanto escluso l'applicabilità del Regolamento europeo, non riconoscendo la natura di investitore estero all'acquirente per il semplice fatto che la società ultima controllante avesse sede nelle Bermuda, affermando invece che la società acquirente era di diritto ungherese e così disattendendo le conclusioni dell'avvocato generale. Quest'ultimo, facendo proprie le posizioni espresse dal Governo italiano nel suo intervento, aveva infatti sostenuto che la presenza di una società extraeuropea nella catena di controllo fosse sufficiente a determinare l'applicabilità del Regolamento⁴⁰.

Il Regolamento dovrebbe in ogni caso trovare applicazione, ai sensi dell'art. 3, par. 6 del medesimo, laddove alla base dell'elemento formale del Paese di costituzione della società vi sia un tentativo di elusione della normativa di controllo degli investimenti.

È doveroso specificare, tuttavia, che l'interpretazione fornita dalla Corte attiene esclusivamente al Regolamento sopracitato e lascia invece impregiudicata la stessa nozione di investitore estero fornita dalle normative nazionali.

Cionondimeno, la sentenza è di sicuro rilievo nel definire l'ambito di applicazione del Regolamento. In effetti un chiarimento sul punto si rendeva necessario dal momento che lo stesso avvocato generale, nel formulare le sue conclusioni, aveva erroneamente sostenuto che vi rientrassero non solo gli investimenti esteri diretti in senso proprio, ma anche quelli indiretti. Ovvero quelli mediante i quali un investitore di un Paese terzo acquisisce indirettamente il controllo di un'im-

³⁹ A. Sacco Ginevri, *Le società strategiche*, in V. Donativi (a cura di), *Trattato delle società*, Milano, 2022, 843.

⁴⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Tamara Čapeta, 30 marzo 2023, causa C-106/22, *Xella MagyarországÉpítőanyagipari Kft. c. Innovációs és Technológiai Miniszter*, punto 45.

presa dell'Unione attraverso un'altra impresa residente in uno Stato membro ma controllata da una di un Paese terzo, come nel caso di specie.

Nel chiarire, infatti, che società costituite in uno Stato membro, seppur da soggetti extraeuropei, costituiscono a tutti gli effetti soggetti comunitari, la Corte restringe notevolmente il campo di applicazione del Regolamento. Di conseguenza, i Governi nazionali non dovranno attivare il meccanismo di coordinamento e ciò si traduce, nella pratica, in una notevole riduzione di tempo nell'adozione dei provvedimenti.

In aggiunta, è immaginabile che la sentenza, pur di natura interpretativa, eserciterà, come noto, un effetto che trascende il caso di specie, attraverso l'applicazione che ne sarà fatta dai giudici nazionali.

Nella sentenza, la Corte si esprime anche sui limiti alle libertà fondamentali. Si tratta di un tema controverso, che ha storicamente impegnato i giudici di Lussemburgo, i quali si sono trovati a dover decidere alla luce di quale delle libertà fondamentali dovesse essere valutata la legittimità dei poteri speciali.

Come è facilmente desumibile, l'alternativa era quella tra la libertà di circolazione dei capitali e quella di stabilimento. È forse superfluo ricordare che la libertà di circolazione dei capitali, essendo storicamente un diritto *erga omnes*, è reclamabile tanto da soggetti europei che extraeuropei⁴¹. Lo stesso non può certamente dirsi per la libertà di stabilimento.

Si trattava, in effetti, di una questione di non facile soluzione. D'altra parte, entrambe le libertà rappresentano differenti declinazioni del mercato unico europeo e, pertanto, sul piano concettuale sono facilmente sovrapponibili.

La giurisprudenza della Corte, infatti, ha adottato soluzioni differenti nel corso degli anni.

In un primo momento ha ritenuto di dover valutare la legittimità dei poteri speciali alla luce della libera circolazione dei capitali. In particolare, in Commissione contro Francia⁴², adottando un approccio comunemente noto come "*center of gravity approach*", la Corte ha ritenuto che, per quanto la disciplina dei poteri speciali comportasse anche una restrizione della libertà di stabilimento, tale restrizione costituisse in realtà conseguenza diretta degli ostacoli alla libertà di circola-

⁴¹ Si veda sul punto S. Alvaro, M. Lamandini, A. Police, I. Tarola, *La nuova via della seta e gli investimenti esteri diretti in settori ad alta intensità tecnologica*, cit., in cui si rammenta che: «Ed invero, dopo essere stata a lungo il "cugino povero" delle altre libertà fondamentali, la libera circolazione dei capitali si è vista riconoscere, a seguito della direttiva sui movimenti di capitale del 1988, da un lato, l'efficacia diretta dalla sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Bordessa* e, dall'altro lato, valore *erga omnes*, di libertà fondamentale, cioè, invocabile, a differenza delle altre libertà, anche da investitori extra-UE. Quest'ultimo risultato, ancora espresso come un mero impegno politico di best effort degli Stati membri all'art. 7 della direttiva del 1988, veniva in particolare sancito dalla riforma di Maastricht del Trattato CE, dando così vita ad un diritto direttamente invocabile. Esso trova conferma ora nell'art. 63 TFUE».

⁴² Corte giust., 4 giugno 2002, *Commissione c. Francia*, C-483/99, EU:C:2002:327, punti 51-52.

zione dei capitali. Pertanto, ha ritenuto che non fosse necessario valutare le normative nazionali alla luce della libertà di stabilimento.

Come si è anticipato, la posizione della giurisprudenza di Lussemburgo non è rimasta immutata e, nel corso del tempo, si è assistito ad un cambio di paradigma.

Più in particolare, nel noto caso Commissione contro Italia⁴³, la Corte ha ritenuto di dover distinguere il caso in cui i poteri speciali mirino ad impedire l'acquisizione di partecipazioni rilevanti e, dunque, finalizzate ad assumere il controllo della società, da quello in cui oggetto di *screening* siano investimenti c.d. di portafoglio. Tale distinzione, originariamente pensata per limitazioni imposte per via tributaria e successivamente estesa a quelle poste dalle normative di controllo degli investimenti esteri diretti, trova fondamento in una nota pronuncia pregiudiziale della Corte⁴⁴.

Ebbene, la Corte tornando ad occuparsi della questione con la sentenza in commento, ha precisato che a venire in considerazione non è la libertà di circolazione, bensì quella di stabilimento, trattandosi di un investimento finalizzato ad acquisire il controllo della società *target*.

La Corte si è poi soffermata, ancora una volta, sul controverso tema delle deroghe alle libertà fondamentali⁴⁵.

Come noto, la giurisprudenza della Corte ha individuato la possibilità di derogare alle libertà fondamentali ogniqualvolta ricorrano le ben note "esigenze imperative di interesse generale"⁴⁶. La Corte, tuttavia, non ha dato una definizione positiva di quali possano essere tali motivi, ma si è limitata, volta per volta, ad escludere le argomentazioni degli Stati membri, formando in tal modo una giurisprudenza sul tema.

Ha così ricordato che eventuali restrizioni alle libertà fondamentali possono essere giustificate unicamente da esigenze di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e sanità pubblica e che tali restrizioni, di natura derogatoria, debbano essere interpretate restrittivamente. Si precisa inoltre che una decisione di veto non può in alcun modo essere motivata da esigenze di natura economica⁴⁷ e che tali misu-

⁴³ Corte giust., 26 marzo 2009, *Commissione c Italia*, C- 326/07, EU:C:2009:193.

⁴⁴ Corte giust., 13 aprile 2000, *C. Baars c. Inspecteur der Belastingen*, C-251/98, EU:C:2000:205, punto 22.

⁴⁵ Sul punto si veda, G. Strozzi, R. Mastroianni, *Diritto dell'unione europea*, Torino, 2023, Ed. IX, 282 ss.

⁴⁶ Corte giust., 13 luglio 2004, *Commissione c. Bacardi France SAS*, cause riunite C-262/02 e C-429/02, EU:C:2004:432.

⁴⁷ Corte giust., 16 gennaio 2003, *Commissione c. Italia*, C-388/01, EU:C:2003:30, punto 59; Corte giust., 16 febbraio 2012, *Costa e Cifone*, cause riunite C-72/10 e C-77/10, EU:C:2012:80, punto 59; Corte giust., 11 marzo 2010, *Attanasio Group c. Comune di Carbognano*, C-384/08, EU:C:2010:133, punto 53.

re devono comunque essere proporzionate⁴⁸ e necessarie⁴⁹ rispetto all'obiettivo da perseguire⁵⁰. Inoltre, un'eventuale minaccia alla sicurezza nazionale e all'ordine pubblico deve essere effettiva e sufficientemente grave.

Il Trattato stesso prevede dei temperamenti per entrambe le libertà e, in particolare, per la libertà di stabilimento all'art. 52 TFUE afferma che: «[I]e prescrizioni del presente capo e le misure adottate in virtù di queste ultime lasciano impregiudicata l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi imperativi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica».

Ebbene, nel caso in questione, la Corte ha escluso che la sicurezza nell'approvvigionamento di ghiaia, sabbia e argilla derivante da attività di estrazione mineraria, possa giustificare una restrizione alla libertà di stabilimento. Tale obiettivo non potrebbe rientrare tra quegli "interessi fondamentali della collettività" che – ad avviso della Corte di giustizia – possono giustificare una restrizione alle libertà fondamentali garantite dai Trattati. D'altra parte, non si vede quali possano essere i rischi per la collettività dal momento che la società acquirente già comprava quasi il novanta per cento delle materie estratte dalla società *target* e il restante dieci per cento da imprese locali e che, in ogni caso, tenuto conto del valore relativamente basso di tali materie rispetto all'onerosità del loro trasporto, sarebbe scarsamente ipotizzabile il rischio di esportazione della produzione.

Pertanto, si è affermato che il veto posto dall'autorità ungherese costituisca una restrizione "particolarmente grave" e, in quanto tale, contrastante con il principio della libertà di stabilimento.

Per quanto possa apparire lontana, la sentenza in commento offre un monito anche per il Governo italiano, in cui i dati relativi al controllo degli investimenti segnalano un notevole e ormai non più sorprendente aumento delle notifiche effettuate (608 notifiche alla luce dell'ultima relazione annuale⁵¹), di cui più della metà

⁴⁸ Corte giust., 30 giugno 2016, *Admiral Casinos & Entertainment AG*, C-464/15, EU:C:2016:500, punti 30 ss.; Corte giust., 3 marzo 2020, *Google Ireland Limited c. Nemzeti Adó-és Vámigazgatóság*, C-482/18, EU:C:2020:141, punto 45.

⁴⁹ Nella valutazione della necessità della misura si deve, inoltre, valutare che l'obiettivo cui mira la misura non possa essere conseguito attraverso regole meno restrittive, sul punto si rinvia a Corte giust., 25 luglio 2002, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL c. Stato belge*, C-459/99, EU:C:2002:461, punti 77-80.

⁵⁰ Corte giust., 17 settembre 2002, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, C-334/00, EU:C:2002:4999, punto 22; Corte giust., 28 aprile 1998, *Safir c. Skattemyndigheten i Dalarnas Län*, C-118/96, EU:C:1998:170; Corte giust., 14 novembre 2018, *Danieli & C. Officine Meccaniche Spa c. Regionale Geschäftsstelle Leoben des Arbeitsmarktservice*, C-18/17, EU:C:2018:904.

⁵¹ Relazione annuale della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per il coordinamento amministrativo, Luglio 2022, 19 ss.

si sono rivelate poi non necessarie. Ciò a conferma di una sempre maggiore schizofrenia del sistema, che suscita perplessità anche negli stessi operatori del settore.

Peraltro, non si può trascurare il fatto che le misure attualmente in vigore possono essere adottate non solo nei confronti di investimenti effettuati da investitori europei, ma anche da parte di investitori italiani nei confronti di società nazionali, anche in imprese e settori che sembrerebbero avere poco a che fare con la sicurezza nazionale. Basti pensare che recentemente il Governo italiano, per la prima volta, ha ritenuto strategico anche il settore degli elettrodomestici, autorizzando l'operazione oggetto di *screening*, ma imponendo stringenti vincoli in termini di salvaguardia, non solo del patrimonio tecnologico, ma anche dei livelli occupazionali.

Ancora, con D.P.C.M. del 16 giugno 2023, sono stati esercitati i poteri speciali nell'operazione avente ad oggetto il rinnovo dei patti parasociali di Pirelli s.p.a., tra il socio italiano e quello cinese.

Il Governo, nonostante i patti parasociali non siano più contemplati dalla disciplina di cui al d.l. n. 21/2012, ha ugualmente imposto una serie di gravose condizioni consistenti: (i) nella designazione dell'amministratore delegato da parte del socio italiano; (ii) nell'affidamento allo stesso della proposta di qualsivoglia delibera avente ad oggetto gli asset strategici; (iii) nell'individuazione esclusiva degli organi delegati tra gli amministratori designati dal socio italiano; (iv) nella previsione con cui si obbliga alla notifica governativa qualsivoglia modifica della *governance*; (v) infine, nell'esclusione del socio cinese da ogni forma di controllo, direzione e coordinamento per quanto riguarda, tra gli altri, i piani strategici, di ricerca e sviluppo.

Così facendo il Governo ha esercitato un'ingerenza tale nella *governance* societaria che, di fatto, esclude il socio di maggioranza dalla gestione societaria⁵².

Tutto ciò a conferma del fatto che il *golden power* viene utilizzato non solo per controllare investimenti in settori ritenuti strategici, ma anche quale strumento a permanente disposizione del Governo per le più svariate finalità.

Così, ad oggi, le operazioni di mercato trovano sempre più spesso nel Governo un interlocutore ulteriore, sebbene non più animato da logiche proprietarie.

Con la pronuncia in commento, la Corte ha ricordato agli Stati l'esistenza di limiti alla loro discrezionalità in materia di *screening* degli investimenti, offrendo così un monito per tutti i Paesi membri.

Occorre osservare, tuttavia, che lo scorso 24 gennaio, la Commissione europea ha formulato una proposta di regolamento⁵³, volta a sostituire il Regolamen-

⁵² L. Picotti, *Pirelli: dal takeover cinese del 2015 al golden power del 2023*, in *Osservatorio golden power*, consultabile al seguente link: <https://www.osservatoriogoldenpower.eu/pirelli-dal-takeover-cinese-del-2015-al-golden-power-del-2023/>, 2024.

⁵³ COM (2024) 23 final.

to del 2019, rafforzando la disciplina in materia di controllo degli investimenti esteri. Più in particolare, la proposta della Commissione prevede una serie di novità che la differenziano rispetto al Regolamento vigente.

La prima consiste nell'applicazione della disciplina anche a investitori costituiti nell'Unione, ma controllati da soggetti esteri. Si potrebbe quindi configurare un paradosso, per cui la Corte di giustizia ha ritenuto non conforme ciò che invece trova legittimazione nella nuova normativa europea.

Una seconda novità degna di nota consiste nell'indicazione di requisiti minimi che le normative nazionali dovranno rispettare, avviando così una concreta armonizzazione.

La proposta di regolamento prevede inoltre un meccanismo di “*screening post closing*”, sia a livello nazionale, consentendo alla rispettive autorità di avviare una revisione successiva, qualora dall'operazione possano insorgere rischi per la sicurezza e l'ordine pubblico, sia a livello dell'Unione, prevedendo la possibilità di avviare *ex post* il meccanismo di coordinamento. È oggetto di revisione anche il meccanismo di funzionamento di quest'ultimo.

La proposta prevede poi un innovativo coordinamento dei procedimenti nel caso in cui le operazioni oggetto di *screening* coinvolgano più Paesi UE. Si prevede infine l'inclusione degli investimenti *greenfield*, tra quelli oggetto di *screening*.

Tale proposta dovrà ora essere esaminata da Parlamento e Consiglio e, data la scadenza imminente dell'attuale Commissione, difficilmente entrerà in vigore a breve. Ciò non esclude, tuttavia, che gli Stati membri implementeranno le rispettive normative, seguendo gli indirizzi formulati dalla Commissione.

In conclusione, con tale proposta si assiste nuovamente ad un rafforzamento degli strumenti di controllo degli investimenti, solo in parte temperato dagli orientamenti della Corte di giustizia.

Appare pertanto di fondamentale importanza trovare il giusto temperamento tra il rispetto degli imprescindibili principi europei del mercato unico e la nuova latitudine dei concetti di sicurezza e interesse nazionale, conservando il carattere di eccezionalità nell'esercizio del *golden power*⁵⁴.

In tal senso, è stato proposto di ripristinare sul versante dell'ordinamento societario gli strumenti giuridici funzionali a proteggere le imprese da acquisizioni ostili in momenti congiunturali avversi, così da evitare un'eccessiva proliferazione di società strategiche⁵⁵. In tal modo il ruolo dello Stato tornerebbe ad essere coerente con i principi europei di un'economia aperta e integrata.

⁵⁴ A. Ilacqua, *L'ascesa dei golden powers. Dallo Stato imprenditore allo Stato protettore*, cit., 429 ss.

⁵⁵ A. Sacco Ginevri, *I golden powers fra Stato e mercato ai tempi del Covid-19*, in *Giur. comm.*, 2021, 2, 293.

Golden power e libertà europee: verso una restrizione delle normative sul controllo degli investimenti esteri?

Il presente lavoro intende offrire una panoramica sull'evoluzione e l'estensione del *golden power* e, più in generale, sugli strumenti di *screening* degli investimenti esteri diretti in un'ottica interna ed europea. Negli ultimi anni, infatti, si è assistito ad una continua estensione di tale strumento e l'atteggiamento dell'Unione europea e delle sue Istituzioni è notevolmente mutato. Da una posizione di iniziale contrasto, come noto, si è assistito ad un progressivo allineamento, culminato nel Regolamento del 2019 e nella Comunicazione del 2022 che hanno sollecitato l'istituzione di nuovi strumenti di *screening* per i Paesi che ne erano sprovvisti.

Tutto ciò, perlomeno fino alla più recente sentenza della Corte di giustizia, resa nella causa C-106/22, sull'ambito di applicazione del Regolamento UE 2019/452. In particolare, sul rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, sollevato dalla Corte di Budapest, la Corte di giustizia ha avuto modo di ricordare agli Stati membri l'esistenza di limiti alla loro discrezionalità in materia di *screening* degli investimenti, al fine di tutelare le libertà fondamentali garantite dai Trattati.

Si avrà modo di esaminare come eventuali restrizioni alle libertà europee debbono essere interpretate restrittivamente e possono essere giustificate unicamente da esigenze di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica.

Non si ha modo di sapere se questa sentenza costituisca un caso isolato o se, in prospettiva futura, rappresenti un primo *revirement* dell'Unione nei confronti degli strumenti di *screening* introdotti dagli Stati membri.

Golden power and European freedoms: toward a restriction of foreign investment control regulations?

This paper aims to provide an overview of the evolution and extension of golden power and, generally, of the foreign direct investment screening tools in the Italian and European framework.

In recent years, indeed, there has been a continuous extension of such legal instrument and the attitude of the European Union and of its Institutions has changed considerably. Indeed, from an initial stance of opposition to golden power and the screening tools introduced by the Member States, there has been a progressive alignment culminating in the 2019 Regulation and the 2022 Communication urging the establishment of new screening tools for countries without them.

That is until the most recent ruling of the Court of Justice, rendered in Case C-106/22, on the scope of application of EU Regulation 2019/452. In particular, on the Budapest Court's Article 267 TFEU reference for a preliminary ruling, the Court had occasion to remind Member States of the existence of limits to their discretion in investment screening, in order to protect the fundamental freedoms guaranteed by the Treaties.

Pier Giorgio Visconti - Abstract

It will be examined how any restrictions on European freedoms must be interpreted restrictively and can only be justified by requirements of public order, public security and public health.

There is no way of knowing whether this judgment is an isolated case or whether, in the future, it represents a first *revirement* of the Union against the screening instruments introduced by the Member States.

Il *Golden Power* tra divieto di aiuti di Stato e controllo sulle sovvenzioni estere

Diana Pittelli

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La forma di controllo italiana: il *Golden Power*. – 3. La forma di controllo europea: il Controllo IDE e il Regolamento (UE) 2019/452. – 4. *Golden Power* e intersezioni europee. – 5. Il rapporto tra *Golden Power* e Divieto di aiuti di Stato. – 5.1 Analogie e differenze. – 5.2 L'utilizzo congiunto nei periodi emergenziali. – 6. Il Regolamento (UE) 2022/2560 e la disciplina IDE. – 7. Un punto d'intersezione: l'indagine sul controllo statale. – 8. Conclusioni.

1. *Premessa*

Nel 1945, il filosofo Karl Popper formulava il celebre paradigma sulla tolleranza, secondo il quale l'eccessiva tolleranza nei confronti di un fenomeno (l'intolleranza) avrebbe portato alla soccombenza dei *tolleranti*, lasciando spazio alle prevaricazioni dei *tollerati*: per questo, tale modello venne definito *un paradosso*, il paradosso della tolleranza¹. Nel 2020, Eddy De Smijter² affermava: «The EU should not be a naïve open economy»³, ossia *l'UE non deve essere un'economia aperta ingenua*. Traslando il paradigma enunciato da Popper in ambito economico, e accostandolo alle parole di De Smijter, potrebbe dirsi che «L'UE deve essere un'economia aperta, ma con limiti alla sua tolleranza»: se qualunque *comportamento economico*⁴ fosse tollerato, sarebbe proprio l'economia aperta, libera e concorrenziale promossa dall'Unione europea a venir meno, a soccombere a fronte

¹ Si v. Karl Popper, *La società aperta e i suoi nemici* (vol.1), 1945.

² Responsabile dell'unità dedicata all'applicazione del regolamento sulle sovvenzioni estere della Direzione generale della Concorrenza (DG Comp).

³ Affermazione resa nel contesto del Webinar organizzato nell'ottobre 2020 da Wolters Kluwer per discutere dei risultati ottenuti attraverso la consultazione pubblica avviata dalla Commissione europea in relazione al White Paper sul controllo delle sovvenzioni estere.

⁴ Così intendendosi atteggiamenti assunti da parte di operatori economici e/o azioni o prassi economiche adottate da soggetti pubblici e privati.

di fenomeni anticoncorrenziali, predatori, o a diventare rischiosa, pericolosa per l'Unione stessa e i suoi interessi, compromettendo *anche* il suo mercato⁵.

Tra gli strumenti che consentono di limitare l'acquiescenza nei confronti di condotte potenzialmente rischiose per l'equilibrio del mercato interno e la sicurezza dell'Unione, merita particolare attenzione il controllo degli Investimenti Esteri Diretti, ossia lo strumento eurounitario, a matrice nazionale, attraverso il quale gli Stati Membri e la Commissione europea vigilano sulle operazioni economiche che coinvolgono asset strategici il cui uso, o la cui disponibilità, può incidere sull'equilibrio securitario dell'Unione⁶, a prescindere dalla provenienza comunitaria dell'investitore o dell'operazione stessa. Le origini di tale strumento si ritrovano nelle politiche adottate dai singoli Stati Membri al fine di garantire la propria sicurezza e il proprio ordine pubblico, ormai compromettibili non più dai soli tradizionali eventi bellici, ma anche, soprattutto nei settori ad alta tecnologia, attraverso particolari operazioni economiche⁷. La duplice collocazione del Controllo IDE, nazionale e comunitaria, comporta la concorrenza di più fon-

⁵ Uno Stato privato dei suoi asset strategici si vedrebbe mutilato indirettamente sul piano della propria sovranità, non potendo più garantire la regolare tenuta del proprio ordine, basato anche sulla capacità e possibilità di soddisfare esigenze ed interessi della Nazione. Gli Stati potrebbero perdere, per il tramite di semplici operazioni economiche, i mezzi attraverso i quali soddisfare interessi essenziali e/o strategici, con ricadute anche sul fronte dell'economia nazionale e dei movimenti economico-finanziari legati agli asset coinvolti, così perdendo una fetta di mercato rilevante per il Paese, con inevitabili conseguenze sul mercato comunitario.

⁶ Per una trattazione più ampia e dettagliata sul tema, in particolar modo dal punto di vista comunitario, si veda S. Vellucci, *The new regulation on the screening of FDI: the quest for a balance to protect EU's essential interest*, *Diritto del Commercio Internazionale*, 2019, 1, 142 ss.; utile a comprendere in maniera più estesa le questioni legate alla sicurezza è anche S. Alvaro, M. Lamandini, A. Police, I. Tarola, *La nuova via della seta e gli investimenti esteri diretti in settori ad alta intensità tecnologica. Il golden power dello Stato italiano e le infrastrutture finanziarie*, in *Quaderni giuridici Consob*, 2019.

⁷ Questo aspetto è sottolineato anche da De Nitto, secondo cui si registra un «cambiamento del concetto di sicurezza nazionale, non più legato semplicemente agli armamenti o alla protezione dei confini territoriali, ma tale da includere le nuove possibilità offerte dall'attuale cambio di paradigma tecnologico. Le grandi trasformazioni digitali, infatti, caratterizzate da nuove modalità di connessione, rendono le telecomunicazioni, le reti di trasmissione energetiche e di trasporto maggiormente vulnerabili e facilmente «attaccabili». Si v. S. De Nitto, *Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, in *Diritto Amministrativo*, 2022, 2, 557. Ma soprattutto, nel Glossario Intelligence del Dipartimento delle informazioni per la sicurezza, PDC, 2019 si sottolinea come «[l]a nozione di sicurezza nazionale – e quella connessa, di interesse nazionale – mantiene in ogni caso una forte caratterizzazione dinamica, risultando tanto legata al grado di maturità del paese cui si riferisce quanto al contesto storico: ne costituisce esempio la rilevanza strategica assunta dai concetti di sicurezza economico-finanziaria e di sicurezza ambientale». Che il tema della stabilità finanziaria rientri nel concetto di sicurezza è controverso: ne discorre ampiamente D. Gallo, in *La questione della compatibilità dei golden powers in Italia, oggi, con il diritto dell'Unione europea: il caso delle banche*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2021, 1. È peraltro curioso come nel lessico usato in materia riecheggino sovente un richiamo ad un linguaggio bellico. Ne sono esempi il fatto che la creazione e l'utilizzo dei meccanismi dei poteri speciali siano definiti come l'utilizzo dei meccanismi dei poteri speciali come una *corsa agli armamenti giuridici* «intrapresa da vari ordinamenti per tutelare propri interessi economici ritenuti strategici» ed evitare la «perdita di sovranità economica da parte dello Stato» (L. Arnaudo, *A l'economie comme a la guerre. Note su golden power, concorrenza e geo-economia*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2017, 3, 436). Si veda anche A. Aresu, M. Negro, *La Geopolitica della protezione, investimenti e sicurezza nazionale: gli Stati Uniti, l'Italia e l'UE*, in *«Verso l'Europa» Fondazione per lo Studio sui Mercati Pubblici Europei*, Roma, 2018.

ti nella regolazione della materia, e la necessità di un forte e costante dialogo tra le stesse⁸. Tale duplice collocazione porta inoltre con sé un'ineluttabile esigenza di coordinamento con procedimenti previsti dal diritto nazionale e con procedimenti comunitari che riflettono interessi più ampi, riferibili alla stabilità e al rispetto dei principi fondanti dell'Unione europea, ciò anche al fine di consentire a ciascuno di essi di perseguire i propri fini senza inutili ripetizioni che ne appesantirebbero il funzionamento – lato pubblico e privato – e senza contrasti, di tipo normativo o applicativo.

A seguito degli sviluppi delle due discipline normative sul controllo degli IDE, nazionale e comunitaria, e delle forme ormai assunte dallo strumento, appare dunque imprescindibile *un dialogo* con altri procedimenti che impongono un controllo statale o comunitario su dinamiche economiche⁹, come nei meccanismi legati al controllo degli aiuti di Stato e il nuovo controllo sulle sovvenzioni estere¹⁰. Il meccanismo che verifica entità¹¹ e direzionamento degli aiuti di Stato con-

⁸ Le implicazioni di tale “duplice collocazione” sul piano normativo sono state dettagliatamente analizzate in più occasioni da autorevole dottrina. Tra gli altri contributi, si segnalano G. Napolitano, *I Golden Power italiani alla prova del Regolamento europeo*, in *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2019, 131; A. Sacco Ginevri, *L'espansione dei Golden Powers fra sovranismo e globalizzazione*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2019, 1, 151 ss. Si vedano anche M. Rescigno, *Il nuovo regolamento UE 2019/452 sul controllo degli investimenti diretti tra integrazione dei mercati, sistemi nazionali e ruolo dell'Europa*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2020, 847; R. Magliano, *Tutela degli interessi strategici e controllo degli investimenti esteri diretti: la proposta di regolamento delle istituzioni europee*, in *Il diritto del commercio internazionale*, 2018, 705 ss. e B.P. Amicarelli, *Il controllo degli investimenti stranieri nel regolamento europeo del 2019*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 6, 753 ss.

⁹ Il connubio tra economia e diritto e i meccanismi di *governance* pubblica dell'economia sono oggetto di continuo studio e osservazione. Con la creazione di nuovi strumenti di controllo e intervento pubblico e/o con l'espansione e lo sviluppo di quelli già esistenti, gli ambiti di tale ricerca non possono che ampliarsi. Alcuni autori hanno già avanzato ipotesi di coordinamento tra lo strumento del Controllo IDE e altri ambiti del diritto privato (tra questi, D. Iorio e C. Rizzo, *La nuova disciplina del Golden Power - Brevi riflessioni sulle ricadute pratiche in operazioni di M&A*, in *Norme & Tributi Plus*, *Il sole 24 ore*, 26 ottobre 2022 e A. Bussani, *Divieti e limitazioni per le operazioni societarie derivanti dalla normativa “golden power”*, in *Le Società*, 2023, 1) e del diritto pubblico dell'economia. Tra questi, si segnala A. Gemmi, *Il principio di legalità tra authorities e goldenpower: quale spazio per i poteri impliciti*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2021, in cui si propone un interessante accostamento tra il Golden Power, in particolare per come modificato dagli ultimi interventi normativi in materia, e il mondo delle *authorities*, sostenendo che «molte delle proposte sul tavolo dei gruppi di lavoro prendono a modello le authorities, e in particolare l'Agcm». In relazione ai rapporti tra disciplina IDE e Merger (Regolamento (CE) 2004/139) si veda R. Chieppa, *Conclusioni*, in G. Napolitano (a cura di), *Foreign Direct Investment Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2019, 184; altri spunti a riguardo sono contenuti in R. Cafari Panico, J. Moscanese, *Le operazioni di M&A fra regolamentazione e concorrenza*, Torino, 2022 e in G. Serafin, *Golden power: vecchi problemi e nuovi temi societari*, in *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2021, 2, 1007 ss.

¹⁰ Controllo sulle Sovvenzioni Estere Distorsive del Mercato, spesso indicato come Controllo FSR (*Foreign Subsidies Regulation*).

¹¹ Il Divieto di Aiuti di Stato, diversamente da come il nome potrebbe far intendere, non assume le vesti di una preclusione assoluta: sono consentite le sovvenzioni che non causano – né concretamente, né potenzialmente – distorsioni sulla concorrenza tra imprese operanti nel mercato europeo. Gli aiuti di modesta entità, c.d. “*de minimis*” sono dunque esenti dalla procedura di controllo dinanzi alla Commissione europea, per come previsto dai Regolamenti (UE) 2023/2831 e 2023/2832.

sente di evitare che il mercato interno europeo venga *inquinato* da sussidi pubblici (*et similia*)¹² che falserebbero la concorrenza tra imprese che *devono* trovarsi in un rapporto paritetico; questo presenta alcuni punti di contatto con i meccanismi di controllo IDE, motivo per il quale si è arrivati ad un uso congiunto dei due strumenti nei periodi emergenziali, in cui l'uno ha assunto il ruolo di guardiano interno del mercato europeo, mentre l'altro di scudo esterno verso potenziali investimenti predatori¹³ o indesiderati¹⁴. Il Golden Power, come si dirà, può qualificarsi come una *longa manus* del divieto, avendo per oggetto delle sue valutazioni anche la presenza di partecipazioni di controllo e finanziamenti statali nelle imprese straniere che vogliono insediarsi in Europa; dunque, un'estensione del controllo operato con il meccanismo di controllo degli *State Aid*. Da qui l'evidente vicinanza ad un altro e più recente strumento, il controllo sulle sovvenzioni estere¹⁵. Il Regolamento FSR supplisce ad un manifesto limite del controllo

¹² La nozione di Aiuto di Stato presenta confini necessariamente molto ampi. Rientrano in tale definizione anche quei sussidi formalmente privati ma sostanzialmente pubblici, come quelli provenienti da imprese pubbliche. Sul punto, cfr. Comunicazione della Commissione europea (2016/C 262/01) del 19 luglio 2016, *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*. Si veda anche *Il TFUE e la principale normativa europea di diritto derivato in materia di Aiuti di Stato*, 9 ss., documento del Servizio studi della Camera dei deputati, disponibile al link <https://documenti.camera.it/leg19/dossier/pdf/AP0059.pdf>.

¹³ Nel corso della pandemia da Covid-19, l'Unione europea e gli Stati membri hanno temuto che le imprese, soprattutto piccole e medie, divenissero facile preda di grandi operatori economici, specie di quelli con sede in Stati meno colpiti dal fenomeno pandemico. Il contesto normativo originatosi in risposta a tali preoccupazioni è stato analizzato, tra gli altri, da A. Sacco Ginevri, *I goldenpowers fra Stato e mercato ai tempi del Covid-19*, in *Giurisprudenza commerciale*, 282; A. Sandulli, *Le relazioni tra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al goldenpower*, in *Diritto Pubblico*, 2020, 405; L. Vasques, *Golden Power. Alcune note a margine della disciplina emergenziale del controllo governativo sulle acquisizioni in Italia*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 2020, 1, 119 ss.; E. Rimini, M. Rescigno, *"Golden power" e coronavirus: regole per l'emergenza o per il futuro*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2020, 2, 517 ss.; V. Maccarone, *I poteri speciali dopo il decreto-legge "liquidità": un'analisi e alcune note in prospettiva*, in *Osservatorio costituzionale*, 2021, 1, 137 ss.; F. Bianco, *I golden powers nella legislazione d'emergenza: riflessioni a margine dell'estensione dei poteri speciali governativi*, in *Contratto e Impresa*, 2022, 1, 202 ss.; R. Magliano, *La ricerca di equilibrio tra investimenti esteri diretti e interventi emergenziali a tutela dell'interesse strategico nazionale: una sfida per l'Unione europea*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2021, 1057; E. La Torre, *Il Temporary Framework in materia di aiuti di Stato: un primo bilancio*, in *Il Mercato legale 4.0 (4CLegal)*, 29 agosto 2022, 112.

¹⁴ Il conflitto scoppato tra Russia e Ucraina non ha lasciato indifferente i paesi dell'Unione europea, i quali hanno manifestato il proprio dissenso attraverso misure *ad hoc* indirizzate verso gli investitori russi. Per un'analisi più approfondita, si vedano: *Misure urgenti a tutela dell'interesse nazionale nei settori produttivi strategici* – Dossier Camera 23 gennaio 2023, in www.documenti.camera.it; Camera dei Deputati, *Criteri di dettaglio del nuovo Temporary Framework di crisi e transizione*, in www.temi.camera.it, 13 marzo 2023; E. Chiti, *Guerra e Diritto amministrativo*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 3, 2022, 293; M. Manna, *I Golden Powers dalla stagione delle privatizzazioni alle congiunture emergenziali: l'eterno ritorno dello Stato nell'economia*, in *Rivista di Diritto del Risparmio*, 2022, 3.

¹⁵ Un accostamento tra Controllo IDE e Controllo FSR è proposto anche da Sandulli, secondo cui i menzionati interventi si collocano «all'incrocio tra la tutela della sicurezza nazionale e degli interessi economici comuni» e, per tramite degli stessi, «l'Unione conferma di situarsi, nello spazio giuridico globale, quale area regionale capace di strutturare politiche comuni». Cfr. A. Sandulli, *La febbre del Golden Power*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2022, 3, 745.

sugli *State Aid*, ossia il confinamento del divieto – e del controllo – ai soli sussidi ricevuti dagli Stati membri, in un mercato peraltro aperto ad investitori stranieri. Le verifiche proprie di questo meccanismo finiscono per sovrapporsi parzialmente, in maniera diversa e per finalità diverse, a quelle proprie del procedimento IDE¹⁶. In tale prospettiva, si è tentato in questo scritto di elaborare e sviluppare un modello di coordinamento tra le procedure previste dai regolamenti europei 2019/452¹⁷, sul controllo degli investimenti esteri diretti, e 2022/2560¹⁸, sul controllo delle sovvenzioni estere, coerente con i principi di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa e il più possibile garantista e favorevole nei confronti degli interessi imprenditoriali coinvolti nelle operazioni di controllo.

2. *La forma di controllo italiana: il Golden Power*

“Potere speciale” è l'espressione con cui la legge italiana indica il potere dello Stato di sottoporre a controllo particolari operazioni economiche e di poter incidere sul relativo esito, sebbene in presenza di determinate circostanze. La particolare forma che esso assume nell'ordinamento italiano è quella del Golden Power, definito potere *speciale* anche in ragione dell'intensità dei suoi effetti e in considerazione della limitatezza dei casi in cui può essere esercitato; questo rappresenta lo strumento di cui lo Stato si dota al fine di salvaguardare asset – attività, beni e rapporti – ritenuti strategici nei settori considerati dalla relativa normativa di settore. In particolare, il decreto legge che istituisce e regola tale potere – decreto legge n. 21 del 2012¹⁹ – indica quali settori strategici la difesa e la sicurezza nazionale (art. 1), i servizi di comunicazione a banda larga basati sulla tecnologia 5G e gli altri attivi connessi alle nuove tecnologie e rilevanti ai fini della sicurezza cibernetica (art. 1-*bis*), i settori “tradizionali” dell'energia, dei trasporti, delle telecomunicazioni (art. 2) affiancati da altri di più recente introduzione, frutto di un apporto comunitario alla materia. Quest'ultima disposizione, infatti, è stata estesa in ragione della rilevanza europea che lo strumento ha assunto, tale da giustificare un intervento normativo che ha prodotto un cospicuo ampliamento degli asset considerati strategici e modifiche alla disciplina nazionale in ragio-

¹⁶ Tali differenze, come si vedrà meglio nel prosieguo, sono evidenziate anche dalla Commissione europea all'interno del *White Paper on levelling the playing field as regards foreign subsidies*, in particolare modo nella sez. 3.2.

¹⁷ Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione.

¹⁸ Regolamento (UE) 2022/2560 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno.

¹⁹ Decreto legge n. 21 del 15 marzo 2012, come convertito dalla legge 11 maggio 2012, n. 56.

ne di esigenze di coordinamento e cooperazione tra Commissione europea e Stati membri²⁰.

Attraverso un sistema di *screening*, implementato dalla maturata convinzione anche in sede europea della necessità di un tale controllo e dunque dall'intervento che in questa sede si è avuto, si sottopongono a verifica gli investimenti "sospetti", così intendendo quelli che avvengono nei settori in cui la normativa Golden Power si dipana e quelli che superano determinate soglie, fino alla conseguenza di un eventuale «controllo»²¹ della società *target*²² e dunque di acquisizioni di rilevanza tale da determinare lo stabile insediamento dell'acquirente nel territorio nazionale.

Nei citati settori e a condizione che sussista una minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale²³, per l'ordine pubblico, per il funzionamento delle reti e degli impianti e per la continuità degli approvvigionamenti²⁴, il governo è legittimato a esercitare il potere dorato

²⁰ Il riferimento è al Regolamento (UE) 2019/452, il quale ha notevolmente ampliato i confini della nozione di strategicità, includendo al suo interno una serie di asset e settori prima non attenzionati (art. 4) e al contempo richiedendo un coordinamento dei controlli volti a verificare gli investimenti indirizzati in tale area (artt. 6 e 7).

²¹ Il controllo deve essere inteso ai sensi dell'art. 93 del TUF -Testo Unico della Finanza e dell'art. 2359 del Codice Civile.

²² Così viene denominata la società oggetto dell'investimento, su cui dunque questo ricade.

²³ Queste le cause che legittimano l'esercizio dei poteri nei settori di cui all'articolo 1 e 1-*bis*. Diversamente da quanto accade per i settori di cui all'articolo 2, a tutela degli interessi salvaguardati dall'articolo 1, esplicite deroghe sono contenute nei Trattati e nel testo normativo fondamentale in tema di controllo europeo degli investimenti esteri, il Regolamento (UE) 452/2019. I trattati europei limitano la sovranità delle nazioni che compongono l'Unione europea senza mai comprometterla del tutto. L'articolo 4 par. 2 del TUE precisa il rispetto dell'Unione nei confronti delle funzioni essenziali degli Stati membri, esplicitamente includendo tra queste il mantenimento dell'ordine pubblico e la tutela della sicurezza nazionale, quest'ultima oggetto di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro. Tale disposizione, insieme all'articolo 346 del TFUE costituisce una Public Security Exemption a favore della competenza degli Stati. A queste si aggiungono le disposizioni degli articoli 52, par. 1 e 65, lett. b) TFUE sulla tutela dell'ordine pubblico. In una sua comunicazione, la Commissione ricorda come «il trattato consente agli Stati membri di mantenere [o istituire, come dopo aggiunto] le misure necessarie per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza o le misure fondate sui motivi imperativi di interesse generale riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea», aggiungendo che la stessa Corte «ha chiarito che la nozione di pubblica sicurezza di cui all'articolo 65, paragrafo 1, lettera b), TFUE ricomprende sia la sicurezza interna sia la sicurezza esterna dello Stato (Causa T-315/01, Kadi/Consiglio e Commissione, ECLI:EU:T:2005:332, punto 110). Restrizioni ai movimenti di capitali possono inoltre essere adottate per affrontare le minacce alla stabilità finanziaria» (Cfr. la dichiarazione della Commissione, del 29 giugno 2015, in merito ai controlli sui capitali imposti dalle autorità greche, disponibile al seguente indirizzo: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/STATEMENT_15_5271). Il Regolamento (UE) 2019/452, dal canto suo, riconosce la competenza esclusiva dello Stato membro di adottare la decisione finale sull'esercizio dei poteri (considerando 17 e art. 6 co. 9), consentendo che in casi eccezionali di pericolo per la sicurezza o l'ordine pubblico si possa intervenire immediatamente, prescindendo dagli ordinari termini del meccanismo di cooperazione (art. 6 co. 8).

²⁴ Ai sensi dell'art. 2, co. 3, il potere di veto può essere esercitato esclusivamente nelle ipotesi di «atti e operazioni di cui ai commi 2 e 2-*bis*, che diano luogo a una situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore, di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti». La presen-

in forma interdittiva (veto), oppositiva (opposizione) o prescrittiva (imposizione di condizioni o prescrizioni)²⁵ nei confronti di delibere, atti od operazioni considerate pericolose per gli interessi statali.

Tale particolare controllo su operazioni economiche che investono settori fondamentali per gli interessi dello Stato nasce come esigenza dei singoli Paesi di salvaguardare interessi propri, in un'ottica di diffidenza nei confronti dell'operato degli investitori esteri. Al contrario di altri meccanismi di controllo attualmente in vigore, tale sistema dunque nasce e si sviluppa in una dimensione strettamente nazionale, solo successivamente espandendosi in sede comunitaria. La presenza di un controllo di questo tipo, infatti, tangeva e ostacolava la realizzazione di uno dei principali obiettivi della Comunità Europea, il Mercato unico europeo, ponendosi in apparente contrasto con principi e libertà fondamentali²⁶ e *fondanti* di tale comunità, come la libera circolazione dei servizi, la libera circolazione dei capitali e la libertà di stabilimento, pertanto dando vita ad un lungo contenzioso tra istituzioni europee e Stati membri²⁷. Il risultato di tale controversia è stato non solo il riconoscimento formale della legittimità di tali meccanismi²⁸ e della

za di «una minaccia di grave pregiudizio agli interessi essenziali dello Stato di cui al comma 3 ovvero un pericolo per la sicurezza o per l'ordine pubblico» legittimano invece l'esercizio del potere di opposizione (art. 2 co. 6).

²⁵ Da qui il plurale dell'espressione *poteri speciali*.

²⁶ Le norme sulle quattro libertà vengono definite *fondamentali* dalla Giurisprudenza europea, tra le altre, nella causa C-212/06 (sent. CGUE, grande sezione, 1/04/2008), in cui si legge che queste «costituiscono norme fondamentali per la CE e [...] è vietato ogni ostacolo a queste libertà, anche se di minore importanza».

²⁷ Il riferimento è al lungo contenzioso instauratosi tra Governo italiano e istituzioni comunitarie, iniziato nel 1998 con una lettera di messa in mora (lettera con la quale nella fase pre-contenziosa della procedura d'infrazione si *contestano gli addebiti*, ossia le violazioni commesse) da parte della Commissione Europea e terminato solo nel 2011, quando, sul punto di deferire per l'ennesima volta la questione alla Corte di Giustizia, la Commissione viene informata dal Governo italiano dell'inizio dei lavori finalizzati a rinnovare e conformare la normativa sui poteri speciali ai principi europei: sulle ceneri della c.d. Golden Share italiana sorgerà dunque il nuovo Golden Power, regolato dal decreto legge n. 21 del 2012. Sia nella fase precontenziosa che in quella dinanzi alla CGUE, i controlli previsti dalla normativa italiana vengono qualificati come *ingiustificati e sproporzionati*, pertanto costitutivi di indebite limitazioni alle libertà di stabilimento e circolazione. In particolare, *sproporzionati* in quanto la normativa non parametrava le misure previste al risultato da raggiungere, ma travalicava i limiti del necessario spingendosi oltre. Questo determinava, inevitabilmente, una incompatibilità con l'ordinamento comunitario nella parte in cui le deroghe ai principi contenuti nei trattati non risultavano giustificati per la parte che eccedeva l'essenziale.

²⁸ L'Italia non è né il primo né l'unico paese che ha visto il proprio meccanismo sui poteri speciali censurato dalle istituzioni europee. Tra le tante sentenze di condanna della CGUE, appare ricorrente un'elencazione di criteri che possono indirizzare il legislatore statale al fine di adeguare e conformare la disciplina al quadro normativo europeo, così non escludendo aprioristicamente la legittimità di un tale meccanismo di controllo. Invero, la Corte di Giustizia non si è mai espressa nei termini di una preclusione assoluta nei confronti di tale meccanismo di controllo, né ha mai taciuto lo strumento *in sé e per sé* di violazione dei trattati. Le censure europee hanno riguardato, in tutti i casi, esclusivamente le modalità di esercizio dei poteri stessi, e in particolare la loro ampiezza, i criteri di esercizio e la (s)proporzione tra fattispecie e conseguenze. In uno specifico caso, i giudici di Strasburgo hanno considerato il meccanismo dei poteri speciali *compatibile* con l'ordinamento: si trattava del meccanismo belga che, proprio a seguito di tale riconoscimento, è stato preso a modello da molti degli Stati che avevano subito una sentenza di condanna, compresa l'Italia. Il modello belga si caratterizzava per alcuni elementi particolarmente apprezzati dalla Corte che hanno consentito a quest'ultima di esprimersi

fondatezza delle preoccupazioni alla base degli stessi, ma anche la volontà dell'Unione Europea di far proprio tale strumento, dotandosene essa stessa.

3. *La forma di controllo europea: il Controllo IDE e il Regolamento (UE) 2019/452*

La più grande innovazione dal punto di vista della compatibilità dei meccanismi nazionali di controllo sugli investimenti o di salvaguardia di beni e attivi-

favorevolmente rispetto a tale regime, ritenendo le misure adeguate e dunque giustificate le droghe: il regime di opposizione (*e non di mero gradimento*), ad opinione della Corte (punto 49 della sentenza) «part[iva] dal principio di rispetto dell'autonomia di decisione dell'impresa» sostituendosi ad un regime autorizzatorio; ancora, i poteri riguardavano non tanto le imprese quanto gli attivi strategici da esse detenute e l'esercizio dei poteri era condizionato ad obiettivi specifici e ben definiti e i relativi provvedimenti di esercizio dovevano essere motivati, rendendo efficace il controllo giurisdizionale; infine, la Corte riconosceva l'idoneità e la proporzionalità delle misure, non individuandone di meno incisive. Sul punto, si veda la sentenza n. del 4 giugno 2002 conclusiva della causa Commissione c. Belgio, C-503/99) e F. Bassan, *Dalla golden share al golden power: il cambio di paradigma europeo nell'intervento dello Stato sull'economia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, 9, 57 ss. Anche nella sentenza di condanna della CGUE nei confronti dell'Italia del 23 maggio 2000 (CGUE, sent. 23 maggio 2000, causa C-58/99, *Commissione c. Italia*), i giudici europei sottolineano come i poteri speciali possano essere ritenuti compatibili, a patto che essi soddisfino almeno tre condizioni, tra cui il rispetto del principio di non discriminazione nella valutazione degli investimenti; la presenza di motivi imperativi di interesse nazionale che giustifichino l'esercizio di tali poteri; la proporzione di questi al fine, vale a dire l'idoneità degli stessi a raggiungere gli obiettivi prefissati senza andare oltre il necessario, dunque senza imporre ai privati un sacrificio inutile e ingiustificato. Infine, il centro di gravità dell'ultima sentenza di condanna dell'Italia (CGUE, sent. 26 marzo 2009, causa C-326/07) non è, come si è detto, l'illegittimità di per sé dei poteri speciali, né dei relativi criteri, quanto un'astrattezza degli stessi e una diffusa non proporzionalità delle previsioni. Si confrontino, oltre agli autori più in là citati, anche: F. Gaspari, *Libertà di circolazione dei capitali, privatizzazioni e controlli pubblici. La nuova golden share tra diritto interno comunitario e comparato*, Torino, 2015, 14; CGUE, 6 dicembre 2007, cause riunite C- 463/04 - C-464/04 e L. Scipione, *L'arma della "golden share" tra giurisprudenza comunitaria ed evoluzione normativa interna*, in *Innovazione e diritto*, 2010, 1-2, 87; CGUE, sent. 23 maggio 2000, causa C-58/99, *Commissione c. Italia* e, a riguardo, cfr. C. San Mauro, *La Disciplina della golden share dopo la sentenza della Corte di Giustizia C-326/07*, in *Concorrenza e mercato*, 2010, 409 ss.; J. Sodi, *Poteri speciali, golden shares e false privatizzazioni*, in *Rivista delle società*, 1996, 2, 386 ss.; G. Lombardo, voce "Golden share" in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVII, Roma, 1998; M. Manna; C. Cavazza, *Golden share, giurisprudenza comunitaria ed abrogazione dell'art. 2450 c.c.*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2008, 5, 1193; M. Manna, *I Golden Powers dalla stagione delle privatizzazioni alle congiunture emergenziali: l'eterno ritorno dello Stato nell'economia*, cit.; A. Comino, *Golden Powers per dimenticare la Golden Share: le nuove forme di intervento pubblico sugli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2014, 5, 1019 ss.; E. Freni, *Golden share, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, 2, 145 ss.; E. Berto, *Golden Share: il fenomeno della Golden Share e quello del Golden Power: analisi introduttiva*, in *www.filodiritto.com*; S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2021, 311 ss.; G. Serafin, *Golden power: vecchi problemi e nuovi temi societari*, cit.; T. Ballarino, L. Bellodi, *La golden share nel diritto comunitario. A proposito delle recenti sentenze della Corte comunitaria*, in *Rivista delle società*, 2004, 2 ss.; A. Aresu, *Dalla golden share al golden power: la dimensione strategica*, in *I poteri speciali del Governo nei settori strategici*, a cura di Giacinto della Cananea e Luigi Fiorentino, 2020; F. Santonastaso, *La "saga" della golden share tra libertà di movimento di capitali e libertà di stabilimento*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2007, 302.

tà considerate strategiche è stata, senza dubbio alcuno, l'emanazione nel 2019 del Regolamento (UE) 2019/452.

Si può affermare che una generale compatibilità di strumenti di controllo sulle operazioni economiche e finanziarie e di controllo degli investimenti esteri diretti sia giustificata alla luce di un mutato atteggiamento delle istituzioni europee in materia. Segnatamente, la legittimazione deriva da due fattori, l'uno legato, dipendente e consequenziale all'altro: il cambio di passo nelle politiche europee e il Regolamento (UE) 2019/452, che implicitamente ne deriva.

Il contesto entro il quale nasce e si sviluppa l'idea di uno strumento comune è quello di una *guerra di tutti contro tutti*²⁹: un contesto in cui si verifica «una vera e propria corsa agli *armamenti* giuridici da parte di vari Paesi per tutelare interessi economici ritenuti strategici»³⁰. Nel quadro, dunque, di procedure profondamente diverse e quasi in competizione, esattamente come per le teorie contrattualistiche si manifesta vigorosa la necessità di un terzo, di un'autorità che regoli l'attività³¹.

In particolare, il Regolamento è volto alla creazione di un meccanismo il più possibile simile tra Stati membri, che prenda in considerazione una serie di fattori comuni nelle sue valutazioni, al fine di attuare una reale cooperazione e un reale coordinamento delle politiche e delle azioni nazionali.

La globalizzazione e l'interconnessione dei sistemi economici fanno infatti sì che si renda necessaria una cooperazione e una mutua assistenza tra Stati in considerazione della spesso più ampia incidenza territoriale degli investimenti, diretti in uno Stato ma capaci di produrre effetti anche in altri.

²⁹ Il riferimento è alla celeberrima definizione che Thomas Hobbes dà dello «stato di natura» per come descritto ne *Il Leviatano*. In questo contesto, l'espressione è metaforicamente utilizzata per indicare una situazione non regolata, in cui ogni soggetto teme l'azione dell'altro e agisce per difesa.

³⁰ Così si esprime l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Relazione annuale sull'attività svolta*, 31 marzo 2020, 11.

³¹ Tale bisogno viene manifestato *in primis* dai Ministri dell'economia di tre paesi che già da tempo adottavano meccanismi in tal senso, seppur tra loro diversi: Francia, Italia e Germania. I tre denunciano la totale assenza di armonizzazione e di reciprocità dei meccanismi esistenti, nonché la necessità di una cooperazione europea in materia e quindi di una valida e uniforme regolamentazione (Cfr. Y. Le Guernigou, T. Thomas, *France, Germany and Italy urge rethink of foreign investment in EU*, 14 febbraio 2017 e S. De Nitto, *The golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, cit., 553 ss. Così, in attuazione della competenza esclusiva in materia di politica commerciale comune affidata dal TFUE (Art. 3, par. 1 lettera e) TFUE), il 13 settembre 2017 la Commissione europea ha emanato una proposta di regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti (materia che al considerando n. 6 il testo del Regolamento fa rientrare nell'ambito della politica commerciale comune ai sensi dell'art. 3, par. 1, lettera e), così come previsto dall'articolo 207 TFUE), adottata il 19 marzo 2019, entrata in vigore il 10 aprile 2019 e applicabile dall'11 ottobre dell'anno successivo. Il Regolamento (UE) 2019/452, così, appaga gli animi e i desideri di chi richiedeva la presenza di un maggior coordinamento a livello comunitario, spostando, però, l'asse della sovranità economica dai governi statali a Bruxelles.

Autorevole dottrina³² considera il Regolamento in parola come uno strumento di rilancio dell'integrazione europea. L'affermazione merita di essere condivisa per *tre* diversi motivi:

in primo luogo, il regolamento quale fonte primaria dell'ordinamento europeo tende a *conformare* le discipline nazionali che, seppur tra loro diverse, vengono integrate da concetti comuni;

in secondo luogo, questo esplica una funzione *aggregante* nella parte in cui distingue, come spesso ovviamente accade, tra un *al di qua* dei confini europei e un *al di là*: mantenendo un regime privilegiato per le operazioni tra paesi membri e imponendo, invece, controlli più stringenti per investimenti che coinvolgano paesi esteri, crea un regime differenziato che riflette l'appartenenza o meno alla Comunità;

infine, l'Unione ha avuto occasione di usare il meccanismo in esame come strumento di comune difesa economica dinanzi a momenti di crisi.

Il meccanismo comune delineato, dunque, può intendersi come un *punto di equilibrio* tra procedure espressione di una visione nazionalistica degli interessi da tutelare e, per l'appunto, un percorso di sempre più profonda integrazione europea.

Si ritiene opportuno precisare, ad ogni modo, che l'attuale testo del Regolamento si trova – al momento in cui si scrive – in una fase di revisione prossima al termine: l'art. 15 del Regolamento prevede un obbligo di valutazione periodica del funzionamento e dell'efficacia dall'applicazione del Regolamento, accompagnato dalla possibilità di revisionare e apportare modifiche al testo, sulla base di criticità e migliorie avanzate dalla Commissione e/o segnalate dagli Stati membri. La necessità di procedere in tal senso è inoltre dettata dalla rapidità dei cambiamenti nell'ambito degli asset strategici considerati, in continua espansione, e della nozione stessa di *strategicità*, di cui difficilmente può essere fornita una precisa ed estesa definizione, ma che può essere ricondotta, in estrema sintesi, a tutto ciò che assume rilevanza in relazione al normale svolgimento delle funzioni statali.

Nel marzo 2023, la Commissione Europea ha avviato una consultazione³³ indirizzata ai principali *stakeholder* (Stati membri, imprese, associazioni di categoria, privati e studi legali), al fine di raccogliere *feedback* e proposte di riforma volta a valutare il sistema vigente, tastare il terreno per nuove proposte e considerare eventuali nuove soluzioni avanzate dagli stessi interlocutori. Frutto dell'analisi dei dati raccolti è l'intervento della Commissione Europea del 24 gennaio 2024,

³² A. Sandulli, *La febbre del Golden Power*, cit., 751.

³³ Consultazione pubblica avviata dalla Commissione europea al fine di valutare e predisporre la revisione del Regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione Europea (Regolamento UE 2019/452), i cui sviluppi si possono seguire al seguente link: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13739-Controllo-degli-investimenti-esteri-diretti-IED-valutazione-e-revisione-del-quadro-europeo_it.

recante *Proposal for a new regulation on the screening of foreign investments*. La proposta, come anticipato da alcune Comunicazioni³⁴, contiene anche un *white paper* dedicato all'introduzione di un sistema di controllo degli investimenti esteri in uscita (c.d. *outbound investment*) sulla scia dell'evoluzione dell'esperienza statunitense del CFIUS³⁵.

4. Golden Power e intersezioni europee

Nell'indagare ampiezza e confini di uno strumento come il Golden Power, non ci si può dunque esimere dal considerare e analizzare i rapporti e le intersezioni che tale strumento presenta con altri meccanismi di controllo, soprattutto a livello comunitario. In particolare, con meccanismi che presuppongono anch'essi un fondamentale, necessario e diretto collegamento tra economia e processi legislativi, limiti alla libertà d'iniziativa economica giustificati dal perseguimento del fine pubblico. Tra questi, oltre al controllo IDE³⁶, che ne rappresenta una estensione in sede europea e dunque alle forme di cooperazione con gli altri Stati e Istituzioni europee ai fini di un vaglio comune delle operazioni (REG. UE 2019/452), vi sono il controllo sulle concentrazioni (REG. CE 2004/139) e il recente controllo sulla presenza di sovvenzioni estere distorsive del mercato (REG. UE 2022/2560).

Tali ultimi due accertamenti hanno origine comunitaria e impongono, al pari del Golden Power, che le imprese procedano a formale comunicazione prima della realizzazione di particolari operazioni ritenute rilevanti dai rispettivi regolamenti.

La presenza di questi altri controlli impone importanti e ormai improcrastinabili esigenze di coordinamento: a livello decisionale per le verifiche sulla presenza di concentrazioni, in ragione dell'esito diverso che i due procedimenti possono avere sulla medesima operazione; a livello procedimentale per le sovvenzioni estere, avendo tale controllo ad oggetto elementi e situazioni che ricadono da tempo tra le circostanze da indagare e valutare secondo la disciplina Golden Power, in particolare secondo le modifiche apportate ad essa proprio dall'intervento europeo in materia (REG. UE 2019/452 che istituisce un quadro di controllo comunitario sugli investimenti esteri diretti).

³⁴ Commissione europea, *Comunicazione congiunta al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio sulla "strategia europea per la sicurezza economica*, link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A52023JC0020>

³⁵ Tale meccanismo consentirebbe di sottoporre a verifica investimenti diretti verso paesi esteri, potenzialmente pericolosi nella parte in cui condividono ed esportano *know how* e progresso tecnologico, consentendo la fuga di tecnologie dai paesi europei.

³⁶ Trattasi del controllo sugli Investimenti Esteri Diretti, istituito dal Regolamento (UE) 2019/452.

Il carattere ultimo di tale intervento porta ad interrogarsi sulle concrete modalità di coordinamento – *auspicare* anche in sede europea, e invece espressamente richieste nell'ambito delle concentrazioni³⁷ in termini di interpretazione unanime di concetti comuni – e a formulare ipotesi applicative in tal senso, disegnando scenari possibili nelle more di una piena e coordinata applicazione dello strumento e dei relativi obblighi di notifica da parte delle imprese.

5. *Il rapporto tra Golden Power e divieto di aiuti di Stato*

5.1. *Analogie e differenze*

Nel delineare il rapporto che oggi lo strumento del Golden Power può vantare con il diritto europeo, non può prescindersi dall'indagare ed evidenziare i legami che esso presenta con uno dei meccanismi ad esso più attigui.

Golden Power e Divieto di aiuti di stato possono apparire, ad un primo sguardo, un accostamento mal riuscito: l'uno è uno *strumento*, l'altro un *principio normativo* da cui deriva un *meccanismo* di attuazione dello stesso. Soltanto un sguardo più attento e profondo possono rivelare, oltre a molte altre differenze, somiglianze e punti d'incontro.

Si può dire che i due concetti siano *contigui*, nel senso che è possibile talvolta ravvisare l'inizio dell'uno al termine dell'altro.

Le funzioni del primo, infatti, si intersecano con le statuizioni del secondo, andando a realizzare in un ambito più ampio l'obiettivo proprio del divieto: il controllo svolto con il Golden Power – o, più in generale, con i meccanismi di controllo degli investimenti esteri diretti – evidenzia, tra le altre cose, la presenza di attori statali alle spalle delle imprese coinvolte nelle operazioni economiche oggetto di *screening*, cosa lecita e perfettamente legittima per le imprese non europee, ma tendenzialmente vietata, appunto, per quelle comunitarie.

In sé e per sé il Divieto di aiuti di stato, sancito direttamente dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, agli articoli 107 e 108, mira alla creazione di un mercato perfettamente concorrenziale, in cui gli operatori non siano sup-

³⁷ Il Regolamento (UE) 2019/452 prevede, al considerando n. 36, l'ipotesi in cui una medesima fattispecie rientri nell'ambito di applicazione delle discipline IDE e *Merger* (Regolamento (CE) 2004/139), richiedendo in questi casi un'applicazione coerente dei due regolamenti, attraverso un'interpretazione uniforme delle disposizioni contenute nei due testi per tutte le volte in cui gli ambiti di applicazione dovessero sovrapporsi. Ancora, l'articolo 8, par. 1 obbliga gli Stati ad indicare se l'operazione oggetto di un controllo possa rientrare nell'ambito di applicazione del Regolamento (CE) 2004/139. Sul punto, invece, la normativa nazionale tace, non prevedendo alcun tipo di raccordo né a livello primario né secondario. Alcune perplessità sul modello di coordinamento attuale sono espresse da R. Chieppa, *Conclusioni*, in G. Napolitano (a cura di), *Foreign Direct Investment Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, cit., 184.

portati da misure (finanziare e non³⁸) che possano favorirli a discapito di altri. Il divieto può essere in realtà considerato come un corredo delle libertà su cui si fonda l'Unione, in quanto punta alla piena realizzazione delle stesse impedendo agli Stati di frapponersi con qualunque aiuto, inteso nel senso di *vantaggio* di qualsiasi tipo. Il diritto dell'Unione è tendenzialmente neutrale (c.d. *principio di neutralità*) al regime di proprietà delle imprese, non facendo distinzioni e richiedendo che non ne vengano fatte, quindi pretendendo un eguale trattamento tra imprese pubbliche e private. La presenza statale nelle imprese o alle loro spalle porta con sé la possibilità di impedire o comunque *interferire* con la concorrenza con altri operatori: tra privati, l'impresa sarebbe avvantaggiata da finanziamenti e prerogative statali e prediletta nella scelta del concessionario, così riducendo al minimo o eliminando la libertà di altre imprese private di scegliere il luogo ove stabilirsi (libertà di stabilimento), poiché condizionato dall'esistenza di un mercato saturo, non di imprese in concorrenza ma di un monopolista di fatto, e dunque pregiudicando anche la libertà di prestazione di servizi, essendo questa spesso legata al luogo fisico in cui l'azienda è stabilita. L'articolo 107, per questa ragione, dispone un divieto *generale* degli aiuti che «falsino o minaccino di falsare la concorrenza», concessi dagli Stati membri «sotto qualsiasi forma». I commi successivi si preoccupano di prevedere delle ipotesi di compatibilità assoluta e relativa. Il secondo comma stabilisce in quali ipotesi le misure erogate possano sempre essere considerate compatibili con il Trattato, mentre il terzo comma prevede una mera possibilità di compatibilità, dunque da accertare caso per caso in relazione alle specificità dell'istanza presentata.

Il divieto, contenuto in uno dei trattati europei, qui vi rimane. Tale regime sembra essere una peculiarità dell'antico continente che non è stata presa a modello da nessun altro, neanche a livello sovranazionale. Qui una prima grande differenza con il Golden Power, istituto che il diritto nazionale ha mutuato da quello di altre esperienze straniere, europee e non, e che di recente si è guadagnato un posto *anche* all'interno del quadro normativo europeo, essendo stato riconosciuto come strumento di attuazione della politica economica comune³⁹, competenza comunitaria esclusiva ex artt. 3, par. 1 lettera e) TFUE e 207 TFUE. Si diceva, essendo tale meccanismo presente solo a livello europeo, le imprese estere non vi sono sottoposte e non scontano l'incisività delle procedure e dei controlli previsti dall'articolo 108 TFUE. In tal senso, il Golden Power può essere considerato una *longa manus* del Divieto nella parte in cui, non estendendosi questo

³⁸ La CGUE si è espressa nel senso che possono essere intesi aiuti anche misure non economiche che comunque rechino vantaggio a chi le riceva.

³⁹ È il Regolamento UE 452/2019 che, istituendo un quadro comune per il controllo degli investimenti esteri diretti, richiama il disposto degli articoli 3, par. 1 lettera e) TFUE e 207 TFUE, che affidano all'Unione Europea la competenza esclusiva in materia di politica economica.

alle imprese straniere, consente di indagare la sussistenza di partecipazioni di controllo e finanziamenti statali e tenerne conto nella sottoposizione al vaglio dell'operazione. È funzionale, quindi, alla realizzazione di un *level playing field*, di uno spazio di gioco comune uguale per qualunque giocatore, in cui sia possibile competere alla pari.

Golden Power e divieto d'aiuti di stato sono poi accomunati dalla presenza di un elemento particolarmente importante: la discrezionalità. In entrambi i procedimenti, la scelta finale è altamente discrezionale e proprio in forza di questa caratteristica è sottratta a un pieno sindacato giurisdizionale: il giudizio, infatti, potrà limitarsi alla verifica di una illogicità manifesta nella scelta, e non anche spingersi più addentro nella valutazione dei fatti posti a fondamento della stessa. La questione suscita non pochi dubbi, anche in considerazione del fatto che la combinazione "divieto – discrezionalità" fa sì che gli Stati membri adeguino la propria azione al fine di non addentrarsi in lungaggini procedurali che producono uno *standstill*⁴⁰ come effetto sostanziale. L'azione degli Stati membri è indirizzata, così come le loro risorse, verso necessità, finalità e modelli di economia che siano ritenuti accettabili e perseguibili dalla stessa Unione.

È possibile, inoltre, che taluni settori vengano considerati *ex lege* esenti dall'applicazione del Divieto di aiuti di stato, in quanto previsti direttamente dai regolamenti contemplati dagli articoli 108 ultimo comma e 109⁴¹, e quindi dispensati dagli oneri procedurali ordinari e dall'autorizzazione che vi fa seguito. In considerazione di quanto detto, la Commissione può sviluppare una "politica" degli aiuti di stato, autorizzando le misure che ritiene più coerenti con gli interessi dell'Unione Europea e incanalando così le risorse nazionali verso gli obiettivi dell'Unione.

Entrambi gli strumenti vengono quindi utilizzati – o *tacciati di essere utilizzati* – al fine di realizzare obiettivi di politica economica. La grande differenza sta nel fatto che gli aiuti di stato rappresentano uno strumento *diretto* di vantaggio, aiuti diretti alle imprese che falserebbero la concorrenza; al contrario, il Golden Power è uno strumento di *regolazione* del mercato, o meglio, *di controllo*, che tra le altre cose verifica (ed evita) che la concorrenza sia falsata da fattori distorsivi. Quindi l'apporto è differente. L'uno indirizza i capitali, l'altro agisce esternamente, sui rapporti che l'impresa ha sul mercato. Anche il Golden Power, però, nel frenare le operazioni in determinati settori orienta le scelte degli investitori, e dunque il mercato. Ma soprattutto, lo fa attraverso le varie e stratificate modifi-

⁴⁰ Ai sensi del par. 3, art. 108 TFUE.

⁴¹ Il testo dell'articolo richiamato prevede delle particolari ipotesi di esenzione sulla base di regolamenti proposti dalla Commissione previa consultazione del Parlamento europeo e adottati dal Consiglio. Tali regolamenti sono utili ai fini dell'applicazione degli articoli 107 e 108 e al fine di fissare le condizioni per l'applicazione dell'articolo 108, paragrafo 3, ossia l'avvio del procedimento da parte della Commissione, ove ritenga che un progetto non sia compatibile con il mercato interno a norma dell'articolo 107.

che alla disciplina primaria e secondaria, che talvolta semplificano le procedure, attirando operatori di mercato, talaltra stringono le maglie aumentando gli oneri e scoraggiando gli investimenti.

5.2. *L'utilizzo congiunto nei periodi emergenziali*

In particolare, un utilizzo in questi termini dei due strumenti è stato fatto nei periodi emergenziali che hanno colpito e tuttora in parte affliggono l'Europa.

Durante la pandemia da Covid-19, ai sensi degli articoli 107 e 108, nelle parti in cui ritengono compatibili o ammissibili interventi volti a far fronte ad eventi eccezionali e/o a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro⁴², si è ritenuto necessario adeguare il quadro di regole nell'ottica di una maggiore flessibilità. Con la comunicazione 2020/C 91 I/01, si è proceduto ad istituire un «*Temporary Framework*»⁴³, un quadro temporaneo ed eccezionale derogatorio rispetto all'ordinaria disciplina sugli aiuti di Stato e volto a consentire interventi degli Stati in economia al fine di salvaguardare il relativo tessuto economico. La misura era volta a «garantire che le imprese di tutti i tipi dispon[essero] di liquidità sufficiente», e quindi a «preservar[ne] la continuità dell'attività economica durante e dopo l'emergenza epidemiologica da COVID-19»⁴⁴ Il quadro, che prevedeva comunque un onere di notifica, consentiva l'erogazione degli aiuti ove fossero integrate le condizioni di compatibilità ivi prescritte.

Il Temporary Framework è stato integrato e prorogato più volte a causa del perdurare dell'emergenza e delle conseguenze economiche della stessa; tuttavia, al momento della definizione di un percorso per la *graduale eliminazione* degli aiuti legati alla crisi pandemica, gli eventi bellici che hanno interessato il continente europeo ne hanno bloccato la *ritirata*. Il nuovo *Quadro temporaneo di crisi per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina* si è reso necessario a seguito dello scoppio del conflitto, della reazione *politica* europea, che ha imposto all'aggressore una serie di sanzioni, e delle contromisure adottate dalla Russia, le quali hanno determinato ripercussioni sull'intero mercato interno dell'UE⁴⁵. Anche in questo caso, il quadro è sta-

⁴² Rispettivamente, art. 107, par. 2, lett. b) e art. 108, par. 3, lett. b).

⁴³ Per esteso, «Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak».

⁴⁴ Dipartimento per le Politiche Europee, *Quadro Temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'emergenza del COVID-19*, disponibile su www.politicheeuropee.gov.it; <https://www.politicheeuropee.gov.it/it/attivita/aiuti-di-stato/misure-temporanee-covid-19/quadro-temporaneo-19-marzo-2020/>.

⁴⁵ Cfr. *Il nuovo Quadro temporaneo di crisi e transizione per gli aiuti di Stato*, in *Gli aiuti di Stato*, Camera dei deputati, Documentazione parlamentare, 14 marzo 2023. Consultabile su www.temi.camera.it.

to oggetto di emendamenti e proroghe, fino ad arrivare alla Comunicazione della Commissione del 9 marzo 2023, che istituisce un nuovo Quadro per far fronte a crisi e transizioni e che sembra aprire alla possibilità di una maggior flessibilità *di lungo periodo* del sistema di Divieto di aiuti di stato. Difatti, si è contestualmente proceduto ad una modifica del GBER – Regolamento Generale di Esenzione per Categoria al fine di consentire fino al 2026 con l’obiettivo di poter erogare misure di sostegno in settori fondamentali per la transizione verso la neutralità climatica senza la previa approvazione della Commissione.

Un atteggiamento opposto si può notare in tema di Golden Power: alla flessibilità appena vista si oppone, infatti, un irrigidimento dei canoni e delle procedure in entrambi i momenti emergenziali, volti alla salvaguardia del tessuto imprenditoriale italiano e per questo più serrati⁴⁶.

Tra le modifiche più importanti si richiama l’estensione del novero di asset considerati strategici⁴⁷, la sottoposizione ad obbligo di notifica anche di soggetti europei nelle ipotesi di acquisizioni di controllo, la rilevanza degli acquisti di partecipazioni effettuati a qualsiasi titolo da parte di soggetti esterni all’Unione Europea superiori a determinate soglie (10%), l’ampliamento della nozione di soggetto extra-UE, l’introduzione dell’obbligo di notifica per la costituzione di nuove imprese, una maggior partecipazione dei soggetti interessati dall’operazione e la stabilizzazione del regime temporaneo che imponeva l’obbligo di notifica per le imprese europee a determinate condizioni, esteso anche ad imprese italiane.

Ferme restando le novità introdotte sul piano nazionale, ciò che in questa sede maggiormente rileva è come parte di queste modifiche e di questo irrigidimento delle procedure sia frutto, in realtà, di *orientamenti* espressi in sede europea. Si richiamano, pertanto, 3 comunicazioni chiave in questa narrazione. Prima fra tutte, la comunicazione del 13 marzo 2020 relativa ad una «risposta economica coordinata all’emergenza COVID-19»: questa si fa nuncio dell’utilizzo dei due strumenti degli aiuti di stato e del controllo degli investimenti esteri come scudo e antidoto contro gli effetti economici disastrosi prodotti dalla pandemia. Ai primi è dedicato l’intero punto 5 della comunicazione, mentre in relazione ai Golden Power si sottolinea la necessità dell’utilizzo di tutti gli strumenti disponibili a livello nazionale e unionale per evitare che la crisi determini una perdita di risorse

⁴⁶ In proposito, Gallo fa notare l’evidente delta «tra l’atteggiamento delle istituzioni UE nella concettualizzazione e regolamentazione dei *golden powers* [...] e quello posto in essere [...] in altre aree del diritto UE del mercato e della concorrenza: [come nel caso della] disciplina sugli aiuti di Stato», che ne rappresenta «un esempio lampante». Cfr. D. Gallo, *La questione della compatibilità dei goldenpowers in Italia, oggi, con il diritto dell’Unione europea: il caso delle banche*, cit., 33.

⁴⁷ I nuovi asset contemplati da Regolamento UE 2019/452 erano già stati oggetto delle modifiche del decreto legge n. 105 del 2019, ma si era in attesa dei decreti attuativi affinché si rendesse obbligatoria la notifica delle operazioni anche in questi settori. Con il decreto n. 23 del 2020 si è proceduto a rendere operative le modifiche già previste e rimaste latenti.

e tecnologie critiche, e dunque si preannuncia l'invio agli Stati membri di orientamenti in vista dell'applicazione del Regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti. Si sottolinea come la risposta a livello di politica economica debba essere coraggiosa e coordinata. Le successive comunicazioni, l'una relativa alle misure da adottare durante il periodo pandemico⁴⁸, l'altra per far fronte agli effetti economici della guerra in Ucraina, richiedono sempre più ai governi nazionali di utilizzare i poteri speciali a mo' di *postò di blocco* per gli investimenti, al fine di verificare che essi non producano danno – oltre che alla sicurezza e all'ordine pubblico – anche al tessuto economico della nazione e dell'Unione, intesa come insieme dei paesi che la compongono, in particolare nei settori da questa ritenuti particolarmente esposti o a rischio, e al fine di poter utilizzare il momento della stasi per ulteriori verifiche. In particolare, nel contesto dell'aggressione russa all'Ucraina il controllo sugli investimenti esteri diretti richiesto dalla Commissione è stato giustificato dal fatto che vi fosse «un maggior rischio che qualsiasi investimento direttamente o indirettamente collegato a una persona o entità associata, controllata o soggetta all'influenza del governo russo o bielorusso in attivi critici nell'UE po[tesse] fornire fondati motivi per concludere che l'investimento può costituire una minaccia per la sicurezza o l'ordine pubblico negli Stati membri», ma ha anche fatto da contorno a quelle che sono state le sanzioni comminate⁴⁹.

Si può dunque fare un parallelismo tra il ruolo degli aiuti di Stato e dei poteri speciali dal punto di vista dell'Unione europea, con particolare riferimento all'utilizzo fatto nei periodi emergenziali.

Emerge qui come l'Unione si avvalga dei due strumenti essenzialmente col medesimo fine, quindi la realizzazione dei propri obiettivi di politica economica e industriale; li usi in maniera congiunta, quasi *contigua*, come si diceva, nella parte in cui all'uno è affidato il compito di guardiano interno, mentre all'altro esterno; congiunti e in parallelo, andando a costituire la spada dell'Unione da sguainare all'occorrenza e lo scudo della stessa, sempre presente ma a volte più ampio del solito.

Entrambi gli strumenti sono usati dall'Unione al fine di orientare la politica degli stati membri: nel primo caso, specificando i settori in cui gli aiuti sono concessi; nel secondo, «orientando» gli Stati ad una protezione più incisiva di

⁴⁸ Comunicazione 2020/C 99 I/01 della Commissione del 26 marzo 2020, *Orientamenti agli Stati membri per quanto riguarda gli investimenti esteri diretti e la libera circolazione dei capitali provenienti da paesi terzi, nonché la protezione delle attività strategiche europee, in vista dell'applicazione del regolamento (UE) 2019/452 (regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti)*, punto 4.

⁴⁹ È la comunicazione stessa a precisare la netta distinzione tra sanzioni e controllo degli IDE, salvo poi affiancare le due cose. Il paragrafo parte con una premessa che sembra mettere le mani avanti: sono cose diverse e presentano modalità e finalità differenti; tuttavia, in questa occasione si rende necessario utilizzarle entrambe. Si legge, infatti: «*Sebbene il controllo degli IED e le sanzioni siano strumenti giuridici distinti, ciascuno con finalità diverse e con modalità operative diverse, l'aggressione militare della Russia contro l'Ucraina rende necessaria una maggior vigilanza nei confronti degli investimenti diretti russi e bielorusi all'interno del mercato unico che va al di là degli investimenti effettuati dalle persone o dalle entità oggetto delle sanzioni*».

determinati settori. In un certo senso, il libero mercato che avrebbe dovuto essere tutelato da questi due guardiani difensori, è stato in parte compromesso proprio dall'espansione degli stessi, che non consentono più scelte totalmente libere degli investitori, ma necessariamente legate agli ostacoli anche normativi che vi si frappongono.

Sono entrambi strumenti di cui l'UE si serve per assicurare la piena concorrenza sul mercato unico europeo, ma apportando ad esso i propri correttivi: evitare che chi non è soggetto alle medesime regole ne approfitti ed evitare, attraverso deroghe alla rigidità di alcuni principi, che la dura legge del più forte possa mietere *troppe* o, nello specifico, *talune specifiche* vittime.

Come si è visto, nei periodi emergenziali è l'Unione il centro propulsivo di un utilizzo congiunto dei due mezzi, in un quadro di azione che richiede agli Stati membri di avere due volti: l'uno caritatevole, di chi in forza delle deroghe accordate al divieto di aiuti di Stato può erogare risorse; l'altro di un rigido doganiere⁵⁰, reso più intransigente dalle strigliate del superiore e legittimato a chiedere sempre più. Ampliando considerazioni già svolte da autorevole dottrina⁵¹, la combinazione di questi due fattori potrebbe realmente portare ad un rafforzamento della coesione europea: l'Unione è vista, in periodi emergenziali, caratterizzata da particolare sensibilità anche dei popoli che la compongono, come chi chiede a tutti di essere uniti e generosi e tenta di difendere dagli attacchi che possono pervenire dall'esterno.

6. *Il Regolamento (UE) 2022/2560 e la disciplina IDE*

Si è potuto osservare, dunque, come le due discipline siano funzionalmente collegate e come l'una (il Golden Power), per taluni versi, supplisca ai limiti dell'altra: il Divieto di aiuti di Stato ha una predisposizione di per sé limitata rispetto all'obiettivo di assicurare una perfetta concorrenza. Il Golden Power si trova, *incidenter tantum*, a tenere in considerazione nelle sue valutazioni elementi che richiamano la disciplina del Divieto di aiuti di Stato, in quanto indaga – seppur per altre ragioni – l'assetto proprietario delle società e l'eventuale presenza pubblica all'interno dello stesso.

Un nodale punto di incontro tra le due discipline è rappresentato dal recente Regolamento (UE) 2022/2560 del 14 dicembre 2022, relativo alle sovvenzio-

⁵⁰ La felice espressione è da attribuire a Napolitano, in G. Napolitano, *L'irresistibile ascesa del Golden Power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2019, 5, 549 ss.

⁵¹ Sandulli sostiene che i poteri speciali possano essere mezzo per una sempre più forte coesione e integrazione europea. Cfr. A. Sandulli, *La febbre del Golden Power*, cit.

ni estere distorsive del mercato interno. Il collegamento è insito nella materia che viene regolata, in particolare nella parte in cui il nuovo regolamento direttamente specifica che esso riguarda tutti i settori economici, compresi quelli di interesse strategico per l'Unione e le infrastrutture critiche, come quelli di cui all'articolo 4 del regolamento IDE. Ma soprattutto, il regolamento prevede la creazione di un meccanismo *ad hoc* per ciò che fino a questo momento, come si è appena ricordato, era oggetto di un accertamento incidentale all'interno del controllo sugli investimenti esteri diretti.

Il regolamento mira a creare un involucro protettivo del mercato interno ampliando per la prima volta le vedute dell'Unione a riguardo, e prendendo quindi in considerazione ogni tipo di sovvenzione estera che viene fornita ad imprese che qui vengono a svolgere la propria attività. A differenza degli Stati Membri, i paesi extra-UE non sono in alcun modo vincolati dal Divieto di aiuti di Stato e i contributi economici da loro erogati sono sostanzialmente sottratti a qualsivoglia meccanismo di controllo⁵². La situazione che ne discende, oltre a non garantire gli obiettivi che la disciplina delineata dagli artt. 107 ss. del TFUE si pone, riflette quello che a tutti gli effetti è un trattamento peggiore al quale sono sottoposti gli operatori economici comunitari rispetto agli altri. Per ovviare a siffatti problemi, il Regolamento (UE) 2022/2560 prevede un sistema di controllo comune, rivolto parimenti ad imprese interne ed esterne coinvolte in operazioni di concentrazione o gare d'appalto pubbliche.

Soffermandoci esclusivamente sulla parte relativa ad operazioni M&A e lasciando da parte le previsioni in materia di appalti pubblici, il Regolamento prevede un sistema di notifica delle operazioni «rilevanti», sulle quali la Commissione Europea ha il dovere di sorvegliare e il potere di decidere.

A differenza della disciplina sugli IDE, la rilevanza delle operazioni non si lega al loro carattere strategico, quanto alla nazionalità dei soggetti coinvolti e al valore economico delle attività. Sono soggette a notifica le operazioni in cui almeno una delle due imprese sia stabilita nei confini dell'Unione e generi un fatturato pari o superiore a 500 milioni di euro e quelle in cui sia coinvolta un'impresa che nei tre anni precedenti ha beneficiato di contributi finanziari da parte di Paesi extra-UE, per una cifra almeno pari a 50 milioni di euro.

A questo punto, a seguito dell'avvenuta comunicazione dell'operazione, la Commissione dovrà vagliare la sovvenzione, intesa come *un contributo finanziario che è erogato direttamente o indirettamente da un paese terzo, conferisce un vantaggio ed è limitato a una o più imprese o uno o più settori* al fine di verificare se questa comporti in maniera effettiva delle distorsioni del mercato. È comunque possibile

⁵² Un'eccezione può ravvisarsi dai limitati strumenti previsti dal GATT – Accordo Generale sulle tariffe doganali e sul commercio, e da accordi internazionali, al di fuori della normativa comunitaria.

che, nelle ipotesi in cui vi sia il sospetto che una concentrazione sia stata preceduta dalla concessione di sovvenzioni estere, la Commissione possa richiedere una notifica preventiva anche in assenza dei requisiti previsti; è previsto, in sostanza, un potere di controllo attivabile d'ufficio dalla Commissione.

Il controllo della Commissione e la successiva decisione sono ancorati a parametri economici e alla probabilità che l'operazione possa causare distorsioni sul mercato⁵³.

Appaiono dunque diversi, rispetto alla disciplina Golden Power, i criteri di notifica delle operazioni⁵⁴; mentre i parametri per il vaglio sulle stesse attengono entrambi al concetto di rischio di interessi considerati preminenti, ma con ogni evidenza applicato in ambiti differenti⁵⁵.

Sono simili, invece, i poteri che l'organo deputato al controllo può esercitare nei confronti delle attività notificate: il Regolamento attribuisce alla Commissione il potere di autorizzare l'operazione poiché non distorsiva, di vietarla o di imporle prescrizioni, cioè misure di adeguamento⁵⁶ dei termini dell'operazione che risulti certamente o potenzialmente distorsiva.

7. *Un punto d'intersezione: l'indagine sul controllo statale*

Al quadro delle affinità si devono necessariamente affiancare i collegamenti che il Regolamento (UE) 2022/2560 stesso fa nel suo preambolo.

⁵³ Ad esempio, se nei tre anni consecutivi all'operazione la sovvenzione rimane inferiore a quattro milioni di euro, il Regolamento valuta come improbabile un effetto negativo sul mercato. Cfr. anche, sul punto, *Sovvenzioni estere distorsive del mercato: il Regolamento UE sui limiti*, 23 dicembre 2022, consultabile su www.diritto bancario.it.

⁵⁴ Con una piccola eccezione: anche nella disciplina Golden Power, in particolare nel d.P.C.M 179/2020, attuativo dell'articolo 2 come integrato dalla normativa europea, sono presenti parametri numerici. Gli asset in questo caso sono *potenzialmente strategici*, ossia acquistano tale qualità solo al superamento di date soglie dimensionali.

⁵⁵ Nel *White Paper on levelling the playing field as regards foreign subsidies* la Commissione europea sottolinea questa differenza, pur riconoscendo la vicinanza dei due meccanismi. Si legge infatti che «The Regulation establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the EU [...] constitutes an important tool to address risks to security or public order brought by foreign investments that target the EU's or Member States' critical assets. However, the scope of application of the FDI Screening Regulation is to determine the likely impact of foreign direct investment on security and public order by considering its effects, amongst others, on critical infrastructure, critical technologies, critical inputs, and it does not specifically tackle the issue of distortions caused by foreign subsidies». Cfr. *White Paper on levelling the playing field as regards foreign subsidies*, sez. 3.2.

⁵⁶ In relazione a queste è previsto un elenco non esaustivo di rimedi che possono essere usati. Tra questi, la cessione di attività, la modifica della governance della società, l'offerta a terzi dell'accesso alle infrastrutture, il "recupero" della sovvenzione estera, la riduzione della capacità o della presenza sul mercato. Inoltre, è possibile che la violazione degli obblighi di notifica o l'incompletezza delle informazioni fornite siano sanzionate direttamente dalla Commissione.

Primo fra tutti, il fatto che il Regolamento si rivolge a chiunque eserciti un'attività economica nel mercato interno, intendendo così «qualsiasi impresa che *acquisisca il controllo* di un'impresa stabilita nell'Unione europea o che si fonda con essa» e qualsiasi impresa che partecipi a una procedura di appalto pubblico. Il controllo sugli investimenti esteri diretti previsto dal Regolamento (UE) 2019/452 e le sue declinazioni nazionali sono gli strumenti principali attraverso i quali si monitora, autorizza e vieta l'acquisizione del controllo di un'impresa da parte di un'altra, fermi restando i limiti dei settori interessati da detto controllo.

Ancora, il Regolamento ritiene necessario «integrare gli strumenti esistenti nell'Unione con un nuovo strumento che permetta di affrontare efficacemente le distorsioni sul mercato interno», «contribuendo in tal modo all'autonomia strategica aperta dell'Unione».

Il collegamento tra le due discipline è oggetto di aperta dichiarazione, insito negli obiettivi che l'intervento normativo persegue e presupposto dall'inevitabile intreccio delle procedure.

Invero, il nuovo regolamento delinea un meccanismo procedurale che avrà ad oggetto un controllo parzialmente già svolto da altre unità: che fare, in questi casi?

È assai probabile, data l'ampiezza del novero di settori elencati nella normativa IDE, che una stessa operazione sia soggetta, per requisiti diversi, all'applicazione sia del Regolamento (UE) 2019/452 sul controllo degli IDE, sia al Regolamento (UE) 2022/2560 sul controllo delle sovvenzioni estere. Come fare in queste ipotesi a garantire che non vi siano doppi giudizi sul medesimo elemento? È possibile che il giudizio dell'uno influenzi l'altro? A quale notifica è necessario procedere per prima?

A questi interrogativi non si può dare risposta certa, poiché questa discenderebbe solo da un ulteriore atto normativo volto a chiarire questi aspetti, o da comunicazioni con lo stesso fine.

Nelle more, si può tentare di risolvere il problema prospettando diversi scenari e, lavorando anche in maniera analogica, scegliere quale tra questi meglio si addice alla realizzazione degli obiettivi di entrambi i regolamenti comportando un minor sacrificio per il privato.

Il primo scenario vede due procedure diverse, ma con un punto in comune. Si può pensare che il procedimento Golden Power si svolga in autonomia, ma che si arresti momentaneamente nelle ipotesi in cui durante le ordinarie indagini si ravvisi la sussistenza di sovvenzioni estere (e il rispetto degli ulteriori parametri visti). In questo caso, si renderebbe necessario un obbligo di comunicazione all'autorità competente – la Commissione – volto alla verifica dei parametri dettati dal Regolamento: se in seguito a questa verifica si dovesse riscontrare l'opportunità di procedere con l'apertura d'ufficio di un procedimento relativo ad ope-

razioni non notificate, il procedimento *a quo* dovrebbe arrestarsi. Questo primo scenario implica, dunque, la previsione di una nuova e ulteriore ipotesi sospensiva dei termini previsti dalle varie normative nazionali; una parentesi infraprocedimentale che può dar luogo ad un procedimento vero e proprio, autonomo e condizionante. In caso di esito negativo, infatti, il procedimento sulle sovvenzioni condizionerebbe la fattibilità dell'operazione che, pur libera dal punto di vista degli asset strategici coinvolti, troverebbe comunque un limite nel mancato rispetto di un altro e diverso vincolo comunitario.

Il secondo scenario, parzialmente simile, vede le due procedure tra di loro sconnesse, con decisioni svincolate, ma parallele. Ciò significa che il procedimento Golden Power si dovrebbe svolgere parallelamente a quello sul controllo delle sovvenzioni estere, senza punti d'incontro – quindi ipotesi sospensive –, ma richiederebbe che gli esiti di entrambe le procedure siano di segno positivo per gli stessi motivi esposti sopra.

Un terzo scenario, invece, proverebbe ad unire le due procedure.

Il Regolamento (UE) 2022/2560 prevede la creazione di un punto di contatto al fine di consentire agli Stati membri, nonché a qualunque persona – fisica o giuridica – o ente di poter fornire informazioni in suo possesso. Anche il Regolamento sul controllo degli IDE prevede la creazione di un punto di contatto al fine di poter comunicare alla Commissione e agli altri Stati membri le operazioni oggetto di controllo in corso e al fine di poter ricevere *feedback* da questi.

È possibile che accada che i due ruoli vengano fatti coincidere: dal momento in cui parte delle notifiche relative ad investimenti esteri diretti possono coincidere con le fattispecie a cui si applica il nuovo Regolamento, il punto di contatto per la realizzazione degli obiettivi dei due regolamenti potrebbe essere il medesimo. Ciò implicherebbe la creazione di una struttura più ampia, con competenze decisamente più estese. Si tratterebbe, con una metafora, dell'occhio della Commissione in ogni Stato membro: un apparato unico volto al rispetto di obiettivi molteplici.

Merita considerazione anche il fatto che un eventuale ufficio nazionale affidatario dei due diversi controlli concentrerebbe in sé competenze di soggetti diversi: il Golden Power – più in generale, i meccanismi di controllo degli IDE –, come visto, si giustifica con il preminente interesse alla salvaguardia della sicurezza nazionale, competenza che rimane in capo agli Stati membri e che giustifica precise violazioni dei trattati; si tratta di un potere che *nasce* come statale e a cui si è dovuta trovare una giustificazione per garantirne la compatibilità con l'ordinamento comunitario, e che lo stesso ordinamento ha fatto proprio creando un meccanismo di cooperazione con i presidi già presenti; il controllo sulle sovvenzioni estere, invece, nasce come prerogativa di un'istituzione europea nell'esercizio di una competenza esclusiva dell'Unione, ossia la Politica commerciale comu-

ne; in questo caso, contrariamente ai meccanismi di *screening* degli IDE, è un compito europeo che dovrebbe essere svolto a livello statale.

I contenuti del Regolamento del 2022 non possono essere considerati motivi che giustificano l'esercizio dei poteri speciali e risulta impensabile anche un loro eventuale inserimento all'interno dei testi normativi di riferimento: l'aggiunta apparirebbe incoerente con l'oggetto dello stesso, ma soprattutto antitetica nel momento in cui si aggiunga la tutela della concorrenza come motivo giustificativo di un potere che rappresenta di per sé un'eccezione alle regole di concorrenza. Resta aperta, però, la possibilità che sia affidato al punto di contatto già esistente un dovere di comunicazione ulteriore e un *diverso* potere delegato per le nuove fattispecie prese in considerazione. Un nuovo potere speciale esercitabile direttamente dallo Stato membro, ma esclusivamente a seguito della consultazione con la Commissione.

Prima di scegliere la soluzione migliore, è opportuno consultare i meccanismi di raccordo già esistenti, come quello tra disciplina delle concentrazioni e poteri speciali esercitabili in materia di IDE.

In particolare, il Regolamento (UE) 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti prevede, al considerando n. 36, l'ipotesi in cui una medesima fattispecie rientri nell'ambito di applicazione delle due diverse discipline. In questo caso, si richiede un'applicazione coerente del regolamento *de quo* e si richiama l'articolo 21, par. 4 del Regolamento (CE) 2004/139⁵⁷, anche detto Regolamento *Merger*: l'articolo prevede che, nonostante la competenza esclusiva dell'Unione in materia e l'impossibilità per gli Stati membri di applicare la propria normativa nazionale in materia di concorrenza nelle ipotesi di concentrazioni di dimensione europea, gli Stati membri possono adottare provvedimenti per tutelare anche interessi legittimi diversi da quelli presi in considerazione dal Regolamento *merger*, tra cui la sicurezza pubblica, la pluralità dei mezzi di informazione, le norme prudenziali, purché compatibili con i principi generali e le altre disposizioni del diritto comunitario. Dal momento in cui si specifica che per interessi diversi da quelli elencati è necessaria un'apposita comunicazione alla Commissione e un responso della stessa, se ne deriva che per gli interessi tassativamente elencati si esclude un obbligo di comunicazione.

Ad ogni modo, il Regolamento IDE auspica una applicazione coerente delle disposizioni ivi contenute e dell'articolo richiamato, rappresentando la necessità di interpretare i motivi che legittimano il controllo sugli investimenti e il concetto di interessi legittimi di cui all'articolo 21 in maniera uniforme, ogni volta in cui gli ambiti di applicazione dei due diversi regolamenti dovessero sovrapporsi. Manca, nel Regolamento del 2022, una clausola di questo tipo.

⁵⁷ Regolamento (CE) N. 139/2004 del Consiglio del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese («Regolamento comunitario sulle concentrazioni»).

Sia nell'ambito delle concentrazioni, sia in quello del controllo delle sovvenzioni estere, non è esplicitamente previsto un metodo di raccordo coerente con gli obiettivi delle diverse discipline.

Dei tre scenari sopra ipotizzati, la disciplina *merger* non corrisponde autenticamente a nessuno, ma dalla non esplicita commistione di due discipline già esistenti si può ricavare che difficilmente sarebbe prospettabile la fattispecie di un'unione delle due procedure, come prospettata dal terzo scenario. Sia in quanto le competenze continuano ad essere poste in capo a soggetti diversi, sia perché le procedure, per quanto abbiano un minimo accertamento in comune, continuano a perseguire obiettivi antinomici, quali sono la concorrenza e l'opportunità, invece, di potervi derogare per interessi considerati strategici per gli Stati.

Anche il secondo scenario, in realtà, non eliminerebbe il problema del mancato rispetto del *ne bis in idem*: quella piccola parte di accertamento in comune potrebbe avere, nei due procedimenti, esiti dissimili e portare a decisioni contrastanti.

La soluzione più opportuna appare, dunque, la prima, in quanto una interlocuzione tra i procedimenti appare necessaria e quantomai opportuna. L'allungamento procedimentale prospettato sarebbe funzionale ad una maggior certezza delle decisioni, dunque il sacrificio richiesto verrebbe compensato da un maggior affidamento che si potrebbe fare sulle deliberazioni finali.

Concludendo, il controllo sulle partecipazioni svolto nelle procedure di controllo degli investimenti esteri diretti non è volto a verificare la presenza di aiuti di stato, ma dovuto al fatto che dietro l'operazione, che potrebbe comportare acquisizione di *know how* o avere ripercussioni su determinati asset, vi sia non un disegno imprenditoriale ma un disegno statale.

Tuttavia, con il Regolamento sul controllo delle sovvenzioni estere si rende necessario un coordinamento tra i controlli previsti dal Regolamento (UE) 2019/452 e dalla nuova disciplina, che ben potrebbe servirsene. Risulta necessario soprattutto un coordinamento dei risultati, in modo da evitare doppie indagini e risultati diversi. A tale risultato si può giungere a seguito di un dialogo infra-procedimentale.

In considerazione di quanto detto, i due strumenti, diversi concettualmente ma contigui nella loro applicazione, possono essere applicati congiuntamente e in parallelo, perseguendo anche obiettivi comuni, seppur da punti distinti.

Tra tutte le differenze, l'affinità più grande sta nell'essere entrambi strumenti dell'azione pubblica in economia, statale e comunitaria. O, perlomeno, essere stati usati come tali. In particolare, mentre il Golden Power rappresenta di per sé un'eccezione alle dinamiche di mercato, il Divieto di aiuti di Stato nasce al fine di evitare distorsioni della concorrenza nello stesso, storture che però, a sua vol-

ta, e a causa di particolari utilizzi – specialmente nei periodi emergenziali, in cui sono stati utilizzati quasi come mezzo di politica industriale – ha invece prodotto.

8. Conclusioni

L'esistenza di un potere come il Golden Power comporta una serie di oneri che ricadono sulle imprese, come l'obbligo di notificare le operazioni prima che vengano realizzate (dunque comunicare l'*intenzione* di realizzarle) o prima che esse possano produrre i propri effetti, il meccanismo di *stand-still* che segue la comunicazione, l'eventuale sanzione e l'obbligo di ripristino in caso di violazione delle regole di notifica; ancora più in generale, il dover sottostare alle deliberazioni del Consiglio dei Ministri e l'impossibilità di prevedere l'esito dei procedimenti che davanti ad esso si svolgono. È per questo che la dottrina parla di una «pellicola pubblicitica»⁵⁸ che avvolge l'attività d'impresa: trasparente, ma condizionante.

I benefici che si possono apprezzare, però, interessano sia il profilo pubblico che quello privato: in relazione al primo, il vantaggio riguarda il fine perseguito dal Golden Power, cioè la protezione dell'interesse nazionale. A nulla, infatti, servirebbe comprimere la libertà d'iniziativa economica a salvaguardia dell'interesse pubblico se poi non si potesse avere riscontro di un'utilità. In relazione al secondo, il "guadagno" dei privati consiste nella difesa assicurata dallo strumento al tessuto imprenditoriale italiano, e dunque la protezione delle imprese strategiche vulnerabili e di quelle rese tali da momenti di crisi o di emergenza, ma anche il blocco di investimenti dubbi che potrebbero far saltare i più genuini equilibri di mercato. Quest'ultima funzione può essere accostata ad un beneficio *metapublicistico*, che dunque non riguarda solo l'interesse pubblico, ma anche quello dei privati coinvolti: questo coincide con la salvaguardia del mercato e del suo corretto funzionamento, evitando l'ingerenza degli Stati al suo interno, nell'interesse a mantenere un piano in cui si giochi a parità di condizioni (*level playing field*). Dando luogo quasi ad una contraddizione, il Golden Power è strumento di deroga alle normali regole di concorrenza, ma che contemporaneamente ne favorisce un modello ben preciso, quello della concorrenza vera e alla pari, non falsata da capitali di Stati esteri⁵⁹. In questo senso, il Golden Power rappresenta la pelle

⁵⁸ A. Sandulli, *La febbre del Golden Power*, cit.

⁵⁹ Vellucci offre una interessante prospettiva nel considerare il Regolamento IDE come sintomo e antidoto ad una situazione di «concorrenza sleale» *interna*, coincidente con la «the long-standing worries about the persistent lack of reciprocal access for EU companies» («persistente mancanza di accesso reciproco per le imprese dell'UE») ed *esterna*, «new concerns about what has been termed as "bids that cross between private investment and state-orchestrated takeovers"» («le nuove preoccupazioni per quelle che sono state definite «offerte che si incrociano tra investimenti privati e acquisizioni orchestrate dallo Stato») ossia «SWF and SOE, whose legal status may vary significantly due to the nature of their relationship with the home state» («fondi sovrani e impre-

dell'economia italiana, la barriera protettiva che consente di trattenerne e attrarre gli investimenti buoni («genuini e ben intenzionati»⁶⁰) e di sbarrare l'ingresso a quelli «mascherati» e/o potenzialmente pericolosi.

È in questo punto che si ravvisa la familiarità dei poteri speciali con altri strumenti che rappresentano a loro volta un punto d'incontro tra diritto ed economia: il Divieto di aiuti di Stato e il recente Controllo sulle sovvenzioni estere. Nonostante le profonde differenze già illustrate, prima fra tutte la diversità concettuale tra uno strumento (il Golden Power) e un principio (il divieto di aiuti di Stato, da cui però discende un sistema di controlli), i due meccanismi sono stati oggetto di un uso congiunto nei periodi emergenziali, uso che ne ha sottolineato il carattere *contiguo*, in quanto i poteri speciali potevano essere considerati il prolungamento della verifica sulla presenza statale nel controllo delle imprese, ossia l'estensione verso l'estero del controllo sugli aiuti di Stato⁶¹, invece limitato ai confini europei. Il Regolamento (UE) 2022/2560⁶² ha esteso il controllo in tema di aiuti di Stato, consentendo un'indagine sulla presenza di sovvenzioni distorsive della concorrenza anche nei confronti di Stati e imprese estere, così introducendo un accertamento che per fini diversi già veniva effettuato alla luce della disciplina – anche comunitaria – sul controllo degli investimenti esteri diretti. In quest'ultimo contesto, il controllo sulle partecipazioni non è volto a verificare la presenza di aiuti di Stato, ma dovuto al fatto che dietro l'operazione, che potrebbe comportare acquisizione di *know how* o avere ripercussioni su determinati asset, vi sia non un disegno imprenditoriale ma un disegno statale. I due meccanismi, seppur per fini diversi, possono quindi imporre il medesimo controllo sulla medesima operazione, indagando gli stessi elementi di fatto ma senza che sia previsto alcun collegamento tra gli esiti dei due distinti procedimenti. In questo modo,

se di Stato, il cui status giuridico può essere molto significativo a causa della natura del loro rapporto con lo Stato di origine») con «the tendency to invest in sensitive sectors that fall under State control, such as defense and national security and in companies entrusted with the operation of services of general economic interests» («tendenza a investire in settori sensibili che ricadevano sotto il controllo dello Stato, come la difesa e la sicurezza nazionale e in società impegnate nella gestione di servizi di interesse economico generale»). (...) «These elements would impede the existence of a real “level playing field” at a global level and thus would justify the activation of defense mechanisms from the European Union and, in turn, by Member States» («questi elementi impedirebbero l'esistenza di “condizioni di parità” a livello globale e giustificerebbero quindi l'attivazione di meccanismi di difesa da parte dell'Unione europea e, a sua volta, degli Stati membri»). Cfr. S. Vellucci, *The new regulation on the screening of FDI: the quest for a balance to protect EU's essential interest*, cit.

⁶⁰ B. Argiolas, *Il golden power tra Stato e mercato* in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2022, 6.

⁶¹ Hornkohl evidenzia come tra i meccanismi di controllo degli aiuti di stato e delle sovvenzioni estere, nonostante la copiosa sovrapposizione di concetti di diritto sostanziale (la definizione di sovvenzioni, le distorsioni e il test di bilanciamento) vi siano in realtà molte differenze, specialmente in termini procedurali. Per una completa disamina, si veda L. Hornkohl, *Protecting the Internal Market From Subsidisation With the EU State Aid Regime and the Foreign Subsidies Regulation: Two Sides of the Same Coin?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 14, Issue 3, 2023, 137-151.

⁶² Regolamento (UE) 2022/2560 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno.

una operazione potrebbe essere oggetto due volte del medesimo esame. Con il Regolamento sul Controllo delle sovvenzioni estere si rende necessario un coordinamento tra i controlli previsti dal Regolamento (UE) 2019/452⁶³ e dalla nuova disciplina, che potrebbe beneficiare di risultati già acquisiti. È proprio in relazione a questi ultimi che risulta indispensabile un coordinamento, in modo da evitare indagini doppie e conclusioni contrastanti.

Per giungere a tale obiettivo, in questo elaborato si è proceduto alla formulazione di tre ipotesi applicative della nuova disciplina in riferimento a detto controllo, tra le quali l'idea di un dialogo infraprocedimentale sembra essere la più efficiente dal punto di vista dei tempi e dei risultati.

La tesi prospettata ipotizza la coesistenza di due procedure diverse che si intersecano in particolari condizioni: il procedimento Golden Power si svolgerebbe in autonomia, arrestandosi momentaneamente nelle ipotesi in cui durante le ordinarie indagini si dovesse ravvisare la sussistenza di sovvenzioni estere (e il rispetto degli ulteriori parametri visti). In questo caso, sorgerebbe un obbligo di comunicazione nei confronti dell'autorità competente – la Commissione – volto alla verifica dei parametri dettati dal Regolamento: se in seguito a questa verifica si dovesse riscontrare l'opportunità di procedere con l'apertura d'ufficio di un procedimento relativo ad operazioni non notificate, il procedimento *a quo* dovrebbe arrestarsi. Questo implicherebbe l'apertura di una parentesi infraprocedimentale dalla quale potrebbe prendere avvio un procedimento vero e proprio, autonomo ma condizionante rispetto al risultato complessivo: l'effettiva fattibilità dell'operazione sarebbe infatti compromessa dall'esito negativo di tale secondo controllo, pur se consentita sotto il profilo degli asset strategici coinvolti.

La previsione di un'ulteriore ipotesi sospensiva potrebbe sembrare in contrasto con la parola d'ordine a cui le più recenti modifiche della disciplina rispondono: semplificazione.

Al contrario di quanto si possa pensare, tale parentesi porterebbe invece ad un allungamento dei tempi del procedimento solo nelle ipotesi in cui l'impresa coinvolta abbia mancato di inviare apposita comunicazione ai fini di detto controllo. Diversamente, nella piena efficienza, collaborazione e solerzia dell'impresa, il fatto che un tale controllo sia demandato ad altre autorità semplificherebbe l'iter istruttorio, dovendo l'amministrazione solo prendere atto di risultanze istruttorie già svolte, valutandole in questo contesto per fini diversi. Ancora, nell'interesse dell'impresa alla più rapida conclusione del procedimento, in presenza di un'ulteriore ipotesi sospensiva questa sarebbe spinta dai propri interessi ad adempiere agli obblighi di comunicazione previsti da entrambi i regolamen-

⁶³ Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione.

ti, onde evitare una dilatazione temporale. Il coordinamento, dunque, potrebbe appesantire solo eccezionalmente il procedimento, in ipotesi di non collaborazione o di mere sviste e disattenzioni delle imprese, negli altri casi facendosi invece portatore di una più generale semplificazione dell'istruttoria e dunque del procedimento stesso.

Al pari di quanto qui denunciato, non si rinviene nella normativa Golden Power alcun punto di raccordo con il procedimento volto ad indagare la presenza di concentrazioni ai sensi del Regolamento (CE) 2004/139⁶⁴, che vada al di fuori della necessità di una interpretazione coordinata di determinati concetti, auspicata dal Regolamento (UE) 2019/452.

Punto a discapito della prevedibilità degli iter procedurali e del loro esito, infatti, è l'assenza di precise disposizioni in tema di coordinamento tra discipline legate ma distinte, e una serie di difficoltà possono sorgere ove le prescrizioni eventualmente dettate nell'ambito dei due procedimenti collidano tra loro. È qui che emerge con evidenza l'esigenza di «certezza, coordinamento e coerenza nel sistema dei controlli, rispettivamente, nazionali e comunitari al fine di non ingenerare incertezze sul perimetro dell'azione istituzionale nonché dal punto di vista delle imprese e dei mercati»⁶⁵.

Un intervento normativo in tal senso è dunque fortemente auspicabile, in quanto consentirebbe a un'unica valutazione di assumere molteplici usi, evitando contraddizioni e contrasti.

⁶⁴ Regolamento (CE) N. 139/2004 del Consiglio del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese («Regolamento comunitario sulle concentrazioni»).

⁶⁵ Così R. Angelini, *Stato dell'arte e profili evolutivi dei poteri speciali: al crocevia del golden power*, in *Rivista di Diritto Societario*, 2018, 3, 681 ss.

Il Golden Power italiano tra la normativa UE sugli aiuti di Stato e il nuovo controllo sulle sovvenzioni estere (FSR)

Fin dalla loro genesi, i poteri economici del Governo italiano (cioè la possibilità del Governo di intervenire in materia economica e di mercato), in particolare quelli esercitati nelle transazioni economiche riguardanti gli asset strategici, hanno dovuto confrontarsi e convivere con il diritto dell'Unione Europea e i suoi principi: dalla transizione guidata dalla Golden Share alla Golden Power, all'adeguamento alle previsioni del Regolamento sugli IDE (REG. UE 2019/452), che ha inteso uniformare il più possibile le caratteristiche di base dei meccanismi di screening degli investimenti diretti esteri degli Stati membri. Tuttavia, le esigenze di compatibilità con il diritto dell'UE si accompagnano all'inevitabile necessità di coordinamento con strumenti e meccanismi dell'UE, sia vecchi che di nuova introduzione: in questo lavoro si cercherà di delineare il rapporto tra il Golden Power italiano e il Regolamento UE sugli aiuti di Stato, soprattutto dopo l'emanazione del Regolamento sulle sovvenzioni estere (REG. UE 2022/2560). Quest'ultima procedura, infatti, può intersecare il momento istruttorio dei processi di screening degli IDE, con il potenziale rischio di doppie indagini e conclusioni contrastanti. Per evitare questo scenario, verranno avanzate alcune ipotesi applicative del framework FSR, combinato con il meccanismo di screening degli IDE, con l'obiettivo di evitare contrasti e ottenere un coordinamento delle procedure e dei risultati.

The Italian Golden Power among EU State Aid legislation and the new control on Foreign Subsidies (FSR)

Since their genesis, the economic powers of the Italian Government (i.e. the possibility of the Government to intervene in economic and market issues), especially those exercised in economic transactions concerning strategic assets, have had to face and coexist with European Union law and its principles: from the *guided* transition from Golden Share to Golden Power, to adapting to the predictions of FDI Regulation (EU REG. 2019/452), which aimed at standardizing as much as possible the basic features of Member states' foreign direct investment screening mechanisms. However, compatibility requirements with EU law are accompanied by the unavoidable need for coordination with both old and newly introduced EU instruments and mechanisms: in this paper, an attempt will be made to outline the relationship between the Italian Golden Power and the EU State Aid Regulation, especially after the enactment of the Foreign Subsidies Regulation (REG. EU 2022/2560). This latter procedure, in fact, may intersect the investigation moment of FDI screening processes, with the potential risk of double investigations and conflicting conclusions. In order to avoid this scenario, there will be put forward some application hypotheses of the FSR framework, combined with FDI screening mechanism, with the aim to avoid contrasts and achieve coordination of procedures and results.

John L. Austin e il provvedimento amministrativo

Alessio Sardo, Matteo Timo e Giovanni Tuzet

SOMMARIO: 1. Introduzione e statuizione d'intenti. – 2. John L. Austin: i performativi e la “dottrina delle infelicità”. – 3. Alcune critiche mosse alla teoria di Austin e un primo chiarimento sul modello. – 4. Infelicità del provvedimento amministrativo, inteso come un performativo. – 5. Limiti del modello di Austin, possibili precisazioni e integrazioni, alla luce dell'analisi del provvedimento amministrativo.

1. *Introduzione e statuizione d'intenti*

John L. Austin (Lancaster, 26 Marzo 1911 - Oxford, 8 Febbraio 1960) è, insieme a Paul Grice (Birmingham, 3 marzo 1913 - Berkeley, 28 Agosto 1988), uno dei padri fondatori dell'analisi pragmatica del linguaggio del secondo Novecento. La pragmatica studia gli usi linguistici e, in connessione a questi, tematizza gli aspetti delle intenzioni comunicative, della dipendenza contestuale e, più in generale, dei meccanismi che presiedono agli scambi linguistici. Il più noto contributo di Austin è la teoria dei performativi, che si focalizza sulla dimensione c.d. “illocutoria” di certi proferimenti, ossia, ciò che si fa nel dire qualcosa, dimensione che Austin gradatamente incorpora in una teoria degli atti linguistici articolata¹, in cui si analizzano i tre sensi in cui un dire è anche un fare: locuzione, illocuzione, e perlocuzione, che, insieme, costituiscono «*The total speech act in the total speech situation*»². Per esempio, proferendo nelle opportune circostanze il perfor-

¹ J.L. Austin, *How to Do Things with Words*², a cura di M. Sbisà, J.O. Urmson, Oxford, 1975.

² J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, Oxford, 1962, 147; cfr. M. Sbisà, *Locution, illocution, perlocution*, in M. Sbisà, K. Turner (a cura di), *Pragmatics of Speech Actions*, Berlin, 2013, 25 ss. L'atto locutorio si riferisce a ciò che è detto. L'atto illocutorio è ciò che si fa pronunciando un certo enunciato in un contesto appropriato (asserire, ordinare, domandare, ecc.): “Ti ordino di fare x” pronunciato dall'ufficiale al suo sottoposto è un atto direttivo. L'atto perlocutorio, invece, corrisponde a ciò che il parlante causa pronunciando qualcosa (o gli effetti non-convenzionali e naturali dell'atto linguistico che possono essere imputati al parlante) (J.L. Austin, *ult. op. cit.*, 109-116). Il punto focale della teoria di Austin sono gli atti illocutori (ciò che si fa nel dire qualcosa), che hanno natura convenzionale. Cfr. J.L. Austin, *ult. op. cit.*, 116-118; T. Cohen, *Illocutions and perlocutions*, in *Foundations of Language*, 1973, 503 ss.; S.C. Levinson, *Pragmatics*, Cambridge, 1983, 300 ss.;

mativo “Vi dichiaro marito e moglie”, l’enunciante non si limita a riferire qualcosa (il vincolo del matrimonio), ma lo costituisce, generando cambiamenti nello stato deontico dei soggetti implicati.

La teoria dei performativi – pur essendo stata, secondo una lettura dominante, in parte accantonata nei successivi sviluppi della ricerca di Austin – gioca tuttora un ruolo fondamentale sia in pragmatica, sia in filosofia del linguaggio. In tempi molto recenti, il modello performativo è stato persino impiegato per l’analisi degli enunciati imperativi in generale, la cui struttura logica è ricondotta a quella di un performativo esplicito³.

Come suggeriva Geoffrey Warnock, la nozione di performativo di Austin stimola alla riflessione, per la sua “provocante instabilità” (*provoking instability*): se sottoposta a uno stretto scrutinio, tende a “ramificarsi” in una pluralità di distinzioni, portando sul piano della discussione diverse questioni importanti. Tuttavia, eventuali confusioni, se non diventano “croniche”, possono essere evitate attraverso l’introduzione di nuove distinzioni⁴. Inoltre, va ricordato che Austin prendeva sul serio il linguaggio giuridico e il lavoro dei giuristi⁵ e sembrava auspicare ulteriori sviluppi e integrazioni per il suo modello, che doveva essere inteso come uno schema generale da specificare contestualmente, nei vari settori disciplinari⁶. Il nostro contributo cerca di fare tesoro di quest’aspirazione del modello di Austin.

Ci sono molte aree del diritto, diverse da quella riguardante l’azione della pubblica amministrazione (PA), in cui si compiono atti (giuridici) che possono essere ricondotti al modello austiniano performativo il quale, originariamen-

M. Sbisà, *On illocutionary types*, in *Journal of Pragmatics*, 1984, 93 ss.; Ead., *Linguaggio, ragione, interazione*, Bologna, 1989; E ad., *How to read Austin*, in *Pragmatics*, 2007, 461 ss.; Ead., *The Austinian conception of illocution and its implications for value judgments and social ontology*, in *Ethics and Politics*, 2014, 619 ss.; L. Caponetto, *Undoing things with words*, in *Synthese*, 2018, 315 ss. Come specifica Sbisà nei lavori qui richiamati, l’atto illocutorio “felice” ha effetti che vanno oltre la mera comprensione del proferimento da parte del destinatario: un atto illocutorio felice muta lo status deontico dei partecipanti allo scambio comunicativo: ad esempio, il battesimo di una nave produce l’obbligo di chiamarla *ceteris paribus* con quel nome. Si tratta di effetti non naturali, bensì convenzionali, che riflettono una dimensione normativa.

³ M. Kaufmann, *Interpreting Imperatives*, Dordrecht, 2013.

⁴ «I believe that the notion, so paradigmatically Austin’s, of performative utterances, has proved fertile – as philosophical notions sometimes do – at least in part because of its provoking instability. It has shown a persistent tendency, as of course Austin himself found, both to wobble and to ramify when subjected to scrutiny, and thus can be fruitfully lead one into, not just one topic, but several. I think also, however, that this tendency to waver has, not at all surprisingly, bred certain confusions (in myself among others); and, if these are not to become chronic, distinctions should be attempted» (G.J. Warnock, *Some types of performative utterances*, in *Essays on J.L. Austin*, a cura di I. Berlin et al., Oxford, 1973, 69).

⁵ Cfr. J.L. Austin, *ult. op. cit.*, 24; N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford, 2004, 124 ss.

⁶ L’interesse dei filosofi del diritto per i performativi di J.L. Austin è ben testimoniato dalle dettagliate analisi della performatività di K. Olivecrona, *Law as Fact*², London, 1971 e A. Ross, *Directives and Norms*, New York, 1967. In Italia, la posizione di Austin è stata analizzata da G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974. Inoltre, Uberto Scarpelli ha incluso una trattazione degli enunciati performativi in una storica raccolta (U. Scarpelli, *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976, 123-142).

te, era inteso come strumento atto a rendere conto di tutti gli atti che presuppongono procedure, inclusi gli atti istituzionali, rituali, e cerimoniali⁷; gli stessi esempi adottati da Austin suggeriscono questo rilievo. Inoltre, a livello più generale, nel modello di Austin il linguaggio ha un carattere eminentemente convenzionale e procedurale: molti degli esempi usati da Austin appartengono proprio alla dimensione istituzionale e pubblica: l'atto del matrimonio, il battesimo di una nave, e così via⁸. Tuttavia, tra i vari atti linguistici giuridici, ci sembra particolarmente utile soffermarci proprio sull'analisi del provvedimento amministrativo, per le seguenti ragioni:

- 1) è un tipo di atto – un esercizio di potere puntuale e fortemente contestuale – che intrattiene un legame molto forte con la nozione di autorità e, soprattutto, con la dimensione procedurale, da un lato, e con l'efficacia sociale, dall'altro⁹; laddove, per “efficacia sociale” intendiamo la produzione di effetti psicologici e materiali (naturali) nel mondo, e per “dimensione procedurale” intendiamo un insieme di (meta-)norme convenzionali, scritte o inesprese, che disciplinano i processi nomopietici (i.e., la produzione normativa) con uno sguardo alle varie fasi del procedimento;
- 2) proprio come il performativo, il provvedimento ha una forte connessione con la dimensione del procedimento, che è innegabile anche in una prospettiva strettamente “funzionalista”, che concepisce il procedimento essenzialmente come mezzo per raggiungere un determinato fine: il provvedimento;
- 3) il fatto che, se non altro in base alla visione tradizionale, la validità del provvedimento amministrativo risiede non solo nella conformità alle disposizioni che lo disciplinano, ma anche nel rispetto di numerosi principi sul potere discrezionale, che non sempre trovano formulazione precisa in disposizioni¹⁰, accentua il ruolo delle convenzioni e procedure sulla determinazione della sua validità;

⁷ Promesse, consigli, ordini, presuppongono procedure ma, strettamente parlando, non sono atti cerimoniali o rituali.

⁸ Vi potrebbe essere dunque spazio per un'ulteriore analogia con le caratteristiche istituzionali dell'ordinamento, magistralmente descritte da M.S. Giannini, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 219 ss., dove l'ordinamento giuridico è rappresentato fenomenologicamente come un insieme di norme che sorgono contestualmente da una pluralità di azioni individuali e di gruppo, e la normatività ha una base convenzionale e ineluttabilmente relativa («le norme del gruppo originano dalla determinazione del gruppo», ivi, 232). Sul punto, si veda anche M.S. Giannini, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 404 ss.

⁹ F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, a cura di S. Amorosino, Milano, 1995, 255 ss.; R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017.

¹⁰ A. Piras, *Invalidità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1972, 599 ss., segnatamente 607; G. Corso, *Validità*, in *Enc. dir.*, XLVI, 1993, 84 ss., 91 in particolare.

- 4) infine, ci pare che, nel corso degli ultimi cinquant'anni, lo sviluppo della dogmatica amministrativistica abbia prodotto risultati notevoli, che ci sembrano molto utili per integrare e migliorare il modello di analisi proposto da Austin (torneremo su questo punto nel paragrafo conclusivo).

Il presente lavoro si struttura in queste parti: una presentazione estesa della teoria dei performativi e della dottrina delle infelicità (§ 2); l'analisi di alcune obiezioni che sono state mosse alla teoria dei performativi di Austin, le quali impongono di fare alcune precisazioni sul modello austiniiano, ma non costringono ad abbandonarlo (§ 3); un'applicazione della dottrina delle infelicità al provvedimento amministrativo, inteso come un tipo di performativo (§ 4); alcune integrazioni ed emendamenti al modello di Austin che prendono le mosse proprio dalla riflessione sul provvedimento amministrativo (§ 5).

2. *John L. Austin: i performativi e la "dottrina delle infelicità"*

Sin dal 1939, a seguito di una corrispondenza con Prichard, Austin aveva cominciato a interrogarsi sulle ragioni per cui in certe situazioni (segnatamente, certi tipi di promesse) il solo "dire" qualcosa produca degli obblighi¹¹. In particolare, egli cominciò a sostenere che, dato un certo contesto, proferire un enunciato come "Io ti prometto che *p*" non è soltanto un dire – così come invece potrebbe essere, per certi versi, soltanto un dire il proferimento di un enunciato come "Fuori piove" – ma implica anche un fare¹²: compiere l'azione di promettere. Questa considerazione condusse Austin a fissare, proprio all'inizio della sua opera più celebre – ci riferiamo alla raccolta di lezioni eloquentemente intitolata *How to do Things with Words* (prima ed. 1962, sec. ed. 1975) – la distinzione fra "constativi", ossia enunciati che descrivono, o si riferiscono a, uno stato di cose, ma che *non* producono cambiamenti nella realtà, e "performativi", intesi come proferimenti non-vero condizionali, che non constatano proprio nulla e, cionondimeno, sono significativi, perché producono effetti nel mondo¹³. In alcuni casi, i performativi creano, modificano, estinguono quelli che oggi ormai usiamo chiamare – seguendo il lessico di John Searle, celeberrimo allievo e critico di Austin – "fatti istituzionali"¹⁴. La distinzione in oggetto comporta la denuncia della cosiddetta

¹¹ J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, cit.; G.J. Warnock, *op. cit.*, 69; G.J. Warnock, *J.L. Austin*, London/New York, 1989, 105.

¹² J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, cit.; G.J. Warnock, *ult. op. cit.*, 106.

¹³ In termini logici si usa anche dire che i constativi sono "vero condizionali" (hanno, cioè, condizioni di verità), mentre i performativi non lo sono in quanto non vertono su qualcosa di esistente ma producono qualcosa.

¹⁴ Basti considerare che non tutte le promesse sono istituzionali. J.R. Searle, *The Construction of Social Reality*, New York, 1995.

“fallacia constativa”: l’idea che tutti gli enunciati siano, in un certo senso, descrittivi e il loro contenuto semantico riducibile a proposizioni¹⁵.

I performativi non sono enunciati caratterizzati da una forma sintattica peculiare: a ben vedere la loro forma grammaticale è equivoca, perché sembrano apparentemente enunciati indicativi¹⁶. Tuttavia, se pronunciati in un certo contesto, da persone particolari, in relazione a determinate procedure convenzionalmente accettate, permettono di compiere determinate azioni¹⁷. Ad esempio, se durante il varo di una nave, la persona correttamente designata proferisce l’enunciato “Io battezzo questa nave Queen Elizabeth”, l’enunciato non vale come mera constatazione o descrizione di ciò che la persona sta facendo; si tratta piuttosto dell’enunciato (performativo) che consente di compiere l’azione di battezzare la nave. Lo stesso vale per un enunciato del tipo “Vi dichiaro marito e moglie” che, poniamo, pronunciato dall’officiante nel rito del matrimonio, serve per compiere (e non già descrivere) l’azione di sposare due persone. D’altro canto, vale la pena di precisare subito che un performativo può essere realizzato anche senza rendere manifesto l’atto che si sta compiendo a livello della “superficie” sintattica dell’enunciato mediante un cosiddetto verbo performativo (“Io battezzo”, “Io vi dichiaro”, ecc.) o un altro tipo di “marcatore” esterno. Per esempio, possiamo fare una promessa senza usare espressamente il verbo performativo “Io prometto”¹⁸, ma ricorrendo a un gesto, una perifrasi, o un elemento del contesto di proferimento¹⁹. Peraltro, lo stesso Austin alludeva a questo peculiare fenomeno: ciò che denominava “enunciato performativo inespliato”²⁰.

Infatti, ciò che consente all’enunciato performativo di svolgere la propria funzione non è la forma grammaticale, ma piuttosto l’esistenza di certe convenzioni e, in ultima analisi, di una procedura che associa determinati effetti al proferimento di certi enunciati. Andando oltre il modello di Austin, che non si espri-

¹⁵ M. Black, *The Labyrinth of Language*, New York, 1968, 93; K. Olivecrona, *op. cit.*, 217.

¹⁶ Sul punto K. Olivecrona, *op. cit.*, 218.

¹⁷ J.L. Austin, *How to Do Things with Words*², cit.; G.J. Warnock, *J.L. Austin*, cit., 114-115.

¹⁸ K. Bach, R.M. Harnish, *Linguistic Communication and Speech Acts*, Cambridge, 1979.

¹⁹ Circostanza questa che, come si avrà modo di meglio delineare nel prosieguo, si riscontra anche nel provvedimento amministrativo, giacché in quest’ultimo la forma scritta non è imposta in tutti i casi, potendosi dare ipotesi di provvedimenti esclusivamente verbali (si pensi all’ordine impartito oralmente) o di provvedimenti non verbali (esempio classico è l’ordine gestuale impartito, con la propria paletta, dall’agente della polizia municipale finalizzato a far accostare un veicolo). Senza alcuna pretesa di esaustività e rinviando alla dottrina che si avrà modo di citare nelle pagine successive, si richiama sin da ora la ricostruzione di P.M. Vipiana, *L’attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private*, Milano, 2017, 87 ss. Sulla forma quale requisito essenziale dell’atto amministrativo si rinvia – oltre che alla dottrina richiamata nelle pagine successive – a M. D’Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*³, Torino, 2019, 305 ss.; P.M. Vipiana, V. Cingano, *L’atto amministrativo*, Padova, 2012, 63 ss.; S. Perongini, *Il provvedimento amministrativo*, in S. Cognetti *et al.* (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 372 ss.; B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*², I, Milano, 2003, 797 ss.

²⁰ J.L. Austin, *How to Do Things with Words*², cit., 32 ss.

meva propriamente in questi termini, tali convenzioni potrebbero essere rappresentate *mutatis mutandis* come regole costitutive, che hanno una forma logica del tipo “X vale come Y nel contesto C”, laddove “vale come” (*counts as*) può essere inteso sia come espressione di una convenzione in senso stretto, sia come espressione una mera consuetudine²¹.

Più specificamente, alcuni dei performativi di Austin hanno proprio l’effetto di realizzare mutamenti nella sfera deontica di certi soggetti e, per questo, si prestano a essere letti come (una sottoclasse di) enunciati direttivi. Qui Austin²² discorre in termini di effetti convenzionali – vale a dire, effetti non naturali – dell’atto illocutorio. Per quanto ci è dato di conoscere, i primi a esplorare intensamente questo profilo del pensiero di Austin sono stati Olivecrona e Sbisà, con le rispettive estese analisi dei “poteri deontici”²³. Come avrà modo di precisare Marina Sbisà²⁴, gli effetti (illocutori) prodotti da un performativo non sono tanto “fisici” o “materiali”; essi riguardano piuttosto la “realtà sociale” e, più precisamente, i profili giuridici della stessa. Gli effetti di un performativo felice consistono in un cambiamento convenzionale nella dimensione deontica e normativa.

Anche Max Black²⁵ ha notato che i performativi di Austin sono *claim generating*, nel senso che, producendo obblighi, privilegi, e immunità, determinano l’insorgenza, in capo a certi soggetti, della possibilità di sollevare pretese sul comportamento altrui. Proprio per questo, l’atto infelice è “defettibile”: sotto certe condizioni, i suoi effetti convenzionali (cioè, non naturali) possono essere resi *null and void*²⁶. Al contrario, gli effetti perlocutori sono irreversibili. Ad esempio, un insulto potrebbe essere infelice perché immotivato e, pertanto, ritirato dal parlante; cionondimeno, le conseguenze naturali di tale insulto – e.g., la reazione psicologica di rabbia del destinatario – non si possono cancellare.

Gli effetti deontici si manifestano nella dimensione illocutiva dell’atto, quelli psicologici nella dimensione perlocutiva: ad esempio, dopo il battesimo di una nave abbiamo in qualche modo il dovere di chiamarla con il nome che le è stato

²¹ J.R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1969; G.J. Warnock, *Some types of performative utterances*, cit., 71.

²² J.L. Austin, *ult. op. cit.*, 115-116.

²³ K. Olivecrona, *op. cit.*, 219 ss. e M. Sbisà, *On illocutionary types*, cit. Si noti che K. Olivecrona, *op. cit.*, 226, introduce un’ulteriore precisazione sul punto, distinguendo fra due tipi di effetti giuridici: i) quelli che riguardano le relazioni personali e la proprietà; ii) quelli che si realizzano attraverso le corti e le agenzie governative. Secondo Olivecrona, solo i secondi producono effetti reali.

²⁴ M. Sbisà, *On illocutionary types*, cit.; Ead., *Linguaggio, ragione, interazione*, cit.; Ead., *How to read Austin*, cit.

²⁵ M. Black, *Austin on performatives*, in *Philosophy*, 1963, 217 ss., segnatamente 222.

²⁶ M. Sbisà, *How to read Austin*, cit., 465-466. «*The border between Illocution and Perlocution runs between conventional effects and changes in the natural course of events: The formers are cancellable and defeasible, the latter are not, and if they are brought about by means of a speech act, their production amounts to a perlocutionary act. In fact, the distinction between Illocution and Perlocution is at all possible only if a difference between natural and conventional effects is accepted*» (ivi, 466).

dato, tant'è che chiunque ha poi il potere di criticarci se non lo facciamo; mentre la gioia dei partecipanti alla cerimonia è una conseguenza naturale dell'atto.

La dimensione deontica è presente non solo negli atti esercitivi (cioè, atti che consistono nell'esercizio di un potere) e direttivi, ma anche in altri tipi di atti linguistici: persino nei cosiddetti "comportativi"²⁷ che, normalmente, non presuppongono alcuna relazione di potere. Prendiamo ad esempio l'atto comportativo di congratularsi: se mi congratulo, poi avrò il dovere (morale) di matrice convenzionale di essere coerente con quello che ho fatto.

La dimensione deontica non implica che tutti gli atti linguistici siano istituzionali: come emerge dal modello austiniano elaborato da Sbisà²⁸, gli atti linguistici discorsivi sono legati a procedure convenzionali: seguono degli *scripts*, ma non hanno dimensione istituzionale; e lo stesso vale per le procedure convenzionali non-istituzionali: gli ordini informali, per esempio. L'importanza del legame tra obbligo ed elemento convenzionale – e, in ultima analisi, procedurale – dell'atto è ben dimostrata, invece, dal rilievo che, con buona pace dei sostenitori della dottrina "imperativistica" classica, la mera manifestazione di una volontà o di una intenzione non necessariamente vale come ordine in assenza di una procedura e un atto di delegazione (implicita o esplicita) di potere.

Sia detto per inciso, Austin non spiega l'origine della performatività. Prova a farlo invece Olivecrona²⁹ che, reinterpretando la teoria di Austin alla luce del proprio retroterra filosofico, e dei suoi precedenti studi sulla moneta e sul diritto romano, ritiene che la performatività, in ultima analisi, appartenga alla dimensione psicologica delle persone, intesa come fonte ultima delle convenzioni cui fa riferimento Austin nella sua teoria dei performativi. A ben vedere, questa reinterpretazione si spinge ben oltre il modello originario di Austin, che tende piuttosto a inquadrare simili elementi psicologici come parte della dimensione perlocutiva degli attinguistici. Riprendendo l'esempio del battesimo di una nave, se l'atto è compiuto correttamente, gli astanti saranno preparati ad accettare in maniera quasi irriflessa di dover chiamare la nave "Queen Elizabeth". All'opposto, se il battesimo è compiuto, poniamo, da un passante ubriaco, che battezza la nave "Mr. Stalin", allora gli astanti si rifiuteranno di chiamare la nave in quel modo. Il conferimento del nome non è in realtà "attaccato" alla nave – o all'essenza del concetto di nave – così come due sposi non sono realmente vincolati da qualcosa. L'atto del battesimo è piuttosto intimamente legato all'elemento procedurale del rito, della cerimonia che – portatore di un retaggio mistico ancestrale, collegato alla religione e alla magia, secondo Olivecrona³⁰, e, più plausibilmente, legato

²⁷ M. Sbisà, *On illocutionary types*, cit.; Ead., *Linguaggio, ragione, interazione*, cit.

²⁸ M. Sbisà, *Linguaggio, ragione, interazione*, cit.; Ead., *How to read Austin*, cit.

²⁹ K. Olivecrona, *op. cit.*, 221, 224-225.

³⁰ Ivi, 226 ss.

alla dimensione convenzionale, secondo Austin – associa all’enunciato performativo una funzione sociale di condizionamento³¹, che per Austin è perlocuzione, mentre per Olivecrona è pura e semplice performatività. È questa la ragione ultima per cui, secondo entrambi, gli atti che non corrispondono alle convenzioni non sono capaci di produrre effetti. In termini più aderenti ad Austin, diremmo che gli effetti illocutori del performativo sono di tipo “non-naturale”: essi dipendono da – pur non coincidendo con – le convenzioni dell’atto: l’atto illocutorio consiste nel produrre effetti convenzionali e la convenzionalità dell’atto linguistico implica che gli stati psicologici siano spesso irrilevanti per la riuscita dell’atto stesso, con buona pace di Olivecrona.

Accantonando però le considerazioni del filosofo del diritto scandinavo, e tornando all’esposizione del pensiero di Austin, vorremmo porre l’accento sul fatto che il solo pronunciare un enunciato del tipo “Vi dichiaro marito e moglie” non basta a realizzare un matrimonio (per Austin: a produrre l’effetto di un matrimonio); affinché il performativo abbia effetto, è necessario che siano soddisfatte una serie di precondizioni – poniamo: che vi siano due soggetti maggiorenni (o minori emancipati), non già sposati, capaci d’intendere e di volere, ecc. – che vi sia una persona “qualificata” per sposare e, soprattutto, che si rispetti una determinata procedura convenzionale³². Senza questi elementi, il performativo “fallisce” o, nella migliore delle ipotesi, va comunque a buon fine, restando però un atto linguistico “viziato” o “difettoso”. Normalmente, le condizioni di felicità sono presupposte e non sempre esplicitate nella comunicazione³³.

Nel corso di *How to Do Things with Words*, Austin precisache vi sono diverse forme di infelicità³⁴: alcune rendono l’atto linguistico nullo e vacuo (*null and void*), come se si trattasse di un “contratto putativo” (*putative contract*), perché “infettano” (*infect*) irrimediabilmente la struttura dell’atto linguistico. Queste sono le cosiddette condizioni di tipo A e B. Altre, invece, sono meno gravi, producendo *flaws and hitches* che non pregiudicano l’esistenza stessa dell’atto. Queste sono le condizioni di tipo Γ. Come rileva Austin, proferimenti come “Egli ha stimato scorrettamente che...”, o “Il giudice ha deciso a torto che l’imputato è colpevole” mostrano che certi atti linguistici possono essere validamente esistenti, ancorché difettosi (la stima è scorretta, la decisione è sbagliata). Torneremo su questi profili fra poco, certi però che quanto appena detto suggerisce già alcuni elementi di analogia fra performativi e atti giuridici.

I performativi hanno dunque – per riprendere il lessico di Austin – delle “condizioni di felicità”: se qualcosa va storto nella procedura, non diremo che l’e-

³¹ Ivi, 225.

³² J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, cit., 1 ss., 12 ss.; G.J. Warnock, *J.L. Austin*, cit., 108-109.

³³ J.L. Austin, *How to Do Things with Words*², cit., 51.

³⁴ J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, cit., 14, 22-23, 26-28, 106, 150-162.

nunciato è falso; diremo piuttosto che l'enunciato è "infelice" (*unhappy*). L'infelicità è una caratteristica che possono avere tutti gli atti rituali, cerimoniali, giuridici, i giochi e, in generale, tutti gli atti convenzionali (scommesse, compravendite, battesimi, matrimoni, e via dicendo), che presuppongono procedure³⁵. Quando l'atto è felice, come si accennava, esso produce mutamenti nei diritti, status, obblighi, privilegi dei soggetti coinvolti, normalmente non ottenibili in caso di un atto afflitto da (gravi) infelicità.

Come accennato sopra, Austin stabilisce un ordine, una tassonomia delle condizioni di felicità, distinguendo tra condizioni di tipo A e B, da un lato, e di tipo Γ , dall'altro. Affinché si dia la produzione di effetti convenzionali (sociali), è sufficiente che le condizioni di tipo A e B siano soddisfatte, mentre le Γ rilevano ai fini della piena validità dell'atto linguistico. In altre parole, A e B rimandano alle condizioni di nullità dell'atto, secondo modalità diverse³⁶. Il cambio di alfabeto – da romano a greco – enfatizza la diversa natura delle condizioni di infelicità.

Affinché un performativo sia "felice" (*happy*), secondo Austin, devono darsi così le seguenti condizioni³⁷:

- A1) deve esistere una procedura accettata convenzionalmente che collega determinati effetti al proferimento di certe parole da parte di un determinato soggetto, data una serie di circostanze;
- A2) la persona e le circostanze devono essere "appropriate" (*appropriate*) per l'invocazione della procedura che il parlante intende impiegare;
- B1) la procedura dev'essere eseguita correttamente (*correctly*);
- B2) la procedura dev'essere compiuta in maniera completa (*completely*);
- Γ 1) se la procedura prevede che chi la intraprende debba avere certi pensieri, sentimenti, o intenzioni, allora le persone che la intraprendono devono (*must*) avere tali pensieri, sentimenti, intenzioni;
- Γ 2) le persone che intraprendono la procedura devono comportarsi in maniera congruente con essa.

Se tali condizioni non sono rispettate, allora l'atto è infelice (*unhappy*); come vedremo, le conseguenze dell'infelicità variano secondo il tipo di condizione che non è stata soddisfatta.

Austin distingue fra due principali forme di infelicità (*ways of being unhappy*) dei performativi: 1) i colpi a vuoto (*misfires*), che corrispondono ai casi *sub* A e B; 2) gli abusi (*abuses*), che corrispondono ai casi *sub* Γ . Nel caso di un colpo a vuoto (*misfire*), l'atto o è preteso (*purported*), o potrebbe considerarsi come un tentativo (*attempt*), ma esso è "nullo o privo di effetti" (*void or without effects*);

³⁵ Ivi, 18-19.

³⁶ J.L. Austin, *How to Do Things with Words*², cit., 15 ss.

³⁷ Ivi, 14-15.

in altre parole, non è condotto con successo, o non è “realizzato”³⁸. Gli esempi addotti da Austin, in questo caso, sono due: quello del matrimonio tra persone già sposate; e quello del varo di una nave effettuato non già dal capitano (o dalla madrina), bensì dal mozzo.

Più precisamente, Austin distingue due tipi di *misfires*:

- A) le *misinvocations*, che hanno luogo quando manca la procedura invocata (A1) oppure quando, pur essendoci una procedura, essa non può essere applicata nel modo in cui si cerca di applicarla (A2)³⁹. Quando manca la procedura si hanno dei *non-plays* (A1), come nel caso di un matrimonio tra un uomo e una scimmia (infatti, non esistono procedure per il matrimonio inter-specie, illegale in quasi tutti gli ordinamenti); quando invece non può essere applicata così come si sta cercando di fare si hanno delle *misapplications* o, in altre parole, dei *misplays* (A2). Un esempio di *misapplication* è il caso in cui un soggetto passa e battezza la nave con un nome diverso da quello designato (Mr. Stalin) e non spetta a lui farlo;
- B) le *misexecutions*, che corrispondono ai casi in cui la procedura c'è, è applicata correttamente (*does apply all right*), ma sbagliamo, “ceffiamo” (*to muff*) il rito “con conseguenze più o meno tragiche”; in altre parole, c'è un vizio o un difetto nell'atto⁴⁰. Anche qui possiamo distinguere due casi: (B1) quelli in cui ci sono dei “vizi” (*flaws*), che danno luogo a una *misexecution* (aggiungiamo noi, *in a strict sense*); (B2) quelli in cui ci sono invece degli “intoppi” (*hitches*), che danno luogo a *non-executions*⁴¹.
- 2) Nel caso di un abuso, invece, l'atto è professato (*professed*) – nel senso di preteso (*claimed*) – ma è vuoto (*empty*); esso, in alcune circostanze, può essere anche compiuto o realizzato (*achieved*), ma costituisce un abuso della procedura⁴². L'atto è – in senso tecnico – “insincero”. Per esempio, se prometto di darti la luna⁴³, non sto facendo realmente una promessa; piuttosto, sto scherzando e quindi, in un certo senso, sto formulando una “promessa vuota”. Sia detto per inciso, così facendo Austin stabilisce una connessione (indiretta) fra performativi e verità. Un performativo non può essere vero o falso; talvolta, però, per essere felice, un performativo presuppone, o implica, la verità di un certo enunciato – o la credenza che qualcosa sia vero⁴⁴.

³⁸ Ivi, 16.

³⁹ «There is a misinvocation of a procedure – either because there is, speaking vaguely, no such procedure, or because the procedure in question cannot be made to apply in the way attempted» (ivi, 17).

⁴⁰ «The procedure is all right, and it does apply all right, but we muffed the execution of the ritual with more or less dire consequences [...]: the purported act is vitiated by a flaw or hitch in the conduct of the ceremony» (ibid.).

⁴¹ Ivi, 17-18.

⁴² Ivi, 16.

⁴³ L'esempio è di C. Penco, *Truth, assertion and charity*, in *Peruvian Journal of Epistemology*, 2008, 1 ss.

⁴⁴ G.J. Warnock, *J.L. Austin*, cit., 112.

Per quanto riguarda gli abusi distinguiamo fra: (Γ1) i casi d'insincerità (*insincerity*) o dissimulazione (*dissimulation*); (Γ2) i casi d'inadempimento (*non-fulfillments*), infrazione (*infractions*), rottura (*breaches*). Si noti bene che Austin concede la possibilità di dubbi o incertezze sulla qualificazione di un certo caso come mancanza della procedura (A1) o infrazione, inadempimento, di un'altra procedura (Γ2)⁴⁵. Parimenti, Austin concede che potrebbero presentarsi altri dubbi all'ora di stabilire se manchi la procedura (A1) o se, invece, vi sia una procedura, ma sia applicata male (A2): riprendendo l'esempio del matrimonio interspecie, si potrebbe sostenere, plausibilmente, sia che manchi una disciplina per il matrimonio fra esseri di specie diverse sia, alternativamente, che la disciplina del matrimonio esista, ma che applicarla a esseri appartenenti a specie diverse dia luogo a una *misexecution*.

Vale la pena di ricordare ancora un'ultima precisazione di Austin sulla dottrina delle infelicità: queste non sono mutuamente esclusive; infatti, lo stesso performativo potrebbe essere afflitto da diverse forme d'infelicità. L'esempio di Austin è la promessa insincera fatta a un asino di dargli una carota. Austin però non spiega se ed eventualmente come una di queste infelicità "assorba" le altre. Precisiamo altresì che le condizioni di felicità di Austin – a differenza di quelle di Searle – sono aperte e includono la vaghezza nel modello: il modello di Searle⁴⁶, all'opposto, cerca di definire ciascuna condizione di felicità come un insieme di condizioni necessarie e congiuntamente sufficienti per la riuscita dell'atto linguistico, elaborando, insieme a Vanderveken⁴⁷, una formalizzazione logica degli atti linguistici. Questa caratteristica del modello di Austin ben si adatta alla natura del provvedimento amministrativo: eterogenea e *fuzzy*⁴⁸.

⁴⁵ J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, cit., 18.

⁴⁶ J.R. Searle, *Speech Acts*, cit.; Id., *A taxonomy of illocutionary acts*, in Id. (a cura di), *Expression and Meaning*, Cambridge, 1979, 1 ss.; Id., *The Construction of Social Reality*, cit.

⁴⁷ J.R. Searle, D. Vanderveken, *Foundations of Illocutionary Logic*, Cambridge, 1985.

⁴⁸ Cfr. M. Ramajoli, *Gli incerti confini della nozione di provvedimento amministrativo*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Torino, 2009, 41 ss.; B.G. Mattarella, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1 ss., specie 14 ss.; R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 1. Invero, la medesima scienza amministrativistica non ha esitato a osservare come la nozione stessa (e, di conseguenza, la natura giuridica) dell'atto amministrativo sia difficilmente incardinabile in moduli chiusi. Così, è stato osservato che «il regime giuridico in questione è stato per lungo tempo costituito solo in minima parte da regole legislative. È stato invece rilevante soprattutto un diritto giurisprudenziale ispirato da una dottrina impegnata nella costruzione di una nozione anche oggettiva di atto amministrativo quale elemento di una visione generale del diritto amministrativo, a sua volta ispirata da concezioni riguardanti in generale l'assetto ed il reciproco rapporto tra i poteri e le funzioni pubbliche (tra cui l'amministrazione pubblica), anche in relazione alle diverse interpretazioni di volta in volta accolte in riferimento alle vicende storiche dei diversi ordinamenti statali» (D. Sorace, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Ann. III, Milano, 2014, 46-47). Peraltro, in precedenza, lo stesso Massimo Severo Giannini aveva avuto modo di rilevare che non si deve «cadere negli errori, pur così diffusi, di credere che l'atto amministrativo [...] sia una categoria generale di ogni ordinamento, e di credere che l'esperienza degli ordinamenti generali latino-germanici del periodo successivo a quello dell'affermarsi dello Stato di diritto possa esser generalizzata nello spazio, o, peggio, nel tempo, o

3. *Alcune critiche mosse alla teoria di Austin e un primo chiarimento sul modello*

La teoria di Austin è stata bersaglio di alcune critiche. In questa sede prenderemo in considerazione le principali obiezioni che le sono state mosse⁴⁹. Più specificamente, sosterremo che esse non forniscono ragioni sufficienti per abbandonare l'applicazione dell'analisi performativa agli atti convenzionali e, in special modo, a quelli di natura giuridica. Infatti, abbiamo modo di ritenere che la teoria di Austin possa essere mantenuta e applicata in maniera proficua all'analisi del provvedimento amministrativo, a patto di sciogliere alcune ambiguità iniziali e introdurre alcune specificazioni, che in buona parte sono state suggerite dalle ricerche su Austin condotte negli ultimi quarant'anni da Sbisà.

I. *In primis* si è obiettato che non è chiaro che cosa sia un performativo o, più moderatamente, che la nozione di performativo è afflitta da vaghezza. L'obiezione sembra fondata solo in parte⁵⁰. In difesa di Austin, possiamo osservare che l'oggetto della sua teoria sembra, in verità, ben demarcato, corrispondendo a quei casi in cui ciò che è detto svolge una "funzione operativa" all'interno una procedura convenzionale e dove, se tutto va bene, pronunciare certe formule vale come il compimento di un certo atto e produce determinati effetti. Di conseguenza, almeno secondo chi scrive, sembra eccessivo affermare che non è per nulla chiaro che cosa sia un performativo per Austin.

Sempre in difesa di Austin, pur concedendo che la sua teoria dei performativi includa la vaghezza nel modello – e questa è chiaramente una scelta consapevole di Austin – in particolare per quanto concerne i singoli tipi d'infelicità, possiamo considerare che tutte le teorie, in una certa misura, presentano tale forma d'indeterminatezza. Solo le teorie costruite interamente nel linguaggio artificiale della matematica o della logica possono contenere la vaghezza con stipulazioni⁵¹. Inoltre, come accennato, per Austin le condizioni di felicità non sono condizioni necessarie e sufficienti affinché si dia l'atto. Sono sempre condizioni aperte⁵².

possa esser assunta come esperienza esemplare, frutto di più raffinata coscienza giuridica, e quindi da assegnare a programma dello spirito universalizzante» (M.S. Giannini, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 159-160).

⁴⁹ Ossia quelle formulate da: M. Black, *Austin on performatives*, cit.; P. Strawson, *Intention and convention in speech acts*, in *Phil. Rev.*, 1964, 439 ss.; K. Olivecrona, *op. cit.*; S.M. Schiffer, *Meaning*, Oxford, 1972; J.R. Searle, *A taxonomy of illocutionary acts*, cit.; K. Bach, R.M. Harnish, *Linguistic Communication and Speech Acts*, cit., 120 ss.

⁵⁰ G.J. Warnock, *J.L. Austin*, cit., 117.

⁵¹ R.T. Cook, *Vagueness and mathematical precision*, in *Mind*, 2002, 225 ss.

⁵² M. Sbisà, *Varieties of speech act norms*, in *Poznan Stud. in the Phil. of the Sciences and the Humanities*, 2018, 23 ss., segnatamente 25-27.

Quindi, per Austin, la vaghezza è normale in un'analisi di questo tipo. Accettare l'idea che un'analisi del linguaggio vada abbandonata perché le nozioni con cui è costruita presentano un certo grado di vaghezza è assurdo: implicherebbe l'impossibilità di fare teoria fuori dalla matematica o dalla logica. In altre parole, posto che la vaghezza è un fenomeno ineliminabile nel linguaggio naturale, tecnicizzato, e semi-formalizzato, sembra fuori luogo considerare che la sua presenza fornisca una buona ragione per abbandonare una serie di distinzioni.

Stando così le cose, possiamo concedere pacificamente la possibilità che, accanto ai casi in cui le convenzioni stabiliscono delle procedure molto strette per certi tipi di performativi, vi siano anche casi in cui le procedure sono così poco chiare, contraddittorie, o lacunose da produrre un'incertezza nell'applicazione di una certa forma d'infelicità. Peraltro, Austin aveva ben presente questo problema, tant'è che auspicava uno sviluppo ulteriore del suo modello dei performativi (anche da parte dei giuristi) per ridurre la vaghezza all'interno di contesti specifici, una volta che siano fissate le circostanze di valutazione.

Vero è che, a questo punto, l'obiezione potrebbe essere riformulata così: la teoria di Austin va abbandonata perché le nozioni su cui si fonda sono afflitte da un grado intollerabile di vaghezza. Crediamo che, anche ripresentato in questi termini, il *claim* vada rigettato, sulla scorta della seguente considerazione: nel determinare le soglie di tollerabilità per la vaghezza, bisogna tener conto, fra gli altri parametri, del livello di astrazione cui si pone l'analisi. Orbene, poiché Austin vuole proporre soltanto uno schema generale per l'analisi di ogni enunciato performativo e delle sue condizioni di felicità, non sembra che il grado di vaghezza dei concetti impiegati sia eccessivo.

Andando oltre un giudizio che può apparire opinabile, crediamo che vi sia un test più oggettivo per difendere quest'idea: come vedremo tra poco, le distinzioni proposte da Austin per identificare le varie forme di felicità/infelicità di un performativo possono essere tranquillamente impiegate – senza bisogno di ridefinizioni – addirittura per catturare le diverse forme d'invalidità di un provvedimento amministrativo. Ciò, evidentemente, mostra in modo persuasivo che le distinzioni approntate da Austin dopo la metà del secolo scorso sono tuttora “sensibili” addirittura al tecnicismo della teoria amministrativistica italiana (che ha raggiunto un livello notevole di sofisticazione): chiaramente, il modello potrà poi essere integrato e ulteriormente specificato ma, ad eccezione di un problema legato alla nullità, le distinzioni di Austin non “saltano” per eccessiva vaghezza se applicate a un performativo molto “tecnico”, qual è il provvedimento amministrativo nel diritto italiano.

Tuttavia, fermo restando quanto appena detto, come accennato, bisogna concedere che l'obiezione non è del tutto immotivata. Infatti, come nota War-

nock⁵³, Austin ha usato almeno tre nozioni diverse di performativo nella sua opera sopra ricordata. La prima, che è la principale e, probabilmente non a caso, è espressa all'inizio del lavoro, presenta il performativo come un enunciato "convenzionale", che è parte di una procedura, rito, cerimonia, convenzionale, in virtù della quale tal enunciato vale come il compimento dell'atto per cui la procedura è stata designata. La seconda, invece, presenta il performativo come quell'enunciato che afferma esplicitamente l'azione che sta compiendo ("Io prometto di fare X", "Ti suggerisco di fare X", ecc.). La terza, infine, corrisponde all'idea generale che si ha un performativo ogniqualvolta un parlante, nel dire qualcosa, compie un'azione, indipendentemente dal tipo o dalle procedure. Secondo quest'ultima distinzione, ogni atto linguistico sarebbe dunque un performativo nella sua componente illocutoria (perché l'atto linguistico è unitario, ma si possono considerare tre sensi in cui dire è fare: locuzione, illocuzione e perlocuzione).

Orbene, le prime due nozioni di performativo, evidentemente, tracciano la distinzione rispetto all'atto constativo in modo diverso, ma, in entrambi i casi, non la annullano. Un esempio di constativo esplicito è l'enunciato assertivo "Affermo che la terra è rotonda". La terza nozione, invece, è più problematica e, peraltro, sarà quella che porterà Austin ad abbandonare (apparentemente) la distinzione performativo/constativo, e a considerare che ogni dire è anche un fare o, se vogliamo, che ogni atto linguistico è una *performance*, che può essere analizzata con la tripartizione locuzione, illocuzione e perlocuzione⁵⁴. Infatti, se consideriamo che ogni dire è anche un fare, allora, dobbiamo accettare, per coerenza, che anche un atto constativo sia, in fin dei conti, un certo tipo di performativo, legato alle convenzioni che disciplinano il "gioco" dell'asserzione. È così che la distinzione constativo/performativo collassa⁵⁵. Peraltro, il collasso è coadiuvato dal rilievo che, oltre all'essere vero o falso, un atto constativo può presentare altre forme di felicità o infelicità⁵⁶: un'asserzione, per esempio, ancorché vera potrebbe essere infelice, perché proferita per scherzo da un soggetto epistemicamente incompetente. Si noti che, in questo modo, collassa anche la distinzione constativi espliciti/performativi espliciti, essendo i primi riducibili ai secondi⁵⁷.

Ebbene, come possiamo superare quest'obiezione? Premesso che essa implicherebbe il collasso del constativo in performativo, e non viceversa, crediamo

⁵³ G.J. Warnock, *J.L. Austin*, cit., 119.

⁵⁴ J.L. Austin, *How to Do Things with Words*², cit.; v. anche G.J. Warnock, *J.L. Austin*, cit., 119; per alcuni caveat sulla tesi del mutamento radicale nella teoria di Austin, cfr. almeno Id., *Some types of performative utterances*, cit., 75 ss.

⁵⁵ W. Cerf, *Critical review of How to do things with words*, in K.T. Fann (a cura di), *Symposium on J.L. Austin*, London, 1969, 351 ss.; J.R. Searle, *Austin on locutionary and illocutionary acts*, in *The Phil. Rev.*, 1968, 405 ss.; K. Olivecrona, *op. cit.*, 238.

⁵⁶ G.J. Warnock, *J.L. Austin*, cit., 134.

⁵⁷ K. Bach, *Performatives are Statements Too*, in *Phil. Studies*, 1975, 236 ss.

nondimeno che l'unica soluzione possibile sia raffinare il modello di Austin così come aveva proposto a suo tempo Warnock, eliminando l'ambiguità in questione e stipulando che il senso corretto in cui va interpretato il concetto di performativo corrisponde al primo fra quelli evidenziati. Peraltro, la scelta è supportata da una serie di ragioni rilevanti:

- a) così come segnala Warnock⁵⁸, con tutta probabilità, questo primo senso di performativo corrisponde all'idea principale e originaria di Austin, il quale, almeno in una fase iniziale della sua ricerca, considerava i performativi come una sottoclasse speciale di enunciati. Sebbene Austin non avesse espressamente posto delle restrizioni sul tipo di azione che il performativo compie, vi sono buone ragioni per credere che, almeno inizialmente, non difendesse l'idea che i performativi coincidano con gli atti linguistici *tout court*, presentandoli piuttosto come "fatti operativi", riprendendo il lessico dei giuristi. Gli esempi addotti (battesimi, vari di navi, matrimoni, ecc.) rafforzano quest'ipotesi;
- b) sempre in adesione a Warnock⁵⁹, possiamo considerare che questa soluzione è quella che rende meglio giustizia all'analisi di Austin, poiché chiarisce come mai, dopo aver stabilito che certi enunciati oltre a un dire sono anche un fare, l'autore si lanci in un'analisi dettagliata delle condizioni di felicità/infelicità, usando distinzioni così minuziose;
- c) Austin aveva rilevato esplicitamente sia che non basta dire di fare qualcosa per poi farla davvero (ad esempio, non è sufficiente dire "Io ti prometto" per promettere realmente), sia che non vi sono elementi sintattici che permettano di distinguere un performativo da un constativo in base alla sua forma grammaticale – la qualificazione del performativo dipende anche da fattori extra-linguistici. Queste dovrebbero essere ragioni sufficienti per scartare la seconda nozione di performativo⁶⁰ e rappresentare altresì ragioni contribuenti per porre in secondo piano la terza nozione di performativo, proprio in ragione della natura "extra-linguistica" dei fattori caratterizzanti, che suggeriscono che il performativo sia una sottoclasse di atto linguistico, identificabile attraverso convenzioni aggiuntive⁶¹. Peraltro, sempre a sostegno di quest'interpretazione, possiamo addurre altre due considerazioni: in primo luogo, l'atto linguistico ha sempre una componente "illocutoria"; in secondo luogo, è discutibile che non tutti gli atti illocutori abbiano un effetto performativo, perché sembrano tutti produrre mutamenti a cui appunta

⁵⁸ G.J. Warnock, *Some types of performative utterances*, cit., 69.

⁵⁹ Ivi, 72.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Ivi, 74-75; K. Olivecrona, *op. cit.*, 236-237.

- Austin⁶². Anche l'atto di congratularsi, per esempio, genera un mutamento della realtà sociale⁶³;
- d) inoltre, disambiguare la nozione di performativo nella maniera proposta permette di evitare un certo tipo di fallacia descrittiva: legando il performativo a convenzioni extra-linguistiche, e non già a una certa struttura sintattica (ad esempio "Io prometto che..."), è possibile "bloccare" un'analisi dei performativi in termini di semplice segno verbale che esprime (si legga: descrive) un atto mentale interno, ossia come *declaratio* o *signum voluntatis*⁶⁴;
- e) infine, la soluzione prospettata permette di mantenere la distinzione fra performativi impliciti ed espliciti, considerando che i secondi rendono più evidente la mossa che si vuole giocare nella comunicazione, facilitandola, ma che ciò non è (sempre) necessario per il compimento del performativo. Peraltro, Austin⁶⁵ chiarisce che i performativi inesplorati sono i primitivi concettuali (cioè l'elemento esplicativo fondamentale ed essenziale del modello): gli indicatori di performativi, la forma superficiale dell'enunciato, invece, sono solo un segno esterno della forza illocutoria.

II. Veniamo ora alla seconda obiezione. Alcuni autori hanno suggerito che non tutti i performativi di Austin sembrano essere davvero legati a una dimensione procedurale. Per esempio, secondo Austin "Ti consiglio di fare X" è un performativo, ma non c'è dubbio sul fatto che manchi una procedura convenzionale sull'atto di consigliare⁶⁶. Ebbene, in primo luogo quest'obiezione non tiene conto del fatto che, invece, proprio tutti i performativi sono legati a una procedura più o meno dettagliata: ci sono certe condizioni linguistiche e, in ultima analisi, pragmatiche da rispettare anche per invocare la procedura di consigliare, quando il consiglio ha una natura performativa, come accade in certi contesti giuridici (dove, per esempio, occorre "sentire" il parere dell'autorità competente). In secondo luogo, una volta disambiguata la nozione di performativo così come proposto al punto precedente, questa obiezione diventa un colpo a vuoto dal momento che, per definizione, tutto ciò che non ha una dimensione procedurale e, più specificamente, una dimensione procedurale legata a convenzioni extra-linguistiche non potrà essere considerato come un "genuino" performativo, e sarà rimesso all'analisi generale degli atti linguistici.

⁶² M. Sbisà, *Linguaggio, ragione, interazione*, cit.

⁶³ G.J. Warnock, *Some types of performative utterances*, cit., 74-75; K. Olivecrona, *op. cit.*, 237-238.

⁶⁴ Ivi, 234.

⁶⁵ J.L. Austin, *How to Do Things with Words*², cit.

⁶⁶ G.J. Warnock, *J.L. Austin*, cit., 118.

III. La terza obiezione è di Strawson⁶⁷: se prendiamo in considerazione la terza nozione di performativo, la teoria di Austin sarebbe implausibile, perché esagera il ruolo delle convenzioni nell'analisi degli atti linguistici: secondo Strawson, ci sono certi atti produttivi di effetti che chiaramente non sono convenzionali; inoltre, nella comunicazione, molte volte i profili illocutori e perlocutori non sembrano essere legati a convenzioni, ma sembrano essere piuttosto connessi all'identificazione dell'intenzione comunicativa del parlante⁶⁸. In altri termini, la gran parte degli atti linguistici sarebbe compiuta non già per conformarsi a una convenzione, ma per manifestare un'intenzione comunicativa, nel senso precisato da Grice⁶⁹. Orbene, posto che nel diritto amministrativo le cose stanno in un altro modo, quest'osservazione potrebbe al massimo evidenziare un limite dell'analisi austiniana, che ha condotto alcuni autori – Bach e Harnish per esempio⁷⁰ – a stabilire una distinzione tra atti illocutori comunicativi (a loro detta, non convenzionali) e atti illocutori convenzionali. Tuttavia, questa è una scelta di Bach e Harnish, che peraltro non implica necessariamente l'abbandono della nozione di performativo, determinando piuttosto solo una restrizione del suo ambito di applicazione. Questo però non inficia l'applicazione dei performativi agli atti linguistici del potere amministrativo, dove la dimensione convenzionale e procedurale è preponderante; e, comunque sia, ci sono buone ragioni per sostenere che tutti gli atti linguistici sono convenzionali, sebbene non sempre la “procedura” a cui sono associati sia chiara. L'obiezione di Strawson, a ben vedere, è una *petitio principii*: quali atti produttivi di effetti non sarebbero legati a procedure e convenzioni? Difficile immaginarne uno. Per questo, gli atti linguistici sono sempre fortemente convenzionali o “convenzionalizzati”, come nel caso emblematico del diritto amministrativo⁷¹. D'altro canto, ferme restando le considerazioni appena fatte, anche quest'obiezione è un colpo che non va a segno se restringiamo la nozione di performativo così come abbiamo proposto al punto sopra.

⁶⁷ P. Strawson, *Intention and convention in speech acts*, cit.

⁶⁸ G.J. Warnock, *J.L. Austin*, cit., 127 ss.; K. Bach, *Performatives are Statements too*, cit.

⁶⁹ P. Grice, *Studies in the Way of Words*, Cambridge (Mass.), 1989.

⁷⁰ K. Bach, R.M. Harnish, *Linguistic Communication and Speech Acts*, cit., cap. 6.

⁷¹ G.J. Warnock, *J.L. Austin*, cit., 132.

IV. Un'ultima celeberrima obiezione è quella formulata da Bach e Harnish i quali, insieme o singolarmente⁷², hanno sostenuto che, contrariamente a quello che pensava Austin, anche i performativi espliciti sono *statements* o descrizioni e, quindi, possono essere considerati veri o falsi: dicendo “Io prometto...”, “Io battezzo...”, “Io nomino...” direttamente e primariamente descrivo l'atto o l'azione che sto compiendo e, solo indirettamente, prometto, battezzo, nomino. Non ci soffermeremo sul punto, non essendo rilevante ai fini del nostro discorso, che non tocca il problema della verocondizionalità dei performativi.

Ora che abbiamo disambiguato la definizione di performativo che è stata proposta da Austin, e liberato il campo dai principali ostacoli alla sua applicazione, possiamo procedere ad analizzare il provvedimento amministrativo interpretato come un tipo particolarissimo di performativo⁷³.

4. *Infelicità del provvedimento amministrativo, inteso come un performativo*

Generalmente, gli ordinamenti giuridici continentali ascrivono a entità pubbliche – ma, oggi, anche a tutti gli altri soggetti alle medesime equiparati⁷⁴ –

⁷² Cfr. K. Bach, R.M. Harnish, *Linguistic Communication and Speech Acts*, cit., 203-208; Id., *How performatives really work: A reply to Searle*, in *Linguistics and Philosophy*, 1992, 93 ss.; K. Bach, *Performatives are Statements too*, cit.

⁷³ Un aspetto ulteriore, che non possiamo considerare qui, sono le ragioni per non passare al modello di Searle (cfr. J. Searle, *Speech Acts*, cit., 66; J.R. Searle, D. Vanderveken, *Foundations of Illocutionary Logic*, cit.; J.R. Searle, *How performatives work*, in *Linguistics and Phil.*, 1989, 558 ss.; D. Vanderveken, *Meaning and Speech Acts. Vol. 1: Principle of Language Use*, Cambridge, 1990). In sintesi, l'enfasi del modello di Austin sulle fonti convenzionali e procedurali dell'infelicità di un atto linguistico è più idonea del modello di Searle e Vanderveken, che invece enfatizza il ruolo dell'elemento psicologico e intenzionale, per mappare i profili di invalidità in contesti istituzionali e fortemente convenzionali, come il diritto amministrativo. Orbene, come chiarisce Santi Romano, solo una sottoclasse degli atti e dei provvedimenti amministrativi consiste in una dichiarazione diretta di un'intenzione in senso stretto (vale a dire, declinata in senso psicologico): si tratta degli ordini e dei comandi (S. Romano, *Principii di diritto amministrativo italiano. Seconda Edizione riveduta e ampliata*, Milano, 1906, 52-53). Negli altri casi, l'elemento intenzionale deve essere caratterizzato in termini meno psicologici: la volontà è quella manifestata dal testo e legata alle convenzioni che regolano gli scambi linguistici (“il senso proprio delle parole”). Inoltre, gli atti amministrativi possono essere semplici o collettivi: l'atto collettivo non è espressione di un'unica intenzione – o di una sorta di intenzionalità collettiva (una *we-intention*), come richiederebbe il modello di Searle e Vanderveken – ma, come precisa la teoria dell'atto amministrativo, è piuttosto frutto dell'accordo di una pluralità di intenzioni individuali. Sul limitato impatto dell'elemento psicologico cfr. ad esempio Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2017, n. 2028; sez. VI, 31 ottobre 2013, n. 5266 (sulle limitate implicazioni della deviazione di potere autoritativo causata da reato del funzionario autore dell'atto).

⁷⁴ Sul punto, cfr. già G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*¹¹, Torino, 2023, xix. Appare, infatti, oggi generalizzata l'idea che il potere pubblico non sia esercitato solo da soggetti pubblici nel senso di entità appositamente create secondo regole di diritto pubblico, bensì che siffatto potere possa essere attribuito anche a soggetti privati, i quali – nell'esercizio delle loro funzioni pubblicistiche – sono tenuti al rispetto di principi e criteri analoghi alla pubblica amministrazione. Tanto è vero che, la dottrina negli ultimi anni, nel riferirsi ai soggetti deputati all'esercizio delle pubbliche funzioni, impiega locuzioni quali “pubblica amministrazione e soggetti equiparati alla medesima”, proprio al fine di evidenziare l'ampia congerie di soggetti, pubblici e priva-

una forma di autorità: il potere di produrre discrezionalmente e unilateralmente effetti giuridici (costituire, modificare o estinguere situazioni giuridiche soggettive) tramite certi tipi di atti, finalizzati alla cura di un interesse pubblico, ascrivibile alla generalità dei consociati. Il caso è quello dell'atto amministrativo, autonomo dal negozio giuridico di diritto privato⁷⁵, e, in particolare, fra tutti gli atti amministrativi, dei provvedimenti amministrativi⁷⁶, un tipo di atti della pubblica amministrazione che ricomprende al proprio interno svariate ipotesi, idonee a incidere in molteplici modi sulla sfera giuridica del destinatario (di volta in volta, ampliandola o restringendola): infatti, come noto, sono tutte ipotesi di provvedimento amministrativo i permessi di costruire, le concessioni di beni, ma anche le multe, gli ordini di demolizioni, i piani regolatori, e così via⁷⁷.

L'interesse, in questa sede, per il provvedimento viene giustificato dalla circostanza per cui esso costituisce un tipo del tutto peculiare di atto amministrativo: esso si distingue, non a caso, dal generico atto amministrativo, poiché, da un lato, si pone a "chiusura" del procedimento amministrativo e, dall'altro lato, costituisce l'atto, provvedimento per l'appunto, mediante il quale l'amministrazione determina effetti giuridici verso l'esterno.

Infatti, conclusesi le valutazioni istruttorie, la PA stabilisce il contenuto dell'atto finale – ossia del provvedimento – che è idoneo a produrre effetti diretti sul piano dell'ordinamento generale, incidendo in maniera unilaterale sulla sfera del destinatario "a prescindere dal suo consenso": la cd. "autoritatività" è, per-

ti, coinvolti. Di quanto scritto vi è un evidente conferma nella legge. L'art. 7, comma 2, del codice del processo amministrativo (di cui al d.lgs. n. 2 luglio 2010, n. 104) afferma, con valenza generale, che «Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo». In senso analogo, l'art. 1, comma 1-ter, della legge 7 agosto 1990, n. 241, statuisce che «I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge». Potremmo dire, quindi, che, nel modello vigente, l'esercizio di pubblici poteri da parte di privati assume un carattere sufficientemente consolidato, da essere previsto da disposizioni di portata generale.

⁷⁵ Cfr. già F.G. Scoca, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 133 ss. Più di recente, Id., *Il provvedimento*, in Id. (a cura di), *Diritto amministrativo*⁴, Torino, 2019, 257 ss.

⁷⁶ La letteratura in materia di provvedimento amministrativo è tale da non poter essere esaustivamente riportata in queste pagine. Sia, di conseguenza, giustificato il richiamo, oltre alla dottrina già menzionata, alle seguenti opere: O. Ranalletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giurisprudenza italiana*, 1894, 7 ss., (ora in E. Ferrari, B. Sordi (a cura di), *Scritti giuridici scelti. Gli atti amministrativi*, Napoli, 1992, 35 ss.); G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1936, 275 ss.; O. Ranalletti, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milano, 1945; M.S. Giannini, *Atto amministrativo*, cit.; C. Mignone, *Tipologia degli atti amministrativi*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 1993, 1206 ss.; D. Sorace, *Atto amministrativo*, cit.

⁷⁷ G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*¹¹, cit., XIX ss., nota che la nozione di provvedimento rimanda a quella di PA e che, relativamente all'ordinamento italiano, la legge non definisce la pubblica amministrazione ma, piuttosto, fornisce (ostensivamente) un elenco delle pubbliche amministrazioni all'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 165/2001.

tanto, una delle caratteristiche che meglio distinguono il provvedimento amministrativo da un atto di autonomia privata, tanto che alcune illustri voci della dottrina non esitano a evidenziarne talune similitudini con la decisione giudiziale⁷⁸, sebbene le differenze restino marcate, non dovendo disporre il provvedimento amministrativo di quelle garanzie d'indipendenza, terzietà e imparzialità che sorreggono le sentenze⁷⁹ del giudice⁸⁰.

Per atto amministrativo, normalmente, s'intende qualsiasi manifestazione di volontà⁸¹, giudizio, intenzione che proviene dalla PA nell'esercizio del potere amministrativo⁸²: in altre parole, affinché l'atto amministrativo sia perfetto, esso deve consistere in una manifestazione della volontà di un'autorità competente, deve essere adottato in conformità alle corrette procedure⁸³ e deve disporre degli elementi essenziali affinché possa venire a giuridica esistenza⁸⁴. Quest'affermazione sembrerebbe presupporre una concezione del linguaggio "espressivista", che considera gli atti linguistici come manifestazioni di stati d'animi interni e di atteg-

⁷⁸ G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*¹¹, cit., XIX ss.; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, Milano, 2023, 479.

⁷⁹ Cfr. anche F. Francario, *Garanzie degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa*, Napoli, 2019, 79 ss.

⁸⁰ P.M. Vipiana, V. Fanti, M. Trimarchi, *Giustizia amministrativa*, Milano, 2019, 39 ss. e 331 ss. Per un compiuto esame della giustizia amministrativa e dei provvedimenti del giudice amministrativo, si rinvia, oltre a quanto citato nel testo, anche ad A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*¹⁶, Torino, 2024, 309 ss.; W. Giulietti, *Gli atti del giudice*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*⁹, Torino, 2023, 281 ss.; C.E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2022, 263 ss.

⁸¹ In tal senso, è possibile leggere E. Picozza, *Introduzione al diritto amministrativo*², Milano, 2018, 325, ove l'Autore osserva che «il provvedimento amministrativo [...] appartiene alla categoria degli atti giuridici consistenti in dichiarazioni di volontà da parte dei soggetti autori dell'atto: in ciò si coglie un tratto simile al negozio giuridico di diritto privato, anche se, come è stato giustamente rilevato, questo si fonda sulla posizione giuridica generale di autonomia privata, mentre il provvedimento amministrativo si fonda sulla capacità speciale, il potere amministrativo [...]». In senso analogo, è stato affermato che il provvedimento amministrativo «costituisce l'esito dell'esercizio del potere amministrativo. L'esercizio del potere amministrativo è l'effetto causante, il provvedimento è l'effetto causato» (S. Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 128). In precedenza, in senso analogo, v. anche G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, in Id. (a cura di), *Dizionario amministrativo*, I, Milano, 1983, 101 ss.

⁸² E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*²⁵, cit., 478 ss. Cfr. S. Romano, *Principii di diritto amministrativo italiano*, cit., 48, nota 1: «È abbastanza frequente la tendenza di intendere per atto amministrativo qualunque manifestazione di volontà di un organo amministrativo [...]». Romano precisa che l'atto amministrativo «consiste anzitutto in una pronuncia» (ivi, 49), che deve «emanare da un'autorità», nell'esercizio della funzione amministrativa. Infine, per differenziarsi dal regolamento, l'atto amministrativo deve avere un carattere speciale e non generale (ivi, 50).

⁸³ Sulla disciplina del procedimento amministrativo, la dottrina ha elaborato nel corso degli anni innumerevoli contributi. Fra i testi più recenti, si rammentano, M.A. Sandulli (a cura di), F. Aperio Bella (coordinato da), *Principi e regole dell'azione amministrativa*⁴, Milano, 2023; F.G. Albisinni, E. Giardino, *Il procedimento amministrativo*, in L. Torchia (a cura di), *La dinamica del diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 23 ss.; M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*², Milano, 2017; G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 151 ss.

⁸⁴ Cfr., *ex multis*, A. De Siano, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo. Contributo per una ridefinizione teorica della loro identificazione*, Napoli, 2018.

giamenti valutativi o volitivi riguardanti oggetti o azioni⁸⁵; tuttavia, questa connessione è solo apparente. In ragione dello stretto legame tra l'atto di disporre e la dimensione convenzionale e procedurale della realtà giuridica istituzionale, la lettura convenzionalista è preferibile, almeno per tutti gli atti esoprocedimentali. Infatti, non tutti gli atti amministrativi hanno la capacità di incidere sulle situazioni soggettive dei consociati. Ad esempio, i pareri, le proposte, le valutazioni, le intimazioni – che, a ben vedere, sono atti di classi diverse – hanno una dimensione “interna” rispetto alla sfera amministrativa (una dimensione “endoprocedimentale”, si usa dire), non “interna” rispetto ai processi mentali della singola autorità in carne ed ossa, e svolgono una funzione strumentale rispetto alla decisione finale⁸⁶. Il provvedimento, invece, può essere proprio definito come quell'atto della PA che determina unilateralmente⁸⁷ un mutamento nelle sfere deontiche dei destinatari – proprio come il performativo di Austin⁸⁸ – che, quindi, si lega in maniera più forte al concetto di potere amministrativo e al concetto di autorità.

Ad esempio, autorizzazioni, concessioni, nulla osta, abilitazioni, omologazioni, licenze, approvazioni, e altri provvedimenti simili ascrivono unilateralmente posizioni vantaggiose ai destinatari, ampliandone la sfera giuridica d'azione; al contrario, rifiuti, espropri, occupazioni temporanee, requisizioni, confische, sequestri, ordini, hanno effetti preclusivi o addirittura ablatori, che comprimono la sfera giuridica dei destinatari. Dal punto di vista della teoria degli atti linguistici di Austin, molti atti della PA saranno qualificabili come una combinazione di esercitivi (un esercizio di poteri) e verdittivi (atti di giudizio o valutazione): proposte, commissioni e intimazioni, per menzionarne alcuni. La forte dimensione autoritativa e unilaterale del provvedimento amministrativo, che produce effetti – anche sfavorevoli – normalmente a prescindere dal consenso dei destinatari ne fa l'archetipo degli atti esercitivi. Tradizionalmente, il provvedimento amministrativo è stato descritto come «l'essenza stessa di una gestione esecutiva del potere»⁸⁹.

In definitiva, muovendo da una tesi di Sbisà, sviluppata a partire da Austin⁹⁰, possiamo considerare che, proprio come il performativo di Austin, il provvedi-

⁸⁵ T. Horgan, M. Timmons, *Cognitivist Expressivism*, in Id. (a cura di), *Metaethics after Moore*, Oxford, 2006, 255 ss.

⁸⁶ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*²⁵, cit., 479. Come osservano R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 13, «la volontà che si esprime nell'atto viene concepita in termini puramente oggettivi e non come un fatto psichico reale, per divenire poi volontà procedimentalizzata».

⁸⁷ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*²⁵, cit., 481-482.

⁸⁸ M. Sbisà, *On illocutionary types*, cit.; Ead., *Linguaggio, ragione, interazione*, cit.

⁸⁹ L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, x.

⁹⁰ Cfr. J.L. Austin, *How to Do Things with Words*², cit., 115; M. Sbisà, *On illocutionary types*, cit.; Ead., *Linguaggio, ragione, interazione*, cit.

mento amministrativo, inteso come atto linguistico e, segnatamente, come performativo, è costitutivo dei suoi effetti⁹¹.

Tuttavia, non è questa l'unica caratteristica che ci permette di accomunare provvedimenti amministrativi e performativi. Così come i performativi di Austin, il provvedimento va emanato da un organo competente (collegiale o monocratico) – per Austin, un parlante competente – e non ha normalmente efficacia retroattiva, in quanto è, oltre che un dire, anche un fare. Inoltre, sempre in analogia con i performativi di Austin, il provvedimento è intrinsecamente legato a una procedura (*rectius*, un procedimento) che, in questo caso, è normalmente posta dal legislatore, ma è convenzionalmente accettata (e interpretata) dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Infine, così come l'autore del (o chi proferisce il) performativo deve assicurarsi la ricezione (*uptake*) del destinatario, è necessario che gli atti e i provvedimenti amministrativi, qualora idonei a produrre effetti (in modo particolare, lesivi) in capo a uno specifico destinatario⁹², siano portati a conoscenza delle persone a cui si rivolgono⁹³. Il passaggio successivo all'*uptake*, è il darsi di un effetto non-naturale pienamente austiniano. Pertanto, anche il provvedimento amministrativo può essere, in un certo senso, felice o infelice, anche se i giuristi usano un lessico diverso e più specifico, esprimendosi in termini di legittimità/illegittimità, validità/invalidità o nullità, esistenza/inesistenza. Sia detto per inciso: il più delle volte, il provvedimento è adottato in seguito a una procedura complessa (la quale assume, come noto, il nome di “procedimento amministrativo”) che prevede la partecipazione di più soggetti, sia privati, sia organi della PA. Sotto questo profilo, sembra quindi un atto molto più complicato rispetto all'archetipo di performativo austiniano. Tuttavia, come vedremo tra poco, queste complessità procedurali (o, per meglio dire, “procedimentali”) non sono tali da impedire l'applicazione della dottrina delle infelicità di Austin.

Vi è, peraltro, un altro dato importantissimo, che permette di rafforzare il legame tra provvedimento e performativo: il dispositivo del provvedimento –

⁹¹ M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, I, Milano, 1970, capp. V-VI; G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 76 ss., 265 ss.; A. Romano, *Diritto amministrativo*, Torino, 2022.

⁹² Come noto, la fase di comunicazione o di notifica del provvedimento amministrativo è una fase eventuale (denominata “fase integrativa dell'efficacia”). La necessità di portare a conoscenza è prescritta dalla legge solo per il provvedimento lesivo (art. 21-*bis* l. n. 241/1990): cfr., sul procedimento amministrativo e sull'efficacia del provvedimento, P.M. Vipiana, *L'attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private*, cit., 299 ss.; P. Lazzara, *Il procedimento amministrativo: passato, presente e futuro*, in F. Pubusa, S. Puddu (a cura di), *Procedimento, provvedimento e autotutela. Evoluzione e involuzione*, Napoli, 2019, 71 ss. In precedenza, F.G. Scoca, *Il punto sulla disciplina legislativa del procedimento amministrativo*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007, 3 ss.; L. Acquarone, *Attività amministrativa e provvedimenti amministrativi*, a cura di G. Cofrancesco, P.M. Vipiana, Genova, 1991, 119 ss., 197 ss.

⁹³ Seguendo S. Romano, *Principii di diritto amministrativo italiano*, cit., 58, nel caso degli atti amministrativi l'*uptake* è assicurato solitamente dalla pubblicazione o dalla notificazione. L'*uptake* è un tipo di effetto prodotto dall'atto illocutorio: la comprensione da parte del parlante del significato, oltreché della forza illocutoria, dell'enunciato. Cfr. M. Sbisà, *Uptake and conventionality*, in *Lodz Papers in Pragmatics*, 2009, 33 ss.

che esprime la statuizione concreta della PA – rispecchia spesso la struttura di un “performativo esplicito”, poiché ricorrono, al suo interno, espressioni della forma “l’autorità X delibera che *p*”, “l’autorità X ordina che *p*”, “l’autorità X autorizza che *p*”, “l’autorità X autorizza Y ...”, “l’autorità X nomina Y ...”, “l’autorità X revoca a Y ...”, e così via. Si noti poi che alcuni fra gli esempi di performativi adottati da Austin sembrano presentare un’analogia con quelli che Greco⁹⁴ denominava “provvedimenti costitutivi di rapporti tra privati”.

Infine, vi è l’elemento della volontà procedimentale, considerata come una proprietà fondamentale o costitutiva del provvedimento⁹⁵ che, imputata a una persona giuridica, permette di estendere all’analisi del provvedimento anche i profili collegati alle condizioni di sincerità e alla nozione di abuso del modello di Austin. Più specificamente, la tradizione amministrativistica (a differenza di quella privatistica) lega l’annullabilità del provvedimento a parametri oggettivi e funzionali, e non già alla volontà del soggetto⁹⁶. Quindi, si presta meglio a essere analizzata con schemi esternalisti e convenzionalisti *à la* Austin, piuttosto che con un approccio più internalista *à la* Searle⁹⁷. Come illustra Sbisà⁹⁸, l’esternalismo austiano (che include almeno la caratterizzazione delle condizioni di felicità in termini di convenzioni e norme, più che di intenzioni e stati mentali) comporta che l’annullabilità incide sugli effetti convenzionali, mentre gli effetti perlocutori permangono⁹⁹: la realtà deontica può essere mutata con effetti retroattivi; il passato materiale, causalmente determinato, non può essere invece cambiato. Un esercizio di autorità della PA può alterare gli effetti convenzionali del performativo, ma non quelli naturali dello stesso¹⁰⁰.

Tutte queste analogie suggeriscono la possibilità di analizzare il provvedimento in maniera proficua (anche) con le lenti di Austin e di spiegarne i “difetti” attraverso la dottrina delle infelicità. Questa possibilità è presto dimostrata:

1. Un provvedimento è “un colpo a vuoto” (*misfire*) – un tentativo andato a male – che va considerato come “nullo”¹⁰¹ ogni qual volta manca un requi-

⁹⁴ G. Greco, *Provvedimenti amministrativi costitutivi di rapporti giuridici tra privati*, 1977, Milano.

⁹⁵ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*²⁵, cit., 481 ss.

⁹⁶ Ivi, 486 ss.

⁹⁷ J.R. Searle, *A taxonomy of illocutionary acts*, cit.; Id., *The Construction of Social Reality*, cit.

⁹⁸ M. Sbisà, *Speech acts in context*, in *Language & Communication*, 2002, 421 ss.

⁹⁹ R.M. Harnish, *Internalism and externalism in speech act theory*, in *Lodz Papers in Pragmatics*, 2009, 9 ss., classifica il modello di Austin come “misto.” Qui noi parliamo invece di un modello prevalentemente “esternalista”, poiché, a nostro modesto avviso, l’elemento convenzionale e normativo è, in Austin, prevalente rispetto all’elemento psicologico e intenzionale.

¹⁰⁰ L. Caponetto, *op. cit.*

¹⁰¹ I casi di nullità di seguito riportati sono quelli, oggi, espressamente sanciti dalla legge (art. 21-*speties* l. n. 241/1990): «È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge».

- sito o elemento essenziale fra quelli tradizionalmente stabiliti da dottrina e giurisprudenza¹⁰², o quando è qualificabile come una forma di carenza di potere in astratto o difetto assoluto di attribuzione, o ancora, anche in alcuni casi di carenza di potere in concreto, nonché, da ultimo, in caso di violazione o elusione del giudicato. Casi di incompetenza assoluta e carenza di potere (come violazione o elusione del giudicato e altri casi previsti da legge) corrisponderebbero, in base all'art. 21-*septies* l. 241/1990, a *misfires*¹⁰³.
2. Più specificamente, i casi di straripamento di potere, d'incompetenza assoluta e di carenza di potere "in concreto" si prestano a essere letti come ottimi esempi di quelle che Austin chiamava *misinvocations* (A). Potrebbe essere una *misinvocation* – che implica nullità – il provvedimento emanato da parte di un ente diverso da quello cui la legge attribuisce la competenza. Infatti, questo caso soddisfa i criteri di (A2): c'è la procedura, ma è applicata dal soggetto sbagliato. Forse, soddisfa i criteri di (A2) anche un caso di carenza di potere in "concreto", come quello del decreto di espropriazione conforme alle norme dell'ordinamento, ma emanato dopo la scadenza del termine fissato nella dichiarazione di pubblica autorità¹⁰⁴, perché viene meno l'elemento del contesto, ossia il presupposto "concreto" per l'esercizio del potere. Questo produce una conseguenza "catastrofica": venendo meno l'oggetto, la PA dovrà restituire il bene. Un altro tipo di *misinvocation*, ancora più forte, che soddisfa i requisiti di (A1), è il caso in cui la PA invade l'ambito di competenza del potere legislativo o giudiziario – questo è un caso che cade in (A1) perché, chiaramente, non si dà l'effetto convenzionale. Rientrano nelle *misinvocations* anche i vizi di legittimità di cui all'art. 21-*octies* l. 241/1990: l'incompetenza relativa (vale a dire, promulgare atti di competenza di un altro organo), la violazione di legge e l'eccesso di potere.
 3. Sembra invece soddisfare le condizioni per una *misexecution* (B1) o, al limite, addirittura di una *non-execution* (B2), il caso in cui abbiamo un provvedimento adottato a seguito di un procedimento amministrativo diverso da quelli indicati come eccezione dall'art. 13 l. 241/1990, in cui non è stato rispettato il contraddittorio fra le parti. Va invece considerato sicuramente come un caso di *misexecution* (B1) la situazione in cui il provvedimento finale è adottato da soggetto diverso dal responsabile del procedimento, e si di-

¹⁰² In precedenza, P.M. Vipiana, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, case di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, 419 ss. Successivamente, M.C. Cavallaro, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012, 165 ss.

¹⁰³ M. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; D. D'Orsogna, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002. Sul punto cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 sett. 2005, n. 5013; sez. IV, 28 feb. 2006, n. 891; sez. VI, 21 ago. 2006, n. 4858; l'interpretazione più inclusiva è stata difesa da Cass. S.U. 9 giu. 2006 n. 13431 e 9 giu. 2004 n. 10978.

¹⁰⁴ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*²⁵, cit., 495.

scosta dalle risultanze dell'istruttoria senza indicare le motivazioni nel provvedimento finale, come invece richiesto dall'art. 6 l. 241/1990¹⁰⁵. Un altro esempio di *misexecution* (B1) potrebbe essere un provvedimento di espropriazione emanato quando è già scaduto il termine indicato dalla dichiarazione di pubblica utilità (Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2021, n. 1383).

4. L'ammissibilità dei cosiddetti "*provvedimenti tardivi*" offre invece un esempio d'infrazioni, *breaches* (Γ2) – che quindi corrispondono agli *abuses* (Γ) di Austin, in cui l'atto è compiuto, fatti salvi gli eventuali profili di responsabilità della PA di cui agli artt. 2, commi 9 ss., e 2-*bis* della l. 241/1990 (inosservanza dolosa o colposa che cagiona un danno ingiusto).
5. Crediamo che Austin potrebbe invece trattare sempre come *misinvocations*, però intesi come casi di violazione (A2) – nel senso di "circostanze non appropriate" – i casi di provvedimento che ha un oggetto illecito, impossibile, indeterminato o indeterminabile, il che giustifica una pronuncia di nullità per assenza dell'oggetto. Ne costituisce un valido esempio l'ablazione di beni già acquisiti dalla PA. Alla stessa categoria potrebbero forse essere ricondotti i casi che determinano nullità per illiceità dell'oggetto, esemplificato dal caso scolastico del provvedimento che verte su vendita beni incommerciabili. In entrambi i casi, è un po' come se la PA avesse promesso la luna e, dunque, violato la procedura. Ciò di cui si parla "non esiste"; ciò che l'atto linguistico presuppone è non esistente. L'atto, pertanto, è *null and void*, come nel caso in cui un soggetto proferisca "Lascio in eredità il mio Rolex ad Aulo Agerio" ma non abbia un Rolex. In caso di violazione della condizione A2, gli effetti convenzionali non si producono, oppure sono annullati quando si scopre che il parlante non aveva accesso materiale o giuridico rispetto a un oggetto, perché esso è illecito, impossibile, indeterminato, o indeterminabile.
6. Ritornando invece ai *misfires* (A), pensiamo che se, in ambito di disciplina della segnalazione certificata d'inizio attività, si adotta la procedura abilitativa semplificata per attività di costruzione ed esercizio d'impianti alimentati da fonti rinnovabili per impianti alimentati da fonti non-rinnovabili, rientriamo in una *misinvocation* (A2): infatti, in questo caso, la procedura esiste, ma non si può applicarla in questo modo. Forse, soddisfa i requisiti per la *misinvocation* (A2) anche l'assunzione di funzionari pubblici senza esperimento di un concorso (Cons. Stato, ad. plen., n. 1/1992; 2/1992; 5/1995): la procedura c'è, ma non si può applicare così come si vuol fare, vale a dire, senza concorso. Anche qui, però, si ripropone il solito dubbio: c'è la proce-

¹⁰⁵ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*²⁵, cit., 507 ss.

- dura di assunzione, ma non si può farla senza concorso; o manca la procedura di assunzione senza concorso¹⁰⁶?
7. La violazione di legge (artt. 1 e 21-*octies*, comma 1, l. 241/1990; trova copertura costituzionale nei principi di buon andamento ed imparzialità sanciti dall'art. 97 Cost.) è ampia, dal momento che comprende violazioni procedurali, vizi di forma, carenza di presupposti fissati dalla legge, ecc. Andrebbe quindi "spacchettata" e distribuita sulle varie forme di infelicità degli atti linguistici. Ad esempio, quel particolare tipo di violazione di legge istanziato dal conflitto d'interessi (art. 6-*bis* l. 241/1990) potrà essere inteso come la violazione del requisito di sincerità (Γ 1): in questo caso è compromessa l'imparzialità della decisione, che non ha uno "stato d'animo" (latamente inteso) richiesto dalla procedura. Altre forme di violazione di legge potrebbero rientrare in altri tipi d'infelicità. Questo vale *a fortiori* se l'effetto si produce, ma si scopre a posteriori che una sua condizione normativa non era propriamente soddisfatta.
 8. Riteniamo, infine, che l'eccesso di potere (inteso come risvolto patologico della discrezionalità)¹⁰⁷ – che generalmente comprende, i) i casi in cui, rispetto a una situazione concreta, il provvedimento è spropositato, incongruo, non-proporzionale rispetto allo scopo che intende perseguire, ii) i casi di *détournement de pouvoir*, in cui la PA persegua un fine diverso da quello per cui il potere le era stato conferito¹⁰⁸, iii) il difetto di motivazione¹⁰⁹, cioè il caso in cui la motivazione è insufficiente, contraddittoria, dubbiosa, illogica– si presti a essere letto come un caso di insincerità (Γ 1). È utile notare un'implicazione del modello di Austin: le condizioni Γ mappano spesso stati psicologici e atteggiamenti del parlante (rispetto alla norma di sincerità); dato l'approccio convenzionalista, una loro violazione dà luogo a un "abuso" della procedura, piuttosto che un vero e proprio *misfire*. Quest'implicazione ben si adatta a descrivere il ruolo, più limitato, dei profili psicologici nei profili di validità del provvedimento amministrativo. Rientrerebbero sempre nell'ambito delle violazioni delle condizioni Γ anche alcuni vizi di

¹⁰⁶ Ovviamente ove non si versi, per previsione costituzionale, in ipotesi di procedure di assunzione non concorsuali (art. 97, terzo comma, Cost.).

¹⁰⁷ L'eccesso di potere, infatti, è una violazione dello "spirito della legge" che può consistere in uno "sviamento di potere" o in una delle "figure sintomatiche dell'eccesso di potere".

¹⁰⁸ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*²⁵, cit., 507 ss. «Una figura speciale del vizio d'incapacità è l'eccesso di potere in uno dei vari significati in cui tale parola si adopera: esso si ha allorché l'autorità amministrativa, compie un atto che doveva compiersi dall'autorità giudiziaria o dalla legislativa. Specialmente ai fini del Codice penale, si distingue anche l'usurpazione di potere, che rende inesistenti gli atti che ne traggono origine» (S. Romano, *Principii di diritto amministrativo italiano*, cit., 57). Si veda anche V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, 800 ss.

¹⁰⁹ Occorre precisare che il difetto di motivazione può essere concepito anche quale violazione di legge (ex art. 3 l. 241/1990).

merito di “inopportunità” – per violazione di regole di buona amministrazione e principi come efficienza, efficacia, ed economicità dell’azione amministrativa. Forse, proprio per questa ragione, in quanto violazioni di condizioni Γ , tali vizi sono generalmente accompagnati dalla revocabilità e non dalla nullità: riscontrabili *ex post* per mutamento di contesto e motivi di interesse pubblico sopravvenuti o riconsiderati, sono difetti dell’atto che non ne implicano l’inesistenza.

Sin da questo primo e sintetico lavoro applicativo, sembra auspicabilmente emergere che l’analisi “performativa” del provvedimento amministrativo, oltre a essere proficua, in quanto sensibile a captare a livello “generale” di pragmatica del linguaggio una serie di distinzioni molto tecniche attuate dalla dottrina e dalla dogmatica amministrativistica italiana, permette di confermare alcune intuizioni fondamentali di Austin. In primo luogo, lo stesso performativo può essere afflitto, allo stesso tempo, da più di una forma d’infelicità: ad esempio, capita spesso che una stessa deviazione dalle procedure produca, al contempo, un vizio di violazione di legge e un caso di eccesso di potere (il difetto d’istruttoria è un esempio)¹¹⁰. In secondo luogo, come riteneva Austin (che incorporava la vaghezza nel suo modello) non è sempre facile determinare il tipo di *misfire* o *abuse* di cui ci troviamo al cospetto: la risposta a questa soluzione dipende in buona parte anche dall’identificazione delle proprietà essenziali di un certo provvedimento; molte volte, la dottrina stessa è in disaccordo su quali siano gli elementi essenziali e quali siano quelli accidentali di un dato provvedimento o atto amministrativo¹¹¹. Nel caso del diritto amministrativo in particolare, e forse del diritto in generale, il legame tra infelicità di un atto e procedura invocata fa sì che il tipo di infelicità sia, per così dire, *theory-laden*: esso dipende dalle assunzioni dogmatiche di fondo.

Tuttavia, a questo punto della nostra trattazione, dovremmo interrogarci sulla possibilità che l’analisi del provvedimento amministrativo suggerisca anche di modificare o integrare alcuni elementi non pienamente soddisfacenti del modello di Austin, senza tradire il modello originario e le intenzioni chiare del suo Autore. Prima di procedere, converrà però fare un’ultima precisazione: sussiste una fondamentale distinzione tra riconoscimento di un atto performativo e accettazione dello stesso: il fatto che un soggetto riconosca la validità di un atto amministrativo – ossia, la correttezza formale dello stesso – non ne implica necessariamente l’accettazione, che si esplicita a livello di comportamenti “naturali”

¹¹⁰ Cfr. già E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*¹⁵, a cura di F. Fracchia, Milano, 2013, 624.

¹¹¹ G. Virga, *La partecipazione al provvedimento amministrativo*, Milano, 1998; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993. Si veda ad esempio Cons. Stato n. 6023/2005, che limita nullità e inesistenza dell’atto amministrativo ai casi di carenza assoluta di un elemento essenziale, radicale carenza di potere, difetto di forma, oggetto o volontà.

nell'azione conforme a un obbligo. Come possiamo riconoscere l'ordine "Alzati!" ma, nondimeno, disattenderlo perché non desideriamo alzarci o, semplicemente, non possiamo, così possiamo riconoscere l'esistenza di un provvedimento amministrativo e rifiutare di adempiere alla produzione degli effetti non-naturali dell'atto. Validità ed efficacia del provvedimento sono, dunque, elementi distinti anche dalla prospettiva della teoria degli atti linguistici.

5. *Limiti del modello di Austin, possibili precisazioni e integrazioni, alla luce dell'analisi del provvedimento amministrativo*

Alla luce dell'analisi del provvedimento amministrativo e della teoria giuridica che lo concerne, si possono proporre le seguenti precisazioni(1-2) al modello di Austin, nonché le sue seguenti integrazioni (3-5). Iniziamo dagli emendamenti che lo precisano.

1. Anzitutto, è opportuno sottolineare l'esistenza di casi di *misexecutions* che non determinano nullità dell'atto (silenzio-assenso, silenzio-rifiuto, ratifica e acquiescenza). In altre parole, vi sono casi di "intoppi" che danno luogo a una *misexecution*, vale a dire un tipo di *misfire* ma che, ciononostante, non rendono l'atto *null and void* e, quindi, improduttivo di effetti. Il modello di Austin sembra trascurare queste situazioni particolari ma tutt'altro che infrequenti. I casi di *misexecution* senza nullità comprendono almeno: i) il caso del silenzio-assenso e del silenzio-rifiuto¹¹²; ii) il caso della ratifica e, con alcuni *caveat*, iii) l'acquiescenza. Vediamoli uno per volta.

i) Come già afferma Elio Casetta¹¹³: «in virtù dell'art. 20, l. 241/1990, il silenzio è equiparato al provvedimento favorevole: l'ordinamento, sulla base di una valutazione in generale della compatibilità con l'interesse pubblico dell'assetto che deriva dal silenzio medesimo, ha infatti comunque scelto la dinamica giuridica a questo propria, caratterizzata dalla interposizione di un potere amministrativo tra legge e produzione di effetti giuridici». È dunque corretto dire che «il silenzio-assenso partecipa a quel meccanismo di dinamica giuridica caratterizzato dalla scansione norma-potere-effetto»¹¹⁴. Considerazioni analoghe valgono per il silenzio-rigetto: in alcuni contesti, il silenzio è equiparato a un rigetto dell'istanza. Ciò non deve sorprendere, in quanto il silenzio è una condizione trattata pragmaticamente a seconda del contesto, della posta in gioco e delle aspettative; talora è corretto intender-

¹¹² Sul punto, v. già E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*¹⁵, cit., 577 ss.

¹¹³ Ivi, 582.

¹¹⁴ Ivi, 583.

- lo come un assenso che produce i relativi effetti, talora come un rifiuto. È altresì importante il modo in cui è formulato l'atto linguistico a cui segue il silenzio: si confrontino il chiedere "Caia, vuoi sposare Tizio?" e l'intimare "Chi non è d'accordo lo dica"; il silenzio che segue il primo atto è plausibilmente interpretato come un diniego, mentre il silenzio che segue il secondo va letto come un accordo. L'interazione comunicativa e procedurale, contestualmente determinata, rende conto del silenzio, come peraltro il contesto storico e legislativo rende conto del "silenzio del legislatore"¹¹⁵.
- ii) La ratifica¹¹⁶, invece, ricorre quando in casi straordinari un organo è autorizzato a emanare a titolo provvisorio un provvedimento che rientra nella competenza di un altro organo che poi, ratificandolo, lo fa proprio. Il potere che un tempo aveva la giunta comunale di emettere, d'urgenza, un provvedimento di competenza del consiglio ne costituiva un valido esempio¹¹⁷.
- iii) L'acquiescenza¹¹⁸, infine, ricorre quando il destinatario accetta il provvedimento, ancorché viziato, e rinuncia ad avvalersi dei mezzi di impugnazione previsti dall'ordinamento. L'acquiescenza è, in questo senso, una forma di conservazione soggettiva del provvedimento amministrativo, produttiva di efficacia.

Il modello di Austin andrebbe dunque opportunamente rivisto, perché non precisa questi aspetti. Peraltro, crediamo che la mancanza di precisione dello schema di analisi austiniano sia imputabile all'errata considerazione che la nullità sia quasi una conseguenza necessaria della violazione di certe norme "costitutive" di un dato atto, e non come una conseguenza che l'ordinamento dispone per la tutela di certi interessi.

Nei termini dell'attuale teoria degli atti linguistici, i meccanismi menzionati sopra – silenzio assenso/rifiuto, ratifica, e acquiescenza – si prestano a essere ricondotti alla dinamica dell'accomodamento. Fino a prova contraria l'atto è riconosciuto tale producendo i suoi effetti convenzionali¹¹⁹. L'infelicità di un atto

¹¹⁵ D. Canale, G. Tuzet, *What the legislature did not say. Legislative intentions and counterfactuals in legal argumentation*, in *Journal of Argumentation in Context*, 2016, 270 ss.

¹¹⁶ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*²⁵, cit., 528.

¹¹⁷ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*¹⁵, cit., 640.

¹¹⁸ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*²⁵, cit., 527.

¹¹⁹ D. Lewis, *Scorekeeping in a language game*, in *Journal of Phil. Logic*, 1979, 339 ss.; M. Sbisà, *Speech acts in context*, cit.; I. Maitra, *Subordinating speech*, in *Speech and Harm: Controversies Over Free Speech*, a cura di I. Maitra, M.K. McGowan, Oxford, 2012, 94 ss.; R. Langton, *How to get a norm from a speech act*, in *The Amherst Lecture in Philosophy*, 2015, 1 ss.; Id., *The authority of hate speech*, in *Oxford Studies in Philosophy of Law*, a cura di J. Gardner, L. Green, B. Leiter, III, Oxford, 2018, 123 ss.; Id., *Blocking as counter-speech*, in *New Work on Speech Acts*, a cura di D. Fogal, D.W. Harris, M. Moss, Oxford, 2018, 144 ss.; M. Witek, *Accommodation in linguistic interaction. On the so-called triggering problem*, in *Philosophical Insights into Pragmatics*, a cura di P. Stalmaszczyk, Berlin/Boston, 2019, 163 ss.; Id., *Illocution and accommodation in the functioning of pre-*

linguistico può essere, in un certo senso, “risolta” o accettata agendo come se l’atto non fosse realmente difettoso.

Per esempio, un ordine presuppone l’autorità del parlante: tuttavia, il destinatario di un ordine può procedere per “accomodamento” e riconoscere *de facto* un soggetto come autorità competente, anche se tale presupposto mancava *ab origine*. La dinamica dell’accomodamento descrive proprio questo tipo di situazione in cui destinatario, parlante e astanti (o, più in generale, i partecipanti a uno scambio comunicativo) agiscono “validando” la presupposizione di felicità del performativo o atto linguistico difettoso. Ad esempio, conferendo autorità al parlante, o accettando – per silenzio-assenso o acquiescenza – l’atto difettoso. La regola dell’accomodamento consiste proprio nell’effettuare questo tipo di aggiustamenti nel *common ground* della comunicazione, in cui vengono registrate le informazioni condivise tra i parlanti¹²⁰.

Vale la pena di precisare che, se alcune forme di accomodamento validano il contenuto “viziato” dell’atto (cioè, il profilo locutorio) – come talune ipotesi di convalida del provvedimento annullabile– altre validano un difetto di autorità (come nel caso della ratifica di un provvedimento di autorità non competente) e, in senso metaforico, “salvano” il provvedimento, che a tal punto sarà produttivo di effetti deontici. Chiaramente, l’accomodamento potrà essere impugnato presso il giudice competente e, a sua volta, ribaltato: in generale, le condizioni di felicità di un performativo – e la presenza di condizioni appropriate per il suo valido proferimento – sono verificate *ex post*: dal giudice amministrativo, che annulla per illegittimità del provvedimento; dalla PA, con atto amministrativo spontaneo in virtù del potere di autotutela. Questo spiega perché, un provvedimento *pro tanto* accettato, può essere poi rimesso in discussione: in genere, salvo campanelli di allarme particolari (e.g., manifesta illegittimità), le condizioni degli atti amministrativi sono verificate dopo la *performance* dell’atto. Nel contesto di valutazione, però, l’atto amministrativo può essere “aggiustato” e accolto per convenzione nel sistema normativo di riferimento.

2. Inesistenza, nullità, annullabilità. Una teoria dei performativi dovrebbe distinguere bene fra le violazioni che danno luogo a nullità e quelle che danno luogo “soltanto” ad annullabilità. Questa distinzione è, a ben vedere, appena accennata in Austin; è invece ben marcata nella dottrina amministrativistica, che distingue diversi gradi di vizio almeno dalle celeberrime sentenze dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 1992 (Cons. Stato, ad. plen., 29 febbraio

sumptions, in *Synthese*, 2021, 6207 ss.; L. Caponetto, *Accommodated authority: Broadening the picture*, in *Analysis*, 2022, 682 ss.

¹²⁰ D. Lewis, *op. cit.*; R. Stalnaker, *Common ground*, in *Linguistics and Phil.*, 2002, 721 ss.

1992, nn. 1 e 2; 5 marzo 1992, n. 5 e n. 6; 9 settembre 1992, n. 10)¹²¹. Le prime violazioni, quelle legate alla nullità (“di pieno diritto”), determinano l’insanabilità dell’atto, che comporta l’improduttività di effetti (performativi o illocutori); inoltre esse possono essere (generalmente, ciò che ammette eccezioni) rilevate in ogni tempo d’ufficio od opposte, sempre, per iniziativa di un soggetto resistente¹²²; e non ammettono convalida (Cons. Stato, ad. plen., n. 2 del 1992). Tutto ciò vale paradigmaticamente per i casi di nullità “strutturale” (art. 21-*septies* l. 241/1990), in cui mancano gli elementi essenziali dell’atto amministrativo (Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498; Cons. Stato, sez. VI, 25 agosto 2009, n. 5056). Le seconde violazioni invece, quelle legate all’annullabilità, oltre ad ammettere convalida, comportano la produzione provvisoria di effetti sino a dichiarazione di annullamento, che deve avvenire nei termini stabiliti, e soltanto per iniziativa dei legittimati¹²³. Austin non enfatizza questa distinzione – ben analizzata invece, da una delle maggiori studiosi del suo pensiero, ossia Sbisà – con una doverosa precisazione. Austin riconosce nel suo modello che solo gli effetti illocutori sono annullabili; gli effetti perlocutori non si annullano mai: ad esempio, possiamo annullare un matrimonio, ma non possiamo cancellare il pianto della sposa. Da ciò emerge che, a livello concettuale, l’atto di annullamento opera a livello della dimensione convenzionale dell’atto linguistico.

Un’analisi proficua, però, dovrebbe tenere conto che, fra annullamento e nullità¹²⁴, c’è spazio logico per una “terza via”: l’annullabilità, vale a dire, il caso in cui il provvedimento è produttivo d’effetti sino al suo eventuale annullamento¹²⁵. Il mancato annullamento nei termini perentori di un atto annullabile ne

¹²¹ Secondo il paradigma più risalente, invece, il provvedimento amministrativo era sempre e soltanto annullabile, qualunque fosse il grado di vizio. Cfr. ad esempio A.M. Sandulli, *I limiti di esistenza dell’atto amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, 125 ss. (ora anche in A.M. Sandulli, *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1990).

¹²² A tal riguardo, l’art. 31, comma 4, del codice del processo amministrativo dispone che «La domanda volta all’accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell’atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d’ufficio dal giudice».

¹²³ Cfr. F. Astone, *Contributo allo studio dell’invalidità del provvedimento amministrativo*, Catanzaro, 2011, 7; N. Polantonio, *Nullità dell’atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Ann. I, Milano, 2007, 855 ss.; F. Modugno, *L’invalidità della legge*, Padova, 1970.

¹²⁴ A. Romano, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in A. Romano (a cura di), *L’azione amministrativa*, Torino, 2016, 799 ss.

¹²⁵ F.G. Scoca, *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi: una lettura critica*, in Aa.Vv., *La nuova disciplina dell’attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, 165 ss. Cfr. E. Capaccioli, *La gestione d’affari nel diritto amministrativo*, Padova, 1956, 135: «le categorie della nullità e dell’annullabilità non sono enucleabili in ragione della qualità intrinseca di vizi; ma costituiscono piuttosto strumenti tecnici dei quali si serve attualmente il nostro sistema a fini di giustizia, ricollegando ad esse, di volta in volta, una differenziata regolamentazione in ordine alla legittimazione ad agire, alla prescrizione e alla convalida, sì da pervenire ai cercati risultati pratici attraverso l’incasellamento di un vizio nell’una o nell’altra categoria». Visto il tenore eminentemente filosofico, generale, e sostanziale della presente trattazione, metteremo da parte la discussione intorno alle implicazioni dell’art. 31 c.p.a. sulla nullità che, dal punto di vista procedurale, potrebbe essere mitigata rispetto all’impostazione tradizionale implementata, ad esempio, in Cons. Stato, sez. IV, 30 novembre 2010, n. 8363. Sul punto, cfr. B. Sassani, *Riflessioni sull’azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.*,

comporta l'immodificabilità¹²⁶. La teoria degli atti linguistici più recente¹²⁷ ha riconosciuto l'importanza di questa nozione, introducendo l'idea di annullabilità di un atto linguistico. Laura Caponetto, nel suo recente lavoro sull'annullamento degli atti linguistici¹²⁸, distingue tra nullità, annullamento, ritrattazione ed emendamento di un atto linguistico, delineando *inter alia* le condizioni di felicità di ciascuno di questi atti. L'analisi del provvedimento amministrativo conferma la tesi della Caponetto. Una cosa è dichiarare un atto nullo *ab origine*; cosa ben diversa è renderlo nullo. *È importante rilevare che l'annullamento presuppone l'efficacia dell'atto: esso è stato raggiunto, seppur in maniera infelice, e dev'essere invalidato ex post*. Riprendendo lo schema approntato da Caponetto, possiamo dire che le "condizioni generali di felicità di un annullamento" sono le seguenti¹²⁹: un atto linguistico *A* performato da un parlante *S* al tempo *t* può essere annullato in un tempo successivo t_n quando *A* è stato infelicitamente performato in *t* e non è stato già annullato in un momento qualsiasi tra *t* e t_n .

Forse, seguendo orientamenti dottrinali radicati, potrebbe esserci spazio anche per una partizione a sei, distinguendo fra: inesistenza, nullità, annullabilità, inefficacia, disapplicazione, e "piena felicità". Laddove la nozione di "inesistenza" denota quei casi di vizi talmente gravi da privare il provvedimento di ogni parvenza di validità: l'atto è *prima facie* "null and void"¹³⁰, come nel caso di un provvedimento adottato in assoluta carenza di potere in astratto o l'assunzione di un dipendente pubblico in violazione di legge e senza concorso. D'altro canto, queste ulteriori distinzioni, pur essendo molto utili all'interno del contesto giuridico, forse sarebbero eccessive all'interno di uno schema generale per l'analisi degli atti linguistici. Si noti che queste distinzioni sono percorribili in un modello di matrice austriana, caratterizzato da una forma di eternalismo, mentre non risultano disponibili in modelli internalisti come quelli di Bach e Harnish o Searle, che non dispongono di un apparato concettuale adeguato a trattare la nozione di annullamento e inefficacia. Per esempio, una compravendita di un bene inesistente sarebbe, nel modello di Austin, un atto in cui gli effetti non possono pro-

2011, 257 ss. Per le stesse ragioni, anche l'analisi dettagliata della l. 15/2005 che novella la l. 241/1990 va oltre i più modesti scopi della presente indagine.

¹²⁶ Si ha, invece, inoppugnabilità quando, decorsi i termini d'impugnazione (in via ordinaria sessanta giorni al TAR e, in sede straordinaria, centoventi al Presidente della Repubblica), non sia stato notificato il ricorso. Ciò, di regola, indipendentemente dall'annullamento, tanto che l'amministrazione può annullare d'ufficio anche atti inoppugnabili, poiché l'art. 21-*novies* della legge n. 241/1990 riconosce dodici mesi per esercitare questo potere. Ne deriva che, decorsi i dodici mesi, l'atto diventa inoppugnabile e immodificabile.

¹²⁷ Rimandiamo ancora ai già citati lavori di Sbisà, in particolare.

¹²⁸ L. Caponetto, *Undoing things with words*, cit.

¹²⁹ Ivi, 2399 ss.

¹³⁰ R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Torino, 2014, 245-258; R. Caranta, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Torino, 1990; V. Cerulli Irelli, F. Luciani, *Invalità e inesistenza degli atti amministrativi e delle leggi*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Antonio Romano*, I, Napoli, 2017, 577 ss.

dursi e, pertanto, un atto inefficace; in un modello *à la* Searle, invece, la compravendita di un oggetto inesistente sarebbe necessariamente un caso di insincerità e, pertanto, l'atto semplicemente non sarebbe esistente.

Ad ogni modo, sembra ragionevole postulare a livello di analisi generale dei performativi nel linguaggio ordinario (che, in questo, diverge forse da quello giuridico) l'identità fra nullità e inesistenza, almeno per la maggior parte degli atti linguistici "ordinari", sostenendo che la nullità/inesistenza si produce solo quando manca un elemento costitutivo dell'atto. Peraltro, anche in diritto amministrativo, è accolta la tesi secondo cui l'inesistenza del provvedimento è una situazione più grave della nullità. La nullità si presenta solo in condizioni eccezionali: quando l'atto è afflitto da vizi gravissimi come, ad esempio, l'usurpazione di potere e la violenza fisica. Peraltro, le distinzioni tra inesistenza e nullità sono difficili da identificare nei casi concreti. A sostegno della tesi dell'identità fra inesistenza e nullità milita sia la considerazione "pragmatica" secondo cui, per entrambi i casi, gli effetti giuridici sono gli stessi¹³¹, sia il dato empirico che la giurisprudenza tende spesso a equiparare le due situazioni¹³².

Comunque sia, sempre con riferimento al provvedimento amministrativo, vi sarà nullità in caso di violazione di norme attributive di potere – o, in altre parole, di difetto assoluto di attribuzione o carenza di potere di mancanza di un elemento essenziale, di violazione o elusione di giudicato, o in altri casi specificati dalla legge (art. 21-*septies* l. 241/1990)¹³³. Vi sarà invece annullabilità in caso di violazione di norme che disciplinano l'esercizio del potere, o di cattivo esercizio del potere¹³⁴. Secondo la disciplina degli artt. 21-*octies* e 21-*nonies* della l. 241/1990, è annullabile il provvedimento viziato da eccesso di potere, incompetenza e violazione di legge. Tuttavia, non si deve ritenere che, nel non distinguere fra questi due tipi d'invalidità, Austin abbia dato segno d'ingenuità, posto che, al tempo in cui scriveva, la separazione fra i due profili non era netta nemmeno nella dottrina amministrativistica italiana (si è segnalato in letteratura¹³⁵ che i difetti

¹³¹ Sul problema cfr. almeno A. Bartolini, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 69 ss.; R. Caranta, *op. cit.*

¹³² F. Astone, *Contributo allo studio dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, cit., 9. Cfr. Id., *Il procedimento amministrativo tre anni dopo la sua riforma: spunti per una riflessione in tema di nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.* 2009, 27 ss., nonché Id., *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo. Profili sostanziali e tutela giurisdizionale*, Catanzaro, 2009, che impiega a sostegno di tale tesi anche un'interpretazione dell'art. 21-*septies* l. 241/1990 secondo l'intenzione del legislatore.

¹³³ Sul punto si vedano anche Cons. Stato, sez. IV, n. 1957/2012 e M. D'Orsogna, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 201 ss.

¹³⁴ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*²⁵, cit., 498 ss.

¹³⁵ F. Astone, *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, cit., 27 ss.; Id., *Contributo allo studio dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, cit., 9-10.

del provvedimento erano trattati tutti in termini di annullabilità o, per lo meno, si estendeva alla nullità la disciplina dell'annullabilità).

3. Performativi complessi e di secondo grado. Il diritto amministrativo prevede delle misure di autotutela rispetto ad altri provvedimenti precedenti che – sotto forma di riesame (che incide sulla validità) o revisione (che incide sull'efficacia) – possono produrre dei provvedimenti di secondo grado o, in un lessico che introduciamo ora, dei “meta-provvedimenti” che confermano, sanano o “rigettano” il provvedimento di primo grado¹³⁶. Ad esempio, è possibile sanare un'assunzione “viziata” per l'assenza di un nullaosta con un'autorizzazione tardiva. Ancora una volta, Caponetto¹³⁷ correttamente specifica che gli atti di annullamento si prestano a essere declinati come “atti linguistici di secondo ordine” (*second order speech acts*), le cui condizioni di felicità dipendono anche dal tipo di atto oggetto di annullamento: per esempio, l'annullamento di un esercitativo (e.g., un comando) è diverso dall'annullamento di un verdittivo (e.g., una valutazione di impatto ambientale). Questo rilievo può essere esteso agli atti di revisione, riesame, emendamenti, sanatorie e, in generale, a tutti i meta-provvedimenti.

Non si può elaborare una teoria generale della sanabilità, dal momento che questo dispositivo opera in maniera diversa a seconda dei diversi atti. Cionondimeno, si può elaborare una definizione generale di sanabilità come «rinuncia a far valere la nullità»¹³⁸. La sanatoria si presta a essere dunque letta come un performativo che determina un cambiamento del contesto convenzionale di valutazione dell'atto. Gli atti di conversione, convalida, e ratifica, eliminando *ex post* un atto necessario per la legittimità di un provvedimento, si prestano a essere letti come “atti linguistici di secondo ordine” che hanno come *target* proprio l'infelicità del performativo, sanandola con efficacia *ex tunc*.

Ebbene, crediamo che si possa estendere questa proprietà caratteristica dei provvedimenti anche alla teoria generale dei performativi di Austin, per cui possiamo avere dei performativi di secondo grado (dei “meta-performativi”) che dichiarano confermato, rigettato o sanato un performativo di primo grado. Ovviamente, non tutti i provvedimenti amministrativi possono essere sanati; inoltre, vi sono dei requisiti da rispettare: ad esempio, la sentenza del Consiglio di Stato n. 882/2022 stabilisce l'insanabilità della lottizzazione abusiva tramite condono separato degli edifici.

¹³⁶ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*²⁵, cit., 532 ss.

¹³⁷ L. Caponetto, *Undoing things with words*, cit.

¹³⁸ S. Romano, *Principii di diritto amministrativo italiano*, cit., 58.

4. Performativi “condizionali”. L’analisi meta-giurisprudenziale ci permette di constatare la possibilità di apporre condizioni ai provvedimenti: infatti, se l’amministrazione ha discrezionalità, essa può apporre al provvedimento delle condizioni sospensive o risolutive che, rispettivamente, subordinano la produzione e cessazione di effetti a eventi futuri¹³⁹. Il rilievo è importante, perché mostra come vi siano dei casi in cui l’atto è «perfetto ma non efficace, ovvero efficace ma annullabile»¹⁴⁰.

5. Performativi “a effetto istantaneo” e performativi “a effetto durevole”. Vi sono, infine, atti il cui effetto si produce e si esaurisce in un unico momento (ad esempio, il decreto di espropriazione) e atti invece che hanno efficacia prolungata (come i piani urbanistici)¹⁴¹. Certamente, la distinzione dipende da cosa s’intenda per effetto: è quello illocutorio (convenzionale, non-naturale, e determinato dalla felicità dell’atto), o quello perlocutorio (naturale o causalmente determinato)? Un’opportuna analisi in questo senso può integrare ulteriormente il modello originale di Austin.

In conclusione, ci auguriamo che il presente lavoro costituisca un esempio di proficua collaborazione fra teoria giuridica e filosofia del linguaggio. Nella fattispecie, la teoria amministrativistica e l’analisi pragmatica del linguaggio paiono poter beneficiare vicendevolmente del confronto fra le rispettive nozioni e acquisizioni. È a nostro avviso una circolarità virtuosa. Da un lato, la teoria giuridica può essere illuminata dalla pragmatica del linguaggio quando si tratta di cogliere la natura generale di certi atti linguisticamente formulati come il provvedimento amministrativo. Dall’altro, la pragmatica del linguaggio può essere arricchita dalla teoria giuridica quando si tratta di capire più in dettaglio come si formulino certi atti, a quali condizioni risultino efficaci, con quali componenti ed esiti. Le distinzioni delle diverse discipline non sempre si prestano a mutue traduzioni o parallele articolazioni teoriche. Anzi, capita spesso che il dialogo sia difficile. Ci auguriamo che in questo caso non sia così e altri lavori possano confermarlo¹⁴².

¹³⁹ Cfr. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*¹⁵, cit., 601, 640-641; Id., *Manuale di diritto amministrativo*²⁵, cit., 523 ss.

¹⁴⁰ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*¹⁵, cit., 641.

¹⁴¹ Ivi, 531.

¹⁴² Va un grazie a un anonimo revisore di questa Rivista e, per i commenti a versioni anteriori, il ringraziamento va esteso a Riccardo Guastini e Paolo Labinaz.

John L. Austin e il provvedimento amministrativo

Il presente lavoro ambisce a fornire una prima applicazione strutturata della teoria degli enunciati performativi di J.L. Austin al provvedimento amministrativo. In primo luogo, i principali vizi del provvedimento amministrativo vengono esaminati alla luce della dottrina delle infelicità degli enunciati performativi (colpi a vuoto, *misinvocations*, *misexecutions*, abusi). In secondo luogo, le principali categorie dogmatiche sviluppate dal diritto amministrativo vengono impiegate per emendare e integrare la teoria dei performativi. L'obiettivo più generale di questa ricerca è contribuire alla creazione di un modello interdisciplinare per l'analisi del linguaggio normativo e, in particolare, di quegli enunciati che, paradigmaticamente, sono utilizzati per un esercizio del potere e per la produzione diretta di effetti giuridici sul destinatario, focalizzandosi sulla dimensione procedimentale e autoritativa degli stessi.

John L. Austin and administrative resolution

This paper aims to offer a first structured application of J.L. Austin's theory of performative utterances to administrative orders. First, the main forms of invalidity of administrative orders are examined in the light of the doctrine of performative utterances (misfires, misinvocations, misexecutions, and abuses). Second, the main dogmatic categories developed by administrative law are used to modify and complement performative theory. The more general objective of this research is to contribute to the creation of an interdisciplinary model for the analysis of normative language and, in particular, of those utterances that are paradigmatically used for the exercise of power and for the direct production of legal effects on the addressee, focusing on their procedural and authoritative dimension.

Autorità, libertà e mercati digitali: scenari nuovi della regolazione indipendente

Armando Lorusso

SOMMARIO: 1. Premessa: ancora su Autorità amministrative indipendenti e regolazione dei mercati. – 2. Servizi digitali, mercati e nuove discipline di settore. – 3. *Digital Service Act* e *Digital Market Act*: caratteri essenziali della nuova *governance* pubblica. – 3.1. *Segue*: co-regolazione ed etero-regolazione: dal GDPR al pacchetto digitale. – 4. AGCom e «regolazione» dei servizi digitali: libertà fondamentali, diritto d'autore e *influencer marketing*. – 5. Autorità (non più) di regolazione e prospettive dell'ordinamento multilivello. Spunti ricostruttivi.

1. *Premessa: ancora su Autorità amministrative indipendenti e regolazione dei mercati*

Il tema delle Autorità amministrative indipendenti ha impegnato profusamente la dottrina¹, anzitutto nella prospettiva di individuare la matrice costituzionale del modello di governo dell'economia di stampo euro-unitario e dei poteri che ne sono diretta manifestazione.

Anche il versante degli approfondimenti sulla funzione amministrativa di regolazione esercitata dalle *Authorities* ha registrato un intenso dibattito². Le

¹ La letteratura giuridica sulla Autorità amministrative indipendenti è estremamente vasta, il che rende altrettanto difficoltoso operare una accurata selezione. Per quel che qui rileva cfr., almeno, S. Cassese, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in Aa.Vv., *I garanti delle regole*, S. Cassese, C. Franchini (a cura di), Bologna, 1996, 217 ss.; A. Predieri, *L'erompere delle Autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, *passim*; V. Caianiello, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997, 341 ss.; S.A. Frego Luppi, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999, spec. 23 ss.; F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo "quasi" giallo*, Bologna, 2000, spec. 32-41; G. Morbidelli, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in Aa.Vv., *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, 176 ss.; N. Longobardi, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2005, spec. 27 ss.; M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, spec. 23 ss.; M. De Benedetto, *Autorità indipendenti* voce, in Aa.Vv., *Dizionario di diritto pubblico*, S. Cassese (diretto da), I, Milano, 2006, 588 ss.; A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, spec. 90 ss.

² Il dibattito scientifico che ruota attorno alla regolazione del mercato, invero, non si limita all'esercizio della funzione da parte delle Autorità amministrative indipendenti. La letteratura giuridica, ma anche economi-

ragioni di un tale interesse possono scorgersi anche nella difficoltà di innestare tale particolare modello di amministrazione³ nell'alveo delle tradizionali categorie del diritto amministrativo⁴.

Il tempo delle crisi, tuttavia, ha indotto a riflettere sui ruoli dello Stato e del mercato, sulle regole e sulle modalità di intervento pubblico nell'economia stimolando anche una rinnovata attenzione per gli strumenti di regolazione e per le stesse Autorità indipendenti⁵. Ciò, in ragione del riproporsi di quei meccanismi di intervento diretto nelle cose del mercato⁶ in chiave salvifica che, in un certo senso, paiono aver «messo all'angolo» – pur in via temporanea – la funzione regolatoria indipendente.

Ma se ciò è vero, non sembra che gli effetti indotti dagli andamenti del ciclo macroeconomico possano costituire i soli elementi per una analisi «di contesto» della regolazione indipendente del mercato.

ca, ha elaborato una nozione ben più ampia di regolazione. In questa sede, tuttavia, i riferimenti alla funzione regolatoria sono circoscritti a quella di tipo indipendente le cui finalità, come recentemente evidenziato in dottrina, consistono nel «garantire l'accesso delle imprese a mercati che in assenza di regole concorrenziali sarebbero altrimenti preclusi, e garantire i diritti dei cittadini, degli utenti e degli interessi sovraindividuali». In termini, F. De Leonardis, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Dir. econ.*, 2018, 702 ss. In generale sulla funzione regolatoria esercitata dalle *Authorities* cfr., tra gli innumerevoli contributi, S. Casese, *Regolazione e concorrenza*, in Aa.Vv., *Regolazione e concorrenza*, G. Tesaro, M. D'Alberti (a cura di), Bologna, 2000, 11 ss.; L. Giani, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002, spec. 19 ss.; G. Marcou, *Esiste una nozione giuridica di regolazione?*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2006, 14 ss.; A. Police, *Autorità amministrative indipendenti e regolazione dei mercati*, in Aa.Vv., *Manuale di Diritto Pubblico*, F. Fracchia (a cura di), Napoli, 2014, 153 ss.; M. Ramajoli, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, 121 ss.; A. Zito, *Mercati (Regolazione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. III, Annali, Milano, 2010, 805 ss. Più di recente cfr. P. Lazzara, *La funzione regolatoria: contenuto natura e regime giuridico*, in Aa.Vv., *L'intervento pubblico nell'economia*, M. Cafagno, F. Manganaro (a cura di), vol. V, Firenze, 2016, 117 ss.; P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018, spec. 143 ss.; E. Brutti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019, spec. 23 ss.

³ Si vedano, da ultimo, le riflessioni di N. Longobardi, *Equivoci in tema di autorità amministrative indipendenti. i nodi vengono al pettine*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2022, 209 ss.

⁴ Riprendendo la riflessione tracciata sul tema da P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 10. Cfr., altresì, V. Pampanin, *Contributo a una definizione della regolazione (caratteri distintivi e ambito di pertinenza)*, in *Dir. econ.*, 2010, 111 ss., 114, il quale evidenzia, infatti, che «la *regulation* si configura naturalmente come un fenomeno di difficile studio e ricostruzione, anche in dipendenza della grande mobilità dei suoi confini, che si estendono o si riducono a seconda dei contesti e dei momenti in cui ci si colloca». Sul tema del disallineamento della funzione regolatoria rispetto alle classiche funzioni amministrative cfr. anche le riflessioni di A. Angiuli, V. Caputi Jambrenghi, *De-procedimentalizzazione dell'azione amministrativa e conferenza di servizi*, in Aa.Vv., *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici: Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Torino, I, 2021, 275 ss.

⁵ Cfr., in particolare, G. Napolitano, A. Zoppini, *Le Autorità al tempo della crisi*, Bologna, 2009, spec. 13 ss.; nonché, N. Longobardi, *Le autorità di regolazione dei mercati nel «tempo della crisi»*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012, 40 ss.

⁶ Anche definiti in dottrina «fatti economici». Così, M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, 13.

Gli effetti prodotti dalle crisi economiche, infatti, sono certamente fattori da tenere in considerazione in una analisi siffatta. Ma tale prospettiva non pare (ormai) di per sé sufficiente a cogliere la complessità del fenomeno nella sua globalità.

I mutamenti in atto nella società e nell'ordinamento sospingono verso l'analisi di ulteriori fattori che determinano le possibili accelerazioni e decelerazioni della funzione amministrativa di regolazione che stenta ancora a trovare una collocazione unitaria.

Ecco allora l'opportunità – ancor prima della necessità – di volgere lo sguardo anche alle prospettive aperte dall'evoluzione tecnologica⁷, al fine di analizzare il problema della funzione regolatoria (indipendente) anche da diversi angoli prospettici.

Com'è noto, infatti, l'avvento delle nuove tecnologie ha indotto mutamenti straordinariamente rapidi e pervasivi sul fronte dei rapporti sociali, civili e giuridici⁸, non meno che sull'attività e sulle decisioni della pubblica Amministrazione⁹ e – non da ultimo – in ambito economico¹⁰.

Sul tale ultimo versante, il diffondersi delle c.d. piattaforme digitali¹¹ ha rappresentato una svolta epocale¹². Uno dei temi che si è posto è relativo alla

⁷ Cfr. F. Bilancia, *Le trasformazioni dei rapporti tra Unione europea e Stati membri negli assetti economico-finanziari di fronte alla crisi pandemica*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 41 ss. Sul tema, con specifico riferimento ai mercati «su internet», si sofferma anche O. Pollicino, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet. A Road toward digital constitutionalism?*, Oxford, 2021, spec. 32 ss.

⁸ Si esprime così P. Otranto, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della P.A.*, in *Federalismi.it*, 2018, 2 ss.

⁹ Il tema dell'incidenza della tecnologia, degli algoritmi e dei sistemi di intelligenza artificiale sull'attività, sui procedimenti e sulle decisioni amministrative non è oggetto di indagine del presente lavoro. Tuttavia, per la rilevanza che la questione ha assunto e tutt'ora assume nel contesto dell'ordinamento amministrativo e nel dibattito scientifico cfr., almeno, A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico*, Napoli, 1993; D. Marongiu, *L'attività amministrativa automatizzata*, Rimini, 2005; F. Cardarelli, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. inf. infor.*, 2015, 227 ss.; S. Civitarese Matteucci, L. Torchia, *La tecnificazione dell'Amministrazione*, in Aa.Vv., *La tecnificazione*, S. Civitarese Matteucci, L. Torchia (a cura di), Firenze, 2016, 10 ss.; F. Costantino, *L'uso della telematica nella pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *L'azione amministrativa*, A. Romano (a cura di), Torino, 2016, 242 ss.; S. Civitarese Matteucci, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 5 ss.; E. Picozza, *Intelligenza artificiale e diritto*, in *Giur. it.*, 2019, 1761 ss.; A. Simoncini, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in Aa.Vv., *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), Torino, 2020, 2 ss. Più di recente cfr. P. Otranto, *Riflessioni in tema decisione amministrativa algoritmica, intelligenza artificiale e legalità*, in *Federalismi.it*, 2021, 187 ss.; B. Marchetti, *Amministrazione digitale*, in *Enc. dir.*, *I tematici, Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 75 ss.; G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione tra procedimento e processo*, Padova, 2023, spec. 23 ss.; A. Di Martino, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Napoli, 2023, spec. 36-49.

¹⁰ Così, S. Cassese, *Il mondo nuovo del diritto*, Bologna, 2008, 40. Cfr., altresì, M. Clarich, *Istituzioni, nuove tecnologie, sviluppo economico*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 75 ss.

¹¹ Sul c.d. diritto delle piattaforme digitali cfr., già, O. Lobel, *The Law of the Platform*, in *Research Paper of University of San Diego*, n. 16/2016, 19 ss.

¹² Cfr. L. Ammannati, *Verso un diritto delle piattaforme digitali*, in *Federalismi.it*, 2019, 2 ss., poi anche in Aa.Vv., *Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali. La regolazione dei mercati in trasformazione*, L. Ammannati, A. Canepa, G. Greco, U. Minneci (a cura di), Torino, 2021, 3 ss., ove osserva che «il modello di business cen-

necessità di definire un quadro normativo e regolatorio idoneo ad offrire tutela ai soggetti dell'ordinamento¹³ a fronte delle minacce derivanti dal rilevante potere acquisito dai fornitori di servizi di intermediazione¹⁴. Il dispiegarsi delle dinamiche proprie di tali mercati rischia, tuttavia, di risultare pregiudizievole rispetto ai principi di libera concorrenza, a interessi di rango primario e, non ultima, alla qualità dei servizi offerti.

In questo contesto, a fronte dell'impegno profuso dal legislatore (soprattutto europeo)¹⁵ nella definizione di principi di carattere generale volti ad orientare i comportamenti nei mercati digitali (dei servizi, dei beni e delle informazioni), l'oggetto del dibattito si è spostato sulla regolazione e, specialmente, sulla tipologia e sull'oggetto della stessa.

Invero, parte della dottrina, sulla scorta del presupposto che la competitività e la concorrenza sarebbero meglio garantite attraverso il ricorso alla *self-regulation* auspica un approccio delle istituzioni pubbliche orientato verso la «non regolazione»¹⁶. Altra parte della riflessione giuridica, di contro, sostiene che i legi-

trato sulla piattaforma si è diffuso in molte aree dell'economia» e che «l'evoluzione tecnologica ha prodotto una differenziazione tra le varie tecnologie, dalle piattaforme di prima generazione come *Google* e *Yahoo* alla creazione dei mercati *on line* come *eBay* o *Amazon* fino alla più recente generazione che ha interessato l'economia dei servizi (da *Uber* e *Lyft* a *Airbnb* a *Taskrabbit* alle piattaforme di *crowdfunding* o *social lending*)».

¹³ Sul tema riflette anche P. Otranto, *Internet nell'organizzazione amministrativa. Reti di libertà*, Bari, 2015, spec. 20-42.

¹⁴ Com'è noto, le questioni che ruotano attorno all'utilizzo di piattaforme digitali per l'erogazione di beni e servizi sono state oggetto di attenzione anche da parte della giurisprudenza europea. Si fa riferimento, in particolare, al noto caso *Uber* e, in generale, al settore dei trasporti, caratterizzato dalla diffusione su scala globale di piattaforme che offrono servizi di intermediazione su richiesta e con finalità commerciale (*Uber* appunto), ovvero di piattaforme che promuovono forme di condivisione di servizi di trasporto c.d. di cortesia, rese non professionalmente da conducenti che condividono con una o più persone, messe in contatto tramite l'utilizzo di strumenti tecnologici, un itinerario prefissato con un mezzo di loro proprietà (per esempio il c.d. *BlaBlaCar*). Sul caso *Uber* e sulla qualificazione dell'attività quale «servizio nel settore dei trasporti», come tale assoggettabile alle regole in materia di servizi di interesse economico generale, cfr. Corte giust., Grande Sezione, 20 dicembre 2017, C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber System Spain*, spec. punti n. 35-40. In dottrina cfr. le riflessioni di M. Midiri, *Nuove tecnologie e regolazione: il «caso Uber»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 1017 ss.; D. Tega, *La Corte di giustizia qualifica i servizi offerti da Uber*, in *Federalismi.it*, 2018, 1 ss. Diverso pare, invece, l'approccio delle Istituzioni euro-unitarie rispetto ai servizi finanziari che fanno uso di strumenti informativi o della tecnologia, rispetto ai quali la regolazione dovrebbe seguire strade diverse in relazione alla tipologia di attività (tradizionale o c.d. *Fintech*). Sul punto cfr. Comunicazione del Parlamento europeo e del Comitato degli Affari Economici e Monetari recante «*Report on FinTech: the influence of technology on the future of the financial sector*» del 28 aprile 2017, (2016/2243(INI)), nonché il parere della *European Security and Market Authority*, recante «*Response to the Commission Consultation Paper on Fintech: A more competitive and innovative financial sector*», n. 17 del 15 marzo 2018. Per alcune riflessioni anche sull'impianto normativo nazionale cfr. P. Cuzzola, *La disciplina italiana dell'equity crowdfunding: varianti tipologiche, responsabilità e valore dell'informazione tra problema e sistema*, in *Dir. econ.*, 2020, 489 ss.

¹⁵ In generale sul tema cfr. S. Del Gatto, *Il Digital Services Act: un'introduzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 724 ss. Da ultimo cfr. le riflessioni di L. Torchia, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Il Mulino*, 2024, 14 ss.

¹⁶ Nonché, su di un sistema di monitoraggio trasparente che possa contribuire al conseguimento di un giusto equilibrio tra le esigenze di efficienza distributiva e allocativa e maggiore flessibilità, come anche auspicato dalla stessa Commissione europea. Cfr. Comunicazione della Commissione europea su «Le piattaforme

slatori e i regolatori non possano (più) esimersi dall'affrontare il tema della relazione tra regolazione e nuove tecnologie, nella misura in cui queste ultime sembrano mutare *in radice* l'assetto dei mercati, i rapporti tra operatori economici e utenti, le caratteristiche proprie delle attività commerciali, i comportamenti degli individui che in essi operano¹⁷.

La stessa dottrina ha evidenziato che misure di regolazione ben costruite e mirate sono necessarie per assicurare che questi nuovi modelli di *business* consentano una appropriata tutela dei diritti e degli interessi dei consumatori¹⁸. Allo stesso tempo, gli strumenti giuridici di regolazione dovrebbero essere ispirati a canoni di proporzionalità e ragionevolezza, evitando prescrizioni e obblighi non funzionali al raggiungimento degli obiettivi pubblici meritevoli di tutela.

Non può sottacersi, infatti, come il ricorso alla legge (o ad atti amministrativi normativi¹⁹) potrebbe in qualche misura pregiudicare la ricerca di un equilibrio tra lo sviluppo della tecnologia nel mercato e il contenimento dei rischi derivanti, ad esempio, da comportamenti anticoncorrenziali e dalla lesione di diritti e libertà fondamentali. Ciò, in ragione del fatto che, in non pochi casi, il legislatore (o la p.a. titolare di potestà normativa) non riesce, attraverso gli strumenti di cui dispone, a disciplinare un fenomeno in costante e repentina evoluzione²⁰. Il rischio sarebbe quello di cedere alla tentazione di una c.d. *overregulation*²¹, stroncando sul nascere le prospettive aperte dall'innovazione in termini di crescita sociale ed economica.

In questo modo, la ricerca di nuovi modelli di regolazione – che sembrano connotati, almeno nella prospettiva europea, da una sorta di contaminazione tra attività pubblica e privata – potrebbe schiudere un varco per la riscoperta del ruo-

online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa» del 25 maggio 2016, COM (2016)288. In dottrina cfr. O. Lynskey, *Regulating 'Platform Power'*, in *LSE Working Papers*, n. 1/2017, 4 ss., spec. 11-13.

¹⁷ L. Ammannati, *Verso un diritto delle piattaforme digitali*, cit., 4. Cfr., altresì, L. Casano, *Contributo all'analisi giuridica dei mercati transizionali del lavoro*, Modena, 2020, spec. 121 ss.

¹⁸ L. Casano, *op. cit.*, 123.

¹⁹ In generale cfr. F. Modugno, S. Niccolai, *Atti normativi* voce, in *Enc. giur.*, vol. III, Roma, 1988, 1 ss. Con riferimento al potere normativo delle *Authorities* cfr., fra tutti, G. Morbidelli, *I poteri normativi delle autorità indipendenti (profili problematici e spunti tratti dalla giurisprudenza statunitense)*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2010, 85 ss.

²⁰ In questa prospettiva cfr. le recenti riflessioni di G. Tropea, *Spinte gentili per la pubblica amministrazione?*, in *Dir. econ.*, 2022, 31 ss., ove parla in proposito di una possibile «crisi del principio della *rule of law*».

²¹ Così, N. Maccabiani, *Co-regolamentazione, nuove tecnologie e diritti fondamentali: questioni di forma e di sostanza*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2022, 55 ss., la quale evidenzia che «in questo tentativo il legislatore si scontra con una "tensione", quella tradizionale tra legge e tecnologia: non solo la prima fatica a tenere il passo della rapida evoluzione della seconda, rischiando, una volta entrata in vigore, di risultare già obsoleta; non solo il legislatore spesso non è dotato della conoscenza tecnico-specialistiche necessarie per meglio penetrare i meandri del fenomeno in atto, ma altresì, a fronte di situazioni non del tutto conoscibili e comprensibili nella loro portata, corre il rischio di cadere nella tentazione di un eccesso di precauzione, e quindi o di vietare o di iper-regolamentare, così soffocando sul nascere l'innovazione e, con essa, la crescita sociale ed economica che ne potrebbe derivare».

lo propulsivo delle Autorità amministrative indipendenti, soprattutto nell'attività di applicazione concreta, ai singoli mercati e ai diversi contesti, delle norme e dei principi euro-unitari preordinati al corretto funzionamento dei mercati e dei servizi di nuova generazione.

Pare opportuno evidenziare che, in questa sede, non si intende ripercorre le questioni inerenti alla evoluzione tecnocratica²² della società moderna, delle istituzioni e degli stessi mercati, già oggetto di profuse riflessioni in dottrina²³.

Le presenti note, muovendo dalle più recenti declinazioni della disciplina di settore per come recentemente innovata dal c.d. pacchetto digitale europeo²⁴, si propongono di individuare le prospettive che, nell'ordinamento euro-unitario, va assumendo la regolazione indipendente dei mercati. Il fine è quello di cercare di mettere in evidenza che – diversamente da quanto, pur autorevolmente, sostenuto in dottrina sulla scorta dell'impianto normativo sovranazionale – la regolazione indipendente del mercato sembra tutt'altro che priva di significato effettivo. Ciò, soprattutto, rispetto a discipline di settore che, pur non trovando genesi nell'ecosistema digitale, rintracciano attualmente in esso la forma di manifestazione più concreta e che non paiono possano essere sacrificate sull'altare di una regolamentazione, per così dire, accentrata.

L'analisi, infatti, terrà conto di talune delle più recenti manifestazioni della funzione regolatoria esercitata dalle Autorità indipendenti nazionali (*i.e.* dall'AGCom) – oggetto anche di recente attenzione da parte del giudice amministrativo – che volgono nel senso di una ripermetrazione della funzione regolatoria, e del rapporto libertà-autorità²⁵, e rispetto alle quali le possibili resistenze della forza incisiva delle *Authorities* sembrano manifestarsi in modo assai evidente.

La riflessione, pertanto, ha l'obiettivo di suscitare l'attenzione anche rispetto alla stessa collocazione delle Autorità di regolazione nazionali nell'ordinamento euro-unitario contemporaneo. Fenomeno, quest'ultimo, di certo non nuovo nelle riflessioni scientifiche ma che, probabilmente, merita ancora di essere oggetto di studio.

²² Secondo l'efficace espressione di N. Irti, *Fenomenologia del diritto debole*, in Aa.Vv., *Nuove Frontiere del diritto: dialoghi su giustizia e verità*, P. Barcellona (a cura di), Bari, 2001, 33 ss.

²³ Sul tema cfr. il più recente e articolato studio di L. Torchia, *Lo Stato digitale*, Bologna, 2023, *passim*, ma spec. 27 ss. Con riferimento all'incidenza degli strumenti informatici nei mercati cfr. le riflessioni della stessa A., *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 1101 ss.

²⁴ Ai fini della presente riflessione, e per i profili di interesse, si analizzeranno i cc.dd. *Digital Service Act* e *Digital Market Act*. Il pacchetto digitale, invero, si completa di altri tre regolamenti: *Data Governance Act* (reg. n. 2022/868/UE), *Data Act* (reg. n. 2023/2854/UE) e *Artificial Intelligence Act* (reg. n. 2024/5662/UE) che, pur oggetto di richiamo nel prosieguo, non costituiscono oggetto di approfondimento.

²⁵ V. Caputi Jambrenghi, *Libertà e Autorità*, II, Napoli, 2023, 289 ss.

2. Servizi digitali, mercati e nuove discipline di settore

Come anticipato, le questioni che ruotano attorno allo sviluppo dei servizi e dei mercati digitali²⁶ spingono la riflessione giuridica verso l'indagine di profili attinenti alla opportunità di (nuovi) interventi regolatori²⁷ funzionali, in questo caso, a dare tutela non solo alla concorrenza e alle libertà degli operatori economici ma anche a diritti fondamentali della persona.

Per l'analisi che si conduce, occorre muovere brevemente dall'attuale contesto normativo.

Le sfide poste dall'erompere²⁸ e dal diffondersi dei sistemi e dei mercati digitali²⁹ hanno sollecitato, già da tempo, l'intervento delle istituzioni³⁰ nella prospettiva di tracciare una linea di confine tra i benefici conseguibili in termini di sviluppo del sistema economico, attraverso l'impiego delle piattaforme digitali e dei sistemi di intelligenza artificiale³¹, da un lato; e i possibili effetti negativi riscontrabili sul mercato concorrenziale, dall'altro³².

Da qui lo sforzo del legislatore di controllare un fenomeno per sua natura transnazionale – o, si direbbe, a-spaziale – e di disciplinarne le implicazioni,

²⁶ Pare opportuno precisare che lo scambio di beni e servizi nei mercati digitali avviene attraverso la interazione tra più soggetti economici, che trova snodo attraverso le c.d. piattaforme digitali, quale luogo di scambio delle informazioni e di invero delle pratiche commerciali. Sulla nozione economica di piattaforma digitale cfr. P. Belleflamme, M. Peitz, *The Economics of Platforms: Concepts and Strategy*, Cambridge, 2021, spec. 34 ss.

²⁷ Così, già, N. Irti, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007, 18, ove l'A. evidenzia che nel rapporto tra diritto e tecnica «la techno-economia vuole farsi, essa stessa, normativa, e determinare il contenuto del diritto» con tendenza alla «sconfinatezza».

²⁸ Per riprendere la efficace ed evocativa locuzione di A. Predieri, *L'erompere delle Autorità amministrative indipendenti*, cit.

²⁹ Ovvero, come da taluni qualificati, «poteri privati digitali», veri e propri «giganti dell'economia». Così, S. Cassese, *Digitale, i giganti e gli Stati*, in *Corriere.it*, 17 aprile 2014. Di potere privato, anche rispetto alla incidenza su diritti e libertà fondamentali, parlava già G. Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970, 63. Più di recente, rispetto alla materia oggetto di indagine, cfr. A. Simoncini, E. Cremona, *European Private Law Integration Through Technology: The Constitutional Dimension*, in *Persona e mercato*, 2021, 244 ss.; M. Bassini, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati"*, in *Riv. dir. media*, 2021, 67 ss. Cfr., altresì, O. Pollicino, *Potere Digitale* voce, in *Enc. dir., I tematici - Potere e costituzione*, M. Carabita, M. Ruotolo (a cura di), Milano, 2023, 410 ss.

³⁰ Pare opportuno rilevare che la Commissione europea evidenziava la necessità di un quadro comune in materia di servizi e mercati digitali già nel 2016. Cfr. la Comunicazione della Commissione n. 288/2016 sulle piattaforme online e il mercato unico digitale (COM (2016)288), avente lo scopo di definire un quadro strategico comune, funzionale ad abbattere le barriere e consentire alle imprese di inserirsi e svilupparsi rapidamente in Europa sfruttando al meglio le potenzialità dell'innovazione digitale, attraverso un modello di economia collaborativa.

³¹ Cfr. F. Morollo, *Documento elettronico fra e-government e artificial intelligence (AI)*, in *Federalismi.it. – focus TMT*, 2015, 2 ss.; nonché, G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Napoli, 2019, spec. 17 ss.

³² E. Chiti, B. Marchetti, *Divergenti? Le strategie di Unione europea e Stati Uniti in materia di intelligenza artificiale*, in *Riv. reg. mercati*, 2020, 29 ss., evidenziano che gli effetti negativi dell'uso della tecnologia nei mercati derivano, soprattutto, dalla posizione monopolistica o oligopolistica acquisita nel mercato da talune «piattaforme commerciali» (digitali).

soprattutto in termini di contenimento di c.d. rischi sistemici³³ per i diritti e le libertà fondamentali.

In tale prospettiva, dunque, si collocano gli interventi del legislatore europeo che possono ritenersi in linea con il c.d. *better regulation approach* e che depongono nel senso della implementazione e del rafforzamento degli strumenti di regolazione che – come si avrà modo di evidenziare – in questo settore assumono prevalentemente, secondo alcuni³⁴, la forma della co-regolazione.

Se già la direttiva n. 2000/31/CE (c.d. *e-commerce*)³⁵ si proponeva di incoraggiare lo sviluppo del commercio digitale quale strumento per il rafforzamento del mercato unico europeo, il successivo regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2019/1150/UE pare volto a soddisfare l'esigenza di meglio definire le regole di un settore in costante espansione³⁶. Il regolamento richiamato, infatti, ha introdotto una serie di misure volte a garantire maggiore concorrenza tra le imprese, ma anche trasparenza ed equità nei rapporti digitali tra consumatori e operatori commerciali³⁷.

³³ Per tali intendendosi quei rischi associati o all'abuso dei servizi digitali attuato attraverso la diffusione di contenuti illegali (ad es. di incitamento all'odio) o la vendita e diffusione di beni o servizi illegali; ovvero agli effetti che potrebbero registrarsi sull'esercizio di diritti fondamentali (libertà di espressione, informazione, non discriminazione, ecc.); ovvero ancora alla manipolazione degli strumenti digitali (piattaforme) con effetti pregiudizievoli sulla salute pubblica, sulla tutela dei minori, sulla sicurezza, sul dibattito democratico, sul processo elettorale, ecc. Cfr. art. 27, DSA.

³⁴ In tal senso, M.E. Bartoloni, *La regolazione privata nel sistema costituzionale dell'Unione Europea. Riflessioni sulla disciplina relativa al settore dell'innovazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, 1334 ss.; nonché A. Simoncini, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 1031 ss.

³⁵ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, c.d. «direttiva sul commercio elettronico», che, oltre a identificare i principi che devono sovrintendere al commercio di beni e servizi nei mercati elettronici, ha introdotto specifici obblighi di trasparenza per gli operatori del mercato. La direttiva è stata portata ad attuazione con il d.lgs. n. 70/2003.

³⁶ Va rilevato che, nel sistema delineato dal regolamento europeo del 2019, le Autorità indipendenti nazionali assumono una posizione di rilievo nell'attività di applicazione effettiva delle disposizioni normative. Cfr. art. 15, reg. 2019/1150/UE, ove si prevedeva che gli Stati membri individuino l'Autorità nazionale chiamata a adottare le misure applicabili in caso di violazione della disciplina in esame e a garantire l'attuazione attraverso misure efficaci, proporzionate e dissuasive. Sul tema cfr. il commento di G. Smorto, *La tutela del contraente debole nella platform economy dopo il Regolamento UE 2019/1150 e la Direttiva UE 2019/2161 (c.d. Omnibus)*, in Aa.Vv., *Fairness e innovazione nel mercato unico digitale*, V. Falce (a cura di), Torino, 2020, 49 ss. Sul versante interno, le funzioni di vigilanza sono state attribuite all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCom), al fine di «promuovere l'equità e la trasparenza in favore degli utenti commerciali di servizi di intermediazione *online*, anche mediante l'adozione di linee guida, la promozione di codici di condotta e la raccolta di informazioni pertinenti». Cfr. art. 1, co. 515, 516 e 517, l. n. 178/2020, recante «Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023», ove l'AGCom viene individuata quale Autorità per l'attuazione delle disposizioni del regolamento.

³⁷ Sull'ambito di applicazione del regolamento e sulle più rilevanti prescrizioni *ivi* contenute cfr. C. Sartoris, *Trasparenza e piattaforme online alla luce del Regolamento (UE) 2019/1150*, in Aa.Vv., *Osservatorio giuridico sulla innovazione digitale - Annuario 2021*, S. Orlando, G. Capaldo (a cura di), Roma, 2021, 345 ss.

Tuttavia, è con i più recenti regolamenti n. 2022/1925/UE (c.d. *Digital Market Act*) e n. 2022/2065/UE (c.d. *Digital Services Act*)³⁸ che si delinea una regolamentazione dei modelli di *business* digitale nello spazio economico europeo.

Il nuovo impianto normativo euro-unitario³⁹, infatti, sembra orientato verso una ristrutturazione radicale della disciplina in materia di commercio di beni e prestazione di servizi sui mercati digitali. La finalità, da più parti evocata, è quella di assicurare un funzionamento sostenibile (in termini di equità, concorrenza e crescita) del mercato elettronico e di garantire il bilanciamento tra lo sviluppo di tali attività economiche nell'*EU single market* e la tutela di interessi, individuali e collettivi, di natura sensibile⁴⁰, nonché di uniformare la base regolatoria a livello europeo⁴¹.

³⁸ Come anticipato, il Regolamento sui servizi e sui mercati digitali, unitamente a quelli in materia di diffusione dei dati e di intelligenza artificiale, è contenuto nel c.d. *Digital Services Act Package*; pacchetto legislativo che – sulla scorta dell'art. 114, TFUE – ha come obiettivo l'aggiornamento e la sistematizzazione della disciplina orizzontale relativa alle condizioni di fornitura di beni, servizi e contenuti online (oggi settoriale), funzionale ad assicurare il funzionamento equo e contendibile dei mercati digitali per mezzo dell'imposizione di specifici obblighi, nonché la ristrutturazione della disciplina verticale attinente al riparto delle competenze tra Unione europea e Stati membri e all'esercizio delle funzioni amministrative. Sul tema cfr., in generale, le riflessioni di G. Bruzzone, *Verso il Digital Markets Act: obiettivi, strumenti e architettura istituzionale*, in *Riv. reg. mercati*, 2021, 323 ss. Cfr., altresì, A. Manganelli, *La proposta di regolamento EU per i mercati digitali: ratio, criticità e prospettive di evoluzione*, in *Merc. conc. regole*, 2021, 473 ss.; Id., A. Nicita, *Regulating Digital Markets. The European Approach*, Cham, 2022, 34 ss.; D.C. Nunziato, *The Digital Services Act and the Brussels Effect on Platform Content Moderation*, in *Chicago Journal of International Law*, 2023, 115 ss. Numerose sono, anche per il rilievo che esso assume nel contesto giuridico-economico, le riflessioni specificamente dedicate al regolamento in materia di intelligenza artificiale. Cfr., almeno, L. Parona, *Prospettive europee e internazionali di regolazione dell'intelligenza artificiale tra principi etici, soft law e self regulation*, in *Riv. reg. mercati*, 2020, 70 ss.; C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioDiritto*, 2021, 1 ss.; G. Resta, *Cosa c'è di 'europeo' nella Proposta di Regolamento UE sull'intelligenza artificiale?*, in *Dir. inf.*, 2022, 323 ss. Il tema è approfondito anche da A. Adinolfi, *L'intelligenza artificiale tra rischi di violazione dei diritti fondamentali e sostegno alla loro promozione: considerazioni sulla (difficile) costruzione di un quadro normativo dell'Unione*, in *Aa.Vv.*, *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, A. Pajno, F. Donati, A. Perrucci (a cura di), Bologna, 2022, I, 127 ss. e *ivi* da F. Donati, *Diritti fondamentali e algoritmi nella proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale*, 111 ss. Più di recente cfr. G. Dalle Cave, *La tutela da e per l'I.A.: prime riflessioni sulla governance dell'A.I. Act e sulla (nuova?) autorità di vigilanza*, in *IRPA – Osservatorio sullo Stato digitale*, 24 aprile 2024.

³⁹ Sul dibattito giuridico europeo in merito alla opportunità di una disciplina comune in materia di mercati digitali cfr. C. Caffarra, F. Scott-Morton, *The European Commission Digital Markets Act: a Translation*, in *VoxEU*, 5 gennaio 2021, 1 ss.; A. De Streel, P. Larouche, *The European Digital Market Act Proposal: How to Improve a Regulatory Revolution*, in *Concurrences*, 2021, 46 ss.; G. Monti, *The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement*, in *Tilec Discussion Paper*, 2021, 1 ss.; N. Petit, *The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, 529 ss.

⁴⁰ Cfr. A. Gullo, *Contenuti, scopi e traiettoria della ricerca: le nuove frontiere della compliance nel mercato digitale*, in *Riv. dir. media*, 2023, 13 ss., il quale individua tali interessi, ad esempio, nel benessere psico-fisico della persona, nella tutela dell'integrità dei processi elettorali, nella salute e nella sicurezza pubblica.

⁴¹ La giustificazione posta alla base della introduzione di un Regolamento in *subiecta* materia, infatti, è rintracciata dalla stessa Commissione europea nella consapevolezza che gli «Stati membri stanno sempre più introducendo o stanno valutando di introdurre legislazioni nazionali sulle materia disciplinate dal presente Regolamento, imponendo in particolare obblighi di diligenza per i prestatori di servizi intermediari». Sicché, considerato il «carattere intrinsecamente transfrontaliero di internet» «tali legislazioni nazionali divergenti inci-

Il quadro normativo tracciato dai richiamati regolamenti è stato già oggetto di analisi in dottrina. La riflessione giuridica si è interrogata, ad esempio, sull'impatto delle prescrizioni attinenti al *private enforcement* atte a prevenire la disinformazione nei mercati in rete⁴²; sulla rilevanza degli obblighi incombenti sugli operatori economici e sui poteri di c.d. auto-normazione; sul rinnovato sistema di *due diligence*⁴³.

Ai fini di queste riflessioni, invece, pare di interesse soffermarsi sul rinnovato impianto di *public enforcement* e sulle nuove prospettive della regolazione (etero-regolazione e/o co-regolazione) che, secondo parte della dottrina⁴⁴, sembrano volgere nel senso di una de-quotazione delle funzioni propriamente regolatorie delle Autorità indipendenti nazionali.

3. Digital Service Act e Digital Market Act: caratteri essenziali della nuova governance pubblica

V'è da rilevare anzitutto – anticipando quanto si cercherà di meglio evidenziare *infra* – che il rafforzamento del dialogo tra potere regolatorio pubblico e privato nei mercati digitali prefigurato dai richiamati regolamenti riflette l'inadegua-

dono negativamente sul mercato interno, che comporta uno spazio senza frontiere interne». Cfr. considerando 2 e 3, reg. 2022/2065/UE. In dottrina cfr. S. Foà, *Intelligenza artificiale e cultura della trasparenza amministrativa. Dalle "scatole nere" alla "casa di vetro"*, in *Dir. amm.*, 2023, 515 ss., il quale, con riferimento all'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale, osserva che «la potenziale asimmetria provocata negli ordinamenti nazionali circa il rapporto tra i nuovi strumenti e la tutela dei diritti fondamentali delle persone è avvertita» dai più recenti interventi del legislatore europeo «ove si ricorda che taluni Stati membri stanno già prendendo in considerazione l'adozione di regole nazionali destinate ad assicurare che l'IA sia sicura e venga sviluppata e utilizzata nel rispetto dei diritti fondamentali» e che tale «dialettica tra sviluppo del mercato e tutela dei diritti fondamentali è quindi costante, costruita richiamando ripetutamente gli obblighi di "sicurezza", cui si affiancano, in modo poco preciso, la liceità e l'affidabilità dei sistemi immessi in mercato». In tal senso cfr., altresì, F. Pizzetti, *La protezione dei dati personali e la sfida dell'intelligenza artificiale*, in Aa.Vv., *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Id. (a cura di), Torino, 2018, 5 ss.; N. Rangone, *Regolare con intelligenza. Artificiale?*, in *Dir. amm.*, 2023, 1710 ss.

⁴² Il tema non è nuovo nella riflessione giuridica. Si vedano, ad esempio, le riflessioni di V. Zeno Zencovich, *I rapporti fra responsabilità civile e responsabilità penale nelle comunicazioni su Internet (riflessioni preliminari)*, in *Dir. inf. inform.*, 1999, 1 ss. Più di recente cfr. A. Palmieri, *Profili giuridici delle piattaforme digitali. La tutela degli utenti commerciali e dei titolari dei siti web aziendali*, Torino, 2019, 23 ss.; A. Gullo, G. Piccirilli, *Disinformazione e politiche pubbliche: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pen. contemp.*, 2021, 248 ss.

⁴³ Cfr. E. Birritteri, *Contrasto alla disinformazione, Digital Services Act e attività di private enforcement: fondamento, contenuti e limiti degli obblighi di compliance e dei poteri di autonormazione degli operatori*, in *Riv. dir. media*, 2023, 52 ss.

⁴⁴ Cfr., in particolare, G. Buttarelli, *La regolazione delle piattaforme digitali: il ruolo delle istituzioni pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 120 ss.; S. Calzolaio, *Autorità indipendenti e di governo della società digitale*, in Aa.Vv., *La regolazione europea della società digitale*, F. Pizzetti (a cura di), Torino, 2024, 83 ss.

tezza di una prospettiva fondata unicamente su strumenti di *self-regulation* che hanno manifestato rilevanti criticità⁴⁵. Dall'impianto normativo emerge chiaro il proposito del legislatore europeo di riaffermare la rilevanza anche della regolazione pubblica (c.d. etero-regolazione)⁴⁶ – perlomeno con riferimento all'attività di definizione di regole e principi di portata generale – in luogo della mera autoregolazione che ha storicamente caratterizzato i mercati digitali.

In tal senso, dunque, depone la positivizzazione di quelle regole attinenti alle modalità di immissione dei contenuti nelle piattaforme digitali, all'utilizzo e al trattamento dei dati, all'impatto delle pratiche commerciali sui diritti fondamentali delle persone, all'esercizio dei poteri sanzionatori. Si tratta di regole che possono ritenersi il risultato della ricerca di un equilibrio nella composizione del dualismo pubblico-privato⁴⁷ rispetto a mercati che, facendo uso della tecnologia, sono sottoposti a continui mutamenti ed evoluzioni.

Pur nelle peculiarità dei singoli assetti normativi, il complesso di principi, diritti, obblighi e rimedi definito con i regolamenti presenta taluni caratteri comuni.

Uno di questi può essere individuato nella previsione di ampi poteri di indirizzo, vigilanza⁴⁸, controllo e sanzione in capo alla Commissione europea, ma che presentano una articolazione differente, soprattutto con riferimento ai criteri di distribuzione delle funzioni a livello europeo e nazionale.

Sul versante della *governance* pubblica, il *Digital Market Act* (anche DMA) definisce uno schema sì multilivello⁴⁹ che, tuttavia, rischia di essere compromes-

⁴⁵ Rispetto al tema, infatti, la dottrina è giunta a parlare di c.d. sovranità digitale. Tale locuzione sta ad indicare che taluni soggetti hanno consolidato il proprio ruolo nella definizione delle regole generali e nel controllo sulla osservanza delle stesse, finendo per costituire un vero e proprio ordinamento autonomo del mercato digitale, compromettendo il ruolo del pubblico potere. Cfr. L. Torchia, *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale*, cit., 1003.

⁴⁶ *Ibidem*, 1104, ove l'A. evidenzia infatti che «a favore del passaggio dall'autoregolazione all'eteroregolazione hanno giocato altri due fattori: la strutturazione delle piattaforme come soggetti oligopolisti o addirittura monopolisti e i rischi connessi alla diffusione di tecniche e strumenti di intelligenza artificiale. Così come l'autoregolazione si è dimostrata inidonea ad assicurare un regime effettivo di responsabilità, i tradizionali strumenti *antitrust* si sono dimostrati insufficienti a fornire una effettiva tutela ai concorrenti come ai consumatori». Di poi, «il processo di produzione e di messa in opera di strumenti di intelligenza artificiale ha fatto emergere, a sua volta, rischi inediti, difficilmente controllabili o contenibili all'interno delle regole esistenti». Cfr., altresì, A. Zei, *Shifting the boundaries or breaking the branches? On some problems arising with the regulation of technology*, in Aa.Vv., *Law and Technology – The Challenge of Regulating Technological Development*, E. Palmerini, E. Stradella (a cura di), Pisa, 2013, 175 ss.

⁴⁷ In termini, R. Sabia, *l'enforcement pubblico del Digital Service Act tra Stati membri e Commissione europea: implementazione, monitoraggio e sanzioni*, in *Riv. dir. media*, 2023, 88 ss.

⁴⁸ In generale sul potere di vigilanza cfr. M. D'Alberti, *La vigilanza economica esercitata da pubblici poteri*, in Aa.Vv., *Vigilanze economiche. Le regole e gli effetti*, E. Bani, M. Giusti (a cura di), Padova, 2004, 75 ss.

⁴⁹ Per un inquadramento generale del regolamento, anche con riferimento alle nuove norme pro-concorrenziali, cfr. M. Libertini, *Il Regolamento europeo sui mercati digitali e le norme generali in materia di concorrenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2023, 1069 ss.

so dalle rilevanti funzioni attribuite alla Commissione europea, individuata come «l'unica autorità a cui è conferito il potere di applicare il regolamento»⁵⁰.

La Commissione europea, infatti, è titolare di una competenza esclusiva in ordine alla individuazione dei c.d. *gatekeepers*⁵¹; all'emanazione di regolamenti delegati; all'aggiornamento degli obblighi previsti in capo agli operatori digitali; alle proposte di modifiche del regolamento. La stessa Commissione, inoltre, è chiamata ad adottare decisioni volte a orientare l'applicazione uniforme del regolamento, nonché ad avviare indagini di mercato, attraverso l'esercizio di ampi poteri di esecuzione, di monitoraggio e di sanzione da attivare al ricorrere di ipotesi di inosservanza degli obblighi regolamentari⁵².

In tale sistema, le Autorità nazionali svolgono un ruolo, per così dire, ancillare. È vero, infatti, che le stesse sono chiamate a vigilare sul rispetto della disciplina⁵³, ma sempre nella prospettiva di rimettere l'esercizio delle funzioni di amministrazione attiva alla Commissione europea.

La configurazione di un sistema di vigilanza sostanzialmente «accentrato» sembra confermata da quelle disposizioni in forza delle quali i singoli Paesi membri⁵⁴ devono chiedere alla Commissione di avviare un'indagine nel caso in cui ritengano che un'impresa debba essere designata come *gatekeeper*, o sospettino che sussistano violazioni sistematiche di un obbligo regolamentare⁵⁵.

⁵⁰ Cfr. considerando n. 91, DMA.

⁵¹ Il *gatekeeper* è un fornitore di servizi di piattaforma di base, che costituisce un punto di accesso utilizzato da utenti commerciali per raggiungere gli utenti finali, e detiene una posizione consolidata e duratura nell'ambito delle proprie attività o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro. In ragione di ciò, il fornitore ha un impatto significativo sul mercato interno. Il 6 settembre 2023 la Commissione europea, nell'esercizio delle funzioni previste dal DMA, ha individuato per la prima volta sei *gatekeepers*, tra cui Alphabet (Google), Amazon, Apple, Bytedance (TikTok), Meta (Facebook) e Microsoft. Successivamente, le società hanno dovuto comunicare alla Commissione la loro potenziale qualità di soggetto esercente una posizione influente nell'ambito del mercato digitale. Sul tema si sofferma L. Pellizzoni, *Gatekeeper: vecchie idee o nuove soluzioni?*, in *CERIDAP*, 2024, 214 ss.

⁵² Nell'esercizio di tali poteri la Commissione può anche irrogare sanzioni patrimoniali, adottare misure cautelari e accettare impegni. Nel caso in cui gli impegni proposti dall'impresa non venissero ritenuti sufficienti, la Commissione può indicare quali misure ritiene idonee per la conformità agli obblighi da rispettare. In caso di reiterata violazione degli obblighi, la Commissione può imporre anche l'assolvimento di rimedi comportamentali o strutturali, nel rispetto del principio di proporzionalità e delle garanzie procedurali.

⁵³ Dall'esame delle disposizioni del DMA, infatti, si è evince che le Autorità nazionali *antitrust* possano svolgere indagini su eventuali violazioni degli obblighi regolamentari da parte dei *gatekeepers*; le risultanze, tuttavia, devono essere riferite alla Commissione europea affinché eserciti i propri poteri sanzionatori. In tal modo, il regolamento cerca di assicurare il coordinamento delle funzioni e di limitare le sovrapposizioni fra la disciplina *antitrust*, per così dire, ordinaria e le disposizioni del nuovo regolamento.

⁵⁴ Tra l'altro, l'art. 33 del Regolamento prevede che la richiesta debba provenire da almeno tre o più Stati membri.

⁵⁵ In termini, L. Torchia, *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale*, cit., 1107, la quale si sofferma anche su quelle previsioni di regolamento che, invece, sembrano incidere direttamente sul sistema processuale. L'A., infatti, evidenzia che «anche i giudici nazionali, come le autorità nazionali, sono coinvolti nell'obiettivo di assicurare «l'applicazione coerente» del regolamento, al fine di limitare la possibilità di decisioni giurisdizionali in contrasto con quelle adottate dalla Commissione. Il rego-

Il regolamento sui *digital markets*, dunque, contempla un assetto organizzativo per l'esercizio dei poteri di vigilanza e controllo di fatto centralizzato a livello sovranazionale. Le ragioni di questa scelta legislativa, osserva la dottrina, paiono fondarsi su tre elementi: la novità dell'impianto regolatorio, che esige una applicazione uniforme; il numero limitato dei destinatari che, tuttavia, assumo dimensioni transfrontaliere e di rilevante impatto per il mercato europeo; la necessità di evitare livelli disomogenei di regolazione⁵⁶.

Una prospettiva parzialmente differente sembra ispirare, invece, l'assetto dei poteri e della *governance* delineato dal *Digital Service Act* (DSA).

Il DSA prevede espressamente che ogni Stato membro istituisca o individui un Coordinatore nazionale dei servizi digitali (nel nostro caso, infatti, le funzioni sono state attribuite proprio all'AGCom) chiamato a rappresentare tutte le Autorità nazionali competenti ad attuare, nei singoli settori, le disposizioni regolamentari. Ciò, al fine di garantire l'applicazione omogenea e coerente del regolamento rispetto a ciascun settore del mercato oggetto di regolazione.

La nuova disciplina, dunque, attribuisce ai Coordinatori nazionali (solamente) funzioni di vigilanza, ispezione e monitoraggio da esercitarsi, in posizione di indipendenza⁵⁷, secondo canoni di imparzialità, trasparenza e tempestività.

L'assegnazione di tali funzioni, tuttavia, non sembra spogliare la Commissione delle proprie attribuzioni⁵⁸. Si delinea una sorta di competenza concorrente: la Commissione, infatti, è titolare dei medesimi poteri (indagine, ispezione, monitoraggio, sanzione, ecc.)⁵⁹ che può esercitare anche d'ufficio e senza sollecitazione delle Autorità nazionali⁶⁰.

Il regolamento ora in esame, allora, delinea un assetto organizzativo incentrato su un sistema «a rete», rispetto al quale le Autorità nazionali sembrano giocare un ruolo significativo, sia pure in una cornice normativa armonizzata.

lamenteo prefigura, in proposito, un flusso informativo continuo fra i giudici nazionali e la Commissione. I giudici nazionali possono chiedere alla Commissione di trasmettere loro le informazioni in suo possesso o anche di rilasciare un parere sulle questioni rilevanti, con una inedita ipotesi di *amicus curiae*. A sua volta la Commissione può presentare di sua iniziativa osservazioni ai giudici nazionali nel corso del giudizio e comunque gli Stati membri sono tenuti ad inviare alla Commissione tutte le sentenze emesse dai giudici nazionali sull'applicazione del regolamento».

⁵⁶ G. Bruzzone, *Verso il Digital Markets Act: obiettivi, strumenti e architettura istituzionale*, cit., 337.

⁵⁷ Cfr. art. 49 ss., DSA.

⁵⁸ Sulla scorta dei poteri ad essa attribuiti dagli artt. 26 e 114, TFUE.

⁵⁹ Cfr. artt. 67, 68, 69 e 72, DSA.

⁶⁰ Come rilevato, in questa disciplina il potere sanzionatorio è oggetto di competenza concorrente tra Paesi membri e Commissione europea. Sicché, ai Paesi membri è rimesso il potere di stabilire le sanzioni e le penali di mora da applicare in caso di violazione del Regolamento da parte dei prestatori di servizi, secondo i parametri (proporzionalità, effettività e dissuasività) stabiliti dal medesimo Regolamento. I provvedimenti con i quali sono state determinate le misure sanzionatorie devono poi essere notificati alla Commissione. Cfr. R. Sabia, *l'enforcement pubblico del Digital Service Act tra Stati membri e Commissione europea: implementazione, monitoraggio e sanzioni*, cit., 96.

Ma se ciò è vero rispetto all'esercizio di poteri di vigilanza e controllo, sul versante della definizione delle regole – in disparte a quel nucleo rigido di prescrizioni del regolamento che trovano diretta applicazione – l'architettura del DSA sembra privilegiare strumenti di co-regolazione, taluni anche di recente emersione, che proprio in virtù dei poteri accentrati a livello europeo paiono, in un certo senso, smorzare la forza incisiva delle Autorità amministrative indipendenti nell'attività di specificazione, più o meno estesa, delle regole attinenti a ciascun settore regolato.

Tuttavia, questa prospettiva, recentemente sostenuta, non sembra contrassegnata da possibili applicazioni generalizzate.

Invero, pur a fronte della spinta (europea) verso modelli di regolazione che presuppongano il coinvolgimento attivo, in una sorta di logica "corale", di soggetti pubblici e privati, le più recenti manifestazioni dei poteri regolatori delle Autorità indipendenti sembrano delineare, in taluni casi, un vero e proprio sistema di regolazione *ex ante*, diversa da quella *ex post* (o, per meglio dire, di *adjudication*⁶¹) solitamente esercitata dalle Autorità *antitrust*⁶². Perlomeno da parte di quelle *Authorities* che svolgono una funzione regolatoria concretamente preordinata ad orientare i comportamenti nel mercato (*ex ante*, per l'appunto). Fenomeno, questo, che pare assumere connotati ancor più marcati nell'alveo di quei settori che, come anticipato, non nascono nell'ambiente digitale ma che in esso trovano attualmente concreto sviluppo e le cui correlate discipline giuridiche possono ritenersi funzionali all'inveramento dei canoni di correttezza, trasparenza e concorrenza positivizzati anche dai richiamati regolamenti.

Prima ancora di evidenziare taluni esempi utili ad avvalorare la prospettiva appena evocata, pare opportuno mettere in rilievo i caratteri essenziali dei modelli di co-regolazione e di regolazione pubblica (propriamente intesa) individuati dai richiamati regolamenti.

3.1. Segue: co-regolazione ed etero-regolazione: dal GDPR al pacchetto digitale

⁶¹ Sulla consistenza dell'attività di *adjudication*, anche rispetto alle differenze con l'attività sanzionatoria, cfr., almeno, M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., spec. 85 ss.; E.L. Camilli, M. Clarich, *Poteri quasi-giudiziali delle Autorità indipendenti*, in Aa.Vv., *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, M. D'Alberti, A. Pajno (a cura di), Bologna, 2010, 107 ss., spec. 133-134; V. Minervini, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle Autorità indipendenti*, in *Conc. mercato*, 2013, 163 ss.; M. Trimarchi, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in M. Allena, S. Cimini (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. econ.*, 2013, 85 ss. e *ivi* anche le riflessioni di G.A. Primerano, *Il procedimento sanzionatorio della Commissione per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, 354 ss.

⁶² Cfr. G. Colangelo, *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Merc. conc. regole*, 2016, 1 ss.

La discussione sui modelli di regolazione delle attività che si svolgono nei mercati digitali, principalmente incentrata sulla contrapposizione tra etero-regolazione (pubblica) e auto-regolazione (privata)⁶³, ha alimentato l'idea, maturata nel contesto euro-unitario, dei benefici derivanti dalla c.d. co-regolazione, quale forma di regolazione «ibrida»⁶⁴ che vede il coinvolgimento del pubblico e del privato nella definizione di regole attinenti a sistemi in repentina e costante evoluzione.

Rispetto a tale tipologia di regolazione, tuttavia, diversi sono i ruoli assunti dall'Autorità pubblica e dai privati. Infatti, alle decisioni pubbliche è assegnata la funzione di definire i valori giuridici e gli obiettivi che i privati (operatori, anche economici, digitali) devono perseguire. Ai soggetti regolati, invece, spetta il compito di fissare, su base volontaria, le norme «auto-limitanti» (attraverso, ad esempio, i c.d. codici di condotta⁶⁵) sulla scorta dei principi generali individuati attraverso la funzione di regolazione pubblicistica.

⁶³ La contrapposizione tra etero-regolazione e auto-regolazione deriva, ovviamente, dalla dicotomia tra etero-normazione e autonomia normativa privata, sulla quale la riflessione giuridica è risalente. In generale sul tema cfr., già, le riflessioni di F. Santoro-Passarelli, *Autonomia collettiva* voce, in *Enc. dir.*, vol. IV, 1959, 365 ss. Cfr., altresì, lo studio di G. De Minico, *Regole. Comando e consenso*, Torino, 2004, spec. 62 ss.

⁶⁴ Così, A. Simoncini, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, cit., 1031-1032. L'A. evidenzia che la co-regolazione, nell'impostazione tracciata dalla *Better Regulation Strategy* (cfr. comunicazione della Commissione al Parlamento europeo al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, «Legiferare meglio: unire le forze per produrre leggi migliori», COM(2021)219 final) e dal più recente *Better Regulation Toolbox* approvato dalla Commissione nel novembre 2021, si contrappone alle altre forme di regolazione, quali le misure di *hard-law* (atti giuridicamente vincolanti, tra cui direttive, regolamenti, ecc.), le misure di carattere educativo e informativo e gli strumenti di carattere economico. Lo stesso *Better Regulation Toolbox*, infatti, qualifica la co-regolazione anche in termini di regolazione «collaborativa», idonea a «combinare i pregi di diversi approcci e minimizzarne, in tal modo, i difetti».

⁶⁵ I codici di condotta – quali strumenti funzionali ad orientare i comportamenti degli operatori commerciali e ad elidere forme più o meno ampie di disinformazione – non trovano la propria genesi nel contesto digitale, ma in quello relativo alla c.d. *corporate social responsibility*. Sul tema cfr. O. Pollicino, *Asimmetrie valoriali transatlantiche tra self-regulation, hard law e co-regolazione (ovvero sul se e sul come regolamentare le strategie contro la disinformazione on line)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2023, 223 ss. L'A. evidenzia che «la ragione della genesi all'interno dell'ambito societario è duplice. In primo luogo, codificare le regole operazionali relative al loro operato interno alla società, dall'altro, sul fronte esterno e per ragioni legate alla dimensione reputazionale, dimostrare come l'assetto societario si sia dotato di principi organizzativi conformemente alle *best practice* in materia di tutela dei diritti fondamentali in gioco, facendo riferimento ai principi e valori sia etici che giuridici generalmente riconosciuti. Tutto questo, ovviamente su base volontaria». Sono, dunque, strumenti che i soggetti privati (regolati), in forma individuale o collettiva (organismi o enti esponenziali di categoria), adottano su base volontaria per orientare le proprie attività conformemente ai principi e alle regole generali definite dall'Autorità pubblica. Sicché, essi possono considerarsi espressione di *self-regulation* (o, per meglio dire, di *enforced self-regulation*). Così, R. Baldwin, M. Cave, *Understanding Regulation – Theory, Strategy and Practice*, cit., 39-40, i quali rilevano che «self-regulation can be classified as 'enforced' when it is subject to a form of governmental structuring or oversight... [i.e.] organizations make their own rules but have to submit them to public agencies for approval». Cfr., altresì, D.L. Jiménez, E.C. Dittmar, J.P. Vargas Portillo, *New Directions in Corporate Social Responsibility and Ethics: Codes of Conduct in the Digital Environment*, in *Journal of Business Ethics*, 2021, 5 ss. Va evidenziato, inoltre, che il presupposto che assegna validità alle regole auto-imposte è la liceità delle previsioni, e cioè che le stesse non debbano porsi in contrasto con le norme e i principi, pur di carattere generale, fissati dal potere pubblico. Sul tema cfr. anche le riflessioni di F. Cafaggi, *Un diritto privato europeo della regolazione? Coordinamento*

È in virtù di tale dinamica che la dottrina assegna agli strumenti di *co-regulation* una connotazione marcatamente *soft*⁶⁶, in ragione della capacità di conciliare regole a carattere vincolante con una applicazione flessibile.

La co-regolazione, pertanto, è sostanzialmente funzionale a correggere l'asimmetria informativa esistente tra regolatore e regolato⁶⁷. Ciò che si verifica, in altri termini, pare essere una sorta di autoregolazione veicolata da quei principi generali e da regole (attinenti agli obiettivi) contenute in atti normativi o regolamentari (quindi, di *hard law*), che trovano definizione in sede pubblicistica.

V'è da osservare, inoltre, che nello schema di co-regolazione definito, non già di recente, in sede europea il ruolo del pubblico potere non si limita alla individuazione della cornice normativa entro la quale si dovrà innestare la regolamentazione privata dei comportamenti nel mercato. Le Autorità pubbliche, al contrario, sono titolari di funzioni eterogenee, quali quella di controllo sulla corretta osservanza delle prescrizioni, quella sanzionatoria nei casi di riscontrata violazione e di risoluzione quasi-giudiziale delle controversie (*adjudication* vera e propria), e non da ultimo quella di possibile recepimento delle codificazioni private in atti regolamentari di natura formalmente pubblicistica.

Diversi sono i settori rispetto ai quali l'applicazione di forme di co-regolazione è stata oggetto di studio.

Si pensi, ad esempio, alla normativa in materia di protezione dei dati personali e, in particolare, al c.d. GDPR⁶⁸ nel quale i richiamati codici di condotta sono considerati strumenti privilegiati per l'attuazione degli obblighi individuati dal regolamento.

Il sistema delineato dal GDPR, invero, è volto a disciplinare in modo organico il trattamento dei dati personali nello spazio giuridico europeo e non già l'uso delle tecnologie. È ormai noto, tuttavia, che nell'attuale contesto socio-economico i "luoghi" di *business* maggiormente impattanti per l'utilizzo, talvolta lesivo,

tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi, in *Pol. dir.*, 2004, 205 ss.; nonché di S. Sileoni, *Autori delle proprie regole. I codici di condotta per il trattamento dei dati personali e il sistema delle fonti*, Padova, 2011, spec. 34 ss.

⁶⁶ A. Simoncini, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, cit., 1033.

⁶⁷ *Ibidem*, ove l'A. osserva che «la premessa da cui deriva l'idea della co-regolazione è che la tecnologia digitale sia caratterizzata da un mix tale di complessità specialistica e rapidità evolutiva che in molti casi solo i destinatari stessi delle norme sono in possesso delle conoscenze necessarie a svolgere il compito normativo». In questo senso l'A. parla di «capovolgimento del diritto», riprendo la prospettiva tracciata da A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, spec. 31-33. Più di recente cfr. E. Cremona, *Fonti private e legittimazione democratica nell'età della tecnologia*, in *Dir. pubbl. comp. eur. - online*, 2022, 1235 ss.

⁶⁸ Regolamento n. 2016/679/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riferimento al trattamento dei dati personali e alla libera circolazione dei dati, oggetto di recenti innovazioni anche a seguito dell'approvazione del reg. n. 2022/868/UE (*Data Government Act*), istitutivo di una rete per la condivisione dei dati pubblici e privati, e del reg. n. 2023/2854/UE (*Data Act*).

dei dati personali siano proprio quelli che fanno uso di piattaforme digitali e, da ultimo, di sistemi di intelligenza artificiale⁶⁹.

In questo scenario, come del resto prevede il medesimo GDPR, ruolo propulsivo per la promozione dei codici di condotta anche rispetto all'utilizzo della tecnologia è affidato alle Autorità pubbliche, nazionali ed europee, e tra queste le Autorità amministrative indipendenti, alle quali sono anche attribuite funzioni di controllo sia preventivo che successivo⁷⁰.

Ora, se questi possono ritenersi i caratteri di ordine generale del sistema di co-regolazione, i più recenti interventi del legislatore europeo, già richiamati, volti a ridefinire il quadro di obblighi per gli operatori digitali introducono rilevanti novità in materia.

Pare opportuno, quindi, soffermarsi brevemente sulle forme di regolazione delineate dal *Digital Service Act* e dal *Digital Market Act* e, in particolare, sulle funzioni attribuite alle istituzioni pubbliche e, per quel che rileva ai nostri fini, alle Autorità indipendenti.

Nel DSA si legge un modello di co-regolazione che si differenzia da quello pocanzi menzionato. Oltre a prevedere forme di co-regolazione diverse dai già noti codici di condotta – tra cui le c.d. norme volontarie e i più innovativi protocolli di crisi – il DSA sembra mutare oltremodo l'assetto di funzioni attribuite alle Autorità pubbliche.

Come già evidenziato, la funzione amministrativa – preordinata a stigmatizzare, anche attraverso il coinvolgimento attivo delle parti interessate (organizzazioni, piattaforme di piccole o grandi dimensioni, altre autorità pubbliche) nella definizione dei codici di condotta, il verificarsi di rischi sistemici⁷¹ – viene accentrata a livello europeo, in capo alla Commissione⁷². La Commissione, infatti, non esercita solo una funzione promozionale affinché le piattaforme o, in generale, i prestatori di servizi di intermediazione si dotino di un codice di condotta

⁶⁹ Sul tema si veda l'analisi recente di G. De Gregorio, F. Paolucci, *Dati e intelligenza artificiale all'intersezione tra mercato e democrazia*, in Aa.Vv., *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, E. Cremona, F. Laviola, V. Pignatelli (a cura di), Torino, 2022, spec. 109 ss.

⁷⁰ Osserva A. Simoncini, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, cit., 1037, che nel modello di co-regolazione del GDPR, «il controllo da parte delle istituzioni pubbliche di volta in volta coinvolte è obbligatorio». L'art. 40, § 5, GDPR, prevede, infatti, che chiunque voglia adottare un codice di condotta o modificarne uno esistente deve sottoporlo previamente all'Autorità chiamata a valutare se il codice offre garanzie adeguate. La richiamata disposizione prevede altresì che in ragione della possibile efficacia extra-statale del codice, la Commissione europea possa attribuire allo stesso efficacia generale e recepirne le prescrizioni in una disposizione legislativa.

⁷¹ In dottrina, tra l'altro, la funzione di promozione è stata definita «rinforzata» rispetto a casi in cui possa emergere, appunto, un rischio sistemico. A. Simoncini, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, cit., 1036.

⁷² Va osservato, in ogni caso, che il DSA distingue le prescrizioni sulla base della dimensione dei destinatari. Si distinguono, pertanto, norme di applicazione generale, norme che si applicano a piattaforme di grandi dimensioni (le c.d. *Very Large Online Platforms* – VOLPS) e norme che si applicano a tutte le piattaforme *online* (tranne quelle di piccole dimensioni). Cfr. art. 25, DSA.

nel rispetto delle norme di indirizzo definite dal regolamento, ma svolge altresì un ruolo attivo nella definizione nel merito delle regole. A questa funzione, poi, si associa quella di controllo (di tipo sostanziale)⁷³ rimessa alla stessa Commissione europea ed esercitata per il tramite dei Coordinatori nazionali dei servizi digitali⁷⁴.

Si discosta da tale assetto il modello regolatorio individuato *Digital Market Act*⁷⁵. Trattasi, al contrario, di una funzione regolatoria esercitata *ex ante* – diversa pure da quella che storicamente connota la regolazione *antitrust* a livello europeo – nei confronti di operatori (che agiscono nel mercato attraverso strumenti digitali) qualificati in termini di *gatekeeper*, funzionale ad evitare condotte distorsive della concorrenza, abbattere le barriere di ingresso nei mercati digitali, accrescere gli obblighi di trasparenza nei confronti dei consumatori.

Anche il DMA, tuttavia, attribuisce ampi margini di intervento alla Commissione europea, chiamata non soltanto a stabilire gli obblighi e le condotte che le piattaforme digitali, previamente identificate, sono tenute a rispettare, ma anche a compiere verifiche sulla loro osservanza, indagini e accertamenti di mercato e, non da ultimo, infliggere sanzioni.

Ora, pur nelle differenze dei modelli regolatori individuati, il profilo che, tuttavia, sembra accomunare la struttura dei regolamenti in esame – e che assume rilevanza per l'analisi che qui si conduce – attiene alla titolarità delle funzioni amministrative.

Nel complessivo sistema delineato dal pacchetto digitale il ruolo delle Autorità pubbliche nazionali – e, in particolare, delle Autorità indipendenti – è divenuto marginale, o perché le regole sono poste direttamente dalla Commissione europea; ovvero perché si privilegiano forme di regolazione condivisa (pubblico-privato), rispetto alle quali la funzione delle Autorità di regolazione nazionali (e neanche

⁷³ La funzione di monitoraggio sull'applicazione del codice di condotta e sul conseguimento degli obiettivi è attribuita al Comitato europeo per i servizi digitali, qualificato in termini di gruppo consultivo indipendente dei coordinatori dei servizi digitali. Cfr. art. 62, DSA. Sulla struttura e sulle funzioni cfr. l'analisi di M. Orofino, *Il Digital Service Act tra continuità (solo apparente) e innovazione*, in Aa.Vv., *La regolazione europea della società digitale*, F. Pizzetti (a cura di), Torino, 2024, 133 ss.

⁷⁴ Il d.l. 15 settembre 2023, n. 123, conv. in l. 13 novembre 2023, n. 159, ha attribuito all'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni (AGCom) il ruolo di Coordinatore nazionale per i servizi digitali. L'Autorità, infatti, è responsabile della vigilanza e dell'applicazione del DSA; garantisce il coordinamento con le altre Autorità nazionali competenti incaricate della vigilanza e dell'applicazione delle disposizioni; esercita funzioni di accreditamento e certificazione di soggetti esterni (segnalatori attendibili, organismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie, ricercatori abilitati); svolge attività di monitoraggio e di *reporting*; coopera con gli altri DSC, con la Commissione europea e con il Comitato europeo per i servizi digitali nelle attività di vigilanza e nell'applicazione del Regolamento.

⁷⁵ Si tratta di una disciplina che potrebbe incidere in modo rilevante sull'attuale regime concorrenziale, poiché, invece di mantenere la logica, la struttura e l'approccio delineato dagli art. 101 e 102, TFUE, appresta una regolazione *ad hoc*, definita in dottrina «a cavallo» tra quella delineata in sede europea per la protezione dei dati e quella *antitrust*. Cfr. M. Orofino, *op. cit.*, 175.

tutte, perché rispetto al contesto digitale è stato individuato addirittura un Coordinatore nazionale) si risolve sul piano della vigilanza e del monitoraggio, e non già (o forse non più) in quella che attiene alla definizione (o specificazione) delle regole di settore calibrate in relazione al mutevole assetto degli interessi.

Epperò, se questa è la prospettiva maggiormente avvalorata in dottrina, le più recenti declinazioni della regolazione indipendente mostrano come, in realtà, le Autorità indipendenti, pur adattandosi all'assetto ordinamentale in continua trasformazione, cerchino di guadagnare spazi più o meno ampi di intervento e di contrastare, in un certo senso, quelle spinte centrifughe che volgono, da un lato, verso lo svuotamento di poteri *stricto sensu* regolatori in favore di funzioni meramente «esecutive»; per l'altro, nel senso di far capitolare l'attività pubblica di regolamentazione dei mercati in favore di regole di principio poste a livello sovranazionale attuate in concreto attraverso forme di auto-normazione privata.

L'individuazione di talune delle più attuali forme di regolazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nell'ambito dei mercati digitali – che non sembra risolversi sul piano del coordinamento dell'attività di vigilanza – potrebbero allora consentire di riflettere anche su profili di ordine generale, che si proverà a tracciare *infra*.

4. *AGCom e «regolazione» dei servizi digitali: libertà fondamentali, diritto d'autore e influencer marketing*

L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCom) è stata istituita con l. n. 249/1997 a seguito della soppressione del Garante per la radiodiffusione e l'editoria di cui ha ereditato le competenze.

Non pare proficuo soffermarsi, in questa sede, sulle competenze dell'*Authority* e sui caratteri delle funzioni, già oggetto di compiute riflessioni in dottrina⁷⁶.

⁷⁶ In dottrina, sulle funzioni dell'AGCom – anche rispetto alle competenze attribuite al *Body of European Regulators for Electronic Communications* (BEREC) – cfr., almeno, R. Pirozzi, *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni in Italia e Federal Communications Commission negli Stati Uniti: analogia di funzioni e diversità di impianti istituzionali*, in *Arch. giur.*, 2004, 281 ss.; P. Mazzella, *Agcom: garanzie anche per i cittadini*, in *Parl. reg.*, 2004, 201 ss.; L. Saltari, *La regolazione asimmetrica nelle comunicazioni elettroniche tra Agcm, Agcom e giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1212 ss.; D. Sorvillo, *La tutela degli utenti nei servizi di telecomunicazioni: i diversi orientamenti del regolatore e del giudice amministrativo*, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2009, 1488 ss.; P. Chirulli, *Tutela del diritto d'autore "online" e regolazione amministrativa nel Regno Unito*, in *AIDA*, 2014, 23 ss.; *ivi*, M. Ramajoli, *Pluralità e coordinamento tra le istituzioni titolari di poteri di "enforcement" amministrativo del diritto d'autore*, 88 ss.; I. Perna, "Authorities" e contratto. *Considerazioni sull'eteronomia regolamentare dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, in *Nuove autonomie*, 2017, 113 ss.; P. Otranto, "Net neutrality" e poteri amministrativi, in *Federalismi.it*, 2019, 1 ss. Più di recente cfr. E. Albanesi, A. Valastro, R. Zaccaria, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2023, spec. 125 ss.

Con specifico riferimento alla regolazione di servizi e mercati digitali, v'è da rilevare che – in relazione alle funzioni ad essa attribuite nei settori delle comunicazioni elettroniche⁷⁷, dei contenuti audiovisivi, dei servizi postali e della tutela del diritto d'autore – l'*Autorità* ha rivestito un ruolo guida⁷⁸ nell'applicazione concreta delle regole poste a presidio dell'utilizzo proficuo dei sistemi digitali nello spazio economico e giuridico europeo, al fine di scongiurare possibili lesioni di diritti e libertà fondamentali.

Diversamente a quanto da taluni prospettato⁷⁹, poi, l'assetto attuale delle funzioni dell'AGCom non sembra risolversi sul terreno della vigilanza collaborativa inerente al rispetto delle regole generali poste a livello europeo (soprattutto nella nuova veste di Coordinatore nazionale dei servizi digitali).

Invero, sulla scorta dei poteri ad essa attribuiti dalla richiamata l. n. 249/1997 e dalle discipline di settore⁸⁰, la strategia perseguita dall'Autorità sembra spingersi verso un rafforzamento di quell'attività di regolazione indipendente *ex ante* che nel nuovo schema euro-unitario, perlomeno rispetto al governo dei servizi digitali, sembra attinta da una parabola discendente. E ciò, soprattutto, con riferimento a settori di propria competenza rispetto ai quali l'utilizzo di sistemi informatici o di IA potrebbe incidere in senso negativo.

Per cercare di cogliere la portata applicativa di un contesto regolatorio ancora *in nuce*, pare opportuno analizzare – nei tratti essenziali – tre recenti iniziative dell'AGCom, in particolare: il regolamento in materia di tutela dei diritti fondamentali della persona nell'ambito dei servizi di media audiovisivi; la modifica del regolamento in materia di tutela del diritto d'autore *online*; le c.d. linee guida *influencer*.

Il regolamento in materia di tutela dei diritti fondamentali della persona⁸¹ si innesta nell'ambito della recente riforma dei servizi di media audiovisivi di cui al

⁷⁷ Sul riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri e sull'assetto organizzativo in materia cfr. R. Perez, *Comunicazioni elettroniche*, in Aa.Vv., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), I, Milano, II ed., 2007, 783 ss.

⁷⁸ R. Viola, *Prefazione. La riforma del quadro normativo dell'audiovisivo tra mercato unico digitale e valori fondamentali*, in Aa.Vv., *La riforma del mercato audiovisivo europeo*, G.B. Abbamonte, E. Apa, O. Pollicino (a cura di), Torino, 2019, XI.

⁷⁹ G. Bonadio, *L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nel nuovo ecosistema digitale*, in Aa.Vv., *Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali. La regolazione dei mercati in trasformazione*, L. Ammannati, A. Caneпа, G. Greco, U. Minneci (a cura di), cit., 41 ss.

⁸⁰ Cfr., in particolare, d.lgs. n. 207/2021, recante «Attuazione della direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018 che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche (rifusione)»; d.lgs. n. 208/2021, recante «Attuazione della direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri, concernente il Testo unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato».

⁸¹ Cfr. All. A, delibera n. 37/2023/CONS, recante «Regolamento in materia di tutela dei diritti fondamentali della persona ai sensi dell'articolo 30 del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 208 (Testo Unico dei

d.lgs. n. 208/2021 (c.d. testo unico dei servizi di media audiovisivi). Attraverso Il TUSMA – sulla scorta delle disposizioni di cui alla direttiva n. 2018/1808/UE⁸² – sono state introdotte regole preordinate a garantire la tutela effettiva dei diritti fondamentali della persona nell'ambito di programmi di informazione e intrattenimento.

In particolare, nel rispetto del principio di non discriminazione, della libertà editoriale e del diritto di libera manifestazione del pensiero e di cronaca si prevede che «ciascun fornitore di servizi media è tenuto a garantire la completezza dell'informazione e l'assenza di discorsi d'odio»⁸³.

Un ruolo propulsivo nell'applicazione delle disposizioni normative è attribuito proprio all'AGCom, attraverso l'esercizio di una funzione strettamente regolatoria. Il d.lgs. n. 208/2021, infatti, conferisce espressamente all'Autorità il potere di determinare, con apposito regolamento, i criteri vincolanti preordinati a indirizzare la programmazione dei fornitori dei servizi di media audiovisivi nella prospettiva di prevenire la violazione di diritti fondamentali della persona⁸⁴. A

servizi di media audiovisivi)».

⁸² Cfr. dir. n. 2018/1808/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, recante «modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato».

⁸³ Invero, già l'art. 4, co. 1, del testo unico, stabilisce che il rispetto della dignità umana, del principio di non discriminazione e di contrasto ai discorsi d'odio è un principio generale del sistema dei servizi di media audiovisivi. Il principio trova attualmente declinazione anche nell'art. 4, co. 1, del reg. AGCom. L'Autorità, infatti, nell'esercizio dei compiti ad essa affidati dalla legge, assicura il rispetto dei diritti fondamentali della persona nel settore delle comunicazioni, anche mediante servizi di media audiovisivi o radiofonici ed esercita i propri poteri in conformità agli obiettivi della dir. n. 2018/1808/UE, in «particolare per quanto attiene alla non discriminazione». Cfr. art. 9, d.lgs. n. 208/2021.

⁸⁴ Cfr. art. 30, co. 2, d.lgs. n. 208/2021, che amplia gli strumenti a disposizione dell'Autorità in materia di tutela dei diritti fondamentali della persona e di contrasto ai discorsi d'odio demandando alla medesima la definizione, con un apposito regolamento, di idonei criteri vincolanti al fine di indirizzare la programmazione dei fornitori dei servizi di media audiovisivi in modo da prevenire la violazione dei divieti previsti dal co. 1 della medesima norma. Attualmente i criteri vincolanti sono definiti dall'art. 4, co. 2, reg. AGCom., ove espressamente si prevede che: «a) i programmi di informazione e di intrattenimento non devono contenere espressioni verbali o para-verbali, immagini o elementi grafici suscettibili, in maniera diretta o indiretta, di istigare a commettere reati o effettuare apologia degli stessi nonché di offendere la dignità umana, diffondere, incitare, propagandare oppure di giustificare, minimizzare o in altro modo legittimare la violenza, l'odio o la discriminazione e offendere la dignità umana nei confronti di un gruppo di persone o un membro di un gruppo sulla base di uno dei motivi di cui all'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, soprattutto nel caso di gruppi di minoranza o discriminati in virtù delle loro caratteristiche distintive, in un'ottica di bilanciamento di valori di pari rango, quali la libertà di manifestazione del pensiero e la tutela dei diritti della persona; b) i programmi di informazione e di intrattenimento non devono contenere elementi suscettibili di determinare, in maniera diretta o indiretta, la deresponsabilizzazione dell'autore o la corresponsabilizzazione della vittima di violenza, di odio, di discriminazione o di lesione della dignità umana; nonché suscettibili di determinare in maniera diretta o indiretta qualsiasi altra forma di vittimizzazione secondaria o effetto di romanticizzazione, estetizzazione o eroticizzazione di dette condotte; c) in considerazione del contesto della trattazione, la diffusione di notizie e la trattazione di temi che possono riguardare soggetti a rischio di discriminazione devono conformarsi a criteri di verità, essenzialità e contenenza della notizia evitando il riferimento a dati relativi alla sfera privata delle persone quali l'origine etnica o sociale, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura non rilevanti o pertinenti ai fini della cronaca; d) deve essere assicurato da parte dei direttori dei programmi e

tali funzioni, si correla un potere di vigilanza⁸⁵ e di sanzione⁸⁶ da attivarsi – secondo le disposizioni del testo unico – nei casi di riscontrata violazione delle prescrizioni legislative e di quelle introdotte dalla stessa Autorità.

In una prospettiva di rafforzamento dell'attività di regolazione (*ex ante*) delle condotte poste in essere attraverso sistemi digitali, si inserisce anche la più recente modifica del regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica⁸⁷.

Va evidenziato, anzitutto, che l'emanazione di questo regolamento ha suscitato un acceso dibattito in dottrina e giurisprudenza, soprattutto con riferimento alla titolarità di un potere regolamentare dell'*Autority in subiecta* materia.

Invero, in assenza di una esplicita disposizione di legge attributiva di tale potere, si è dapprima fatto riferimento all'art. 182-*bis*, co. 1, l. n. 633/1941, introdotto dall'art. 11, l. n. 248/2000⁸⁸, che ha conferito all'AGCom funzioni di vigilanza per la prevenzione e l'accertamento delle violazioni attinenti alla normativa in materia di diritto d'autore⁸⁹. In altre ricostruzioni⁹⁰ si richiamano le dispo-

conduttori il tempestivo discostamento e riparazione rispetto alle dichiarazioni lesive della dignità della persona, dai discorsi d'odio o dalle forme comunicative inneggianti a violenza o alla commissione di reati, non prevedibili e inevitabili, o avvenuti in un contesto non sottoponibile a preventivo controllo del fornitore di servizi media».

⁸⁵ Attività che può essere espletata d'ufficio ovvero su segnalazione da parte di associazioni rappresentative di interessi o altre organizzazioni rappresentative degli interessi degli utenti e da associazioni ed enti statutariamente impegnate nella lotta alla discriminazione e nella tutela dei diritti fondamentali della persona. Cfr. art. 7 (Vigilanza e segnalazioni), reg. n. 37/2023/CONS.

⁸⁶ Le sanzioni, di carattere pecuniario, e i meccanismi di irrogazione trovano attualmente definizione nell'art. 30 e 67, d.lgs. n. 208/2021 e nell'art. 8, reg. n. 37/2023/CONS. Sul tema va, altresì, rilevato che l'art. 41, co. 9, d.lgs. n. 208/2021, demanda all'Autorità la definizione con proprio regolamento della procedura per l'adozione dei provvedimenti previsti dal co. 7 della medesima norma con i quali può essere anche limitata «la libera circolazione di programmi, video generati dagli utenti e comunicazioni commerciali audiovisive veicolati da una piattaforma per la condivisione di video» per fini di «lotta contro l'incitamento all'odio razziale, sessuale, religioso o etnico, nonché contro la violazione della dignità umana».

⁸⁷ Cfr. delibera n. 680/13/CONS, recante il «Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70», per come sostituito dalla delibera n. 189/2023/CONS.

⁸⁸ Cfr. M. Ramajoli, *Pluralità e coordinamento tra le istituzioni titolari di poteri di enforcement amministrativo del diritto d'autore*, cit., 91.

⁸⁹ Da esercitare, in base alle rispettive competenze, di concerto con la SIAE (nella qualità di gestore dei diritti d'autore). Sul tema cfr. A. Pirozzoli, *L'iniziativa dell'AGCOM sul diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica*, in *Rivista AIC*, 2011, 1 ss. Con riferimento all'attività di gestione dei diritti d'autore, pare d'interesse segnalare, pur esulando dal campo d'indagine delle presenti note, che la disciplina interna in materia di diritto d'autore è stata oggetto di una recente pronuncia della Corte di Giustizia UE in ordine al contrasto tra il d.lgs. n. 35/2017 e la dir. n. 2014/26/UE (c.d. direttiva *Barnier*), nella parte in cui il primo non ha provveduto ad una completa liberalizzazione del mercato del diritto d'autore. Corte Giust., 21 marzo 2024, C-10/22, *Soundreef c. Italia*, sottolinea infatti che la normativa nazionale italiana, nella misura in cui non consente alle entità di gestione indipendenti stabilite in un altro Stato membro di prestare in Italia i servizi di gestione dei diritti d'autore, limitando il mercato attraverso un regime di esclusiva in favore della SIAE, ovvero nei confronti di soggetti privati senza scopo di lucro, costituisce una restrizione alla libera prestazione dei servizi.

⁹⁰ Cfr. P. Costanzo, *Quale tutela del diritto d'autore in internet?*, in *Giur. cost.*, 2015, 2343 ss.

sizioni del d.lgs. n. 70/2003⁹¹, di recepimento della direttiva n. 31/2000/CE in materia di commercio elettronico. Vi è anche chi ha richiamato l'art. 32-*bis*, d.lgs. n. 177/2005 che nel settore dei media audiovisivi vieta ai prestatori di servizi di diffondere programmi coperti dal diritto d'autore e attribuisce all'Autorità di settore il potere di emanare disposizioni regolamentari necessarie a rendere effettiva l'osservanza del divieto⁹².

La questione, volta a legittimare i poteri a «maglie larghe» esercitati dall'*Autorità* è stata vagliata anche dal giudice amministrativo⁹³ secondo il quale, ai fini dell'individuazione del fondamento legislativo del potere regolamentare dell'AGCom in materia, sarebbe dirimente la disposizione di cui al richiamato art. 182-*bis*, l. n. 633/1941 – da guardare in un'ottica di sistema con le disposizioni del d.lgs. n. 70/2003 – che riconosce espressamente all'Autorità compiti di regolamentazione e di vigilanza nel settore del diritto d'autore, tra i quali rientra anche l'esercizio di poteri inibitori e sanzionatori.

Tale interpretazione del giudice amministrativo è stata criticata in dottrina⁹⁴, dal momento che la funzione di vigilanza non sembrerebbe sufficiente a giustificare l'esercizio di un potere sostanzialmente normativo idoneo ad incidere in modo diretto sulle posizioni giuridiche dei destinatari. Secondo questa impostazione, infatti, il potere di vigilanza si esaurirebbe in una attività ispettiva, volta a verificare l'osservanza delle norme poste a presidio del diritto d'autore, e non

⁹¹ Si è fatto riferimento, in particolare, agli artt. 14, co. 3, 15, co. 2 e 16, co. 3 ove si prevede che l'Autorità di vigilanza possa, al pari dell'Autorità giudiziaria, pretendere che il prestatore di servizi sulla rete di comunicazione elettronica cessi la condotta violativa delle disposizioni legislative.

⁹² L'art. 32-*bis*, come modificato dall'art. 6, d.lgs. n. 44/2010, dispone che «1. Le disposizioni del presente testo unico non sono in pregiudizio dei principi e dei diritti di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 68, recante attuazione della direttiva 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, e al decreto legislativo 16 marzo 2006, n. 140, recante attuazione della direttiva 2004/48/CE, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale. I fornitori di servizi di media audiovisivi assicurano il pieno rispetto dei principi e dei diritti di cui alla legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, indipendentemente dalla piattaforma utilizzata per la trasmissione di contenuti audiovisivi. 2. I fornitori di servizi di media audiovisivi operano nel rispetto dei diritti d'autore e dei diritti connessi, ed in particolare: a) trasmettono le opere cinematografiche nel rispetto dei termini temporali e delle condizioni concordate con i titolari dei diritti; b) si astengono dal trasmettere o ritrasmettere, o mettere comunque a disposizione degli utenti, su qualsiasi piattaforma e qualunque sia la tipologia di servizio offerto, programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale di terzi, o parti di tali programmi, senza il consenso di titolari dei diritti, e salve le disposizioni in materia di brevi estratti di cronaca. 3. L'Autorità emana le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti di cui al presente articolo». In dottrina cfr. M. Renna, *Le questioni di legittimità del regolamento dell'AGCOM sulla tutela del diritto d'autore online*, in *AIDA*, 2014, 111 ss.

⁹³ Cfr. T.A.R. Lazio – Roma, sez. I, 30 marzo 2017, n. 4101. Per un commento alla decisione del giudice amministrativo cfr. la riflessione di P. Pantalone, *L'arbitro delle controversie sul diritto d'autore online supera il vaglio del giudice amministrativo*, in *Riv. dir. media*, 2017, 161 ss.

⁹⁴ Cfr. F. Goisis, *Profili di legittimità nazionale e convenzionale europea della repressione in via amministrativa delle violazioni del diritto d'autore sulle reti comunicazione elettronica: il problema dell'enforcement*, in *AIDA*, 2014, 183 ss. Più di recente cfr. P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 187-188.

anche in un'attività propriamente normativa e finanche para-giurisdizionale⁹⁵, che travalicherebbe, in assenza delle idonee garanzie procedimentali, il perimetro della singola vicenda da regolare.

Seguendo la summenzionata prospettiva dottrinarica, questo potere sostanzialmente normativo non potrebbe ritenersi legittimato neanche attraverso il ricorso alla nota teoria dei poteri impliciti⁹⁶. In tali casi, infatti, i poteri dell'*Authority* inciderebbero in maniera assai rilevante, oltre che sulla legalità-garanzia, anche sulla legalità-procedurale, in relazione alla de-quotazione degli strumenti di partecipazione che, al contrario, si mostrano come necessari nel procedimento di adozione di un atto di regolazione, non suscettibile, quest'ultimo, di applicazioni generalizzate⁹⁷.

E invece, con la più recente delibera n. 189/23/CONS⁹⁸ l'AGCom – proprio in virtù di poteri impliciti volti, in un certo senso, a compensare il *deficit* di

⁹⁵ S. Lucattini, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013, spec. 215 ss.

⁹⁶ Le riflessioni scientifiche sui c.d. poteri impliciti sono numerose. Sicché, anche per lo spessore giuridico di un tema ancora denso di implicanze, non è possibile anche solo sintetizzare in questa sede le varie prospettive offerte in dottrina. Per quel che qui rileva, con specifico riferimento ai poteri delle *Authorities*, cfr. le riflessioni di G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i poteri impliciti*, in *Dir. amm.* 2007, 703 ss., ove osserva che «il ricorso alla tesi dei poteri impliciti è quasi fisiologico». L'A. evidenzia, infatti, che «con riguardo ai poteri regolamentari, il ricorso al criterio degli *implied powers* serve ad individuare i confini esterni della “competenza” o in altre parole l'estensione di un potere (appunto regolamentare) sicuramente attribuito dalla legge»; ciò, a differenza del potere provvedimentale, rispetto al quale l'esame si basa sulla esistenza stessa della competenza ad esercitare quello specifico potere. In tal senso cfr., altresì, P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici di legalità*, cit., 142 ss. Più di recente cfr. le riflessioni di A. Marra, *I poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2023, 33 ss. In ordine alla compatibilità del ricorso alla teoria dei poteri impliciti da parte delle Autorità indipendenti si è più volte espresso anche il giudice amministrativo. Si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532; nonché, Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4993.

⁹⁷ Così, già, N. Bassi, *A volte (per fortuna) ritorna: il principio di legalità dell'azione amministrativa fra regole costituzionali e normativa comunitaria*, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2002, 1906 ss. In giurisprudenza cfr. Cons. St., sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827.

⁹⁸ Recante «Modifiche al regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70 di cui alla delibera 680/13/CONS», pubblicata il 31 luglio 2023, nonché gli allegati A e B. La deliberazione dell'AGCom ha, per un verso, confermato la disciplina oggetto dell'art. 9-*bis* della precedente deliberazione n. 490/2018/CONS, prevedendo però la possibilità di «ordinare in via cautelare ai prestatori di servizi di mere *conduit* operanti nel territorio italiano di porre fine alla violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi riguardanti opere audiovisive aventi ad oggetto manifestazioni sportive trasmesse in diretta e assimilate, ai sensi dell'art. 8, comma 4» e cioè «di provvedere alla rimozione selettiva delle opere digitali medesime ovvero di adottare le misure eventualmente disponibili volte ad impedirne il caricamento», ovvero, «in presenza di violazioni gravi o di carattere massivo» di «ordinare ai prestatori di servizi di provvedere, in luogo della rimozione selettiva, alla disabilitazione dell'accesso alle suddette opere digitali, mediante l'adozione di misure sufficientemente efficaci per garantire una tutela effettiva dei suddetti diritti» (cfr. co. 4-*bis*). In aggiunta si prevede a carico dei destinatari dell'ordine cautelare, l'adozione di una misura di «blocco di ogni altro futuro nome di dominio e sottodominio, o indirizzo IP, comprese le variazioni del nome o della semplice declinazione o estensione, riconducibili ai medesimi contenuti e tramite i quali avvengono le violazioni» (cfr. co. 4-*quater*). Pare opportuno evidenziare che la modifica al regolamento del 2013 è occorsa a seguito dell'approvazione della l. 14 luglio 2023, n. 93, recante «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della diffusione illecita di contenuti tutelati dal diritto d'autore mediante le reti di comunicazione elettronica», per come modificata dal d.l. 15 settembre 2023, n. 123, conv. in l. 13 novembre 2023, n. 159.

tutela che si verificherebbe in assenza di strumenti di intervento rapidi ed effettivi a tutela del diritto d'autore *online*⁹⁹ – ha modificato il regolamento e ha definito altresì le modalità di esercizio di poteri inibitori, cautelari e sanzionatori nei casi di diffusione illecita di contenuti coperti dal diritto d'autore. In particolare, si prevede che l'Autorità possa adottare un ordine di rimozione dei contenuti che violino le disposizioni normative o del regolamento, nonché l'obbligo per i c.d. *internet service provider* di disabilitare immediatamente¹⁰⁰ l'accesso alle opere digitali, pena l'irrogazione delle sanzioni di cui all'art. 1, co. 31, l. n. 249/1997¹⁰¹.

Si tratta di misure volte, in buona sostanza, a reprimere il fenomeno della pirateria online proprio nel momento stesso in cui la condotta ha luogo (come accade, ad esempio, per la trasmissione illecita delle partite di calcio che deve essere inibita nel tempo più breve possibile e comunque mentre l'evento è in corso).

Pare opportuno evidenziare che su tali «nuovi» poteri inibitori dell'Autorità, si è recentemente espresso anche il giudice amministrativo¹⁰². Il T.A.R. adito, infatti, ha avuto occasione di evidenziare che l'introduzione di strumenti repressivi rientra pienamente nelle funzioni dell'AGCom e non lede il diritto di difesa, né contrasta con il carattere auto-applicativo delle norme nazionali ed euro-uni-

⁹⁹ Così, P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici di legalità*, cit., 190.

¹⁰⁰ Attualmente, l'art. 2, co. 4, l. n. 93/2023 (per come modificato dal d.l. n. 123/2023, conv. in l. n. 159/2023) prevede che la rimozione dei contenuti e la disabilitazione dei nomi di dominio di accesso alle opere digitali diffuse illecitamente debba avvenire entro il termine di 30 minuti dalla comunicazione dell'AGCom.

¹⁰¹ Cfr. art. 15, co. 4, lett. b), d.l. n. 123/2023, conv. in l. n. 216/2023, che ha introdotto il co. 32-*bis* all'art. 1, l. n. 249/1997, ove si prevede che «in caso di violazione degli obblighi previsti agli [(articoli 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 30 e 45 del Regolamento (UE) 2022/2065)] del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali, l'Autorità, nell'esercizio dei poteri di cui al combinato disposto degli (articoli 51 e 52) del medesimo Regolamento (UE) 2022/2065, applica, in base a principi di proporzionalità, adeguatezza e rispetto del contraddittorio, secondo le procedure stabilite con proprio regolamento, sanzioni amministrative pecuniarie fino ad un massimo del 6% del fatturato annuo mondiale nell'esercizio finanziario precedente alla comunicazione di avvio del procedimento al prestatore di un servizio intermediario rientrante nella propria sfera di competenza, anche nella sua qualità di Coordinatore dei Servizi Digitali, ai sensi del diritto (nazionale e dell'Unione europea) applicabile alla fattispecie di illecito. In caso di comunicazione di informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti, di mancata risposta o rettifica di informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti e di inosservanza dell'obbligo di sottoporsi a un'ispezione, l'Autorità, nell'esercizio dei poteri di cui al combinato disposto degli (articoli 51 e 52) del medesimo Regolamento (UE) 2022/2065, applica una sanzione amministrativa pecuniaria fino ad un massimo dell'1% del fatturato mondiale realizzato nell'esercizio finanziario precedente dal fornitore di un servizio intermediario o dalla persona interessata rientranti nella propria sfera di competenza, anche nella sua qualità di Coordinatore dei Servizi Digitali, ai sensi del diritto (nazionale e dell'Unione europea) applicabile alla fattispecie di illecito. L'importo massimo giornaliero delle penalità di mora che l'Autorità può applicare è pari al 5% del fatturato giornaliero medio mondiale del fornitore di un servizio intermediario interessato realizzato nell'esercizio finanziario precedente, calcolato a decorrere dalla data specificata nella decisione in questione. Nell'applicazione della sanzione l'Autorità tiene conto, in particolare, della gravità del fatto e delle conseguenze che ne sono derivate, nonché della durata (e dell'eventuale) reiterazione delle violazioni. Per le sanzioni amministrative (previste dal presente comma) è escluso il beneficio del pagamento in misura ridotta previsto dall'articolo 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689».

¹⁰² Cfr. T.A.R. Lazio – Roma, sez. IV, 22 gennaio 2024, n. 1223.

tarie¹⁰³. Tali strumenti, infatti, sono funzionali a tutelare i diritti di libertà nell'uso dei mezzi di comunicazione elettronica, la libertà di iniziativa economica e la concorrenza, nonché a prevenire e reprimere fenomeni violativi delle regole poste a presidio del diritto d'autore¹⁰⁴. La peculiarità è che l'Autorità è legittimata, a sua volta, ad esercitare tali funzioni anche attraverso l'utilizzo di piattaforme digitali¹⁰⁵ (anche gestite da soggetti privati) che provvedano all'oscuramento automatico dei contenuti¹⁰⁶.

Come sembra emergere dalle prime applicazioni del sistema, tuttavia, è concreto il rischio che con l'intento di garantire il diritto d'autore e reprimere condotte lesive della concorrenza, l'Autorità finisca per incidere in modo irragione-

¹⁰³ La società ricorrente, infatti, aveva sostenuto che l'esercizio di tali poteri, oltre a porsi in contrasto con il carattere auto-applicativo delle Direttive n. 2000/31/CE e n. 2004/48/CE, nonché del d.lgs. n. 70/2013, fosse in contrasto con il diritto di difesa ed in particolare con il principio del giudice naturale, dal momento che si affidavano ad un'Autorità amministrativa poteri inibitori, cautelari e sanzionatori. Sul punto, il T.A.R. ha avuto occasione di rilevare, in primo luogo, che tali poteri rientrano pienamente nelle funzioni dell'Autorità, non solo perché ai sensi del considerando n. 45, direttiva n. 2000/31/CE, «siffatte azioni inibitorie possono, in particolare, essere ordinanze di organi giurisdizionali o autorità amministrative che obbligano a porre fine a una violazione o impedirli, anche con la rimozione dell'informazione illecita o la disabilitazione dell'accesso alla medesima», ma anche perché «non si può ignorare la nota e riconosciuta elaborazione in materia di c.d. poteri impliciti (anche) delle autorità quali quella di cui qui si tratta, grazie alla quale si è pervenuti a condividere il fatto che sono configurabili funzioni normative in capo a tali soggetti giuridici. Se ne deve allora trarre la conclusione che nel caso in discorso il censurato provvedimento dell'Autorità è stato adottato in legittimo e corretto esercizio di attribuzioni proprie dell'Autorità medesima». Il T.A.R. rileva che la teoria dei poteri impliciti non sopperisce, tuttavia, alla carenza di una esplicita previsione normativa di rango primario che attribuisca all'Autorità il potere di irrogare sanzioni pecuniaria (come statuito da Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112). In tale senso anche Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4993. Il T.A.R. ha poi evidenziato che la previsione e l'esercizio di tali poteri inibitori e cautelari non manifesta neanche una lesione del diritto di essere giudicati dall'autorità competente (e, quindi, del diritto di difesa), in quanto «il procedimento amministrativo promosso dall'Agcom e il procedimento innanzi all'a.g.o. si svolgono su (e riguardano) piani distinti e separati, ferma restando la disciplina giuridica sul "commercio elettronico", di cui anche alla direttiva 2000/31/CE, che individua la vigilanza dell'Autorità di settore sugli intermediari anche (evidentemente) a tutela del diritto d'autore "online"» (cfr. § 2, sent. cit.).

¹⁰⁴ Tali obiettivi, del resto, trovano conferma anche in talune pronunce del giudice sovranazionale. Cfr., ad esempio, Corte Giust. UE, Grande Sezione, 26 aprile 2022, C-401/19, *Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, ove, nell'affermare la responsabilità dei *provider* per la diffusione illecita di video su piattaforme digitali, si evidenzia, tuttavia, che la repressione delle condotte violative delle norme posta a tutela del diritto d'autore deve essere orientata da principi di proporzionalità e ragionevolezza. La CGUE afferma, infatti, che «i servizi di condivisione *online* implicano da un lato la salvaguardia della correttezza delle pubblicazioni, in un panorama sempre più ampio delle possibili violazioni; dall'altro il rispetto della libertà di espressione e condivisione, che non deve subire compressioni eccedenti la tutela del diritto d'autore; deve permettersi, pertanto, agli utenti di caricare e accedere legalmente alle informazioni su tali piattaforme».

¹⁰⁵ Cfr. art. 2, co. 4, l. n. 93/2023 (per come modificato dal d.l. n. 123/2023, conv. in l. n. 159/2023). La definizione dei requisiti tecnici e operativi della piattaforma sono stati definiti con delibera 321/23/CONS, avente ad oggetto la «Definizione dei requisiti tecnici e operativi della piattaforma tecnologica unica con funzionamento automatizzato per l'esecuzione della delibera n. 189/23/CONS attuativa della legge 14 luglio 2023, n. 93», pubblicata l'8 dicembre 2023.

¹⁰⁶ Sul tema rifletteva già M. Giannelli, *Poteri dell'AGCOM e uso degli algoritmi. Tra innovazioni tecnologiche ed evoluzioni del quadro regolamentare*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, 859 ss.

vole e ingiustificato sulla libertà d'impresa¹⁰⁷. Ciò, in virtù del fatto che l'attività di vigilanza (ma non quella di regolazione *ex ante*) potrebbe essere sostanzialmente svolta da soggetti «non pubblici», e cioè soggetti obbligati a intercettare possibili violazioni delle norme poste a presidio del diritto d'autore ai quali l'*Authority* sembra, in un certo senso, delegare la funzione di vigilanza e di successiva interdizione alla prosecuzione della condotta illecita. Un siffatto riparto di competenze tra Autorità e soggetti privati nell'esercizio di una funzione di sicura rilevanza pubblicistica, schiude rilevanti dubbi in ordine alla legittimità dell'attribuzione *de facto* in capo ai privati di poteri idonei a condizionare i diritti e le libertà degli operatori economici, ma anche degli utenti fruitori del servizio. Il problema, in altri termini, attiene alla possibilità che funzioni pubbliche siano svolte da privati e alla idoneità delle stesse di incidere su libertà e valori costituzionali che, per essere limitati, necessitano di una regola posta dal pubblico potere e funzionalizzata alla tutela di beni e interessi pubblici.

La tematica – già oggetto di riflessione in dottrina¹⁰⁸ – necessita sicuramente di essere attenzionata in relazione alle implicazioni che un meccanismo siffatto comporterebbe sul sistema delle garanzie democratiche e sulla intensificazione del controllo, non solo economico, da parte di poteri privati digitali.

Significativo, in ultima analisi, sembra essere il caso delle c.d. linee guida *influencer*¹⁰⁹.

I più recenti accadimenti attinenti all'uso distorto dei sistemi digitali, anche ai fini commerciali, da parte di soggetti che operano liberamente sulle piattaforme¹¹⁰ (i c.d. *creator*)¹¹¹ hanno sollecitato l'intervento pubblico nell'ottica di argi-

¹⁰⁷ Si può fare riferimento, ad esempio, alle recenti notizie di cronaca che segnalano l'attitudine della piattaforma nazionale antipirateria (*Piracy Shield*) introdotta per contrastare la pirateria *online* nella trasmissione delle partite di calcio, ad oscurare piattaforme, sulla scorta di una mera segnalazione, che non sono in contrasto con le norme nazionali ed europee a tutela del diritto d'autore.

¹⁰⁸ Tra tutti, L. Torchia, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, cit.

¹⁰⁹ Cfr. All. A, Delibera n. 7/2024/CONS, recante «Linee-guida volte a garantire il rispetto delle disposizioni del testo unico da parte degli *influencer* e istituzione di un apposito tavolo tecnico».

¹¹⁰ Già oggetto di regolamentazione da parte dell'AGCom. Cfr. Delibera n. 298/23/CONS, recante «Regolamento attuazione dell'art. 41, comma 9, del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 208 in materia di programmi, video generati dagli utenti ovvero comunicazioni commerciali audiovisive diretti al pubblico italiano e veicolati da una piattaforma per la condivisione di video il cui fornitore è stabilito in un altro stato membro», c.d. Regolamento piattaforme, nonché le disposizioni di cui agli artt. 41, 42 e 43, d.lgs. n. 208/2021.

¹¹¹ L'art. 2, All. A, definisce i soggetti destinatari delle linee-guida. Invero, espressamente stabilisce che per *influencer* si intendono quei soggetti che svolgono un'attività analoga o comunque assimilabile a quella dei fornitori di servizi di media audiovisivi sotto la giurisdizione nazionale, laddove risultino possedere cumulativamente i seguenti requisiti: *i*) il servizio offerto costituisce attività economica ai sensi degli articoli 56 e 57, TFUE; *ii*) lo scopo principale del servizio offerto è la fornitura di contenuti, creati o selezionati dall'*influencer*, che informano, intrattengono o istruiscono e che sono suscettibili di generare reddito direttamente in esecuzioni di accordi commerciali con produttori di beni e servizi o indirettamente in applicazione degli accordi di monetizzazione applicati dalla piattaforma o dal *social media* utilizzato; *iii*) l'*influencer* ha la responsabilità editoriale sui contenuti, la quale include il controllo effettivo sulla creazione, sulla selezione o sulla organizzazione dei contenuti medesimi; *iv*) il servizio è accessibile al grande pubblico, raggiunge un numero significativo

nare i fenomeni di disinformazione e di utilizzo anticoncorrenziale. A tal fine, facendo ricorso ai poteri di cui al richiamato d.lgs. n. 208/2021, l'AGCom ha declinato delle linee guida che individuano, secondo principi e canoni di proporzionalità, differenziazione e adeguatezza, criteri comuni immediatamente applicabili ai soggetti che operano sulle piattaforme digitali attraverso la diffusione di contenuti audiovisivi autoprodotti¹¹².

Attraverso tale strategia regolatoria l'*Autority* intende certamente migliorare la fruizione dei *social media*, sensibilizzando i soggetti coinvolti verso un utilizzo consapevole, ma anche regolare le comunicazioni commerciali mediante un bilanciamento tra la necessità di non irrigidire in modo eccessivo e sproporzionato il mercato e l'esigenza di tutelare interessi sensibili. È per tale ragione, quindi, che l'AGCom ha introdotto una serie di prescrizioni¹¹³ che gli *influencer* sono tenuti a rispettare, nonché le misure necessarie a garantirne l'uniforme e coerente applicazione, con particolare riferimento al rispetto dei principi di trasparenza e correttezza dell'informazione, all'applicazione della disciplina in materia di tutela dei minori e dei diritti fondamentali della persona¹¹⁴ e alle disposizioni in materia di comunicazioni commerciali e di *product placement* volte a rendere trasparenti al pubblico le finalità promozionali eventualmente perseguite¹¹⁵.

di utenti sul territorio italiano, ha un impatto rilevante su una porzione significativa di pubblico e i contenuti sono diffusi tramite un servizio di piattaforma di condivisione di video o di *social media*; v) il servizio consente la fruizione dei contenuti su richiesta dell'utente; vi) il servizio è caratterizzato da un legame stabile ed effettivo con l'economia italiana; vii) i contenuti sono offerti tramite l'utilizzo della lingua italiana o sono esplicitamente rivolti agli utenti sul territorio italiano.

¹¹² La definizione di criteri e obblighi più puntuali, in base alle singole categorie di *creator*, è rimessa alla redazione successiva di appositi codici di condotta. A tal fine l'AGCom ha istituito un Tavolo tecnico, presieduto dalla stessa Autorità, secondo le modalità indicate all'Allegato B della delibera richiamata. I codici di condotta dovranno definire le ulteriori misure e gli accorgimenti tecnici strumentali volti a garantire che gli *influencer* osservino le disposizioni del d.lgs. n. 208/2021 e del *Digital Service Act*, di modifica della dir. n. 2000/31/CE, nel rispetto dei principi e dei criteri generali dettati dall'Autorità e tenendo in considerazione le specifiche caratteristiche del singolo servizio fornito e della piattaforma o *social media* utilizzata per la diffusione. I codici di condotta, inoltre, dovranno prevedere sistemi di trasparenza e riconoscibilità degli *influencer*. Cfr. art. 15-17, all. A, delibera n. 3/2024/CONS.

¹¹³ Definite a seguito di consultazione pubblica avviata con delibera n. 178/23/CONS.

¹¹⁴ Per un esempio applicativo della richiamata delibera 298/23/CONS (Regolamento sulle piattaforme) si può fare riferimento al provvedimento con il quale AGCom ha oscurato sei video presenti sulla piattaforma social TikTok relativi alla c.d. cicatrice francese (consistente in video nei quali si incitava a praticare sfregamenti della pelle delle guance per procurarsi ematomi sugli zigomi) al fine di limitare la circolazione di contenuti nocivi per lo sviluppo psico-fisico dei minori, incitanti all'odio o lesivi della libertà dei consumatori.

¹¹⁵ Cfr., in particolare, l'art. 9, All. A., delibera n. 7/24/CONS. La disposizione, infatti, prevede che «i contenuti diffusi dagli influencer: a) non devono contenere alcuna istigazione o provocazione a commettere reati ovvero apologia degli stessi; b) devono garantire il rispetto della dignità umana e non pubblicano contenuti o espressioni suscettibili di diffondere, incitare, propagandare oppure giustificare, minimizzare o in altro modo legittimare la violenza, l'odio o la discriminazione e offendere la dignità umana nei confronti di un gruppo di persone o un membro di un gruppo sulla base di uno dei motivi di cui all'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, soprattutto nel caso di gruppi di minoranza o discriminati in virtù delle loro caratteristiche distintive. Inoltre, per quanto applicabili, si adeguano ai principi stabiliti nella raccomandazione sulla corretta rappresentazione dell'immagine della donna come individuati nella delibera n. 442/17/

Ora, nella consapevolezza che la casistica illustrata non esaurisce i casi che si potrebbero apportare – anche con riferimento ad altre Autorità di regolazione – per spiegare la resilienza della funzione amministrativa di regolazione (indipendente), l'analisi svolta sembra mostrare come le più recenti prospettive del mercato globalizzato – che fa sempre più ricorso ai sistemi digitali per la diffusione, la promozione e la vendita di beni e servizi – paiono consentire l'implementazione di misure espressive di funzioni regolatorie, spesso settoriali, tutt'altro che evanescenti.

5. *Autorità (non più) di regolazione e prospettive dell'ordinamento multilivello. Spunti ricostruttivi*

Il crescente utilizzo dei servizi digitali nel mercato, unitamente all'affermarsi di fenomeni – come quello di c.d. *influencer marketing*¹¹⁶ – in continua evoluzione, hanno sollecitato l'intervento pubblico su due principali versanti. Infatti, alla esigenza di apprestare un nucleo minimo di garanzie rispetto a fenomeni che, in ragione delle richiamate modalità di intervento, rischiano di incidere negativamente sulla sfera giuridica dei destinatari e sul sistema concorrenziale del mercato, se ne ricollega una ulteriore: quella di rinvigorire gli strumenti di regolazione *ex ante*, ispirati, cioè, da esigenze di prevenzione delle violazioni. Ciò, secondo la prospettiva che individua nell'apprestamento di strumenti efficaci di regolazione pubblica del mercato il mezzo idoneo ad orientare i comportamenti dei nuovi *market players* secondo canoni di equità, non discriminazione ed efficienza allocativa la cui applicazione non pare potersi affidare integralmente alla auto-normazione.

In un tale contesto, tuttavia, l'esigenza di governare la società digitale ha trovato punto di sintesi con un progressivo incremento delle competenze della

CONS; c) non devono contenere elementi suscettibili di determinare la deresponsabilizzazione dell'autore o la corresponsabilizzazione della vittima di violenza, odio, di discriminazione o di lesione della dignità umana o di qualsiasi altra forma di vittimizzazione secondaria; d) rispettano le norme in tema di tutela dei minori assicurando di non pubblicare contenuti gravemente nocivi allo sviluppo fisico, psichico o morale dei minori, come individuati nella delibera n. 52/13/CSP e adottando meccanismi di segnalazione conformi alle disposizioni di cui all'art. 9 della delibera n. 74/19/CONS per i contenuti potenzialmente nocivi. All'atto del caricamento del contenuto, gli influencer usano, ove disponibili, le funzionalità fornite dalla piattaforma per la condivisione di video per indicare che il contenuto contiene contenuti potenzialmente nocivi per i minori». Cfr., altresì, artt. 10 -15, della medesima delibera.

¹¹⁶ L'AGCom ha avuto occasione di evidenziare, infatti, che questo fenomeno non si limita ai soli *influencer*, ma coinvolge una serie di soggetti che non rientrano nell'ambito di applicazione soggettivo del d.lgs. n. 208/2021. A titolo esemplificativo, vi rientrano agenzie specializzate e in generale chiunque funga da intermediario tra gli *influencer* e le imprese commerciali (agenzie di PR, centri *media*, agenzie creative, *talent manager*, reti multicanale) che svolgono attività di fornitura di servizi di ampliamento del pubblico, programmazione dei contenuti, collaborazione con i *creator*, gestione dei diritti digitali, monetizzazione e vendita di contenuti pubblicitari.

Commissione europea – qualificata come la “registra”¹¹⁷ delle politiche di digitalizzazione – alla quale sono attribuite, pur con gradazioni differenti, rilevanti funzioni propriamente regolatorie (o, in generale, di amministrazione attiva), nonché di vigilanza e controllo, normalmente attribuite ad Autorità indipendenti e non già ad organi espressione del potere esecutivo (pur se europeo).

Si è avuto modo di osservare, infatti, che i regolamenti ascrivibili al pacchetto digitale configurano una modello di *governance* accentrato a livello politico euro-unitario, anche nei casi in cui – come emerge dal richiamato DSA – i poteri di vigilanza e controllo sull’osservanza della nuova disciplina sono “condivisi” con le Autorità pubbliche statuali secondo uno schema a rete, proprio di una organizzazione amministrativa multilivello¹¹⁸. Trattasi, dunque, di nuovi strumenti di regolazione che sembrano segnare la stagione dell’*enforcement* dei poteri di regolazione della Commissione europea¹¹⁹.

Questo processo di progressiva “avocazione” delle politiche attive in materia di governo dei nuovi mercati e delle relative funzioni amministrative in capo alla Commissione europea pare, del resto, coerente con l’intento di perseguire gli obiettivi individuati nel *Next Generation EU* – quale piano di investimenti preordinato a dipanare gli effetti socio-economici della pandemia – successivamente definiti nei Piani Nazionali di Ripresa (nel nostro caso il PNRR).

Ma se la dottrina si è già interrogata sui possibili effetti che l’emergenza sanitaria e le successive vicende geopolitiche possono, o potrebbero, aver indotto sul sistema delle competenze euro-unitarie e, conseguentemente, sul rapporto della stessa Unione europea con gli Stati membri¹²⁰; l’oggetto privilegiato della presente indagine induce a riflettere su questioni di più ampio respiro, che possono essere qui solo evocate ma che, certamente, non possono essere trascurate.

Ci si riferisce, in particolare, ai possibili fattori di contrazione della regolazione indipendente.

¹¹⁷ F. Bilancia, *Le trasformazioni dei rapporti tra Unione europea e Stati membri negli assetti economico-finanziari di fronte alla crisi pandemica*, cit., 67.

¹¹⁸ Struttura che, del resto, trova conferma nei successivi e già richiamati *Data Government Act* e *Data Act*. Per una analisi dei regolamenti cfr. A. Iannuzzi, *I regolamenti intersettoriali per l’istituzione dei «data spaces»*: *Data Government Act* e *Data Act*, in Aa.Vv., *La regolazione europea della società digitale*, F. Pizzetti (a cura di), cit., 107 ss. In generale sul sistema amministrativo multilivello cfr., almeno, L. Grimaldi, *Ordinamento comunitario e nuove forme di “espansione” del pluralismo socio-istituzionale: spunti problematici*, in *Giust. amm.*, 2005, 869 ss.; L. Casini, *Diritto amministrativo globale*, in Aa.Vv., *Dizionario di diritto pubblico*, S. Cassese (diretto da), vol. III, cit., 1944 ss.; C. Barbati, *Semplificazioni e processi decisionali nei sistemi multilivello*, in *Nuove autonomie*, 2008, 435 ss.; E. Picozza, *Ordinamento multilivello, diritto amministrativo, ruolo del Giudice amministrativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 67 ss.; G. della Cananea, C. Franchini, *I principi dell’amministrazione europea*, Torino, 2010, 76 ss.

¹¹⁹ Così, V. Falce, N.M.F. Faraone, *Mercati digitali e DMA: note minime in tema di enforcement*, in *Dir. industriale*, 2022, 6 ss.

¹²⁰ Cfr., ancora, F. Bilancia, *Le trasformazioni dei rapporti tra Unione europea e Stati membri negli assetti economico-finanziari di fronte alla crisi pandemica*, cit.

Non è certamente questa la sede per ripercorrere i numerosi e coinvolgenti momenti di fermento scientifico attinenti ad un tema ancora denso di implicanze¹²¹.

Quel che si vuole mettere in rilievo – come pure evidenziato nella domanda che ha dato avvio a questa riflessione – è che gli studi classici sulle Autorità indipendenti e sui possibili coefficienti di flessione della funzione regolatoria (indipendente) sembrano scontare un approccio sostanzialmente incentrato sulla valutazione di fattori legati all'andamento del ciclo macro-economico¹²², secondo uno schema così riassumibile: ogni qualvolta vi sia una ri-espansione dell'intervento (diretto o indiretto) delle istituzioni nell'economia, necessario a dipanare gli effetti di una crisi, la regolazione indipendente si contrae in favore di quella politica, per poi riacquisire valore in momenti di efficienza allocativa¹²³.

Ma se, come anticipato in premessa, le crisi economiche e gli effetti negativi che possono derivarne devono considerarsi elementi di estrema rilevanza per l'analisi del rapporto tra intervento pubblico e regolazione (indipendente), non sembra che, rispetto ai più recenti sviluppi del contesto ordinamentale, questi possano costituire una chiave di lettura esaustiva per lo studio del fenomeno.

Nell'attualità, al contrario, la regolazione indipendente sembra scontare, e in un certo senso "subire", quelle sollecitazioni che, ormai da tempo, volgono nel senso di una espansione delle competenze e delle funzioni espressione del potere esecutivo euro-unitario, a scapito delle stesse potestà statuali, in numerosi e rilevanti settori del sistema socio-economico, anche al di là dell'assetto definito dai Trattati¹²⁴.

¹²¹ La letteratura sul tema è assai vasta. Per taluni spunti sulle varie prospettive avvalorate in dottrina cfr., almeno, M. Clarich, *Le autorità indipendenti nello "spazio regolatorio": l'ascesa e il declino del modello*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1035 ss.; E. Chiti, C. Franchini, *Le figure organizzative*, in Aa.Vv., *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, G. della Cananea (a cura di), in *Corso di diritto amministrativo*, S. Cassese (diretto da), Milano, 2008, 67 ss.; E. Cheli, *Le Autorità amministrative indipendenti: sviluppo di un percorso e problemi aperti*, in *Rass. parl.*, 2011, 479 ss.; G. Di Plinio, *Nuove mappe del caos. Lo Stato e la Costituzione economica della crisi globale*, in Aa.Vv., *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, G. Cerrina Feroni, G. Ferrari (a cura di), Torino, 2012, 108 ss. Da ultimo cfr. G. Napolitano, *A trent'anni dal 'trapianto' delle autorità indipendenti in Italia: innesto riuscito o crisi di rigetto?*, in Aa.Vv., *Liber amicorum per Marco D'Alberici*, Torino, 2022, 188 ss.

¹²² Cfr., in particolare, le riflessioni di G. Napolitano, A. Zoppini, *Le Autorità al tempo della crisi*, cit., 64 ss.

¹²³ M. Dugato, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 2002, 169 ss.

¹²⁴ Come attentamente rilevato in dottrina, infatti, nel corso dei settanta anni del processo di integrazione europea, l'Unione europea ha progressivamente assorbito numerose e rilevanti competenze di governo, precedentemente appannaggio degli Stati membri, anche in deroga – si direbbe – al principio di attribuzione che si legge nell'art. 5, TUE (c.d. riparto verticale delle competenze). Si pensi, a titolo esemplificativo, ai settori dell'agricoltura e dell'industria, della concorrenza, della giustizia e, più recentemente, della sanità e della tecnologia. Competenze, e dunque poteri, che l'Unione (attraverso la propria organizzazione di governo e amministrativa) ha esercitato facendo ricorso anche alla richiamata teoria dei poteri impliciti – il cui esercizio sarebbe definito dalla clausola di flessibilità di cui all'art. 352, § 1, TFUE – al fine di raggiungere le politiche ovvero uno o più obiettivi individuati dagli stessi Trattati (la legittimità dei poteri impliciti da parte dell'Unione è stata, non già di recente, oggetto anche di una pronuncia di Corte Giust., 31 marzo 1971, C-22/70, *Commissione delle comunità europee c. Consiglio delle Comunità europee*). Il tema involge profili giuridici di ampio respiro e non può

Invero, al netto degli sviluppi ordinamentali rivenienti della crisi economica innescata dall'emergenza sanitaria, numerosi sono gli strumenti concreti orientati alla implementazione delle attribuzioni euro-unitarie. Si pensi, a mero titolo di esempio, alle politiche in materia di protezione dei dati, ove il Comitato europeo per l'innovazione in materia di dati – qualificato come Autorità indipendente di governo¹²⁵ – riveste una posizione di supremazia rispetto alle Autorità nazionali, destinata ad incidere non solo sul sistema economico e sociale, ma anche sull'assetto istituzionale e sugli spazi di decisione riservati agli Stati e alle Amministrazioni pubbliche.

Il sistema delle relazioni istituzionali, dei nuovi assetti valoriali e delle più innovative modalità di intervento dell'Unione europea nei mercati non possono che determinare, in altri termini, rilevanti sollecitazioni anche sui sistemi di governo e sulle Amministrazioni pubbliche nazionali, prime fra tutte – probabilmente – le Autorità di regolazione indipendenti. E ciò, da quel che sembra, allo scopo di adattare le strutture amministrative e le stesse funzioni pubbliche al nuovo sistema regolatorio¹²⁶ cristallizzato in atti legislativi di “ultima generazione” (per utilizzare una locuzione cara al legislatore europeo).

Rispetto al “sistema” dei mercati digitali, poi, ciò che pare opportuno evidenziare è che queste sollecitazioni – che volgono verso uno svuotamento delle funzioni di regolazione delle Autorità indipendenti nazionali in ragione del carattere transfrontaliero degli interessi da tutelare¹²⁷ – derivino proprio dai fattori posti a fondamento della istituzione e proliferazione dei regolatori indipendenti nel sistema di governo dei mercati, e cioè: da un lato, i mutamenti indotti

essere certo minimizzato in questa sede. Pare utile solo evidenziare che, in un sistema *lato sensu* federale, sarebbe probabilmente necessario definire puntualmente la misura di una tale possibilità di dilatare i poteri di governo, al fine di schivare il rischio non solo di uno svuotamento delle competenze statuali che paiono esorbitare notevolmente anche dalla clausola di flessibilità, ma anche di una trasformazione dell'Amministrazione interna agli Stati, e delle relative funzioni amministrative, in una organizzazione, per così dire, di facciata. In generale sul tema cfr., almeno, S. Cassese, *L'erosione della sovranità: una vicenda irreversibile?*, in Aa.Vv., *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, S. Cassese, G. Guarino (a cura di), Milano, 2000, 19 ss.; C. Franchini, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 654 ss.; G. Berti, *Sovranità* voce, in *Enc. dir.*, vol. I, Annali, Milano, 2007, 1067 ss.; E. Cannizzaro, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, 2014, spec. 235 ss.; O. Porchia, *La sussidiarietà attraverso il riordino delle competenze? Il Trattato di riforma e la ripartizione delle competenze*, in *Studi int. eur.*, 2010, 361 ss. Più di recente cfr. F. Fracchia, *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo: sull'utilità di un approccio dialogante e a più dimensioni*, in *Federalismi.it*, 2018, 1 ss.; F. Follieri, *Politica e amministrazione*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2019, 109 ss.; F. Fabbri, *La separazione dei poteri nell'Unione europea - The Separation of Powers in the European Union*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 13 ss.; R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, IV ed., 2024, spec. 395 ss.

¹²⁵ Istituito con il richiamato reg. n. 2022/868/UE, le cui funzioni sono definite dall'art. 30, DGA e che pongono già non poco rilevanti problemi in ragione della possibile sovrapposizione con le funzioni già attribuite al Garante europeo per la protezione dei dati personali e con quelle di competenza del Comitato europeo dei Garanti.

¹²⁶ Così, F. Bilancia, *Le trasformazioni dei rapporti tra Unione europea e Stati membri negli assetti economico-finanziari di fronte alla crisi pandemica*, cit., 52.

¹²⁷ Così recita il considerando n. 78, DSA.

dall'ordinamento europeo in materia di mercato libero e concorrenziale che hanno determinato la necessità di definire, anche da un punto di vista teorico, i contorni di una nuova funzione pubblica esercitata attraverso la produzione di regole – e non già per mezzo della gestione diretta delle imprese da parte dei pubblici poteri – approntate da soggetti istituzionali posti in una posizione di indipendenza dagli organi di governo¹²⁸; dall'altro, l'elevata qualificazione tecnica dei regolatori¹²⁹, idonea a garantire un equilibrio tra le marcate finalità pro-concorrenziali degli interventi (di natura perlopiù tecnica) con i più solidaristici obiettivi di tutela dei consumatori e di trasparenza nei mercati.

Ma se queste possono ritenersi le premesse di fondo per l'esistenza stessa delle Autorità di regolazione nazionali, non si comprende appieno come le trasformazioni in atto nel sistema dell'ordinamento multilivello¹³⁰ possano in sostanza condurre ad un accentramento delle funzioni amministrative che, per conformazione, sono dotate di una rilevante capacità di adattamento al contesto sociale, economico e istituzione nel quale devono essere esercitate. In altri termini, se l'intento generale è quello di rafforzare il sistema del diritto *antitrust* e l'efficacia dei suoi strumenti negli emergenti mercati delle piattaforme *online*, mal si com-

¹²⁸ In argomento, P. Bilancia, *Autorità amministrative indipendenti nazionali e integrazione europea*, in Aa.Vv., *Il mercato: le istituzioni, le imprese, i consumatori*, F. Gabriele, G. Bucci, C.P. Guarini (a cura di), Roma-Bari, 2002, 17 ss. Più di recente cfr. S. Battini, *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 947 ss., ove l'A. pone in evidenza i vari punti di interrelazione tra i concetti di indipendenza per come individuati a livello europeo e nazionale. Tali profili sono ripresi dall'A. anche in Id., G. Vesperini, *L'indipendenza del regolatore nazionale imposta dal diritto europeo e globale*, in Aa.Vv., *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, M. D'Alberti, A. Pajno (a cura di), cit., 64 ss. e ivi da M. D'Alberti, *Il valore dell'indipendenza*, 11. Cfr., altresì, E. Bruti Liberati, *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale*, in *An. giur. econ.*, 2020, 51 ss. Sul carattere dell'indipendenza delle *Authorities* dal potere esecutivo si è espressa anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea. Cfr., ad esempio, Corte giust., 9 marzo 2010, C-518/07, *Commissione c. Germania*, in materia di violazione, da parte dello Stato membro, dell'art. 28, dir. n. 95/46/CE (relativa al trattamento dei dati personali delle persone fisiche) e, segnatamente, per non aver garantito la «piena indipendenza» dallo Stato federale delle Autorità di controllo di ciascuno dei *Länder*. In tale circostanza, infatti, la Corte europea ha ritenuto non sufficiente la garanzia di indipendenza delle Autorità rispetto ai soggetti sottoposti a controllo, essendo necessario che l'indipendenza riguardi qualsiasi tipo di «istruzione o pressione» ovvero «ogni altra influenza esterna», ancorché proveniente dallo Stato, e di conseguenza non compatibile con il diritto europeo la sottoposizione delle Autorità di controllo alla vigilanza statale. La Corte evidenzia, dunque, che «il solo rischio che le autorità [statali] di vigilanza possano esercitare un'influenza politica sulle decisioni delle autorità di controllo è sufficiente ad ostacolare lo svolgimento indipendente delle funzioni di queste ultime». L'indipendenza delle Autorità di controllo dal potere esecutivo, dunque, non sarebbe in contrasto – come prospettato dallo Stato membro interessato – con i principi democratici che, secondo la Corte, «non ostano all'esistenza di autorità pubbliche collocate al di fuori dell'amministrazione gerarchica classica e più o meno indipendenti dal Governo, in ragione dell'espletamento di compiti che devono essere sottratti all'influenza politica e sottoposte solamente al rispetto della legge e del giudice competente». Più di recente cfr., altresì, Corte Giust., 11 giugno 2020, C-378/19.

¹²⁹ In tal senso cfr. F. Merusi, M. Passaro, *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, *Agg.*, vol. VI, 2002, 143 ss. Da ultimo cfr. A. Moliterni, *La nuova disciplina sulle nomine nelle autorità indipendenti*, in *Munus*, 2021, 5 ss.

¹³⁰ Sul tema cfr. la recente e analitica riflessione di F. Fracchia, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d'insieme*, in *Dir. econ.*, 2023, 247 ss.

prende come ruolo dinamico e propulsivo non debba riconoscersi alle Autorità indipendenti nazionali, in ragione della posizione di *neutralità*¹³¹ che esse rivestono nello stabilire le regole del gioco e delle caratteristiche di elevata competenza tecnica di cui sono dotate nei settori di riferimento.

Ciò, *a fortiori* in settori come quelli sopra esaminati, abbisognevole di una regolazione più puntuale, non affidabile a norme e clausole generali.

E neppure quelle ricostruzioni dommatiche che, non già di recente, riflettono sulla sostanziale trasformazione in senso federale della struttura organizzativa di governo dei mercati sembrano poter porre al riparo da censure quanto sembra emergere dai regolamenti qui esaminati. Ciò, in ragione del fatto che, se pure è vero che ormai da tempo le Autorità indipendenti nazionali operano nell'ambito di una rete di regolatori, funzionale ad armonizzare l'esercizio delle funzioni nello spazio giuridico-economico euro-unitario¹³², i più recenti interventi del legislatore europeo manifestano una palese volontà di ricondurre la funzione regolatoria al livello governativo (segnatamente in capo alla Commissione europea); in tal modo spogliando le Autorità nazionali dei più incisivi poteri di indirizzo, pur a fronte di specifici ambiti e interessi da tutelare – come evidenziato rispetto a taluni esempi di regolazione da parte dell'AGCom – che non possono essere oggetto di una regolazione accentrata¹³³.

E allora, non dovrebbe destare stupore che, pur nell'ambito di una cornice normativa armonizzata, le Autorità indipendenti nazionali cerchino di guadagnare spazio operativo al fine di rendere refrattaria la propria funzione regolatoria,

¹³¹ Sul carattere neutrale delle funzioni esercitate dalle *Authorities* la dottrina non è unanime. In senso positivo cfr., in particolare, M. Manetti, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma, 1997, 1 ss.; Id., *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, *passim*, ma spec. 43 ss. ove l'A. ripercorre analiticamente le tesi che variamente riconducono alla asettica neutralità le funzioni delle Autorità amministrative indipendenti. In senso contrario cfr. M.T.P. Caputi Jambrenghi, *La funzione amministrativa neutrale*, Bari, 2017, spec. 239 ss., la quale esclude il carattere di neutralità nelle funzioni esercitate dalle *Authorities*, riportando l'esempio delle funzioni esercitate dall'Autorità garante per la concorrenza e il mercato. In tale prospettiva, già in precedenza, A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., spec. 128-137, secondo il quale, con riguardo all'AGCM, «l'Autorità non ha «una posizione di indifferenza verso gli interessi coinvolti» avendo istituzionalmente in carico la cura dell'interesse pubblico primario alla tutela del mercato».

¹³² Così riflette F. Merusi, *Le autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in Aa.Vv., *L'indipendenza delle Autorità*, F.A. Grassini (a cura di), Bologna, 2001, 19 ss., il quale già osservava che le Autorità di regolazione «solo apparentemente rimangono nazionali, perché, sotto il profilo strutturale, divengono «organi di un unico ente federale, passandosi così da «Autorità indipendenti nazionali» ad «Autorità indipendenti federali»». In tal senso anche A. Valastro, *Autorità indipendenti e integrazione europea*, in *Dir. radio-diffusioni telecom.*, 2004, 1 ss.

¹³³ Questa prospettiva, probabilmente, è la chiave di lettura che ha ispirato il legislatore europeo del c.d. *Artificial Intelligence Act* approvato il 13 marzo 2024, nel quale alle Autorità di regolazione (da individuarsi o istituirsi *ad hoc* in ciascuno Stato membro) devono essere riconosciuti, a mente del considerando n. 156, non solo poteri di esecuzione e vigilanza (come ad esempio, con riferimento ai c.d. sistemi ad alto rischio, di progettazione, collaudo, monitoraggio), ma anche poteri di regolazione in senso stretto, con la possibilità di adottare misure di regolazione aggiuntiva, pur limitatamente ai casi in cui i sistemi di I.A. non siano assoggettati direttamente agli obblighi e ai requisiti previsti dal regolamento euro-unitario.

schivando così il rischio che quella «rete», tanto agognata a livello europeo, si trasformi ora in una «trappola»¹³⁴.

Opinando in senso contrario (e cioè, secondo parte della riflessione giuridica¹³⁵, in senso conforme ai più recenti intendimenti dell'Unione europea sigillati nei regolamenti sopra richiamati) si dovrebbe definitivamente riflettere sulla possibilità che queste rilevanti trasformazioni nelle modalità di esercizio delle attribuzioni da parte delle istituzioni europee – che, come già osservato, finiscono per impattare sullo stesso processo di integrazione europea – schiudano un varco per una, probabilmente necessaria, riforma dei Trattati, funzionale a recepire tali mutamenti formali nell'assetto giuridico materiale sottostante¹³⁶.

L'impressione è che la dinamica evolutiva in atto ai massimi livelli istituzionali dell'Unione europea sia nel senso di un certo interventismo e coinvolgimento degli organi politici dell'Unione stessa, imponendo una rilettura adattiva di paradigmi, probabilmente, non più in grado di offrire una sintesi descrittiva della realtà dei rapporti tra politica, diritto, tecnica e mercati, primo fra tutti quello dello Stato-regolatore¹³⁷. Rilettura che sembra indispensabile per assicurare un ruolo alle nostre Autorità indipendenti nazionali.

¹³⁴ Perché è vero che la funzione di regolazione della Commissione europea è esercitata in modo diretto solo nei confronti delle grandi piattaforme (le richiamate VLOPS), ma è anche vero che le funzioni oggetto di condivisione con gli Stati, o per meglio dire con le Autorità indipendenti nazionali (e per queste il Coordinatore nazionale per i servizi digitali), si limitano a quelle di vigilanza e controllo. Quindi, più che una rete, funzionale ad armonizzare l'attività regolatoria nello spazio giuridico euro-unitario, sembra configurarsi una sorta di trappola entro la quale le *Authorities* nazionali paiono destinate ad esercitare funzioni meramente esecutive, non solo armonizzate, ma governate dalle scelte compiute in sede (politica) europea.

¹³⁵ Tra cui, A. Simoncini, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, cit.

¹³⁶ Avallando, in tal senso, la prospettiva di F. Bilancia, *Le trasformazioni dei rapporti tra Unione europea e Stati membri negli assetti economico-finanziari di fronte alla crisi pandemica*, cit., 55.

¹³⁷ Sulle dinamiche del c.d. Stato regolatore cfr., almeno, A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, spec. 21 ss.; A. Pisaneschi, *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore e ritorno?*, Torino, 2009, spec. 34 ss.; B. Brancoli Busdraghi, *Le fatiche dello Stato regolatore: efficacia e fallimenti del controllo degli assetti*, in *Munus*, 2013, 591 ss.; M. Clarich, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?*, in *Riv. reg. merc.*, 2018, 2 ss.; M. Ramajoli, *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia degli atti*, in *giustizia-amministrativa.it*, 15 febbraio 2019. Su una possibile rilettura del paradigma, proprio con riferimento alla regolazione nell'era digitale, cfr. L. Ammannati, *Regolatori e supervisori nell'era digitale: ripensare la regolazione*, in *Giur. cost.*, 2023, 1453 ss.

Autorità, libertà e mercati digitali: scenari nuovi della regolazione indipendente

Le questioni che ruotano attorno allo sviluppo dei servizi e dei mercati digitali spingono la riflessione giuridica verso l'indagine di profili attinenti alla opportunità di «nuovi» interventi regolatori funzionali a dare tutela non solo alla concorrenza e alle libertà degli operatori economici ma anche a diritti fondamentali della persona.

Il contributo, muovendo dalle più recenti declinazioni della legislazione euro-unitaria in materia di *digital markets*, offre l'occasione per riflettere sul ruolo delle Autorità amministrative indipendenti e sulla consistenza della funzione di regolazione nel sistema del governo multilivello dei mercati digitali che sembrerebbe attinta da una parabola discendente in favore di una base regolatoria accentrata a livello politico europeo.

Authority, freedom and digital markets: new scenarios of the independent regulation

The legal issues concerning the development of digital services and markets are pushing the legal reflection towards the inquiry on the appropriateness of «new» regulatory provisions useful to give protection not only to competition and freedoms of economic operators but also to fundamental human rights.

The paper, moving from the most recent declinations of the European legislation on *digital markets*, offers an opportunity to reflect on the role of independent administrative Authorities and on the reach of the regulatory function in the multilevel governance of *digital markets*, which would seem to be drawn from a descending trajectory in favor of a regulatory baseline centralized at the European political level.

Note sui collaboratori

MAURIZIO CAFAGNO, Professore ordinario di Diritto Amministrativo, Università dell'Insubria (maurizio.cafagno@uninsubria.it)

GIAN FRANCO CARTEI, Professore ordinario di diritto amministrativo, Università degli Studi di Firenze (gianfranco.cartei@unifi.it)

FABIO CINTIOLI, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi internazionali di Roma (fabio.cintioli@scea.eu)

MARCO MAZZAMUTO, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Palermo (marco.mazzamuto@unipa.it)

ALESSIO SARDO, Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Genova (alessio.sardo@unige.it)

GIOVANNI TUZET, Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università Luigi Bocconi (giovanni.tuzet@unibocconi.it)

SARA VALAGUZZA, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano (sara.valaguzza@unimi.it)

ANTONIETTA LUPO, Professoressa associata di Diritto Amministrativo, Università di Messina (lupo.antonietta@unime.it)

RENATO ROLLI, Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università della Calabria (renato.rolli@unical.it)

MATTEO TIMO, Professore associato di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Genova (matteo.timo@unige.it)

GUIDO BEFANI, Ricercatore a tempo determinato in diritto amministrativo, Università degli studi di Trieste (guido.befani@dispes.units.it)

ILARIA GENUESSI, Ricercatrice a tempo determinato di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Bergamo (ilaria.genuessi@unibg.it)

ARMANDO LORUSSO, Dottore di ricerca in Economia e Finanza delle Amministrazioni pubbliche - Diritto amministrativo, Università degli Studi di Bari Aldo Moro (armando.lorusso@uniba.it)

CECILIA POLICE, Dottoranda, Università Ca' Foscari di Venezia e praticante avvocato presso il Foro di Roma (cecilia.police@unive.it)

PIER GIORGIO VISCONTI, Dottorando in Diritto Commerciale, Università degli studi
Roma Tre (piergioorgio.visconti@uniroma3.it)

DIANA PITTELLI, Cultore della materia in Diritto Amministrativo, Università LUISS
Guido Carli (diana.pittelli@studenti.luiss.it)

GIOVANNI TULUMELLO, Consigliere di Stato, componente dell'Ufficio Studi della Giusti-
zia Amministrativa (g.tulumello@giustizia-amministrativa.it)



www.ildirittodelleconomia.it
www.muccheditore.it