

# Il diritto dell'economia

ISSN 1123-3036

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

ottobre 2024

3

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. 115 (3 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 Röentgen, 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](mailto:info@mucchieditore.it)

[info@pec.mucchieditore.it](mailto:info@pec.mucchieditore.it)

[www.mucchieditore.it](http://www.mucchieditore.it)

[facebook.com/mucchieditore](https://facebook.com/mucchieditore)

[twitter.com/mucchieditore](https://twitter.com/mucchieditore)

[instagram.com/mucchi\\_editore](https://instagram.com/mucchi_editore)

[www.ildirittodelleconomia.it](http://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. 115 (3 2024)*

---

### ARTICOLI E SAGGI

<i>Daniele D'Alessandro</i> , Territorio, Stato e mercato: il caso della localizzazione degli impianti di telefonia mobile .....	»	11
<i>Sara Tommasi</i> , Neuromarketing discriminatorio e mercato digitale: il ruolo del <i>Digital Services Act</i> e dell' <i>Artificial Intelligence Act</i> .....	»	47
<i>Scilla Vernile</i> , La pendenza di un procedimento penale quale causa di esclusione dell'operatore dalla gara per grave illecito professionale tra "vecchio" e "nuovo" Codice dei contratti pubblici .....	»	65
<i>Silia Gardini</i> , Il controllo amministrativo della filiera agroalimentare .....	»	91
<i>Danila Iacovelli</i> , <i>Francesco Aliberti</i> , Fonti alternative di approvvigionamento idrico: la desalinizzazione. La legge "SalvaMare" e il passo indietro del decreto "Siccità". Innovazioni sostenibili.....	»	113
<i>Andrea Magliari</i> , Il Fondo monetario internazionale e la Banca mondiale nel tempo delle crisi multiple: « <i>A New Bretton Woods moment</i> »?.....	»	137
<i>Michela Petrachi</i> , <i>Nicola Brignoli</i> , Energia pulita: misura di prevenzione della lotta ai cambiamenti climatici e presidio di tutela ambientale .....	»	175
<i>Matteo Pignatti</i> , I rapporti tra finanza e settore ICT nella resilienza operativa digitale per il settore finanziario .....	»	247
<i>Gianmarco Poli</i> , Le <i>Smart Cities</i> nella prospettiva del potere pubblico .....	»	269
<i>Klaudia Kurcani</i> , La partecipazione alle decisioni di investimento: il caso del Pnrr...	»	281
<i>Virginia Campigli</i> , Per una valorizzazione dell'azione di classe pubblica come strumento di tutela processuale dei diritti sociali.....	»	299
<i>Emanuela Della Corte</i> , Mercati finanziari e regolazione pubblica: il settore assicurativo e il ruolo dell'IVASS.....	»	323
<i>Cristina Fragomeni</i> , Il dibattito attuale sulla configurabilità della riserva di partecipazione.....	»	351

<i>Simone Francario</i> , Ordinamento sportivo e diritto antitrust secondo la Corte di Giustizia dell'Unione Europea: il caso Superlega .....	»	375
<i>Cecilia Police</i> , La funzione antitrust nel prisma della giurisprudenza amministrativa. Orientamenti e questioni aperte nel biennio 2022-2023.....	»	403
<i>Patrizia Marzaro</i> , I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici: la funzione nomopoietica del consiglio di stato per un 'nuovo paradigma' di amministrazione.....	»	441
<b>Note sui collaboratori</b> .....	»	461

## Territorio, Stato e mercato: il caso della localizzazione degli impianti di telefonia mobile\*

Daniele D'Alessandro

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La disciplina della localizzazione degli impianti per la telefonia mobile. Le attribuzioni normative. – 3. Il procedimento autorizzatorio. Il problema della dimensione multipolare degli interessi e le connesse questioni della pubblicità e della partecipazione. – 4. La dinamica degli interessi fra regolamento, procedimento e provvedimento alla luce della giurisprudenza. Un obbligo di “motivazione rafforzata” o “forte”? – 5. Opere complementari *extra standards*, silenzio assenso, equilibri centro/periferia in eccezione al principio di leale collaborazione: profili di tensione nelle soluzioni adottate nei rapporti fra Stato e mercato, con spostamento verso il privato della potestà di scelte sull'utilizzo del territorio. – 6. La destrutturazione della funzione di pianificazione e dei vincoli urbanistici derivante dalle opzioni del Legislatore e dalla lettura della giurisprudenza, ma favorita in molti casi decisi dal problema del non adeguato utilizzo delle proprie competenze da parte dei comuni. – 7. Prospettive. Possibili scenari perequativi e spunti minimi per miglioramenti dell'assetto della materia in ordine alla partecipazione, al recupero di una motivazione *quam suis* nel possibile rapporto con i regolamenti comunali, alla valorizzazione del rapporto fra sviluppo delle reti e dimensione nazionale dell'interesse, alla possibile implementazione di certezza e tempestività attraverso un uso adeguato delle norme proibitive.

### 1. *Premessa*

Il tema prescelto si inserisce nel complesso rapporto «fra istituzioni, economia e territorio»<sup>1</sup> che fa dell'urbanistica una materia al cui interno si manifestano

---

\* Lo scritto rappresenta una rielaborazione ampliata di un lavoro destinato a volume collettaneo in onore di un caro ed autorevole Studioso.

<sup>1</sup> Per usare l'indicazione di P. Urbani, *Il ruolo delle istituzioni nel governo dei processi metropolitani: le grandi città come problema nazionale e non locale*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2007, 3, II, 63.

le tensioni proprie dei rapporti fra Stato, mercato e diritti fondamentali<sup>2</sup>, rendendola uno spazio di sperimentazione e ricerca di soluzioni che poi, come tutti sappiamo, sono sovente fatte proprie dal diritto amministrativo<sup>3</sup>.

Ponendomi in questa prospettiva, tratterò di alcune tensioni che si manifestano nella disciplina della localizzazione degli impianti per la telefonia mobile.

L'evidenza delle problematiche sottese al tema prescelto emerge anche dall'evoluzione normativa che le ha qualificate come opere di urbanizzazione primaria<sup>4</sup>, con conseguente predicata compatibilità con qualsiasi destinazione d'uso del territorio e con il carattere pubblico o privato degli immobili di destinazione<sup>5</sup>; si tratta di opere, per quanto private, di pubblica utilità<sup>6</sup> e sottoposte ad un regime speciale di silenzio in ragione del loro rilievo per lo sviluppo infrastrutturale del paese<sup>7</sup>.

È stato sin da subito e condivisibilmente notato come si tratti di una disciplina eccezionale rispetto al contesto delle norme in materia di tutela dell'ambiente<sup>8</sup>.

I limiti di spazio concessi al presente lavoro, peraltro, non permettono di affrontare anche i temi del silenzio e delle recenti evoluzioni del relativo contesto normativo, che hanno inciso significativamente sulla stessa concezione del pubblico potere e sulla sua (ormai non più tale o, quanto meno, non più generale) inesauribilità. Tuttavia non posso omettere il riferimento ad un interessante riassetto dell'istituto del silenzio in ordine al rapporto fra annullamento del provvedimento espresso negativo e riedizione del potere, che emerge dall'evoluzione giurisprudenziale a conferma della dimensione sperimentale e pionieristica propria dell'urbanistica e della *vis* espansiva che accompagna le sue elaborazioni.

<sup>2</sup> Intendendo il territorio come quello spazio presupposto non solo dell'esistenza dello Stato, ma anche dell'esercizio dei diritti fondamentali, come intuito già da F. Benvenuti, *Pianificazione del territorio e tutela del cittadino*, in *Jus*, 1987, 2, 135 ss. e sottolineato ancora di recente, in ulteriore ed originale prospettiva, da M.A. Cabiddu, *Territorio (governo del)*, in *Amministrare*, 2008, 3, 309 ss.; P. Maddalena, *Il territorio bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*, Roma, 2014. Per una nuova dimensione degli interessi legati al territorio, nella prospettiva dell'emergente diritto alla bellezza, cfr. M.A. Cabiddu *Patrimonio culturale e paesaggio: il bello dell'Italia*, in *Rivista di Diritto delle Arti e dello Spettacolo*, 2020, 1, 57 ss.

<sup>3</sup> Tale considerazione è diffusa e risalente, cfr. C.P. Santacroce, *PNRR, «riforma orizzontale» della pubblica amministrazione e disciplina del procedimento amministrativo*, in *Il diritto dell'economia*, 2023, 335 ss.; G. Morbidelli, *Introduzione*, in *I 50 anni della Rivista giuridica dell'edilizia*, in *Riv. giur. ed.*, 2009, 1 ss.; P. Stella Richter, *L'evoluzione della dottrina in materia urbanistica ed edilizia*, *Ib.*, 25 ss.; S. Amoroso, *Massimo Severo Giannini e la fondazione del diritto urbanistico*, in *Id.*, *Il governo dei sistemi territoriali. Il nuovo diritto urbanistico*, Padova, 2008, 137 ss.; L. Mazzaroli, *I piani regolatori urbanistici nella teoria giuridica della pianificazione*, Padova, 1962.

<sup>4</sup> Art. 86, comma 3, d.lgs. n. 259/2003.

<sup>5</sup> *Ex multis*, TAR Calabria, Catanzaro, 10 giugno 2011 n. 882 e 30 maggio 2018, n. 1122; TAR Campania, Napoli, 11 ottobre 2012, n. 4074; TAR Sicilia, Catania 22 luglio 2020, n. 551; TAR Campania, Napoli, 24 luglio 2020 n. 3324.

<sup>6</sup> Art. 90, comma 1, d.lgs. 259/2003.

<sup>7</sup> Art. 87 e 87-bis, d.lgs. 259/2003. In materia, il c.d. decreto semplificazioni ha modificato il precedente decreto c.d. Cura Italia.

<sup>8</sup> F. Mattasoglio, *Inquinamento elettromagnetico*, in *Aa.Vv.*, *Discipline ambientali di settore, Trattato di diritto dell'ambiente*, a cura di P. Dell'Anno, E. Picozza, vol. II, Padova, 2013, 375 ss.

Tali problematiche verranno testate, sotto il profilo metodologico<sup>9</sup>, con impostazione di tipo biologico, induttivo<sup>10</sup> e gradualista<sup>11</sup> partendo dal particola-

<sup>9</sup> Senza poter in questa sede ricostruire il fecondo dibattito sul metodo, e quindi limitando i riferimenti a quanto essenziale per l'esplicitazione dell'impostazione del lavoro, per una ricostruzione della riflessione sul metodo, sull'interdisciplinarietà, sull'autonomia della scienza amministrativistica (questione già centrale nel dibattito in AA. VV., *La scienza della amministrazione. Atti del I Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 26-29 settembre 1955)*, Milano, 1957), cfr. R. Scarciglia, *Brevi riflessioni su interdisciplinarietà, scienza giuridica e metodo comparativo*, in *Queste istituzioni*, 2022, 1, 90 ss.; M. Stipo, *Osservazioni sul metodo giuridico con particolare riferimento al diritto amministrativo*, in *Giustamm*, 30 settembre 2021; M. D'Alberti, *Metodo e metodi di studi dell'amministrazione pubblica*, in *Attraversare i confini del diritto*, a cura di L. Torchia, Bologna, 2016, 31 e ss.; A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009; Aa.Vv., *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, a cura di L. Torchia, E. Chiti, R. Perez, S. Sandulli, Napoli, 2008, e relative indicazioni bibliografiche. Tanto, in ogni caso, avendo ben presente che la prospettiva di nuovi paradigmi deve essere analizzata con la necessaria prudenza ad evitare inutili proliferazioni di categorie solo apparentemente innovative, cfr. F. Fracchia, *The Science of administrative law, juridical method and epistemology: the roles of paradigms in the era of the crisis of modernity*, in *IJPL*, 2013.

<sup>10</sup> Pare potersi ipotizzare che la contaminazione dei metodi risponda all'esigenza, di tipo teoretico, di disporre di strumenti adeguati rispetto alla realtà caleidoscopica propria dell'attuale ordinamento pluricentrico e pluralista. Ciò consente di superare la dequotazione degli strumenti teorici a volte ritenuti inadeguati all'approccio della realtà, facendo loro recuperare un'attitudine alla rappresentazione ed analisi che non esclude, ma integra il riconoscimento del valore della libertà di indagine. In tal modo è consentito anche l'espandersi della possibilità di individuazione casistica della soluzione basata sulla capacità individuale e sulla conoscenza del concreto e del fattuale quale essenza della ricerca (elementi, questi ultimi, che, assolutizzati, si pongono come alternativi al metodo ed alla dogmatica, cfr. P.K. Feyerabend, *Contro il metodo. Abbozzo di una teoria anarchica della conoscenza*, Milano, 2013 (ed. originale 1975, trad. it. di L. Sosio). Del resto, un invito al pluralismo metodologico, per quanto con profili anche diversi da quelli prospettati, è autorevolmente proposto da S. Cassese, *Verso un nuovo diritto amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2016, 16 ss. L'approccio di tipo biologico, suggerito da E. Ostrom, *Governare i beni collettivi*, Venezia, 2009, 39 (prima edizione *Governing the Commons*, New York, 1990), consiste nell'analizzare componenti puntuali della realtà (nel metodo biologico, due) isolandole dalle rimanenti, per poi passare a comprenderne relazioni ed implicazioni sistemiche. Naturalmente, isolare gli oggetti della ricerca non esclude l'esistenza e quindi il riferimento a nozioni essenziali o paradigmi propri della singola scienza (ovvero elementi fondanti e caratterizzanti il singolo ambito al quale appartiene la ricerca scientifica), sicché sotto, tale profilo, ciò assume piuttosto significato di identificazione degli stessi oggetti di indagine, per risalire ogni volta ad una verifica di quanto essi possano ritenersi rientrare propriamente nelle categorie note, in termini di contaminazione piuttosto che di separazione ed appartenenza univoca. Un'indicazione di metodo circolare che apre alla possibilità, propria del criterio induttivo, di verificare se l'evolversi della normativa e dei rapporti giuridici comporta, di volta in volta anche possibili cambiamenti negli assiomi della teoria del diritto, in una dimensione che poi diventa deduttiva tornando dal generale al particolare. Ciò consente anche di salvaguardare la tipicità dell'oggetto e della stessa scienza del diritto, come avvertito da F. Francario nelle sue conclusioni al dibattito contenuto in Aa.Vv., *Il confronto nel metodo giuridico*, a cura di F. Aperia Bella, A. Carbone, E. Zampetti, Napoli, 2023; il rapporto con gli altri saperi, in altri termini, come nota F. Cortese, *Diritto amministrativo e altri saperi: nuove opportunità per la scienza dell'amministrazione?*, in *Milan law review*, 2022, 2, 21 ss., deve spingere a riflettere sul "bagaglio formativo" di cui il giurista, anche amministrativista, «può appropriarsi anche al di là del diritto e del diritto amministrativo in particolare» (pp. 22-23). Il risalire dal particolare all'universale è proprio, come noto, del metodo induttivo, spesso opposto al metodo deduttivo, mentre in realtà si tratta di due strumenti complementari (sul tema, cfr. già la classica lettura di J. Stuart Mill, *Sistema di logica deduttiva e induttiva*, trad. it. a cura di M. Trincherò, Torino, 1988, op. originale *A system of logic ratiocinative and inductive. being a connected view of the principles of evidence, and the methods of scientific investigation*, London, 1846), nella circolarità della contaminazione metodologica di cui si discorre che propone, evidentemente, un continuo dialogo fra particolare e generale.

<sup>11</sup> L'approccio gradualista è proprio di diverse scienze ed è stato applicato ampiamente in ambito politico ed economico; in ambito giuridico, nella declinazione propria di un ordinamento composto da gradi

re per comprenderne le relazioni sistemiche, senza trascurare i dovuti accenni agli elementi provenienti dalla dimensione sovranazionale<sup>12</sup>.

L'opzione è motivata dal fatto che la disciplina richiamata è, fra l'altro, normativa speciale ed al contempo fondata su chiari intenti acceleratori, tanto da essere stata rivista con abbreviazione del termine procedimentale all'interno delle disposizioni rientranti nelle politiche PNRR<sup>13</sup>. In altri termini, si tratta dell'osservazione di un elemento di specialità dell'ordinamento, dunque un elemento particolare che, per essere inserito in un insieme di interazioni legate alla presenza di molteplici interessi, si mostra potenzialmente idoneo a creare quella circolarità

---

normativi gerarchicamente organizzati, continua ad avere ampia risonanza l'impostazione di H. Kelsen, (a partire da *Reine Rechtslehre*, Vienna 1934, trad. it. *La dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Torino 1951), per quanto l'idea di una dottrina "pura", nel senso di autonoma rispetto alle altre scienze (in specie, economica, sociologica, politologica) sia posta in dubbio dai sostenitori della necessaria consapevolezza, in termini interdisciplinari, degli influssi reciproci dovuti al fatto che il diritto si rivolge ai medesimi interessi umani (con visioni fra loro molto diverse, cfr. pure S. Cassese, *L'educazione del giurista*, in *Nuova antologia*, 1, 2013, 41 e ss.; G. Rossi, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Diritto pubblico*, 2004, 1, 1-18). In modo più vicino al modo di intendere, nelle altre discipline non giuridiche, la gradualità nel senso di progressività degli sviluppi dei fenomeni, piuttosto che progressività della giustificazione del fondamento e delle relazioni fra norme (la nomodinamica kelseniana), è stata proposta una lettura incentrata sulla possibilità che le singole fattispecie possano essere collocate piuttosto che in chiave di appartenenza, in termini di posizioni intermedie fra diverse categorie dogmatiche, che per tale via vengono rivalizzate nella loro capacità euristica attraverso l'identificazione dei concetti essenziali, da G. Rossi, op. ult. cit., *passim*). La circolarità proposta ed il dialogo con la fattispecie concreta dovrebbe valere anche ad evitare il rischio di una deformazione della funzione del diritto pur di mantenere fede alle premesse dogmatiche, avvertita come esito inaccettabile da M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, 55. Sulla necessaria consapevolezza della dimensione sovranazionale e sulle relative implicazioni di metodo cfr. la nota che segue.

<sup>12</sup> Anche nella prospettiva del diritto globale e di un diritto amministrativo che si autonomizza dalla stessa sfera della statalità, cfr. G. della Cananea, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Napoli, 2019; S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Bari-Roma, 2013; Id., *Il diritto amministrativo, storia e prospettive*, Milano, 2010; Id., *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna, 2008; Aa.Vv., *Le nuove mete del diritto amministrativo*, a cura di A. D'Alberty, Bologna, 2010; S. Battini, G. D'auria, G. Della Cananea, C. Franchini, A. Massera, B.G. Mattarella, G. Napolitano, A. Sandulli, L. Torchia, G. Vesperini, *Il diritto amministrativo oltre i confini: omaggio degli allievi a Sabino Cassese*, Milano, 2008. Osserva F. Cortese, *Diritto amministrativo ...*, cit., 45, che il risultato dell'accreditamento della comparazione quale metodo scientifico sembra essere quello di spingere i « giuristi – e anche i non comparatisti – ad assumere alcune conclusioni sul piano della trasformazione del diritto vigente e delle sue istituzioni». Per una diversa ricostruzione del rapporto fra dato comparato, globalizzazione e scienza del diritto amministrativo, cfr. l'editoriale di F. Fracchia, *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo: sull'utilità di un approccio dialogante e a più dimensioni*, in *Federalismi.it*, 12 settembre 2018; Id., *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d'insieme*, in *Il diritto dell'economia*, 2023, 2, 247 ss., con ampie indicazioni di metodo.

<sup>13</sup> Le modifiche all'art. 44 sono state introdotte con l'art. 32, co. 1-bis d.l. 36/2022, 30-bis, co. 1 lett. a, d.l. n. 50/2022 dall'art. 7-septies, co. 1, d.l. n. 21/2022, e, per quanto concerne in particolare l'art. 44 co. 10 in ordine all'accoglimento delle istanze di autorizzazione, dall'art. 30-bis, co. 1, lett. a, d.l. n. 50/2022 e dall'art. 18, co. 5, d.l. n. 13/2023. La riduzione a 60 giorni dei termini per la formazione del silenzio, ove intesa come modifica a norma procedurale, ne importa l'applicazione anche ai procedimenti in essere. Sull'impatto del PNRR e sul suo rilievo per l'innovazione del modo di essere dell'amministrazione, nella più ampia letteratura, un riferimento sotto il profilo del possibile impatto per un diverso modo di essere dell'amministrazione è offerto dalle riflessioni di G. Piperata, F. Cortese, A. Romeo, B. Ponti, M. Roversi Monaco, I. Alberti, nel numero *Il PNRR come motore del cambiamento dell'amministrazione, Istituzioni del federalismo*, 2, 2022, 311 ss.

dell'indagine che è propria del metodo prescelto ed a stimolare interrogativi sul piano generale rispetto alle tecniche normative rivolte a coinvolgere i privati nelle attività amministrative in ambiti connotati anche dalla presenza di attribuzioni proprie di diversi livelli di governo.

## 2. *La disciplina della localizzazione degli impianti per la telefonia mobile. Le attribuzioni normative*

Passando all'analisi dei profili di interesse delle procedure di autorizzazione per la realizzazione di strutture per gli impianti radioelettrici<sup>14</sup>, la normativa statale di riferimento è contenuta nel codice delle comunicazioni elettroniche<sup>15</sup>. Pur essendo previste ulteriori norme di semplificazione ed accelerazione per attività sul territorio strumentali o conseguenti alla realizzazione delle reti e degli impianti di radiotrasmissione<sup>16</sup>, mi limiterò a trattare del procedimento di autorizzazione alla «realizzazione e localizzazione di apparati radio-trasmittenti, ripetitori di servizi di comunicazione elettronica, stazioni radio base per reti di comunicazioni

<sup>14</sup> Cfr. sul tema R. Marino, *Tutela precauzionale dall'inquinamento elettromagnetico e nuova tecnologia 5G*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2022, 1 ss.; F. Dalla Balla, *Il diritto di accesso al suolo nei servizi di comunicazione elettronica*, in *Munus*, 2022, 3, 571 ss.; L. Murgolo, *L'arduo assenso tacito alle infrastrutture di telefonia mobile*, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 3, 364 ss.; M. Fazzari, *Le reti di comunicazioni elettroniche ad uso pubblico*, in *Salvis iuribus*, 30.11.2020; S. Del Gatto, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, Roma, Romatre-Press, 2019 (e-book), in particolare 26 ss.; G. Milo, *Localizzazione di infrastrutture per impianti di comunicazione elettronica e procedure autorizzatorie*, in *Giustamm*, 1.1.2018, che sottolinea il riscato spazio lasciato ai poteri locali dalla disciplina di settore; G.C. Figuera, *La localizzazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica*, Acireale, 2018; E. Giardino, *La realizzazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica tra poteri statali e veti locali*, in *GiustAmm.it*, 2017, 11, 47 ss.; S. Del Gatto, E. Giardino, G. Sciascia, S. Screpanti, F.V. Virzi, *Comunicare è difficile se non c'è la rete. Il caso «Telecom-Comune di Aggius»*, in *I nodi della pubblica amministrazione*, a cura di L. Torchia, Napoli, 2016, 127 ss.; L. Marotta, *L'installazione di reti di comunicazione elettronica e la condivisione di infrastrutture*, in *Munus*, 2012, 3, 569 ss.; R. Chieppa, *Inquinamento elettromagnetico ed installazione di infrastrutture per comunicazioni: è finita l'incertezza dopo le sentenze della Corte costituzionale?*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2003; A. Simonati, *La tutela delle attribuzioni regionali, tra principi dell'edilizia e coordinamento della finanza pubblica (ma nel rispetto della sussidiarietà)*, in *Le Regioni*, 2016, 1, 150-157; M. Barbara Cavallo, *Rapporto tra stato e regioni nella disciplina edilizia: la casistica trattata dalla corte costituzionale*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2003.

<sup>15</sup> In particolare negli artt. 43 co. 4 e 44 (già artt. 86 co. 3 e 87) d.lgs. n. 259/2003, da ultimo modificato dal d.lgs. n. 207/2021 (che tiene conto, fra l'altro, dell'evoluzione, anche eurounitaria, della disciplina delle telecomunicazioni, della cybersicurezza, della privacy), e dal d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, convertito con modificazioni dalla l. 21 aprile 2023, n. 41 (disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR (PNC), nonché per l'attuazione delle politiche di coesione e della politica agricola comune. Disposizioni concernenti l'esercizio di deleghe legislative).

<sup>16</sup> La relativa disciplina è contenuta nel d.lgs. n. 259/2003 e riguarda i diritti di passaggio (art. 43, ex 86), le procedure semplificate per determinate tipologie di impianti (art. 45, ex 87 bis), la disciplina delle variazioni non sostanziali degli impianti (art. 46 ex 87-ter), gli impianti temporanei di telefonia mobile (art. 47, ex 87 quater), la realizzazione di nuove stazioni radio base e le modifiche delle medesime che non comportino variazioni plano-altimetriche per dimensioni o ingombro su infrastrutture dell'autorità aeronautica (novità introdotta all'art. 48), le opere civili, gli scavi e l'occupazione di suolo pubblico (art. 49, ex 88).

elettroniche mobili in qualunque tecnologia»<sup>17</sup>, ed in particolare delle infrastrutture e stazioni radio base per la telefonia mobile, in quanto tale particolare ambito di applicazione è stato interessato da numerosi interventi normativi secondari comunali (c.d. regolamenti antenne) ed ha generato un debordante contenzioso, da sottoporre ad analisi per verificare se sia possibile individuarne la dipendenza da ragioni quantitative e qualitative classificabili.

La disciplina della localizzazione degli impianti di telefonia mobile (e più in generale quella della realizzazione degli impianti radio elettrici e delle reti dati) esprime i caratteri propri della complessità che connota attualmente l'urbanistica, dovuta alla presenza di interessi che trascendono la dimensione territoriale comunale o del singolo ente deputato all'approvazione della pianificazione e, al contempo, sono rappresentativi di valori non coincidenti con lo stretto e tradizionale ambito della mera trasformazione del territorio attraverso l'attività edilizia. Si è parlato, in proposito, di interessi differenziati e connesse tutele parallele ovvero di interessi e tutele differenziate<sup>18</sup> per descrivere un'interazione dovuta al fatto che il territorio rappresenta lo spazio necessario all'esistenza della vita ed è ad un tempo elemento costitutivo dello Stato, luogo dell'esercizio della sovranità, dimensione fisica e giuridica che consente lo sviluppo della personalità e l'esercizio dei diritti fondamentali, in sintesi è "elemento costitutivo" della comunità politica e "spazio di libertà"<sup>19</sup>.

Peraltro, se oggi esiste una diffusa consapevolezza del fatto che le relative tensioni coinvolgono in maniera significativa la concorrenza e lo sviluppo economico, deve evidenziarsi che ciò è stato avvertito da lungo tempo in materia urbanistica, anche se l'auspicata ed ipotizzata capacità di governo dell'economia in questo settore si dimostra sempre più difficile da realizzare<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Art. 44, d.lgs. n. 259/2003.

<sup>18</sup> Secondo la dizione proposta da F. Salvia, F. Teresi, *Diritto Urbanistico*, Padova, 1992, in particolare 226. Se la presenza di quelli differenziati tendenzialmente spinge, nel bilanciamento, verso soluzioni nelle quali gli interessi edilizi ed urbanistici sono recessivi, la reciproca relazione non può più ritenersi aprioristicamente basata su di una gerarchia statica e prestabilita, come mostra il caso studio. Sul tema, in generale, Aa.Vv., *Impatto ambientale e bilanciamento di interessi*, a cura di R. Di Pace, A. Rallo, A. Scognamiglio, Napoli, 2018. Per una simile variabilità in materia contigua cfr. F. Cusano, *Il trilemma ambientale, paesaggistico-culturale ed energetico dal Consiglio di Stato*, in *Pausania*, 2022.

<sup>19</sup> Per il "bene territoriale" come bene pubblico cfr. M.A. Cabiddu, *Territorio ...*, cit.; sempre nella prospettiva della relazione fra territorio e diritti, P. Maddalena, *Il territorio bene comune ...*, cit. Cfr. pure, con diversità di prospettive e di ragioni ricostruttive, F. Benvenuti, *Pianificazione del territorio ...*, cit.; Id., *Gli elementi giuridici della pianificazione*, in *Scritti giuridici*, Vol. II, 1948-1959, 1455 ss.; M. Nigro, *Gli enti pubblici con dimensione territorialmente definita: problemi vecchi ed esperienze nuove*, in *RTDP*, 1976, 541 ss. D'altra parte, che l'urbanistica come strumento di governo del territorio diventi luogo di bilanciamento degli interessi che interagiscono con esso è stato posto in luce da F. Benvenuti, *Pianificazione del territorio...*, cit. e su tale ricostruzione esiste ampia convergenza (cfr. M.A. Cabiddu, *Governare il territorio*, Roma-Bari, 2014; P. Urbani, *Urbanistica consensuale. La disciplina degli usi del territorio tra liberalizzazione, programmazione negoziata e tutele differenziate*, Torino, 2000; P. Stella Richter, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984).

<sup>20</sup> Una relazione costante che, ormai da tempo, secondo l'indicazione di P. Urbani, *Istituzioni, Economia; territorio. Il gioco delle responsabilità nelle politiche di sviluppo*, Torino, 2000, rischia di perdere quel ruolo



Tale contesto, naturalmente, fa dipendere la produzione degli effetti giuridici attesi dall'attività – e quindi dalla collaborazione e coordinamento – di istituzioni e livelli di governo diversi (nel caso studio, anche UE), in ragione del quadro delle attribuzioni della funzione legislativa e di quella amministrativa<sup>21</sup>. Pur essendo nota la dimensione di una simile dinamica negli ordinamenti complessi, ciò non fa venir meno difficoltà nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme, tanto più in un settore, quale è quello di interesse, che non si sottrae alle problematiche sistemiche legate alla crisi della legge e del Legislatore e, al contempo, richiede di definire il ruolo dei poteri economici attori del mercato in attività che sono senza dubbio di interesse generale ed oggettivamente amministrative<sup>22</sup>. A rendere ulteriormente problematico, se possibile, l'insieme di riferimento è il particolare rilievo che assume il carattere multipolare delle relazioni giuridiche in cui è coinvolta l'amministrazione<sup>23</sup>.

Il regime autorizzatorio in esame può essere preliminarmente compendiato indicandone la natura di procedimento per silenzio semplificato ed accelerato, con profili di specialità rispetto al modello di cui alla legge n. 241/1990. La specialità è legata all'indicazione normativa che qualifica gli artefatti opere private ma di interesse pubblico, assimilandole a quelle di urbanizzazione primaria, ma con ulteriori profili di eccezione anche rispetto alla normativa edilizia e urbanistica.

Tali premesse giustificano un esame che parta dalla funzione normativa per poi passare ai profili relativi a quella amministrativa.

La disciplina delle telecomunicazioni, come accennato, rientra innanzitutto nelle competenze dell'Unione e presenta trasversalità reciproca rispetto alla con-

---

lo di governo dell'economia che le riconosceva F. Benvenuti. Sull'evoluzione dei rapporti fra privati e pianificazione, cfr. G. Alpa, M. Bessone, A. Fusaro, *Poteri privati e statuto della proprietà*, Roma, 2001. Sulle criticità emerse anche negli Stati Uniti sulla capacità della pianificazione di governare processi di sviluppo, cfr. L. Giani, *Pianificazione urbanistica, legittimate development expectations, public interest e tutela della proprietà. Spunti di riflessione sul sistema statunitense*, in AaVv., *Studi in Onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, 2013; G. Piperata, *Il rapporto tra pubblico e privato nel contesto giuridico delle trasformazioni urbane*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 508 ss. Per uno sguardo da altre discipline, cfr. M.C. Gibelli, I. Magnani, *La pianificazione urbanistica come strumento di politica economica*, Roma, 1988.

<sup>21</sup> Sotto il profilo delle fonti, tale dinamica e la necessità di guardare ad essa in una dimensione di collaborazione alla produzione degli effetti giuridici, è stata messa in luce da A. Ruggeri nella costante impostazione di una serie di studi che è stata aperta con il primo volume *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi degli anni 1987/91*, Torino 1992, giunto al XXVI volume nel 2023.

<sup>22</sup> Sia consentito il rinvio, anche per la bibliografia in materia *de qua*, a D. D'Alessandro, *Funzione amministrativa e causa negoziale nei contratti pubblici non onerosi*, Napoli, 2018.

<sup>23</sup> Sul carattere multipolare del rapporto amministrativo, anche in relazione al tema della tutela della concorrenza, cfr. L. De Lucia, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005. La dimensione multipolare è dovuta al fatto che l'attività amministrativa, in genere, coinvolge interessi generali, che come tali fanno capo ad una molteplicità di soggetti, a volte anche titolari di interessi differenziati, ed interessi propri dei diretti destinatari del provvedimento (la prospettiva ha indubbia valenza anche per l'attività di diritto privato, se si conviene sul suo coinvolgimento, tramite il principio di solidarietà, non solo al rispetto, ma anche alla realizzazione di interessi generali).

correnza, allo sviluppo economico, alla tutela dell'ambiente, alla tutela di diritti fondamentali della persona, alla coesione sociale (peraltro, come è noto, anche esse materie oggetto di competenza UE). Essa ha trovato il suo momento di sintesi con il codice europeo delle comunicazioni elettroniche<sup>24</sup>.

Sul piano interno, la legislazione statale esclusiva viene in considerazione non solo per quanto concerne la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni, ma anche per le materie della disciplina della concorrenza e della tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali.

Peraltro, la legislazione statale interviene con normative che coinvolgono trasversalmente competenze esclusive e concorrenti – ad esempio salute e tutela dell'ambiente – e, comunque, si è di fronte a materie-valori rispetto alle quali risulta complesso definire i confini rispetto alle attribuzioni regionali, come mostra la questione delle soglie dell'inquinamento elettromagnetico non derogabili<sup>25</sup>.

Non a caso, quanto alle competenze concorrenti (salute, ambiente, territorio), la Corte costituzionale, come è stato bene osservato<sup>26</sup>, ha ricostruito il relativo riparto rifuggendo dalla tesi per cui la materia dei valori soglia potesse esaurire ed escludere l'intervento di altre competenze regionali. In proposito, la Consulta ha osservato che esse si confrontano con le attribuzioni relative alla tutela dell'ambiente che costituisce un valore, una materia trasversale, una materia scopo; in forza di tali caratteri, il Legislatore regionale può intervenire contribuendo a realizzare le finalità costituzionali esercitando le competenze concorrenti in tema di salute, ordinamento della comunicazione, governo del territorio, pur rimanendo preclusa la possibilità di innalzamento delle soglie di protezione<sup>27</sup>. A quest'ultimo riguardo, peraltro, si osserva una rottura rispetto ai principi espressi dalla Corte nei propri precedenti sulle relazioni fra competenze statali e regionali, rimanendo precluso a queste ultime, nel caso di studio, un intervento migliorativo della protezione<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Cfr. direttiva UE n. 2018/1972.

<sup>25</sup> Cfr. l. quadro 26 febbraio 2001, n. 36, art. 4, co. 2. L'effettiva determinazione dei valori soglia, peraltro, è stata delegata dalla legge ad atti regolamentari statali, lasciando sorgere qualche perplessità in ordine alla fonte utilizzata per vincolare la legislazione regionale, Cfr. M. Miglioranza, *Inquinamento elettromagnetico e limiti alle competenze regionali: standard di protezione nazionali e legalità sostanziale*, in *Foro it.*, 2004, I, 1373.

<sup>26</sup> Così N. Pignatelli, *Inquinamento elettromagnetico e telefonia mobile: il riparto di competenze (costituzionali ed amministrative)*, in *Associazione deicostituzionalisti.it*, 2010.

<sup>27</sup> Sull'esclusione della possibilità di interventi migliorativi della tutela da parte delle regioni cfr. Corte cost. 307/2003 e le riflessioni di G. Manfredi, *Standard ambientali di fonte statale e poteri regionali in tema di governo del territorio*, in *Urbanistica e appalti*, 2004, 300 ss.

<sup>28</sup> Ancora N. Pignatelli, op. cit., 6, che segnala come si tratti di una deroga sostanziale ai principi espressi in altre discipline ricadenti nella tutela dell'ambiente, rispetto alle quali la Corte ha invece generalmente ammesso una disponibilità *in melius* da parte delle regioni. D'altra parte, è la stessa Consulta, nella sentenza n. 7 novembre 2003, n. 331, a dichiarare non più attuale l'indirizzo espresso nella precedente decisione n. 382/1999 che riconosceva la legittimità di legislazione della regione Veneto (la regione aveva utilizzato parametri più pru-

In materia di criteri di localizzazione degli impianti e standard urbanistici<sup>29</sup>, la Consulta ha adottato un analogo orientamento restrittivo, escludendo aggravamenti rispetto alle procedure semplificate introdotte dal Legislatore statale<sup>30</sup> ed ancorando l'intervento regionale a criteri di adeguatezza e proporzionalità rispetto agli obiettivi della pianificazione nazionale, sia in relazione alla diffusione degli impianti sul territorio, sia quanto all'interesse alla rapida dotazione infrastrutturale della quale l'Italia necessita<sup>31</sup>.

Rimane, peraltro, in favore dei comuni una competenza regolamentare<sup>32</sup>, facoltativa e la cui assenza non impedisce l'esercizio di quella autorizzatoria, quest'ultima fatta salva da un eccesso di delega della legge statale che la aveva eliminata<sup>33</sup>.

La competenza regolamentare può essere esercitata solo in due ambiti materiali, la garanzia del corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e la riduzione al minimo dell'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici. La norma tenta di definire ulteriormente i confini dell'attribuzione, ammettendo che la funzione comunale relativa alla regolazione della riduzione dell'esposizione possa essere esercitata solo individuando singoli siti sensibili in modo specifico, con esclusione di limitazioni per aree generalizzate e senza possibilità di incidere, anche in via indiretta o mediante provvedimenti «sui limiti di esposizione a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, sui valori di attenzione e sugli obiettivi di qualità, riservati allo Stato»<sup>34</sup>. Si tratta, in realtà, di riferimenti incerti, che hanno sostanzialmente demandato alla giurisprudenza il compito di definirne la portata, con ciò contribuendo certamente alla mole del contenzioso in materia *de qua*.

La previsione, con dizione piuttosto involuta, esclude, infine, che il regolamento comunale possa essere utilizzato per prevedere o porre i presupposti di provvedimenti contingibili e urgenti diretti a produrre surrettiziamente l'elusione delle soglie e dei parametri posti dalla disciplina statale in ordine alla tutela della salute e dell'ambiente e agli obiettivi qualitativi.

---

denziali di quelli statali in materia di elettrodotti), seppure con motivazione assimilabile ad un *distinguishing* piuttosto che ad un *overruling*, basata sull'evoluzione del contesto comunitario.

<sup>29</sup> Cfr. art. 3, lett. d, n. 1 e n. 8, l. n. 36/2001.

<sup>30</sup> Corte cost. 27 luglio 2005 n. 336 (nonostante «il carattere dettagliato, autoapplicativo e non cedevole della normativa»); 6 luglio 2006, n. 267; 28 marzo 2006, n. 129.

<sup>31</sup> Cfr. Corte cost. n. 307/2003. Sulle indicazioni della Consulta cfr. N. Pignatelli, op. cit., 6; E. Giardino, *La realizzazione delle infrastrutture ...*, cit., 47 ss.; S. Del Gatto, *Poteri pubblici...* cit., 27.

<sup>32</sup> Il potere regolamentare è previsto proprio dalla legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici (art. 8, co. 6, d.l. 22 febbraio 2001, n. 36), aggiornato dal d.l. 24 febbraio 2023, n. 13 con un richiamo espresso alla necessità di rispettare le disposizioni contenute nel codice delle telecomunicazioni, in particolare in materia di autorizzazione degli impianti in considerazione.

<sup>33</sup> L'art. 3, d.lgs. n. 198/2002 (c.d. decreto Gasparri) aveva determinato un effetto abrogativo tacito delle autorizzazioni comunali. L'intero decreto è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo da Corte cost. 25 settembre - 1 ottobre 2003, n. 303.

<sup>34</sup> Art. 8, co. 6, d.l. 22 febbraio 2001, n. 36.

Ne deriva che i provvedimenti contingibili e urgenti possono essere emanati legittimamente solo a condizione di essere diretti a far rispettare la disciplina di settore o di proporre, in una corretta applicazione del principio di precauzione, motivate ed idonee ragioni fondate su dati scientifici che dimostrino la configurabilità di un rischio per la salute o per l'ambiente<sup>35</sup> e che dovrebbero essere legate alla specifica relazione fra impianto, territorio e popolazione locale. D'altro canto, la competenza autorizzatoria comunale non può estendersi a valutazioni sul rispetto dei parametri e delle cautele relative alle emissioni, rimesse all'autorità competente<sup>36</sup>. Al riguardo, ci si trova dinnanzi al paradosso della possibile illegittimità di un provvedimento espresso negativo dell'autorizzazione che, tuttavia, colga l'erroneità dell'indicazione resa dall'autorità di settore<sup>37</sup>; un ragionevole modo di superare una simile condizione potrebbe essere quello della leale collaborazione in sede procedimentale.

In riferimento alle possibili previsioni regolamentari, la giurisprudenza ha definito la linea di demarcazione del legittimo esercizio della relativa competenza, ritenendo consentito ai comuni indicare "criteri di localizzazione" ed escludendo la facoltà di porre "limiti alla localizzazione"<sup>38</sup>. La distinzione si fonda sulla qualificazione degli impianti come opere di urbanizzazione primaria, come tali compatibili con qualsiasi destinazione urbanistica, ma richiede un'attenta riflessione per comprendere quali siano, comunque, i possibili bilanciamenti fra tale astratta compatibilità ed altri interessi (e le relative competenze e tutele) che verrebbero lesi dalla localizzazione dell'impianto.

<sup>35</sup> Argomentando da Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2023 n. 4647, per cui «occorre ricordare (come ribadito da Cons. Stato, sez. VI, 13/08/2020, n. 5034) che il principio di precauzione (al quale si ispira anche la disciplina della tutela dell'esposizione ai campi elettromagnetici), costituisce uno dei capisaldi della politica ambientale dell'Unione europea, ed è attualmente menzionato, ma non definito, nell'art. 191, paragrafo 2, del TFUE, insieme a quelli del 'chi inquina paga' e dell'azione preventiva. Tale principio tuttavia non conduce automaticamente a vietare ogni attività che, in via di mera ipotesi soggettiva e non suffragata da alcuna evidenza scientifica, si assuma foriera di eventuali rischi per la salute, privi di ogni riscontro oggettivo e verificabile. Il principio di precauzione richiede, piuttosto e in primo luogo, una seria e prudenziale valutazione, alla stregua dell'attuale stato delle conoscenze scientifiche disponibili, dell'attività che potrebbe ipoteticamente presentare dei rischi». Cfr. pure TAR Calabria, Catanzaro, 14 aprile 2023, n. 596.

<sup>36</sup> Le agenzie regionali per la protezione dell'ambiente, cfr. TAR Sicilia, Catania, 12 ottobre 2023, n. 2993; TAR Calabria, Catanzaro, 15 maggio 2023, n. 746; TAR Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 26 aprile 2021, n. 237; TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 30 marzo 2020, n. 236 e 26 novembre 2019, n. 2858.

<sup>37</sup> Non mancano problematiche e recenti indicazioni in ordine all'opportunità di salvare i provvedimenti sostanzialmente rispondenti alla dovuta cura dell'interesse pubblico, cfr. R. Cavallo Perin, *La cura dell'interesse pubblico come dovere istituzionale che esclude l'annullamento dell'atto amministrativo per violazione di legge*, in *Diritto amministrativo*, 2022, I, 119-131, che ragiona a partire dalla tesi della necessità pratica di G. Miele, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 377 ss., inquadrando la questione nell'attuale contesto costituzionale. Una tesi di complessa generalizzazione, ma, ove accettata, di sicuro ed immediato impatto su un piano casistico.

<sup>38</sup> Sul tema, cfr. E. Giardino, *La realizzazione delle infrastrutture ...*, cit.; S. Del Gatto, E. Giardino, G. Sciascia, S. Screpanti, F.V. Virzi, op. cit.

Si tratta, si diceva, di normativa secondaria facoltativa per i comuni, la cui potestà autorizzatoria può essere esercitata indipendentemente da essi, tenuto conto che è la stessa legislazione statale ad individuare interessi di natura pubblica che non possono essere travolti *tout court*, quali le «esigenze della difesa e della sicurezza dello Stato, della protezione civile, della salute pubblica e della tutela dell'ambiente e della riservatezza e protezione dei dati personali, poste da specifiche disposizioni di legge o da disposizioni regolamentari di attuazione»<sup>39</sup>. L'elenco non pare possa considerarsi tassativo, dovendo valere la tesi del ragionevole bilanciamento di interessi contrapposti (si pensi all'incolumità delle persone ed alla disciplina delle aree di rispetto stradale)<sup>40</sup>.

Come più volte accennato, il codice delle comunicazioni<sup>41</sup> assimila le infrastrutture in esame a quelle di urbanizzazione primaria<sup>42</sup>, escludendo però il regime dominicale pubblico e legittimandone la proprietà degli operatori, con l'ulteriore specificazione che la conclusione favorevole del procedimento conseguente alla richiesta di autorizzazione «vale, altresì, come dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza dei lavori»<sup>43</sup>.

Si tratta, quindi, di opere di pubblica utilità di proprietà privata e, sotto tale profilo, si realizza un'ulteriore frattura rispetto all'impianto codicistico della proprietà pubblica, peraltro da più tempo ritenuto meritevole di riforma da ampia parte della dottrina, che propone di applicare un regime vincolistico volto a garantire l'interesse generale al di fuori del regime dominicale, procedendo in una direzione di oggettivizzazione della funzione della proprietà che si colloca nel più vasto quadro dell'oggettivizzazione della funzione amministrativa<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> Art. 3, co. 4, d.lgs. n. 259/2003.

<sup>40</sup> Cfr. la nota e fondamentale lettura di G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992. In linea di principio il Consiglio di Stato afferma tale prospettiva, anche se poi, come vedremo, ne fa applicazione estremamente misurata. Sull'immanenza del principio del necessario bilanciamento, cfr. Cons. Stato 6 novembre 2020 n. 6840, secondo cui «il favor assicurato alla diffusione dell'infrastruttura a rete della comunicazione elettronica, espresso anche dal decreto legislativo n. 259 del 2003, pur comportando una compressione dei poteri urbanistici conformativi ordinariamente spettanti ai Comuni, non consente di derogare alle discipline poste a tutela degli interessi differenziati, come quello naturalistico-ambientale, in quanto espressione di principi fondamentali della Costituzione, né tantomeno consente la compressione di interessi paesaggistici presidiati da idonei vincoli. Il bilanciamento degli interessi tutelati, inoltre, non può che essere svolto in concreto, considerando la possibile utilizzazione di alternative che consentano una soluzione di ragionevole contemporaneo degli stessi interessi». Conf. Cons. Stato. sez. VI, n. 4163/2018; sez. V, n. 22 luglio 2016, n. 3000; cfr. pure TAR Trento, 23 novembre 2022, n. 197.

<sup>41</sup> Art. 43 co. 4 (ex art. 86 co. 3), d.lgs. n. 259/2003.

<sup>42</sup> Disciplinate dall'articolo 16, co. 7, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

<sup>43</sup> Art. 44 co. 8 (ex art. 87 co. 7), d.lgs. n. 259/2003.

<sup>44</sup> Si tratta di una tecnica normativa che è diventata di primario interesse con le vicende legate alle liberalizzazioni ed alle privatizzazioni, sulla quale cfr. M. Renna, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano 2004, 109 ss.; Aa.Vv., *Titolarità pubblica e regolazione dei beni. La divergenza nel pubblico impiego*, *Annuario 2003 AIPDA*, Milano, 2004; D. Sorace, *Cartolarizzazione e regime dei beni pubblici*, in *Aedon*, 1, 2003. Sulle problematiche legate ai beni pubblici, cfr. Aa.Vv., *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, a cura di A. Police, Milano, 2008.

### 3. *Il procedimento autorizzatorio. Il problema della dimensione multipolare degli interessi e la connesse questioni della pubblicità e della partecipazione*

Quanto al titolo abilitativo, il procedimento autorizzatorio, ipotesi speciale, accelerata e semplificata di silenzio assenso, prevede una richiesta, da valere quale istanza unica, da presentare agli «enti locali», dizione che è stata immediatamente interpretata come riferita ai comuni, considerata la loro competenza in materia di opere di urbanizzazione alle quali gli artefatti in esame sono equiparati.

La legittimazione è limitata ai titolari di autorizzazione generale per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica<sup>45</sup>; il soggetto richiedente è onerato anche di comunicarla a tutte le amministrazioni coinvolte, fermi gli obblighi di quella procedente in ordine al coordinamento, ove necessario, attraverso conferenza dei servizi.

L'interesse pubblico alla rapida realizzazione delle infrastrutture viene garantito anche imponendo all'istante di realizzare i lavori entro 12 mesi dal formarsi del silenzio.

La dimensione multipolare propria degli interessi affidati alla cura dell'amministrazione trova considerazione nella specialità della disciplina della pubblicità e della partecipazione<sup>46</sup>, che appare riprendere alcune modalità sperimentate e proposte in materia di tutela ambientale e, comunque, non potrebbe sottrarsi, per quanto di interesse ai fini della tutela dell'ambiente, dal rispetto dei criteri di trasparenza proposti con la convenzione di Aarhus del 25 giugno 1998, per come recepiti a livello UE ed interno.

In particolare, è lo sportello dell'amministrazione competente a dover pubblicizzare l'istanza<sup>47</sup>, ma la legge non indica né tempi né modi, in proposito dimostrando scarsa attenzione per un profilo espressione del principio di trasparenza e ascrivibile al più ampio contesto della democratizzazione – anche quanto al controllo diffuso – dell'attività amministrativa.

In proposito, pare corretto sostenere che la pubblicità debba precedere la conclusione del procedimento, se si guarda all'idoneità rispetto alla *ratio* nel senso sopra detto dell'adempimento, con conseguente valore viziante dell'omissione<sup>48</sup>; tuttavia, non mancano indicazioni giurisprudenziali che si soffermano sull'assenza di una previsione normativa attributiva di facoltà di partecipazione agli even-

<sup>45</sup> Art. 44, co. 2, che rinvia all'art. 11, d.lgs. n. 259/2003.

<sup>46</sup> Sul tema generale e per ulteriori indicazioni bibliografiche cfr. l'accurata ricostruzione di C.P. Santacroce, *Territorio e comunità nella teoria giuridica della partecipazione*, Torino, 2023.

<sup>47</sup> Art. 44, co. 5, d.lgs. n. 259/2003.

<sup>48</sup> Per l'annullamento in relazione all'omessa pubblicità cfr. TAR Toscana, sez. I, 19 novembre 2011, n. 1829, confermata in appello da Cons. Stato, sez. III, 5 novembre 2019, n. 7552; Cons. Stato, sez. VI, 18 aprile 2005, n. 1773; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 29 dicembre 2008, n. 3758. *Contra*, TAR Lombardia, Brescia, 17 luglio 2023 n. 602.

tuali interessati, facendone discendere che la pubblicità ha il limitato effetto di far decorrere il termine per l'impugnazione. Stando a tale ricostruzione, all'omissione della pubblicità conseguirebbe semplicemente una possibile rimessione in termini ai fini dell'impugnazione del provvedimento<sup>49</sup>.

Si tratta di un'impostazione che non pare condivisibile innanzitutto perché dequota la funzione della trasparenza e non tiene conto del diverso indirizzo che è stato manifestato dalla Corte di Giustizia UE<sup>50</sup>. Proprio in materia di partecipazione ambientale, infatti, la disciplina sovranazionale fa riferimento a oneri di appropriata e precoce informazione e, come interpretata anche dalla Corte di Lussemburgo<sup>51</sup>, mantiene distinte le posizioni partecipative procedurali rispetto alle (altre) posizioni soggettive azionabili avverso il provvedimento finale. Tale distinzione è accompagnata dalla non sottoposizione delle posizioni partecipative ai criteri di legittimazione processuale applicati alle altre posizioni soggettive ammesse a tutela, sicché può ritenersi sussistente un'azione processuale diffusa e scissa da ulteriori criteri di differenziazione dell'interesse. Si osserva, in altri termini, un'affrancazione della partecipazione dal nesso di strumentalità rispetto agli interessi differenziati individuali, espressione appunto del processo di democratizzazione e di un modo di esercizio qualificato della sovranità da parte dei cittadini. Tale impostazione non è incompatibile, ma anzi appare necessaria nelle dinamiche di oggettivizzazione della funzione amministrativa<sup>52</sup>, quale quella in esame, al fine di adeguare gli strumenti di *accountability* al diverso atteggiarsi del rapporto pubblico/privato.

<sup>49</sup> TAR Lombardia, Brescia, 17 luglio 2023, n. 602, cit., che motiva osservando come «la stessa convenzione di Aarhus, dopo aver stabilito il diritto di accesso alle informazioni ambientali, prevede la partecipazione necessaria del pubblico solo per le attività di maggiore impatto (art. 6) e per gli atti di programmazione (art. 7)». Cfr., per i regolamenti sulla localizzazione, TAR Piemonte, 21 dicembre 2022, n. 1174.

<sup>50</sup> Ciò che sfugge nella prospettiva di TAR Lombardia n. 602/2023, cit. è che le posizioni partecipative procedurali, nella loro autonomia rispetto alle altre questioni opponibili in sede di ricorso avverso il provvedimento finale (cfr. Corte giustizia UE, 7 novembre 2019, causa C-280/18, *Flausch* ed a.), diventano altrettanto autonome rispetto alla qualificazione delle (altre) posizioni soggettive azionabili ed ai criteri di legittimazione che il Legislatore nazionale è delegato a disciplinare in riferimento alla contestazione della decisione amministrativa; un'autonomia che non è dequotazione e che si affranca dal nesso di strumentalità rispetto agli interessi individuali perché diventa baluardo della democratizzazione e di un modo di esercizio qualificato della sovranità da parte dei cittadini in materia ambientale.

<sup>51</sup> Cfr. Corte giustizia UE 8 novembre 2016, causa C-243/15, punto 45. Per un commento, cfr. M. van Wolferen, *Case C-243/15 Lesoochránárske zoskupenie vlk v. Obvodný úrad Trenčín*, in *Journal for european environmental & planning law* 14, 2017, 136 ss.

<sup>52</sup> Sia dato rinviare a D. D'Alessandro, *La procedura di V.I.A.: alla ricerca della qualificazione delle prerogative partecipative*, in *Il diritto dell'economia*, 2021, 2, 149 ss., anche per riflessioni sulla «qualificazione della facoltà di intervento nel procedimento di V.I.A. come espressione di un potere di specificazione dell'interesse pubblico che rappresenta esercizio, nei modi e nei limiti di legge, della sovranità popolare», questione che è pure in relazione alla prevalenza del titolo che dà accesso alla tutela, costituito dalla norma di protezione ambientale, rispetto ai presupposti processuali dell'interesse ad agire e della *legitimitatio ad causam* per l'accoglimento della domanda giudiziale.

Inoltre, a parte le considerazioni sulle azioni politiche che l'informazione precoce e tempestiva consente, la tutela del terzo in materia di silenzio non si esaurisce nell'attività giudiziale, ma ha una dimensione procedimentale autonoma, ben potendo il terzo intervenire nel procedimento autorizzatorio ed anche sollecitare o partecipare in sede procedimentale all'esercizio del potere di annullamento *ex officio* del silenzio formatosi. Ciò è innegabile per i terzi portatori di interessi differenziati, visto che per la legittimazione in giudizio si chiede la dimostrazione della titolarità di una posizione che non è qualificata dalla mera *vicinitas*<sup>53</sup>, ma dovrebbe ritenersi consentito anche a *quivis de populo* cui è pure rivolta la pubblicità, a meno di voler negare il collegamento fra i procedimenti in esame e la tutela dell'ambiente.

Non si versa, comunque, in un'ipotesi in cui le facoltà perdute a causa della mancata conoscenza tempestiva possono essere recuperate con il solo strumento giurisdizionale; né potrebbe farsi applicazione della disciplina delle illegittimità non vizianti, sia perché non pare versarsi (cfr. *infra*) in ipotesi di atti vincolati, sia perché i potenziali interessati non sono determinabili e quindi il singolo processo non è in grado di raccogliere tutte le censure e gli apporti che ogni titolare di posizione differenziata potrebbe far valere ed ancor più avrebbe potuto far valere in sede procedimentale, cioè nella dimensione della relazione fra amministrazione e privati che è qualificata dalla partecipazione<sup>54</sup>.

Per tali ragioni non pare condivisibile neppure quell'indirizzo, applicato anche in materia *de qua*<sup>55</sup>, che limita l'effetto invalidante della mancata attuazione della pubblicità e delle garanzie partecipative attraverso una prova di resistenza, cioè richiedendo la prova che il contraddittorio avrebbe consentito «al privato di dedurre le proprie argomentazioni, idonee a determinare l'emanazione di un provvedimento con contenuto diverso»<sup>56</sup>. L'ipotizzata ricerca dell'idoneità delle

<sup>53</sup> «In tale ottica, non può ritenersi sufficiente a radicare la legittimazione e l'interesse ad agire «la mera circostanza della prossimità dell'opera infrastrutturale [...], dovendo essere per contro fornita la prova concreta (o quantomeno un principio di prova) del *vulnus* specifico inferto dagli atti impugnati alla sfera giuridica» dei soggetti che si dolgono dell'installazione [...] il requisito della *vicinitas* non è di per sé solo in grado di sorreggere l'impugnativa di titoli ampliativi rilasciati in favore di altri soggetti», linea di pensiero corroborata dalla sentenza 9 dicembre 2021, n. 22, «con cui l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, all'esito di un'articolata e approfondita revisione delle posizioni giurisprudenziali e dottrinarie sul tema della tutela del terzo a fronte di atti ampliativi dell'altrui sfera giuridica, ha concluso nel senso che «non può affermarsi che il criterio della *vicinitas*, quale elemento di differenziazione, valga da solo ed in automatico a soddisfare anche l'interesse al ricorso», essendo necessaria la sussistenza di uno «specifico pregiudizio derivante dall'intervento edilizio che si assume illegittimo» (TAR Lazio, Roma, 17 ottobre 2023 n. 15328).

<sup>54</sup> Nella prospettiva indicata da F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994; Id., *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996.

<sup>55</sup> Cons. Stato, 8 maggio 2023, n. 4583.

<sup>56</sup> Così CGARS, 26 agosto 2020, n. 750, citata da Cons. Stato III 14 settembre 2021, n. 6288, con commento di A. Paiano *La partecipazione nell'attività vincolata dell'amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, 1, 90 ss.



argomentazioni è, infatti, determinabile forse rispetto al provvedimento vincolato (a condizione, peraltro non condivisibile, che si escluda il rilievo dell'attivazione di processi partecipativi che possano portare a soluzione alternativa, cioè a rinunciare all'adozione stessa del provvedimento in predicato, c.d. opzione zero anche da parte del privato), mentre diventa una *factio* certamente priva di attendibilità se è inserita in una tecnica di prognosi postuma sugli effetti del contraddittorio procedimentale rispetto ad una decisione anche solo in parte discrezionale.

#### 4. *La dinamica degli interessi fra regolamento, procedimento e provvedimento alla luce della giurisprudenza. Un obbligo di "motivazione rafforzata" o "forte"?*

Il procedimento per l'autorizzazione è volto anche alla verifica, ove previsto, da parte dell'organismo preposto «della compatibilità del progetto con i limiti di esposizione, i valori di attenzione e gli obiettivi di qualità, stabiliti uniformemente a livello nazionale in relazione al disposto della citata legge 22 febbraio 2001, n. 36»<sup>57</sup>.

Si tratta di uno dei riferimenti espressi alle tutele concorrenti operati dall'articolo in esame, gli altri sono al paesaggio ed ai beni culturali.

Essi devono essere considerati, comunque, all'interno del più ampio contesto della riferita necessità di ritenere non solo ammissibile, ma anche dovuto il bilanciamento con gli altri interessi giuridicamente rilevanti, espressi anche in vincoli urbanistici o morfologici, cioè conseguenti a caratteri intrinseci delle proprietà interessate<sup>58</sup>, non vertendosi in ambito di attività edilizia libera né potendosi ritenere ammessa un'indiscriminata localizzazione sul territorio.

La giurisprudenza, peraltro, ogni volta che viene in considerazione una simile questione non manca di sottolineare la tendenziale preminenza dell'interesse alla realizzazione delle stazioni radio base, sia perché esse sono equiparate,

<sup>57</sup> Art. 44, co. 1, d.lgs. n. 259/2003. L'organismo preposto deve pronunciarsi entro 30 giorni dalla comunicazione effettuata da parte del comune.

<sup>58</sup> «Se è vero che il codice delle comunicazioni elettroniche pone un argine all'aggravamento dei procedimenti è altrettanto vero che il *favor* assicurato alla diffusione dell'infrastruttura a rete della comunicazione elettronica, espresso anche dal decreto legislativo n. 259 del 2003, pur comportando una compressione dei poteri urbanistici conformativi ordinariamente spettanti ai Comuni, non consente di derogare alle discipline poste a tutela degli interessi differenziati, come quello naturalistico-ambientale, in quanto espressione dei principi fondamentali della Costituzione né tantomeno consente la compressione di interessi paesaggistici presidiati da idonei vincoli» (Cons. Stato, VI, 19 giugno 2023, n. 5999). Sulla distinzione fra vincoli urbanistici e vincoli morfologici o ricognitivi, e sul progressivo ridimensionamento dei primi ad opera della giurisprudenza (specie di quelli sostanziali, ma anche di quelli strumentali c.d. localizzativi e di rinvio), cfr. P. Urbani, S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2023, 266 ss.; P. Urbani, *Territorio e poteri emergenti, le politiche di sviluppo tra urbanistica e mercato*, Torino, 2007.

come detto, alle opere di urbanizzazione primaria e come tali ritenute compatibili con qualsiasi destinazione urbanistica, sia perché tale equiparazione a monte è dovuta all'esigenza di garantire un servizio di primario interesse pubblico per lo sviluppo economico e sociale del paese<sup>59</sup>.

In particolare, la giurisprudenza manifesta una certa severità nel valutare la motivazione dei provvedimenti negativi rispetto alla preminenza dell'obiettivo della realizzazione della rete, escludendo il rilievo in *re ipsa* dell'affermazione dell'interesse di volta in volta contrapposto<sup>60</sup>.

Ne è dimostrazione, in materia di tutela paesaggistica ed ambientale, il ritenere non adeguata né sufficiente la motivazione basata su considerazioni meramente tipologiche, ossia riferite a tipi o standard valutativi che non abbiano trovato espressa, concreta e analitica considerazione in riferimento all'analisi casistica della singola fattispecie<sup>61</sup>.

Ancora, in uguali termini casistici, si osserva una tendenza ad eludere la considerazione dei vincoli urbanistici in quanto tali<sup>62</sup>, cioè quale categoria idonea a determinare una preclusione alla localizzazione, preferendo il riferimento all'analisi del conflitto in concreto con il sottostante interesse protetto (ad esempio, riflettendo sulla compatibilità per la sicurezza della presenza di un traliccio su area di rispetto stradale<sup>63</sup> o sull'incidenza sui valori socio-giuridici legati al vincolo cimiteriale<sup>64</sup>).

<sup>59</sup> La giurisprudenza sul punto è costante, cfr., fra le più recenti, Cons. Stato, VII, 8 maggio 2023 n. 4583.

<sup>60</sup> Per contro, è ben noto come tendenzialmente l'esigenza di garanzia degli interessi sottesi alla tutela del territorio sia stata ritenuta sufficiente a sorreggere l'annullamento d'ufficio dei permessi di costruire illegittimi senza necessità di particolare e specifica motivazione relativa alla sussistenza dell'interesse pubblico ulteriore rispetto a quello relativo al ripristino della legalità (c.d. tesi dell'interesse in *re ipsa*), fino all'intervento di Cons. Stato, Ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8 che, con articolata motivazione, ha distinto i casi delle ordinanze di demolizione per difetto di titolo edilizio (collocandoli, però, all'interno del potere di repressione degli illeciti, piuttosto che di annullamento *ex officio*) ed evidenziato comunque che sussiste, sotto il profilo *de quo*, un onere di motivazione attenuato, che può essere limitato al richiamo al tipo di interesse leso (come nelle ipotesi di inedificabilità assoluta e di rischio sismico).

<sup>61</sup> Cfr. Cons. Stato 25 ottobre 2023, n. 9217; CGARS 27 marzo 2023, n. 237; TAR Abruzzo, 18 luglio 2023, n. 392; TAR Sardegna, 15 giugno 2023, n. 433.

<sup>62</sup> Che può essere visto come ulteriore elemento del progressivo ridimensionamento della categoria dei vincoli da parte della giurisprudenza, segnalata in generale da P. Urbani, S. Civitaresse Matteucci, op. cit., 266 ss.

<sup>63</sup> Cfr. Cons. Stato, VI, 19 giugno 2023, n. 5999, secondo cui possono valere motivi ostativi costituiti dalla «tutela degli interessi pubblici sottesi al rispetto delle normative rispetto alle quali la localizzazione dell'impianto si pone in contrasto (tra essi: la sicurezza stradale)».

<sup>64</sup> Cfr. CGARS, 19 aprile 2023, n. 289 per cui «gli impianti di telefonia mobile, infatti, assimilabili ai tralicci dell'energia elettrica, non arrecano alcun danno al decoro e alla tranquillità dei defunti; non creano problemi di ordine sanitario, non impediscono l'ampliamento del cimitero (TAR Roma, sez. II, n. 2187 /2022; Cons. Stato. n. 2964/2017; id., n. 5257/ 2015 e di recente sent. n. 13014/ 2021)»; TAR Lazio, V, 6 ottobre 2023 n. 14790, per cui le norme sulle aree di rispetto cimiteriali non possono essere ritenute come riferibili anche alla localizzazione dei tralicci per la telefonia mobile, tanto più che esse non costituiscono nuove costruzioni ai sensi di legge. Si tratta di decisioni che affrontano il problema in maniera categorica, senza tener conto della più pacata riflessione di Cons. Stato n. 5999/2023, cit., volta a sottolineare come «il principio invocato dall'appellante secondo cui le esigenze che attendono alla tutela di determinati valori e che richiedono l'allon-

Del resto, ciò vale anche per il vincolo paesaggistico, considerato che comunque è richiesta adeguata motivazione sull'incompatibilità in concreto dell'opera.

Il dualismo fra criteri di localizzazione (leciti) e limiti alla localizzazione (non consentiti)<sup>65</sup> è poi declinato in una visione estremamente restrittiva dei poteri locali, escludendo che possano essere individuati criteri distanziali generici o eterogenei<sup>66</sup>, o divieti per aree<sup>67</sup>, o possa essere espressa la preferenza per talune aree con effetti distorsivi della concorrenza<sup>68</sup>, neanche facendo riferimento ad esigenze di tutela della salute e, ciò, in considerazione della presenza di una specifica competenza statale<sup>69</sup>. Sono ritenuti parimenti illegittimi obblighi di localizzazione su siti di proprietà pubblica<sup>70</sup> o solo su alcune aree<sup>71</sup>, con residuale ammissione dell'indi-

---

tanamento di determinate opere non si possono applicare nei confronti di impianti telefonici che non possono arrecare alcun pregiudizio ai valori tutelati, deve essere comunque calato nel caso concreto: nella specie si chiedeva il rispetto di una distanza di pochi metri dal ciglio stradale per dare risposta ad una evidente esigenza di sicurezza stradale che regge al vaglio del giudizio di razionalità». Peraltro, a conferma della necessità di una valutazione casistica e della diversità di interessi che giustamente emergono dall'autonomia locale, cfr. TAR Marche, 27 luglio 2023, n. 517, per una vicenda caratterizzata invece dalla preferenza espressa con i criteri di localizzazione per la realizzazione in un'area cimiteriale.

<sup>65</sup> Introdotta in modo definito già da Cons. Stato, 9 giugno 2006, n. 3452, che precisa come «6.2. [...] è consentito alle regioni ed ai comuni, ciascuno per la sua competenza, introdurre criteri localizzativi degli impianti *de quibus*, nell'ambito della funzione di definizione degli "obiettivi di qualità" consistenti in criteri localizzativi, di cui all'art. 3, comma 1, lettera d, ed all'art. 8, comma 1, lettera e, e comma 6 della legge quadro; non è invece consentito introdurre limitazioni alla localizzazione. Sono criteri localizzativi (legittimi, ancorché espressi "in negativo") i divieti di installazione su ospedali, case di cura e di riposo, scuole e asili nido, siccome riferiti a specifici edifici; sono, invece, limitazioni alla localizzazione (vietate) i criteri distanziali generici ed eterogenei, quali la prescrizione di distanze minime, da rispettare nell'installazione degli impianti, dal perimetro esterno di edifici destinati ad abitazioni, a luoghi di lavoro o ad attività diverse da quelle specificamente connesse all'esercizio degli impianti stessi, di ospedali, case di cura e di riposo, edifici adibiti al culto, scuole ed asili nido, nonché di immobili vincolati ai sensi della legislazione sui beni storico-artistici o individuati come edifici di pregio storico-architettonico, di parchi pubblici, parchi gioco, aree verdi attrezzate ed impianti sportivi. In ultima analisi i comuni possono legittimamente vietare l'installazione su specifici edifici e dettare criteri distanziali concreti, omogenei e specifici. Non possono introdurre misure di cautela distanziali generiche ed eterogenee».

<sup>66</sup> Cons. Stato 9 giugno 2006, n. 3452, cit.; 9 gennaio 2013, n. 44; 16 dicembre 2022, n. 11034; 19 giugno 2023, n. 5999.

<sup>67</sup> Per l'illegittimità del divieto generalizzato alla localizzazione su aree agricole cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 20 febbraio 2019, n. 974; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 26 novembre 2020, 1944; TAR Lazio, Roma, Sez. II-quater, 21 ottobre 2020, n. 10734; TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 9 novembre 2021, n. 332

<sup>68</sup> Cfr. Tar Puglia, III, 21 luglio 2023, n. 1020; TAR Lombardia, Brescia, II, 5 luglio 2022 n. 661.

<sup>69</sup> Cons. Stato, 23 ottobre 2023, n. 9147, per cui «non sono legittimi gli atti o le misure comunali che limitino o del tutto escludano...la localizzazione degli impianti di TLC in via generale, in assenza d'una plausibile ragione giustificativa, neppure per tutelare la salute della popolazione dalle immissioni elettromagnetiche, dal momento che a tale funzione provvede lo Stato attraverso la fissazione di determinati parametri inderogabili, il rispetto dei quali è verificato dai competenti organi tecnici (Cons. Stato, Sez. VI, 29 aprile 2019, n. 2696; Id., Cons. Stato, Sez. II, 22 luglio 2020, n. 4695)». In tal senso cfr. pure TAR Sicilia, Palermo, 15 marzo 2023, n. 821.

<sup>70</sup> Ragionando da TAR Puglia, III, 21 agosto 2023, n. 1085, che ritiene legittima nel caso di specie la libera alternativa fra la localizzazione su aree pubbliche o private.

<sup>71</sup> Anche ad evitare effetti distorsivi sulla libertà del mercato immobiliare.

viduazione puntuale di siti esclusi per motivate ragioni di tutela della salute o dei valori culturali, ma sempre a condizione della disponibilità di luoghi alternativi<sup>72</sup>.

La presenza di siti alternativi è anche il presupposto della possibilità – valutata però con la stretta lente di cui si è detto<sup>73</sup> – di indicare nel regolamento criteri di localizzazione preferenziale, in modo da consentire ai comuni di esprimere soluzioni che siano gradite alla popolazione e ritenute conformi a diverse esigenze, non escluso l'interesse ad «un armonioso sviluppo del territorio»<sup>74</sup>. Non manca, invece, condivisibile indicazione in ordine al fatto che il divieto imposto su intere aree possa risultare compatibile con la disciplina statale a condizione «che sia fornita la prova che il servizio di telecomunicazioni non subisca illegittimi condizionamenti»; si tratta di un segnale interessante ma, purtroppo, minoritario e neanche troppo convinto<sup>75</sup>.

Il ricorso all'indicazione di criteri preferenziali costruiti sulle caratteristiche di determinate aree ritenute maggiormente idonee o comunque di minore impatto risulta particolarmente utile, poiché in tal caso è giustificato ritenere che sia il privato a dover dimostrare la sussistenza di ragioni di impossibilità di natura tecnica o economica<sup>76</sup> tali da non consentire la realizzazione degli impianti secondo quanto indicato in sede regolamentare. Si tratta di un bilanciamento nel quale il condizionamento comunale alla facoltà di scelta del privato è sottoposto comunque a scrutinio di ragionevolezza e, al più, ritenuto prioritario fino a prova contraria.

<sup>72</sup> «Il bilanciamento degli interessi tutelati, inoltre, non può che essere svolto in concreto, considerando la possibile utilizzazione di alternative che consentano una soluzione di ragionevole contemperamento degli stessi interessi» (Cons. Stato, Sez. VI, 6 novembre 2020, n. 6840).

<sup>73</sup> Cfr. TAR Puglia, Lecce, 23 giugno 2023, n. 813, secondo cui anche la previsione di siti alternativi non è sufficiente a giustificare l'adozione di criteri distanziometrici rispetto ad una determinata area.

<sup>74</sup> Sulla legittimità dell'indicazione di criteri preferenziali cfr. Cons. Stato, Sez. VII, 25 gennaio 2023, n. 821; Id., VII, 16 ottobre 2023, n. 8989 (ma conclude per il mancato rispetto del canone); TAR Marche 27 luglio 2023, n. 517. Fanno riferimento alla legittima contemplazione – nei limiti riferiti – di esigenze di armonioso sviluppo del territorio Cons. Stato, Sez. III, 5 dicembre 2013, n.687; Id., 12 luglio 2023, n. 6829.

<sup>75</sup> TAR Lazio, Sez. V *ter*, 30 giugno 2023, n. 8125, che si affretta ad aggiungere che, comunque, «la valutazione degli interessi coinvolti deve essere motivata e individuabile, perché altrimenti si giungerebbe a vietare l'installazione di detti impianti in molte zone comunali che, se anche soggette a vincoli, ad esempio, di natura ambientale, nondimeno in concreto potrebbero ben sopportare un'installazione».

<sup>76</sup> TAR Lazio, Sez. V *ter*, 10 luglio 2023, n. 11536, ritiene condivisibilmente conforme ai limiti del potere regolatorio comunale una situazione in cui la relativa disciplina ponga «i criteri generali da seguire [...] in ordine di priorità per la scelta dei siti per la localizzazione degli impianti» (tra cui, le «aree agricole, boschive o comunque verdi non abitate e non arrezzate» a esclusione di quelle sottoposte a vincoli ambientali e paesaggistici, quelle «industriali», di «rispetto cimiteriale», ecc.) ed indichi «la «coubicazione» di impianti solo come «preferibile ed auspicabile» e contempl(i) espressamente il posizionamento «su aree di proprietà comunale» nel caso in cui la modalità in questione non sia «possibile» (parola significativamente priva di aggettivazioni), con la regola finale, esplicitamente dettata per il caso di «delocalizzazione» ma che può essere ritenuta applicabile per identità di *ratio* anche alle ipotesi di prima installazione, della localizzazione su siti privati in caso di inidoneità oggettiva delle precedenti soluzioni («evidenti necessità tecniche del concessionario e per ragioni obiettive da far valutare anche da esperti di pertinenza comunale»).

Peraltro, l' idoneità di siti alternativi viene valutata sotto duplice prospettiva, quella tecnica e quella di mercato, in quanto in ogni caso i regolamenti sulla localizzazione non possono avere l' effetto di incidere sulle libere contrattazioni e quindi sui valori immobiliari<sup>77</sup>. Un' interessante affermazione, quest' ultima, peccato non si rilevi nella legislazione un' analoga radicale attenzione alla neutralizzazione generale degli effetti delle scelte pianificatorie sul valore dei suoli<sup>78</sup>.

Alla luce delle soluzioni offerte dalla giurisprudenza, appare giustificato parlare dell' enucleazione di un onere di motivazione provvedimentoale che potremmo definire forte o rafforzato, che trova speculare espressione in sede di verifica delle previsioni contenute nei regolamenti sotto il profilo della ragionevolezza e compatibilità con la normativa sovraordinata. In effetti, considerato che i regolamenti, quali atti normativi, non sono sottoposti ad obbligo di motivazione, la

<sup>77</sup> Cfr. Cons. Stato, 12 luglio 2023, n. 6829, che conferma TAR Brescia, 661/2022; cfr. pure TAR Umbria, 12 maggio 2005, n. 271.

<sup>78</sup> Il problema, come noto, è risalente e sta trovando soluzioni interessanti attraverso le tecniche perequative che, tuttavia, non hanno ad oggi offerto una soddisfacente soluzione, mancando l' indicazione di strumenti e contenuti minimi ed uniformi diretti a condizionare ed indirizzare la disciplina regionale e la pianificazione locale. Cfr. P. Urbani, *Gli istituti della perequazione e della compensazione urbanistica tra interpretazioni giurisprudenziali e vuoti normativi*, in P. Urbani, F.G. Scoca, P. Stella Richter, *Trattato di diritto del Territorio*, Torino, 2018; cfr. pure Id., *Urbanistica solidale ...*, cit., *passim*. Per una visione critica sulla capacità della legislazione perequativa di rappresentare uno strumento di redistribuzione ed equità, ed a favore di una ricostruzione ancorata alla dinamica del trasferimento dei diritti edificatori, anche sulla base di una significativa analisi comparata, cfr. A. Police, *Perequazione urbanistica, ovvero della insostenibile leggerezza di una pianificazione equa*, in *Rivista amministrativa degli appalti*, 2011, 1-2, 5 ss. Sui profili comparati, cfr. pure Aa.Vv. *Perequazione urbanistica: materiali per la comparazione giuridica*, a cura di D. D'Orsogna, Torino, 2015. Il tema è ampio e dibattuto, cfr. G. Manfredi, *Urbanistica e concorsualità*, in *Giurisprudenza italiana*, 2023, 3, 649 ss., che affronta il tema posto nel titolo anche in riferimento alle problematiche perequative; Aa.Vv., *La perequazione delle disegualianze: tra paesaggio e centri storici. Studi dal 20° Convegno nazionale AIDU*, Udine, 29-30 settembre 2017, a cura di P. Stella Richter, Milano, 2018; F. Dallari, *Vincoli espropriativi e perequazione urbanistica: la questione della discrezionalità*, Bologna, 2018; G. Iacovone, *Perequazione urbanistica e pianificazione strategica. Riflessioni metodologiche*, in *GiustAmm.it*, 2018, 4, 10 ss.; P. Mantini, *La perequazione urbanistica nel tempo della rigenerazione urbana*, in *Rivista giuridica dell' edilizia*, 2017, 6, 2, 375 ss.; Aa.Vv., *Diritti edificatori e governo del territorio: verso una perequazione urbanistica estesa?*, a cura di R. Camagni, E. Micelli, S. Moroni, Milano, 2014; W. Gasparri, *Compensazione urbanistica, redistribuzione e principio di legalità*, in *Diritto Pubblico*, 2014, 3, 979 ss.; S. Stanghellini, *Perequazione, compensazione, fattibilità*, Roma, 2013; S. Bigolaro G. Piva, *Perequazione urbanistica e art. 23 della Costituzione: la necessità di una norma di legge statale*, in *Rivista di diritto tributario*, 2013, 5, 1, 543 ss.; F. Mureddu, *Spunti comparatistici in tema di perequazione urbanistica: note da un recente convegno*, in *GiustAmm.it*, 2013, 3, 4; A. Iazzetta, *Perequazione urbanistica e valutazione*, Napoli, 2012; S. Perongini, *La pianificazione perequativa*, in *Rivista Amministrativa Degli Appalti*, 2011, 1-2, 13 ss. Sulla disciplina regionale e locale, cfr. S. Mattia, A. Oppio, A. Pandolfi, *Forme e pratiche della perequazione urbanistica in Italia*, Roma, 2011; Aa.Vv., *Perequazione e compensazione nel governo del territorio della Toscana*, a cura di G. Cartei, E. Amanate, Napoli, 2011; A. Bartolini, *La perequazione urbanistica nell' esperienza umbra*, in *Rivista amministrativa degli appalti*, 2011, 1-2, 21 ss.; L. Giani, *Il sistema dei diritti edificatori tra mercato, equità ed evidenza pubblica. La perequazione urbanistica nell' esperienza regionale lucana*, *Ib.*, 29 ss.; F. Cangelli, *Le aree per opere e servizi pubblici: sublimazione del principio perequativo. L' esperienza pugliese*, *Ib.*, 51 ss.; A. Iacopino, *La perequazione urbanistica nell' esperienza regionale calabrese*, *Ib.*, 71 ss.; M. Ragazzo, *Pianificazione urbanistica e perequazione: il caso del PRG di Roma*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 9, 1088 ss.; F. Pagano, *Perequazione, compensazione ed incentivazione nella legge lombarda sul governo del territorio (l.r. 12/2005 e successive modifiche)*, in *Rivista giuridica dell' edilizia*, 2010, 3, 65 ss.

giurisprudenza in questo caso ha evidentemente costruito la loro sindacabilità in modo da avere un effetto per alcuni versi analogo a quello della verifica del controllo della discrezionalità senza che, tuttavia, l'amministrazione possa difendere le proprie prerogative attraverso la motivazione<sup>79</sup>.

Se diverse da quella precedente, le posizioni delle amministrazioni preposte alla tutela di interessi differenziati devono essere espresse in sede di conferenza di servizi, i cui termini sono dimezzati ma con ulteriore specificazione che non possono essere superati i 60 giorni previsti per la conclusione del procedimento ed il formarsi del silenzio assenso. Solo il dissenso congruamente motivato (oltre che dell'organismo competente alla verifica dei limiti di esposizione) da parte di un'amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale o dei beni culturali (non condizionato da bilanciamento con altri interessi coinvolti<sup>80</sup>) può impedire il formarsi del silenzio assenso e determinare l'attivazione dei meccanismi di composizione previsti per tali ipotesi dalla legge sul procedimento. Tanto, sempre che il dissenso venga manifestato nei termini<sup>81</sup>.

Problematica appare, invece, la questione relativa alla formazione del silenzio in assenza degli adempimenti volti ad attivare, nelle ipotesi dovute, le amministrazioni competenti ad esprimere la valutazione di interessi differenziati: in tal caso, la soluzione all'interrogativo sul formarsi del silenzio dipenderà dal ritenere o meno prevalente il principio di tempestività rispetto a quello di buon andamento, affermando nel primo caso l'ammissibilità del venire ad esistenza di un'autorizzazione in difetto dei presupposti di legge (salvo, naturalmente, l'esercizio dell'autotutela da parte dell'amministrazione)<sup>82</sup>.

In tale contesto, non manca l'osservazione per cui il potere dell'ente comunale sottostante al procedimento autorizzatorio sarebbe da ritenersi sostanzialmente vincolato, in quanto l'adozione del provvedimento espresso di diniego

<sup>79</sup> Per la proposta di una "motivazione *quam suis*" e per una riflessione sul ruolo della motivazione nel consentire il controllo dell'eccesso di potere al tempo stesso garantendo all'amministrazione la salvaguardia del merito da possibili ingerenze del GA, sia consentito il rinvio a D. D'Alessandro, *La motivazione e i suoi vizi: relazioni con il controllo della funzione amministrativa*, in F. Luciani, R. Rolli (cur.), *Azione amministrativa e disciplina di diritto pubblico*, Napoli, 2008, 155 ss.

<sup>80</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2015, n. 3652; TAR Umbria, sez. I, 13 ottobre 2023, n. 555, per cui «non può, infatti, fondatamente sostenersi che la Soprintendenza, nel compimento delle valutazioni di sua spettanza ai fini della formulazione del parere di compatibilità paesaggistica, dovesse prendere in considerazione altri interessi – quale quello della concorrenza del settore delle telecomunicazioni – da ponderare e bilanciare con quello relativo alla tutela paesaggistica».

<sup>81</sup> Cfr. TAR Campania, 30 ottobre 2023, n. 2427.

<sup>82</sup> In senso negativo, per l'ipotesi di mancata attivazione dell'amministrazione preposta alla valutazione degli interessi ambientali, cfr. TAR Campania, Napoli, 23 ottobre 2023, n. 5760; in senso negativo in mancanza della documentazione richiesta dalla legge, cfr. Cons. Stato 2023, 16 agosto 2023, n. 7774. In senso favorevole al formarsi del silenzio assenso pur in assenza dei presupposti di legittimità ed in mancanza di completezza della domanda, cfr. Cons. Stato, VI, 6 luglio 2023, n. 6606, argomentando alla luce del nuovo art. 20 comma 2-bis, l. n. 241/1990.

può essere determinato esclusivamente dall'accertamento della carenza di uno dei presupposti di fatto o di diritto previsti per la realizzazione dell'opera<sup>83</sup>. L'affermazione non pare condivisibile, considerata la giurisprudenza fin qui richiamata in ordine ai criteri di localizzazione, che dimostrano piuttosto margini di bilanciamento, sia pure ridotti, con altri interessi tutelati dalle discipline differenziate; d'altra parte, in termini generali, l'identificabilità in concreto di atti pienamente vincolati è stata essa stessa messa in dubbio<sup>84</sup>.

Sotto il profilo procedurale, l'amministrazione può interrompere una sola volta e per 15 giorni i termini per necessità di integrazione documentale, ma a condizione che la relativa comunicazione sia tempestiva (essendo il termine di conclusione del procedimento perentorio<sup>85</sup>) e che riguardi i documenti prescritti dalla disciplina speciale, restando invece impedito aggravare l'iter con ulteriori richieste, come quelle attinenti ad elementi non contemplati dalla legge, come ad esempio il deposito del titolo di proprietà<sup>86</sup>.

Per completezza, si aggiunge che i regolamenti comunali sulle localizzazioni non sono, naturalmente, retroattivi<sup>87</sup>, a tutela dell'affidamento del privato circa la possibilità di svolgere sul sito già autorizzato un'attività economica che è tipicamente di durata. Gli impianti esistenti, tuttavia, non possono ritenersi totalmente sottratti all'evoluzione normativa, sicché non può escludersi che, in risposta ad istanza di modifica (ad esempio, potenziamento), venga proposta una delocalizzazione, anche se in tal caso la giurisprudenza richiede un'adeguata e puntuale motivazione che dimostri le ragioni della prevalenza degli interessi derivanti dalla sopravvenuta regolazione e la praticabilità, tecnica ed economica, del trasferimento in altra sede<sup>88</sup>.

---

<sup>83</sup> Cfr. Cons. Stato, VII, 8 maggio 2023 n. 4583, per cui «al Comune, compete, pertanto la verifica della sussistenza di tutti i presupposti, al ricorrere dei quali non residua alcun margine di discrezionalità valutativa».

<sup>84</sup> Cfr. M.R. Spasiano, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Il diritto dell'economia*, 2021, 2, 25 ss., 50, il quale si pone l'interrogativo osservando come deponga in senso contrario la presenza dei «tanti provvedimenti a natura vincolata che vengono poi corroborati da condizioni, imposizioni, divieti, ampliamenti assolutamente non previsti dalla norma». Dubbi sulla individuabilità in concreto di provvedimenti vincolati sono mossi anche da D. Sorace, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 385 ss., il quale, tuttavia, ritiene che le due ipotesi dei provvedimenti vincolati e di quelli che non avrebbero potuto avere contenuto diverso rimangono distinte; F. Follieri, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *Federalismi.it*, 2017, 7, il quale osserva come in realtà l'esercizio del potere mantenga pur sempre un ambito decisionale e pertanto la questione è di maggiore o minore grado di vincolo ad opera della legge.

<sup>85</sup> TAR Sicilia, Catania, I, 8 maggio 2023, n. 1497; TAR Lazio, Latina, sez. I, 11 ottobre 2021, n. 558.

<sup>86</sup> Tar Campania, VII, 26 aprile 2023, n. 2555; TAR Campania, VII, 7 maggio 2019, n. 2440; TAR Campania, VII, 21 gennaio 20221, n. 1144.

<sup>87</sup> Cfr. TAR Lazio, V ter, 30 giugno 2023, n. 10916; Tar Campania, Napoli, 19 ottobre 2005, n. 18229; Tar Calabria, Catanzaro, 21 febbraio 2014, n. 305.

<sup>88</sup> In tal senso Cons. Stato III, 5 maggio 2017, n. 2073, richiamata anche da Cons. Stato, 8989/2023, cit.; cfr. pure Cons. Stato 16 ottobre 2023 n. 8559.

5. *Opere complementari extra standard, silenzio assenso, equilibri centro periferia in eccezione al principio di leale collaborazione: profili di tensione nelle soluzioni adottate nei rapporti fra Stato e mercato, con spostamento verso il privato della potestà di scelte sull'utilizzo del territorio*

Come accennato in premessa, il contenzioso in materia *de qua* ha intersecato le ragioni di una più spedita tutela dell'interessato rispetto alla riedizione del potere a seguito di annullamento del provvedimento espresso di diniego.

Affermando la natura decadenziale del termine per il formarsi del silenzio significativo, potrebbe ritenersi che il provvedimento espresso di diniego rappresenti l'adempimento richiesto dalla legge per escludere l'inerzia, dovendosi conseguentemente attendere un nuovo esercizio del potere anche eventualmente nei modi ordinari<sup>89</sup>. Probabilmente la ricerca di soluzioni più avanzate è stata stimolata anche dalla mole del contenzioso e dalla contemplazione della preminenza dell'interesse ad una rapida realizzazione delle opere per il loro carattere strategico, a fronte di vicende giudiziarie che hanno visto a volte tempi non brevi per ragioni varie<sup>90</sup>. Il Giudice amministrativo è così giunto ad affermare che l'annullamento del diniego espresso comporta una doverosa riedizione del potere nei medesimi termini e modi previsti dalla disciplina (speciale) del silenzio<sup>91</sup>, il che appare estremamente interessante sul piano dell'attuazione del principio di tempestività, ma meriterebbe approfondimento, esorbitante dai limiti del presente lavoro, in ordine alla coerenza rispetto all'istituto della decadenza, al rapporto fra effetto (sospensivo o interruttivo) dell'azione di annullamento e *dies a quo* da individuare per la nuova decorrenza dei termini (rispetto alla tutela cautelare, alla provvisoria esecutorietà della sentenza di prime cure o al formarsi del giudicato).

<sup>89</sup> Il Consiglio di Stato aveva argomentato in proposito come «occorrendo provvedere nella fase di riedizione del potere all'adozione di un atto amministrativo retroattivo idoneo a consentire "ora per allora" il raggiungimento della finalità indicata nella sentenza, non potrebbe comunque emergere un'inerzia amministrativa protrattasi oltre il termine originario di conclusione del procedimento: sebbene l'atto illegittimo tempestivamente assunto sia annullato *ex tunc*, lo stesso è esistito e viene comunque sostituito in via retroattiva con un nuovo atto immune dai vizi riscontrati in giudizio. Per l'effetto, in ragione dell'efficacia retroattiva (ora per allora, avuto riguardo alla decisione originaria) dell'atto assunto nella fase di riedizione del potere, emerge, in ogni caso, un provvedimento efficace alla data di scadenza del termine di conclusione del procedimento; il che è incompatibile con la configurazione di una condotta inerte idonea a giustificare l'applicazione dell'istituto del silenzio assenso» (Cons. Stato, 17 aprile 2023 n. 3861).

<sup>90</sup> Una radice comune può essere rinvenuta nel modo in cui i comuni hanno interpretato le facoltà residue all'esito delle pronunce cautelari o di annullamento (su tale ultimo profilo, cfr. S. Del Gatto, E. Giardino, G. Sciascia, S. Screpanti, F.V. Virzi, cit., 127 ss.

<sup>91</sup> «In proposito, deve, del resto, osservarsi, da un lato, che il silenzio assenso opera anche in sede di riedizione del potere (non potendosi ritenere che per effetto di un giudicato annullatorio muti il regime legale dell'azione amministrativa), e, dall'altro, che lo stesso, anche alla luce del nuovo art. 20, è destinato a formarsi automaticamente per il solo decorso del termine per provvedere (salvo un eventuale intervento in autotutela ex comma 3 del medesimo art. 20 per l'ipotesi in cui il titolo tacito sia illegittimo)» (Cons. Stato, 6 luglio 2023, n. 6606).



D'altra parte, una prima risposta agli interrogativi iniziali è che effettivamente emergono elementi di ordine qualitativo e quantitativo che alimentano le tensioni nell'interpretazione ed applicazione della disciplina esaminata. L'elemento quantitativo è dato dalla necessità di una rapida diffusione degli impianti, legata sia alle esigenze di ampliamento della rete sia alla diffusione dell'utilizzo della tecnologia 5G; quello qualitativo è ascrivibile ad una forte difficoltà manifestata dai comuni rispetto all'accettazione di una localizzazione in gran parte sottratta all'usuale modo di governare gli interventi edilizi sul proprio territorio, che si unisce a timori circa la pericolosità delle emissioni per la salute umana e a ragioni ampiamente riportabili alla tutela ambientale e paesaggistica, stante l'aspetto non certo attraente degli artefatti.

Proporrò qui di seguito ulteriori suggestioni e prospettive che emergono dal materiale considerato, non essendo compatibile con il metodo scientifico indicare conclusioni in termini di prospettazione di un quadro stabile, definitivo e compiuto, o peggio di previsione futura con tali caratteri, tanto più all'interno della complessità tipica del nostro ordinamento e per giunta in una materia naturale luogo di incontro di interessi differenziati.

Preliminarmente, l'equiparazione normativa alle opere di urbanizzazione primaria può essere meglio definita e classificata se le infrastrutture in esame sono considerate nella loro funzione. Si tratta, in effetti, di opere qualificabili come complementari o comunque *extra standard*, che vanno a determinare un aumento di servizi per la comunità ed il territorio non legato in termini compensativi immediati ai costi urbanistici ed ambientali di inserimento di nuovi interventi nella specifica area di localizzazione.

Sul piano delle categorie generali, si scorgono alcune tendenze che investono le relazioni fra pubblici poteri nella dimensione della loro capacità di governo del mercato, ma anche riguardo alle scelte di fondo che investono l'equilibrio fra regolazione, controllo e coinvolgimento dei privati nella cura di interessi pubblici. Si tratta di equilibri difficili da realizzare quando l'amministrazione, come nel caso di studio, deve rinunciare per indicazione normativa e giurisprudenziale a spazi di discrezionalità, giacché essi rappresentano l'espressione propria della funzione rispetto alla natura multipolare dell'attività<sup>92</sup>.

Pur apparendo assolutamente apprezzabile il tentativo di risolvere il problema della tempestività dell'azione amministrativa attraverso il ricorso all'istituto del silenzio, permangono tensioni e perplessità legate non alla scelta strategica (silenzio semplificato<sup>93</sup>), ma all'architettura complessiva.

<sup>92</sup> Cfr. P. Urbani, *Territorio e poteri emergenti ...*, cit., in particolare, le riflessioni alle pp. 26 ss., 138 ss., 195 ss.

<sup>93</sup> Per dubbi sull'istituto rispetto alle esigenze di certezza nei rapporti ed all'impostazione della tutela, cfr. già M.A. Sandulli, *Riflessioni sulla tutela del cittadino contro il silenzio della P.A.*, in *Giust. civ.*, 1994, 485 ss.;

Il fatto è che la disciplina analizzata per un verso afferma la priorità dell'interesse alla realizzazione degli impianti, dall'altra non effettua le scelte necessarie sul piano della regolazione dell'uso del territorio, che il solo assetto del procedimento autorizzativo non è in grado di garantire.

Intanto rimane irrisolta la contraddizione per cui sono previsti poteri regolamentari comunali che consentono interventi per la minimizzazione dell'esposizione ai campi magnetici, quando la relativa tutela, rispetto alla salvaguardia dell'ambiente e della salute, è rimessa alla valutazione di altri enti<sup>94</sup>.

D'altra parte, l'analisi della giurisprudenza dimostra che la funzione comunale, sia autorizzatoria che regolamentare, tende a manifestarsi in bilanciamenti ed indicazioni relative alla prevalenza di interessi, che è il contenuto proprio della discrezionalità, superando il limite, indicato in alcune statuizioni, dell'attività sostanzialmente vincolata al mero accertamento dei presupposti di fatto e di diritto.

L'esistenza di discipline parallele, infatti, dovrebbe consentire comunque un intervento comunale volto a valutare se sussistano impedimenti alla localizzazione derivanti dalla necessità di preservare interessi sottostanti ad alcuni vincoli imposti dalla pianificazione urbanistica, per quanto limitatamente alle previsioni sulle opere di urbanizzazione primaria<sup>95</sup>. In un contesto, poi, in cui la giurisprudenza tende ad escludere regole generali sulla localizzazione, non manca una più attenta lettura che, sia pure con distinguo, ammette «limiti di carattere generale all'installazione degli impianti, purché sia comunque garantita una localizzazione alternativa degli stessi, in modo da rendere possibile la copertura di rete del territorio nazionale»<sup>96</sup>.

Il Giudice amministrativo, avvertita tale difficoltà, ha integrato l'impostazione normativa introducendo, quanto all'attività autorizzatoria, un obbligo di motivazione "rafforzato" o "forte" e, sul piano del possibile intervento regolamentare lasciato ai comuni, riempiendo di significato le categorie dei criteri di localizzazione (rientrati nella relativa competenza) e dei divieti di localizzazione (invece esulanti e quindi illegittimi). Le relative indicazioni, per la certezza ricerca di parametri volti ad escludere intenti di protezione generale di aree o ad esprimere criteri di gradimento delle popolazioni locali e dei relativi enti esponenzia-

---

più di recente, cfr. M. Calabrò, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi.it*, 15 aprile 2020, 21 ss. Per una visione meno critica, cfr. W. Giulietti, *Silenzio assenso*, in Aa.Vv., *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, a cura di A. Bartolini, S. Fantini, G. Ferrari, Roma, 2010, 485 ss.

<sup>94</sup> Art. 8, co. 6, l. n. 36/2001. In termini diversi, cfr. U. Fantigrossi, *Il governo delle antenne per la telefonia mobile: la porta stretta dei regolamenti comunali*, in *RGA on line*, 30 novembre 2022, il quale ritiene contraddittorio che la norma ammetta tale potestà ma poi ne consenta l'esercizio solo attraverso interventi puntuali e non di carattere generale.

<sup>95</sup> Cfr. Cons. Stato, VI, 6 luglio 2022, n. 5629. La posizione, tuttavia, sul valore dei vincoli derivanti dalla pianificazione urbanistica, come si è visto e per come si dirà oltre, non è unanime in giurisprudenza.

<sup>96</sup> Cons. Stato, VI, 27 giugno 2022, n. 5283.

li, finiscono con l'incidere in misura (quasi?) creativa sulla limitazione delle attribuzioni comunali, dando preferenza alla candidatura di localizzazione del privato ed invertendo, di fatto, la presunzione di legittimità dell'operato della P.A. nella funzione di pianificazione e controllo<sup>97</sup>.

L'elemento di novità che emerge nel rapporto fra livelli di governo, in particolare fra centro e periferia, è dato dal fatto che la realizzazione delle opere infrastrutturali supera la nozione di leale collaborazione enucleata dalla Consulta<sup>98</sup>, per affidare l'effetto perseguito ad una scelta operata dalla disciplina statale che qualifica le opere *de quo* come di interesse pubblico, le equipara a quelle di urbanizzazione primaria, ma rinuncia alla loro realizzazione e quindi in gran parte all'attività di trasformazione della previsione normativa in cura concreta dell'interesse attraverso l'amministrazione, demandando e affidando in sua vece al privato la scelta della localizzazione degli impianti in qualsiasi area del territorio.

Un'impostazione che va ben oltre l'ormai nota categoria delle opere private di interesse pubblico, collocandole in un'ulteriore dimensione intermedia fra l'attività pubblica e quella privata, con attrazione a favore di quest'ultima di elementi rilevanti delle scelte discrezionali e ridimensionando la prima proprio nelle competenze ricadenti nella funzione di pianificazione. La localizzazione finisce per essere appannaggio del privato le cui facoltà, tuttavia, non sono finalizzate, quale parametro di legittimità, all'interesse pubblico, non sono chiamate a bilanciamenti di interessi, sono sciolte dalla valutazione della dimensione multipolare, sono sostanzialmente avulse dal *due process of law* procedimentale, anche in sede interpretativa quanto alla disciplina della pubblicità.

La stessa qualificazione come opere di urbanizzazione primaria e l'assunta compatibilità con la localizzazione in qualsiasi parte del territorio è ulteriormente problematica perché decontestualizza la localizzazione dalla pianificazione. In effetti, le altre opere di urbanizzazione primaria sono pur sempre caratterizzate da un nesso funzionale con lo sviluppo programmato, essendo comunque accessorie rispetto alle trasformazioni in essere o attese, sicché la diversità del caso di studio rende appropriata una classificazione particolare, per quanto interna alla categoria, come di opere complementari comunque *extra standard*.

---

<sup>97</sup> In quel ruolo di Giudice ed amministratore, ma anche nella sua attività creativa del diritto di cui parla M. Nigro nel suo *Il consiglio di stato giudice ed amministratore. Aspetti di effettività dell'organo*, in *Riv. Trim Dir. Proc. Civ.*, 1974, ora in Id., *Scritti giuridici*, Milano, 1996, vol. II, 1051 ss.

<sup>98</sup> Con la linea interpretativa aperta dalla nota sentenza n. 303/2003.

6. *La destrutturazione della funzione di pianificazione e dei vincoli urbanistici derivante dalle opzioni del Legislatore e dalla lettura della giurisprudenza, ma favorita in molti casi decisi dal problema del non adeguato utilizzo delle proprie competenze da parte dei comuni*

Questo effetto, a dire il vero, non dipende solo dalla scelta del Legislatore statale, che si limita ad una scarna previsione in ordine al potere regolamentare comunale<sup>99</sup>, ma è stato reso possibile dall'intervento giurisdizionale ed è frutto, in termini generali, della stessa crisi della legge indotta da diversi fattori, alcuni dovuti alla contestuale crisi dello Stato, altri all'evoluzione socio-giuridica che ha portato la complessità sociale all'interno della Costituzione spostando l'asse portante dell'ordinamento dalla legge parlamentare alla Carta fondamentale quale momento di articolazione della sovranità popolare.

Non c'è dubbio, infatti, che a fronte del limitato intervento del Legislatore nel prevedere i contenuti della potestà regolamentare comunale in materia *de qua*, il Giudice amministrativo si è dovuto accollare l'onere di definirla. Sotto tale profilo, si osserva la riconducibilità della vicenda anche al diverso modo in cui la Costituzione intende il principio di legalità, lasciando spazio alla potestà dell'amministrazione in quel legame fra funzione ed autoorganizzazione che è stato ben disegnato da Mario Nigro<sup>100</sup> e che indubbiamente, data la particolare posizione del Giudice amministrativo, vede quest'ultimo coinvolto attivamente nel defini-

<sup>99</sup> «I comuni possono adottare un regolamento *nel rispetto delle vigenti disposizioni di legge e, in particolare, degli articoli 43, 44, 45, 46, 47 e 48 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259*, per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici con riferimento a siti sensibili individuati in modo specifico, con esclusione della possibilità di introdurre limitazioni alla localizzazione in aree generalizzate del territorio di stazioni radio base per reti di comunicazioni elettroniche di qualsiasi tipologia e, in ogni caso, di incidere, anche in via indiretta o mediante provvedimenti contingibili e urgenti, sui limiti di esposizione a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, sui valori di attenzione e sugli obiettivi di qualità, riservati allo Stato ai sensi dell'articolo 4» (art. 6, co. 1, l. n. 36/2001; le parti in corsivo sono state introdotte dal d.l. n. 13/2023).

<sup>100</sup> M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966. Un interessante ambito di riflessione legato al tema è quello delle norme interne, su cui già Santi Romano, *L'Ordinamento Giuridico*, Napoli, 1946 (edizione che, come noto, è significativamente arricchita rispetto a quella del 1918). Cfr. F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, Napoli, 2020, che estendono l'analisi al rinvio a norme interne di altri ordinamenti (ultrastatali ma anche privati, come le reti), o ancora direttamente a questi ultimi, e a sistemi di produzione di soluzioni con valore ordinamentale, come la decisione giudiziaria sostituita dall'A.I.; M. Roversi Monaco, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo*, Milano, 2020, che ne analizza il fondamento e ne valorizza gli effetti in ragione di indici di riconoscimento, da parte dell'ordinamento, del loro valore di parametro pieno di legittimità o di possibile elemento sintomatico dell'eccesso di potere dei provvedimenti (in tal senso cfr. l'interessante riflessione su tale volume da parte di G. Bottino, *Norme interne e discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Il diritto dell'economia*, 2023, 1, 273 ss.). Entrambi i lavori monografici citati convergono nel valorizzare l'utilità delle norme interne in termini di prevedibilità delle valutazioni discrezionali e di effetti sulla responsabilità, ma nel primo il riconoscimento di una diretta rilevanza esterna da parte dell'ordinamento è letta come fatto eccezionale, con la precisazione che in tal caso ciò dovrà avvenire nel rispetto del principio di legalità (p. 113).

re i parametri dell'esercizio del potere sin dal nascere della sua giurisdizione. Del resto tale ruolo è *ab origine* legato a fattori di tensione nel rapporto fra legge ed amministrazione, quali l'anomia e la cattiva qualità dei testi normativi<sup>101</sup>.

Certo è che la funzione di pianificazione nella materia di interesse perde in misura significativa la natura di principio di azione<sup>102</sup> e, sul piano contenutistico, di ordinata programmazione che si proietta nel futuro che le è propria<sup>103</sup>, e che distingue sul piano ontologico e del metodo l'attività pubblica da quella privata, manifestando una capacità ma anche un onere di operare sul medio e lungo periodo<sup>104</sup>. Al tempo stesso si perde molto sul versante della procedimentalizzazione come metodo di composizione degli interessi presenti sul territorio, di dialogo e di coinvolgimento dei privati<sup>105</sup>. Non si può neppure parlare di cattura dell'amministrazione, giacché il decisore, seppure sempre con i (pochi) limiti di cui si è detto, è privato<sup>106</sup>, potendosi piuttosto riconoscere un'ipotesi concreta di "destrutturazione" del diritto urbanistico<sup>107</sup>.

Ciò non deve portare ad essere radicalmente critici verso il ruolo riconosciuto al privato, tanto più che su questo piano il diritto urbanistico costituisce

<sup>101</sup> Sulla scarsa qualità, sui vuoti della normativa e sul carattere pretorio del diritto amministrativo, cfr. due autori fra loro molto diversi come V.E. Orlando, *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Id.*, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Milano, 1900, 45 ss., e M. Nigro, *Il consiglio di stato ...*, cit.

<sup>102</sup> In tal senso cfr. la puntuale ricostruzione di P.L. Portaluri, *Il principio di pianificazione*, in *Aa.Vv.*, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna, F. Saitta, Milano, 2012, 453 ss.

<sup>103</sup> Come osserva P. Urbani, *Territorio e poteri ...*, cit., p. 11, condividendo l'impostazione di M.S. Giannini, *La programmazione dal punto di vista giuridico*, in *Id.*, *Scritti 1970-1976*, Milano, 2005, 1096 e di G. Amato, *La programmazione come metodo dell'azione regionale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1973, 413 ss.

<sup>104</sup> Per una simile considerazione del rilievo dell'elemento temporale nel diverso settore dell'intervento pubblico in economia cfr. *Aa.Vv.*, *Liberalizzazioni, impresa pubblica, impresa d'interesse generale nell'Unione europea*, a cura di R. Cafferata, M. Martellini Hurlé, D. Velo, Bologna, 2008; ancora sulla pianificazione come modalità di azione dell'amministrazione M.S. Giannini, *Pianificazione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1983, 629 ss.

<sup>105</sup> Su valore e significato della procedimentalizzazione e della pianificazione cfr. L. Casini, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Milano, 2005.

<sup>106</sup> Sul tema della cattura del pianificatore cfr. P. Urbani, *Territorio e poteri ...*, cit.; *Id.*, *Urbanistica consensuale*, Torino, 2000. Sul tema cfr. pure M.A. Cabiddu, *Il governo del territorio*, Roma-Bari, 2014; *Aa.Vv.*, *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, a cura di F. Pugliese, E. Ferrari, Milano, 1999; in generale sui problemi della programmazione negoziata, G. Cugurra, *Accordi e pianificazione territoriale e ambientale*, in *Riv. giur. Urb.*, 2000, 1, 143 ss.; F. Manganaro, *Nuove questioni sulla natura giuridica delle convenzioni urbanistiche*, in *Urb. e app.*, 2006, 3, 337 ss.; R. Ferrara, *La programmazione "negoziata" fra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 1999, 429 ss.

<sup>107</sup> In senso critico su quella che qualifica "destrutturazione" del diritto amministrativo, legata, fra gli altri fattori, alla "*désétatisation de la société*" che troverebbe le sue cause anche nella c.d. "democrazia amministrativa", N. Longobardi, *Il diritto amministrativo in trasformazione*, in *Aa.Vv.*, *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, a cura di *Id.*, Torino, 2016, 3 ss. Tali tensioni, toccando il ruolo dell'autonomia comunale, investono quella che è stata giustamente indicata (cfr. G. Piperata, *Gli spazi mobili dell'autonomia nell'ordinamento locale italiano*, in *Dir. amm.*, 2020, 3, 645 ss.) una componente dell'architettura istituzionale inscindibilmente legata alla dimensione delle libertà fondamentali.

un utile banco di sperimentazione<sup>108</sup>, ma deve far riflettere piuttosto sulle misure compensative necessarie a garantire l'interesse generale.

Altro profilo che colloca l'esperienza in esame nelle linee evolutive del diritto urbanistico riguarda il rapporto fra localizzazione e vincoli, in una dimensione che investe l'ambito di operatività della previsione relativa alla presenza di una potestà autorizzatoria comunale. Si tratta di una comparazione che viene condotta fra due interessi pubblici, quello previsto da altre discipline e quello riferito alla realizzazione dell'opera infrastrutturale (con il privato che diventa il diretto portatore dell'interesse pubblico<sup>109</sup>).

A parte la considerazione che la possibilità di vincoli di destinazione ed uso viene tendenzialmente sottratta dalla giurisprudenza all'ente locale<sup>110</sup>, è di interesse che anche quelli naturali o morfologici o intrinseci, che si collocano in una dimensione meramente certativa, non vengono trattati come tali nelle decisioni, che preferiscono invece affrontare sul piano sostanziale e non delle categorie il tema della compatibilità dell'artefatto (traliccio o altro) con gli interessi che il vincolo dovrebbe proteggere. Il che, per quanto il bilanciamento sia effettuato a monte dalla legge e ritenuto legittimo dalla Consulta, presenta profili di problematicità sul piano degli equilibri fra interessi costituzionalmente protetti (ad esempio, tutela della salute, rapporto fra disciplina dell'uso del territorio, popolazione interessata e poteri locali) e comunque si inserisce nella tendenza ad estendere problematicamente l'inversione del rapporto fra giudice e legge nella tutela degli interessi. Mi riferisco al fatto che il ruolo delle Corti è assolutamente

<sup>108</sup> Significative sul punto le riflessioni per cui in materia urbanistica potrebbe ritenersi superato il limite contenuto all'art. 13, l. n. 241/1990, sia in ragione della specialità del relativo ordinamento, sia in forza della portata di specifiche previsioni che spingono a ritenere possibile che le convenzioni possano essere fonte di regolazione dell'assetto del territorio al pari degli atti di programmazione comunale, trovando quindi una più ampia applicazione il principio, ex art. 11, l. n. 241/1990, della negoziabilità dell'esercizio del potere discrezionale. In tal senso, Cfr. P. Urbani, S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico ...*, cit., 530, che esemplificano evidenziando come i piani attuativi «possano essere approvati in variante allo strumento urbanistico generale», ex art. 25, l. n. 47/1985 (351); *contra*, cfr. T. Galletto, *Le convenzioni urbanistiche*, in *Digesto discipline privatistiche*, IV, Torino, 1989, p. 362. Sulla natura dei piani, cfr. F. Cangelli, *Piani strategici e piani urbanistici. Metodi di governo del territorio a confronto*, Torino, 2012, specie 219 ss.; Aa.Vv., *La pianificazione urbanistica di attuazione: dal piano particolareggiato ai piani operativi*, a cura di D. De Pretis, Trento, 2002. Cfr. pure M.C. Romano, *Accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento*, in Aa.Vv., *L'azione amministrativa*, a cura di A. Romano, Torino, 2016, 398 ss., particolarmente 412 ss., 418, la quale, con riferimento alle convenzioni di lottizzazione, rileva come la giurisprudenza comunitaria le faccia rientrare direttamente fra i contratti (cfr. CGUE 12 luglio 2001, C-399/98) e, più in generale, come gli accordi urbanistici rientranti nell'eccezione disposta dall'art. 13, l. n. 241/1990 siano da identificare in quelli connotati da un contenuto di scelta politica in ordine alla pianificazione.

<sup>109</sup> Cfr. Cons. Stato n. 5999/2023, cit. (ma anche Cons. Stato 17 novembre 2022, n. 10228), che si esprime «a proposito della necessità di comparare l'interesse pubblico con un altro interesse di rilevanza pubblica quale quello del titolare della licenza di telecomunicazioni alla realizzazione di un impianto di pubblica utilità».

<sup>110</sup> Si diceva, limitatamente alla disciplina delle opere di urbanizzazione primaria, e comunque con indicazione isolata (favorevole Cons. Stato, VI, 6 luglio 2022, n. 5629, cit.) a fronte della generalizzata affermazione della compatibilità con qualsiasi destinazione delle aree di localizzazione.

te apprezzabile quando interviene con aperture in termini di maggiore tutela dei diritti fondamentali<sup>111</sup>, ma diventa problematico quando rimedita su un piano casistico il contenuto della protezione prioritaria offerta ad interessi primari dalla legge<sup>112</sup>, con l'effetto di scindere le competenze sull'adozione dello strumento dai fini da perseguire, con ciò finendo con l'incidere sulle architetture istituzionali<sup>113</sup>. D'altra parte, se il fine è la garanzia della rapida realizzazione della rete, lo strumento non può essere una presunzione di compatibilità tanto spinta da espropriare il ruolo locale, emergendo nella giurisprudenza una tensione fra l'impostazione di principio (si a criteri localizzativi) rispetto alla valutazione della loro legittimità secondo criteri particolarmente rigidi. Del resto, il dubbio che

<sup>111</sup> In tal senso, mettendo in relazione il ruolo pretorio delle corti con un valore positivo da attribuire all'incertezza, cfr. P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, che richiama, per la funzione del Giudice amministrativo riconoscibile in tale ambito, M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522, e M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1973, 10. Sulla centralità dell'apporto pretorio nel diritto amministrativo nella specifica materia degli accordi cfr. M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017. Sia consentito anche il rinvio a D. D'Alessandro, *Crisi e diritti fondamentali, l'incertezza come principio dell'ordinamento?*, in Aa.Vv., *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, collana *Dossier dir. pubbl. comp. eur.*, a cura di S. Gambino, Torino, 2015, 481 ss., per una verifica in ordine alla possibilità di identificare l'incertezza come principio costituzionale nell'accennata accezione positiva e di distinguere da altri diritti e valori costituzionali, fra i quali la stessa certezza del diritto, rispetto alla quale è ipotizzabile una convivenza governata dallo strumento del bilanciamento. Fermo, quindi, il correlato profilo del rilievo della certezza, ampiamente riconosciuto. Cfr. pure F. Manganaro, *Cenni sulla (in)certezza del diritto*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2019, 64 ss.; B. Spampinato, *Sulla 'crisi' di legalità e di certezza del diritto in campo amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2017, 11; Aa.Vv., *L'incertezza delle regole. Atti del convegno annuale AIPDA*, Napoli, 2015; M. Immordino, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in Aa.Vv., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, a cura di M. Immordino, A. Police, Torino, 2004, 14 ss., 7; C. Faralli, *Crisi del sistema tradizionale delle fonti e certezza del diritto*, in Aa.Vv., *Esperienze giuridiche del 900*, a cura di F. Modugno, Milano, 2000, 69 ss.; L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*, in *Digesto, Disc. Priv.*, vol. 2, Torino, 1998, 1188; E. Castorina, *Certezza del diritto e ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un 'principio comune'*, in *RIDPC*, 1998, 1177 ss.; A. Ruggeri, *La certezza del diritto allo specchio, il 'gioco' dei valori e le 'logiche' della giustizia costituzionale*, in *Dir. e Soc.*, 1993; P. Bilancia, *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, in *Giur. cost.*, 1993, 3007 ss.; S. Cotta, *Certezza del diritto, una questione da chiarire*, in *RDC*, 1993, n. 1; A. Pizzorusso, *Certezza del diritto. Profili applicativi*, in *Enc. giur.*, Roma, XII, 1988; M.A. Sandulli, *Brevi riflessioni su alcune recenti tendenze all'incertezza del diritto*, in *Rass. parl.*, 2003, 1, 125; M. Corsale, *Certezza del diritto. Profili teorici*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1988.

<sup>112</sup> È il caso delle aree di rispetto stradali, del vincolo cimiteriale, del vincolo idrogeologico, dei vincoli culturali, paesaggistici ed ambientali, tutti vincoli che hanno a che vedere con valori primari quali l'incolumità pubblica o la cura di espressioni identitarie e della personalità.

<sup>113</sup> Cfr. M. Nigro, *Gli enti pubblici ...*, cit. e la visione di Benvenuti, per il quale l'autonomia regionale e locale, nell'essere elemento costitutivo dello Stato, rappresenta il modo di essere della sovranità, che non appartiene più allo Stato centrale nella Costituzione repubblicana, cfr. F. Benvenuti, *Per una nuova legge comunale provinciale*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1959, 533 ss. (cfr. pure Id., *Evoluzione dello Stato moderno*, in *Jus*, 1959, 1, 161 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. 2, 1825 ss.; Id., *Dalla sovranità dello Stato persona alla sovranità dell'ordinamento*, in *Jus*, 1995, 2, 193 ss., ora in *ib.*, vol. 5, 4367 ss.), collocandosi nella nuova struttura istituzionale che vede il coinvolgimento del cittadino nella funzione obiettivizzata in condizione di parità, secondo la ricostruzione proposta in F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994 e in *Id.*, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996.

il potere comunale potesse essere incompatibile con le regole del mercato è stato esplicitato in due rimessioni alla corte di Lussemburgo, entrambe respinte<sup>114</sup>.

Al contempo, tale tensione è chiaramente alimentata da una sensibile mancanza di padronanza della materia da parte dei comuni, che non sembrano pienamente consapevoli del fatto che l'assetto normativo sposta gran parte dell'esercizio della discrezionalità comunale dalla fase dell'autorizzazione a quella regolamentare. In sede di autorizzazione, infatti, i comuni possono valutare, a condizione di motivazione rafforzata, la compatibilità dell'intervento con altri interessi primari (si è visto, derivanti ad esempio da vincoli normativi o di piano), nel rispetto delle competenze di altri enti, mentre è solo nel regolamento che possono definire i criteri di localizzazione, con una scelta normativa limitata, ma, ove correttamente esercitata, perfettamente aderente all'esigenza di certezza dei privati in ordine alle modalità di individuazione dei siti da candidare ed idonea a riconoscere il ruolo autonomo nella cura del territorio.

Sotto tale profilo, in effetti, i provvedimenti espressi negativi, in massima parte ritenuti illegittimi dalla giurisprudenza analizzata, mostrano una certa carenza di collegamento con lo strumento regolamentare.

Non c'è coincidenza fra la quantità di decisioni in cui si osserva la soccombenza dei comuni per i dinieghi opposti alla localizzazione delle opere infrastrutturali considerate e la spesso ipotizzata insussistenza di valide ragioni per un governo anche della localizzazione delle "antenne", giacché la giurisprudenza censura i provvedimenti sul piano della motivazione, magari anche con ricostruzioni aggravate del relativo onere, ma sempre cercando di additare quale sia il corretto modo di esercizio delle competenze amministrative previste<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> Cons. Stato, VI, ordinanze 27 marzo 2019, n. 2033 e 22 luglio 2021, n. 5515. Il quesito era «se il diritto dell'Unione europea osti a una normativa nazionale (come quella di cui all'articolo 8 comma 6 legge 22 febbraio 2001, n. 36) intesa ed applicata nel senso di consentire alle singole amministrazioni locali criteri localizzativi degli impianti di telefonia mobile, anche espressi sotto forma di divieto, quali il divieto di collocare antenne in determinate aree ovvero ad una determinata distanza da edifici appartenenti ad una data tipologia».

<sup>115</sup> Incarnando il Giudice amministratore disegnato da M. Nigro, *Il consiglio di stato ...*, cit., *passim*.



7. *Prospettive. Possibili scenari perequativi e spunti minimi per miglioramenti dell'assetto della materia in ordine alla partecipazione, al recupero di una motivazione quam suis nel possibile rapporto con i regolamenti comunali, alla valorizzazione del rapporto fra sviluppo delle reti e dimensione nazionale dell'interesse, alla possibile implementazione di certezza e tempestività attraverso un uso adeguato delle norme proibitive*

Cinque brevi notazioni finali.

Guardando a possibili contributi del particolare allo sviluppo di questioni più generali, la giurisprudenza ha tentato di lasciare uno spazio alla pianificazione comunale, ammettendo che i criteri, esprimendo un ordine di gradimento, possano diventare uno strumento per orientare la scelta del privato, per quanto recessivo rispetto alle esigenze tecniche ed a quelle economiche (non potendo, fra l'altro, avere l'effetto di determinare l'innalzamento del costo dei suoli).

Quest'ultimo profilo, giustificato dal riferimento alla necessità di escludere effetti distorsivi della concorrenza sul mercato immobiliare, dimostra un'attenzione all'effetto della regolazione urbanistica sul valore dei suoli che in generale non trova corrispondente tutela rispetto ad altri ambiti della pianificazione, come dimostra il ben diverso ruolo dei principi perequativi, che non sono assunti in via immediata e diretta (in assenza di una specificazione normativa) a parametro della legittimità dell'operato dell'amministrazione. Sarebbe interessante, sotto tale profilo, se da un intervento settoriale quale quello in esame, nascesse una riflessione sull'utilizzabilità del divieto di effetti distorsivi della concorrenza – sub specie aumento costi e valori di scambio – come principio da applicare a tutte le attività di pianificazione.

Ancora, passando ad altro profilo di carattere generale, interessante e non indagato dalla giurisprudenza e dalla dottrina appare il rapporto fra regolamento e provvedimento in ordine alla possibilità di una motivazione, non forte ma leggera, tipologica o, comunque, *quam suis*. Infatti, il richiamo all'atto normativo – ove, naturalmente non impugnato o comunque non viziato – dovrebbe far ritenere il diniego sufficientemente motivato dal mero riconoscimento della rispondenza della situazione di fatto alla previsione regolamentare. Ciò ricondurrebbe l'azione amministrativa in materia *de qua* a quella presunzione di legittimità che sembra attenuata, con il provvedimento che rimane in ogni caso sindacabile nei limiti in cui sia dimostrata l'impossibilità di disporre, per ragioni tecniche o di mercato, di altri suoli (in ciò facendosi valere anche l'eventuale difficoltà pratica di reperire aree).

Terza questione. Come ribadito sotto diversi profili, la disciplina analizzata riguarda un settore strategico per lo sviluppo, ma ormai affidato al mercato, quale quello delle telecomunicazioni e rappresenta una risposta regolatoria volta a

rendere efficiente e tempestiva l'azione della pubblica amministrazione volta alla tutela di altri interessi, definendone anche i confini.

Il problema delle reti è qui in qualche modo parcellizzato, risolvendolo sul piano di una costruzione per singoli *steps* che possa garantire l'innovazione rispetto alle esigenze di stabilità dell'esistente, rimettendo al privato, al mercato, la visione di insieme ed il governo del cambiamento ed intervenendo al contempo sul regime proprietario che, come si è visto, diventa privato ma per opere di interesse pubblico. Ho fatto riferimento, in proposito, ad un momento di ulteriore evidenza del processo che applica l'ipotesi dell'oggettivizzazione della regolazione proprietaria, garantendo la finalizzazione pubblica a prescindere dal soggetto titolare del bene<sup>116</sup>.

C'è, indubbiamente, un legame fra la normativa *de qua* e quella dei servizi a rete, che viene evidenziato sia dalla sua collocazione all'interno del codice delle telecomunicazioni, sia dalla puntualizzazione che l'istanza debba essere presentata da soggetto titolare di autorizzazione generale ai sensi dell'art. 11 del medesimo codice.

Il Legislatore, tuttavia, non sembra avere stressato tutte le potenzialità che potevano derivare dalla dimensione a rete, concentrandosi più sul carattere puntuale e singolare dell'impianto da autorizzare e trascurando implicazioni che potevano derivare dal suo essere, comunque, una parte di un tutto. Nella micro scala prescelta come orizzonte normativo rimangono sfocati gli elementi relativi all'impatto complessivo delle infrastrutture sul territorio e, d'altra parte, non emergono tensioni tali da consigliare una disciplina sul modello della *essential facilities doctrine* (EFD)<sup>117</sup>. In effetti, rispetto ai classici problemi dei servizi a rete, non si è in presenza – per i singoli impianti – di costi tali da rendere inaccessibile il mercato né sussiste scarsità della risorsa, se si guarda alla capacità economica dell'operatore privato ed al relativo mercato di approvvigionamento, tanto più che è proprio l'operatore a chiedere di realizzare a propria cura e spese un nodo dell'infrastruttura.

Se però la scarsità ed i costi eccessivi venissero letti in termini di impatto sul territorio, a partire dal consumo di suolo per poi pensarli nella dimensione degli altri interessi differenziati, il governo dell'evoluzione della rete potrebbe essere impostato in chiave maggiormente collaborativa, rendendolo più aderente a criteri di sostenibilità generale.

<sup>116</sup> Cfr. *supra*, nota 3.

<sup>117</sup> È stata proposta un'interessante applicazione della *essential facilities doctrine* (EFD) in materia di reti, per cui «l'oggettivazione del diritto amministrativo non si realizza col passaggio da una relazione dominicale intercorrente tra un soggetto pubblico e una res alla qualificazione giuridica della res stessa: essa è, piuttosto, la sostituzione di un metodo statico (fondato sull'attribuzione di qualificazioni formali stabili alle cose, ai soggetti od alle attività) con un metodo dinamico. La disciplina dei rapporti tra privati, commisurata agli squilibri di forza fra loro, in funzione di un fine sovraindividuale che, pur non risolvendosi nei loro interessi, trova cura concreta nell'esclusiva tutela di questi ultimi» (M. Ragusa, *Reti e servizi di pubblica utilità: il caso delle comunicazioni elettroniche*, in *Diritto e società*, 2007, 2, 317 ss., 336).

Si potrebbero, infatti, predisporre momenti partecipativi e stimolare soluzioni che si muovano sul piano dell'amministrazione consensuale, ad esempio con opzioni normative dirette ad agevolare maggiormente la presentazione di istanze per la realizzazione di impianti di uso comune a più operatori, a prevedere l'obbligo e non la mera facoltà per gli operatori autorizzati presenti sul territorio di partecipare alla fase di predisposizione dei regolamenti comunali per la localizzazione, fino a porre l'onere, in sede di richiesta di autorizzazione, di un tentativo preliminare di localizzazione concordata.

D'altra parte, se un intervento di vera e propria liberalizzazione non è praticabile per la natura degli interessi in gioco, pensare di risolvere il problema della tempestività dell'azione amministrativa ricorrendo all'istituto del silenzio assenso rischia di non ottenere l'effetto sperato giacché, come mostra la vicenda esaminata, i necessari tempi della giustizia neutralizzano ampiamente il vantaggio offerto dalla semplificazione procedimentale adottata.

In proposito, al Legislatore statale può rimproverarsi un errore preliminare, un vizio di impostazione la cui consapevolezza può essere utile a ripensare le relazioni che, in maniera crescente, attribuiscono ai privati ruoli rilevanti per la realizzazione delle attività che devono portare alla soddisfazione di interessi pubblici, tanto più quando sono coinvolti gli enti locali e le regioni.

Ancora, un possibile recupero delle tensioni emerse in ordine al valore da dare alla pubblicità ed ai criteri di legittimazione alla partecipazione ed all'impugnazione definiti dalla giurisprudenza può derivare dalla qualificazione dei "regolamenti antenne". Le perplessità manifestate possono compendiarsi nella necessità di una diversa attenzione che merita la materia urbanistica, specie ove si discuta della realizzazione di opere di pubblica utilità, considerato che la specialità della disciplina in esame e del ruolo affidato al privato finiscono con l'incidere sulla fruibilità di un bene comune e sulla pianificazione. Non appare, quindi, appagante ritenere che le forme di partecipazione dei cittadini possano essere valutate secondo canoni restrittivi e legati ai tradizionali criteri di differenziazione dell'interesse, tanto più che si deve supplire all'assenza di meccanismi propri delle osservazioni ai piani di cui all'art. 9, l. n. 1150/1942, né può essere condivisa l'ipotesi che possa derogarsi all'applicazione del principio di preventiva e completa informazione<sup>118</sup>. Diversa soluzione, recuperando tale aporia, potrebbe essere quella di ritenere comunque il regolamento sulla localizzazione degli impianti un atto

---

<sup>118</sup> Tale lettura consente di superare la critica mossa all'opzione regolamentare, esclusa dalle regole sulla partecipazione del pubblico, rispetto alla preferenza che il Legislatore avrebbe dovuto esprimere per la pianificazione urbanistica, invece sottoposta all'intervento del pubblico (mossa da U. Fantigrossi, *Il governo delle antenne* ..., cit.).

di sostanziale pianificazione generale, come tale sottoposto alle dovute forme di pubblicità e partecipazione<sup>119</sup>.

Venendo all'ultima questione, la complessità tipica degli attuali ordinamenti, alla quale certo non si sottrae il caso Italia, esprime, fra l'altro, un carattere comune, che è dato dalla non linearità, cioè dall'impossibilità di trovare soluzioni certe ai problemi che emergono al loro interno. Questa consapevolezza dipende dall'enorme variabilità dei fattori coinvolti, in termini giuridici dati dai titolari di interessi e poteri che possono interferire con effetti rilevanti sulla dimensione relazionale e, specie nel diritto urbanistico, manifestando opzioni che influiscono sull'assetto delle discipline differenziate, nella nota dimensione multipolare<sup>120</sup>.

A tale non linearità contribuisce anche la presenza di un numero di attori pubblici significativo (le regioni, le province e i 7.901 comuni, sappiamo quanto diversi per dimensioni e per effettive funzioni e adeguatezza).

La non linearità, peraltro, dipende dal grado di libertà che l'ordinamento lascia ai suoi attori, ed è definita da parametri diversi nel settore pubblico rispetto a quello privato, da un lato l'autonomia dei diversi livelli di governo e la discrezionalità, dall'altra il generale principio di libertà, temperato dalla regolazione, per quanto di interesse, del rapporto fra libertà economiche e diritti fondamentali, comprese quelle libertà economiche che, in assenza di intervento pubblico, determinerebbero fallimenti del mercato e compressioni del diritto fondamentale di iniziativa privata non compatibili con l'opzione di fondo, adottata anche dall'UE, ispirata all'ideale della concorrenza perfetta.

Nel panorama delle tecniche e dei tipi normativi disponibili, è particolarmente utile il ricorso a norme proibitive, di divieto, atte a definire ciò che non si può fare, ciò che non deve accadere<sup>121</sup> quando l'obiettivo è di preservare i più

<sup>119</sup> L'attività di pianificazione non è a forma vincolata, infatti, e si osservano storicamente casi in cui essa si esprime attraverso provvedimenti di carattere generale ed altri in cui la forma è normativa, cfr. S. Civitarese Matteucci, P. Urbani, cit., 63, che osservano come sia prioritario soffermarsi sull'effetto proprio, conformativo, degli atti di pianificazione.

<sup>120</sup> La non linearità, come categoria, è proposta da I. Blečić, A. Cecchini, *Verso una pianificazione anti-fragile. Come pensare al futuro senza prevederlo*, Milano, 2016, facendone la chiave di lettura delle vicende della città come «nicchia ecologica tipicamente umana» e il punto di partenza per una ricostruzione del ruolo e dei modi della pianificazione. Per una critica all'impostazione del volume, cfr. A. Villani, *Pianificazione anti-fragile, una teoria fragile*, in *Casa della cultura*, 2017.

<sup>121</sup> La categoria delle norme proibitive, che pongono cioè divieti andando a limitare l'autonomia è nota al diritto privato, cfr. G. Villa, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993. Valozza, invece, le norme permissive l'interessante lavoro di F. Poggi, *Norme permissive*, Torino, 2004, secondo la cui lettura queste ultime sono ampiamente sottovalutate ed anzi la loro stessa nozione ed utilità è controversa. Il problema, nell'ipotesi formulata nel testo, non è di contestare nozione, natura ed utilità delle norme permissive, ma riguarda invece l'uso più appropriato, preciso e ben definito delle norme di proibizione. Pur non richiamando la categoria delle norme proibitive, I. Blečić, A. Cecchini, op. cit., 110 ss. propongono, fra i criteri per una pianificazione capace di affrontare la complessità, una «via negativa», per cui «anziché determinare che cosa e come fare, le regole dovrebbero piuttosto stabilire i limiti, dire che cosa non è consentito, che cosa non si può fare» (111).

ampi margini di libertà. L'apparente paradosso è presto spiegato, giacché mentre una norma di concessione detta ciò che può accadere (dunque tendenzialmente opera in un ambito in cui le facoltà hanno necessità di essere di volta in volta attivate o sono comunque definite dall'intervento normativo), una norma di divieto può ritagliare in maniera chirurgica ciò che l'ordinamento non consente, così lasciando fuori da quel campo ben definito la possibilità di esprimere tutta la libertà dell'agente, consentendo quell'arricchimento derivante dall'originalità delle manifestazioni dell'essere umano e dell'autonomia istituzionale che è la ricchezza propria del pluralismo, posto come valore fondante della Costituzione nella duplice componente dello Stato apparato e dello Stato comunità<sup>122</sup>.

Questa tecnica normativa, nota, forse prevalente, ma sminuita dall'eccesso di regolazione, merita di essere sperimentata nella complessità propria delle relazioni fra Stato e mercato sia in generale, sia in modo particolare in processi come quello in esame in cui, si diceva, la cura e realizzazione di interessi pubblici vuole essere lasciata in parte significativa ai privati<sup>123</sup>. In questa prospettiva, nel caso studio sembra essere mancata l'indicazione, in negativo, di ciò che i privati non potevano fare, manifestandosi errata, ad esempio, la scelta di fondo di un'equiparazione delle opere a quelle di urbanizzazione con compatibilità con qualsiasi previsione urbanistica. È mancata anche una chiara indicazione di ciò che non potevano fare i comuni, come mostrano, ad esempio, le applicazioni del divieto di localizzazione, nelle quali il contenuto di tale limite è in gran parte demandato ad un apprezzamento del Giudice amministrativo, in assenza di una indicazione normativa sufficientemente definita.

In termini generali, l'occasione è per interrogarsi sull'utilità di un simile cambio di paradigma, dando rinnovato vigore ad una corretta e puntuale applicazione delle norme di proibizione quale ulteriore strumento per la definizione degli assetti del pluralismo sociale ed istituzionale.

---

<sup>122</sup> D'altra parte, non è un caso che le norme di proibizione vengano ascritte ad un'impostazione classica e liberale nell'ambito del diritto privato e dell'economia, cfr. F. Di Marzio, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011, 73.

<sup>123</sup> Il problema è strettamente connesso a quello della ricerca di un diverso modo di integrare nel sistema delle fonti il ruolo dell'autonomia privata, tema sul quale cfr. D. Siclari, *Contributo allo studio della sussunzione legislativa di regole formate dai privati*, in *Studi in onore di V. Arripaldi*, Napoli, 2010, 275 ss.

*Territorio, Stato e mercato: il caso della localizzazione degli impianti di telefonia mobile*

La materia è ricostruita individuando l'allocazione delle attribuzioni normative e delle funzioni amministrative. L'ampia giurisprudenza in materia di limiti delle potestà regolamentari ed autorizzatorie comunali e l'affidamento ai privati dello svolgimento di funzioni oggettivamente pubbliche manifestano una dequotazione della capacità della disciplina urbanistica di governare i processi economici resa palese dalla pretesa, per i provvedimenti di diniego, di una motivazione che l'autore definisce "forte" o "rafforzata", che mette in crisi la tutela degli altri interessi differenziati rispetto a quelli economici. È individuabile anche un momento del processo di oggettivizzazione della regolazione proprietaria, in quanto l'opera è qualificata di pubblica utilità a prescindere dalla natura del soggetto titolare del bene. Possibili prospettive per risolvere le criticità osservate appaiono un attento ricorso alle norme di proibizione, l'implementazione degli strumenti consensuali, una più accurata definizione delle prerogative comunali e dei privati, una visione non parcellizzata dello sviluppo degli impianti, più aderente alla natura "a rete" dei servizi di interesse.

*Territory, State and Market: The Case of Mobile Phone System Localization*

The topic is reconstructed by analyzing the allocation of regulatory attributions and administrative functions. Case-law concerning the limits of municipal regulatory powers and the entrustment to individuals of objectively public functions demonstrate a devaluation of the ability of urban-planning discipline to govern economic processes. In relation to denial measures, this statement is made clear by a motivation that the author defines as "strong" or "strengthened", which undermines the protection of other interests that diverge from economic ones. A moment in the process of "objectification" of ownership regulation can be identified, as the works are classified as being of public utility regardless of the nature of the owner. Possible perspectives for resolving these issues appear to be a careful use of "prohibitive conditions", the implementation of consensual instruments, a more accurate definition of municipal and private prerogatives, a non-fragmented vision of the development of these particular works of general interest, more in line with the "network" nature of these services.

## *Neuromarketing discriminatorio e mercato digitale: il ruolo del Digital Services Act e dell'Artificial Intelligence Act\**

Sara Tommasi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il *neuromarketing* e il potere dell'influenza subdola. – 3. *Neuromarketing* discriminatorio, profilazione e *Digital Services Act*. – 4. Categorie di profilazione e *differential privacy*. – 5. Distinzioni e algoritmi: il ruolo dell'*Artificial Intelligence Act* tra discriminazioni ed emozioni.

### 1. *Premessa*

Il tentativo di indirizzare i comportamenti dei consumatori verso determinate scelte, anche facendo leva su emozioni e stati d'animo, non è una novità. L'incalzante sviluppo di strumenti tecnici sempre più invasivi ha comportato, però, il concretizzarsi di uno scenario diverso da quello al quale eravamo abituati<sup>1</sup>. Si è ormai in grado, infatti, non solo di carpire sentimenti ed emozioni<sup>2</sup>, ma anche di dare una sorta di «materialità» e «esternalità» a qualcosa di «intimo»<sup>3</sup>. Il dato è molto impattante perché questa intrusione nelle emozioni è finalizzata sia ad esi-

---

\* Il presente scritto è stato ispirato dall'attività di ricerca sul *neuromarketing* promossa dall'OGID, Osservatorio Giuridico sull'Innovazione Digitale (<https://deap.web.uniroma1.it/it/ogid/>).

<sup>1</sup> Su «l'età della tecnica e il nuovo mondo» si rimanda, di recente, a U. Galimberti, *L'etica del viandante*, Milano, 2023, 22 ss.

<sup>2</sup> Per una panoramica sui tentativi di analisi e codificazione delle emozioni umane, si veda E.M. Incutti, *Sistemi di riconoscimento delle emozioni e ruolo dell'autonomia privata: linee evolutive di un umanesimo digitale*, in *Giust. civ.*, 2022, 515 ss. L'Autore si sofferma sulle nuove intrusioni nella vita reale, partendo dall'*affective computing* fino ai sistemi di riconoscimento delle emozioni. Sull'impatto della tecnologia anche sulla percezione che abbiamo di noi stessi cfr. J. Kaplan, *Intelligenza artificiale. Guida al futuro prossimo*, Roma, 2017.

<sup>3</sup> Sulla tendenza ad osservare i «territori intimi» e le emozioni per trasformarli in «materie prime» utilizzate per fini commerciali cfr. S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza: il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2023, 305.

genze di *business*, spesso per veicolare o addirittura «forzare» le scelte del consumatore<sup>4</sup>, sia a condizionare i comportamenti nei diversi ambiti della vita sociale<sup>5</sup>.

Un contributo prezioso allo studio del coinvolgimento emotivo dei consumatori nelle decisioni di acquisto è dato, ormai da tempo, dal *neuromarketing*, che si caratterizza per l'utilizzo di tecniche legate alle neuroscienze<sup>6</sup>. Il dibattito che tradizionalmente ha interessato il *neuromarketing* si arricchisce oggi dei profili problematici legati alla circostanza che il *neuromarketing* si avvale, sempre più spesso, sia delle capacità predittive e distintive degli algoritmi, sia dell'attività degli intermediari di servizi digitali, così che è inevitabile un confronto con la recente regolamentazione europea su questi temi e sui rischi legati alla idoneità del *neuromarketing* dell'era digitale a tracciare un «*discrimen*» tra ciascuno di noi e l'altro.

## 2. *Il neuromarketing e il potere dell'influenza subdola*

Il *neuromarketing* si basa sulla misurazione di segnali fisiologici e neurali al fine di comprendere le reazioni inconsce agli stimoli di *marketing*, fornendo approfondimenti sui processi decisionali dei consumatori per prevedere meglio il loro comportamento nel prendere decisioni d'acquisto. Gli strumenti utilizzati ai fini di *neuromarketing* sono i più vari, dai cc.dd. *neuroimaging tools*, come risonanza magnetica funzionale ed elettroencefalografia alle cc.dd. *physiological techniques*, quali il tracciamento oculare, l'elettrocardiografia e il monitoraggio dell'attività elettrodermica<sup>7</sup>. Si tratta di tecniche che, per lo più, non possono essere applicate senza la collaborazione dell'interessato e, dunque, in questi casi,

<sup>4</sup> Per un esperimento d'avanguardia che ha frugato nei cervelli di duemila volontari di tutto il mondo si rimanda a M. Lindstrom, *Neuromarketing. Attività cerebrale e comportamenti d'acquisto*, Milano, 2009.

<sup>5</sup> Sulla capacità delle tecnologie digitali di conformare i rapporti sociali ad ogni livello, si rimanda a R. Montinaro, *La sostenibilità dell'innovazione digitale. Un'introduzione*, in I. Garaci, R. Montinaro (a cura di), *La sostenibilità dell'innovazione digitale*, Napoli, 2023, 7.

<sup>6</sup> Con riferimento a come i diversi sistemi neuronali all'interno del cervello cooperino fra loro nel generare le decisioni, si rimanda a F. Babiloni, V. Meroni, R. Soranzo, *Neuroeconomia, neuromarketing e processi decisionali*, Berlin-Heidelberg, 2007; L. Palazzani, R. Zannotti (a cura di), *Il diritto nelle neuroscienze. Non "siamo" i nostri cervelli*, Torino, 2013; V. Boricean, *Brief history of neuromarketing*, in J. Bert Rus, 2009, 119 ss. Sul rapporto tra neuroscienza e diritto si veda P. Perlingieri, *Note sul potenziamento cognitivo*, in *Tecnologie e diritto*, 2021, 210. L'A. afferma che «l'IA domina l'immenso flusso di dati i quali, senza avere bisogno di essere compresi, sono registrati, caricati, condivisi; destinati semplicemente a piacere o non piacere e a risultare dominanti se statisticamente prevalenti. La probabilità del loro accadere assume una centralità esclusiva, trasformando la società dell'informazione in società eretta sull'informazione. Dell'algoritmo è l'autorità di indicare scientificamente le decisioni da assumere: il *server* – ironia del suo nome – diventa il nostro padrone».

<sup>7</sup> Sul punto si rimanda a European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, in *State of the art of neuromarketing and its ethical implications*, Publications Office of the European Union, 2023, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/663012>, 7. Cfr. D. Frosoni, *Neuroscienze, neuromarketing e studi sul decision-making*, in <https://www.stateofmind.it/2020/06/intervista-rigoni-neuromarketing/>. Ivi si afferma che bisognerebbe riferirsi al c.d. *neuromarketing* come a «ciò che tiene in considerazione come funziona il cervello del



non si prestano ontologicamente ad essere utilizzate senza che se ne abbia consapevolezza. Per questo tipo di strumenti, dunque, il problema che si pone è verificare se i dati raccolti e poi aggregati in *cluster* possano essere utilizzati per influenzare il comportamento economico del consumatore o la capacità di una persona o di un gruppo di persone di prendere una decisione informata.

Il *neuromarketing* presuppone complessi studi scientifici che rivelano, spesso, anche profonde divergenze tra gli studiosi<sup>8</sup>. Si pensi al riconoscimento multimodale delle emozioni, c.d. MER (*multimodal emotion recognition*), che si riferisce all'identificazione e alla comprensione degli stati emotivi umani attraverso la combinazione di diversi segnali, tra cui – ma non solo – testo, parlato e indicazioni del volto. Il MER svolge un ruolo cruciale nell'ambito dell'interazione uomo-computer ma, fermo il concorde riconoscimento della necessaria complementarità dei modelli, diversi sono i punti di vista su come tale complementarità debba essere costruita<sup>9</sup>. Allo stesso tempo può rilevarsi che, se le emozioni rappresentano i *driver* principali dei comportamenti, i processi decisionali sono di diversi tipi. Ci sono quelli cc.dd. “di ordine inferiore” che lasciano in modo più semplice trasparire le somiglianze tra gli individui. Tali processi decisionali sono i più frequenti e quelli che più facilmente consentono di scoprire modelli fissi<sup>10</sup>. Mag-

---

consumatore, ma che non necessariamente va a misurare direttamente l'attività cerebrale». Sul punto si veda E. Gambula, *L'interfaccia neurale e le sue prospettive*, in <https://www.iusinitinere.it>.

<sup>8</sup> Cfr. A. Ciobanu, K. Shibata, L. Ali, K. Rioja, S.K. Andersen, D. Bavelier, B. Bediou, *Attentional modulation as a mechanism for enhanced facial emotion discrimination: The case of action video game players*, in *Cogn. Affect. Behav. Neurosci.*, 2023, 276 ss.; D.J.N. Armbruster, K. Ueltzhöffer, U. Basten, C.J. Fiebach, *Prefrontal Cortical Mechanisms Underlying Individual Differences in Cognitive Flexibility and Stability*, in *J. Cogn. Neurosci.*, 2012, 2385 ss. Ivi, si afferma che «behavioral research suggests that individuals differ in their cognitive flexibility and stability, and neurocomputational theories of working memory relate this variability to the concept of attractor stability in recurrently connected neural networks. We introduce a novel task paradigm to simultaneously assess flexible switching between task rules (cognitive flexibility) and task performance in the presence of irrelevant distractors (cognitive stability) and to furthermore assess the individual “spontaneous switching rate” in response to ambiguous stimuli to quantify the individual dispositional cognitive flexibility in a theoretically motivated way (i.e., as a proxy for attractor stability)».

<sup>9</sup> Sulla *multi-modal technology* si rimanda a S. Liu, P. Gao, Y. Li, W. Fu, W. Ding, *Multi-modal fusion network with complementarity and importance for emotion recognition*, in <https://doi.org/10.1016/j.ins.2022.11.076>. Gli Autori affermano, in particolare, che «with the recent progression of deep learning technologies and the increasing availability of multimodal datasets, the MER domain has witnessed considerable development, resulting in numerous significant research breakthroughs. However, a conspicuous absence of thorough and focused reviews on these deep learning-based MER achievements is observed».

<sup>10</sup> Cfr. A. Rennie, J. Protheroe, C. Charron, G. Breatnatch, *Decoding Decisions: Making Sense of the Messy Middle (Think with Google)*, 2020, in <https://www.thinkwithgoogle.com>. Agli Autori si rimanda per la teoria del c.d. *Messy Middle*, definito, a p. 8, come «a space of abundant information and unlimited choice that shoppers have learned to manage using a range of cognitive shortcuts». Cfr. L. Sposini, *Neuromarketing and Eye-Tracking Technologies Under the European Framework: Towards the GDPR and Beyond*, in *J. Consum. Policy*, 2024, 1. L'Autrice commenta tale teoria e afferma che «according to which the brain is not to be understood as a unit but consists of two constantly interacting systems. In particular, “System 1” represents the intuitive part and is focused on receiving and processing information quickly, without any mental effort; “System 2,” on the other hand, operates rationally by processing data received from the outside in a more complex manner and, therefore, needs more time to act».

giori difficoltà si incontrano nell'esplorare emozioni "di ordine superiore" come, ad esempio, i sentimenti di orgoglio e di riconoscimento, o processi decisionali non direttamente coinvolti in una ricompensa, ma in altre motivazioni legate ad obiettivi personali<sup>11</sup>.

Lasciando da parte per il momento i problemi connessi all'esplorazione di emozioni di "ordine superiore", preme verificare l'impatto delle conseguenze legate all'influenza sugli individui impegnati nei processi decisionali più frequenti, dove la ricorrenza di modelli fissi induce a riflettere sulla possibilità che si creino dei gruppi in corrispondenza di tali modelli. Ci possono essere canali aperti o gruppi che si costituiscono spontaneamente, quali aggregazioni di soggetti intorno a dati interessi comuni, oppure gruppi creati da soggetti terzi utilizzando le tracce lasciate da ciascuno online. In entrambi i casi è materialmente possibile sia raccogliere dati, sia utilizzarli a fini di *marketing*, sfruttando non solo la conoscenza dei meccanismi neurali che inducono a fare determinate scelte, ma anche le capacità predittive e distintive degli algoritmi. Si combinano meccanismi potenti che influiscono sul destinatario della pubblicità in modo esponenziale rispetto ai metodi tradizionali. Si aggiunga che, mentre il destinatario di una classica pubblicità è in grado di decodificare il messaggio e coglierne anche il carattere "edulcorato", di bonaria millantazione o di c.d. *dolus bonus*, più complicata è la situazione quando ad agire siano gli strumenti algoritmici o i meccanismi di *neuromarketing*.

Nello specifico diventa cruciale sia comprendere il punto esatto in cui la persuasione accettabile diventa manipolazione inaccettabile, sia cercare di ricostruire il frammentario quadro normativo<sup>12</sup>, tanto più che «le tecniche di manipolazione possono avere un impatto negativo su interi gruppi e amplificare i danni per la società, ad esempio contribuendo a campagne di disinformazione o discriminando determinati gruppi»<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Sul punto si vedano A. Smidts, *Kijken in het brein: Over de mogelijkheden van neuromarketing*, in <https://www.researchgate.net>; C. Arthmanni, I.P. Li, *Neuromarketing-The art and science of marketing and neurosciences enabled by IoT technologies*, in *J. Innovation*, 2017, 1 ss.

<sup>12</sup> Sulla circostanza che l'utente-consumatore subisca, tanto nei ruoli attivi quanto in quelli passivi del comunicare in rete, forme di intermediazione manipolatrice da parte della piattaforma e sugli interrogativi relativi alla necessità di un nuovo «ecosistema normativo», si rimanda a U. Ruffolo, *Piattaforme e content moderation nella dialettica tra libertà di espressione ed autonomia privata*, in G. Grisi, S. Tommasi (a cura di), *Mercato digitale e tutela dei consumatori. Prove di futuro*, Torino, 2023, 5 ss. Sui *social* come opportunità di socializzazione ma anche di manipolazione della "persona" si veda R. Clarizia, *Mercato, persona, intelligenza artificiale, quale futuro?*, in *Jus Civile*, 2020, 687 ss.

<sup>13</sup> Si veda sul punto il Considerando 69) del *Digital Services Act*.

### 3. Neuromarketing *discriminatorio, profilazione e Digital Services Act*

Il *neuromarketing* è un ambito ove è avvertita la tensione tra innovazione e rispetto dei diritti fondamentali<sup>14</sup> e il mercato digitale si presenta come spazio ove tale tensione è amplificata<sup>15</sup>.

Non stupisce che alcune prime, sia pure timide, risposte possano rivenirsi nel Regolamento (UE) 2022/2065, noto come *Digital Services Act*<sup>16</sup>, che, insieme alle Risoluzioni che lo hanno preceduto<sup>17</sup>, rappresenta un'importante tappa dell'ambiziosa definizione di un quadro giuridico europeo in materia di servizi digitali<sup>18</sup>.

Un comportamento responsabile e diligente da parte dei prestatori di servizi intermediari è essenziale per garantire il rispetto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tra i quali il diritto alla non discriminazione e il conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori<sup>19</sup>. Per i prestatori di tutte le categorie di servizi intermediari, in base a quanto previsto dal *Digital Ser-*

<sup>14</sup> Cfr. P. Kotler, K. Keller, *Marketing management*, Milano, 2007, 7 ss. Con particolare riferimento all'ambito digitale si vedano P. Kotler, S. Hollensen, M.O. Opresnik, *Social media marketing. Marketer nella rivoluzione digitale*, Milano, 2019.

<sup>15</sup> Cfr. P. Perlingieri, *Relazione conclusiva*, in Id., S. Giova, I. Prisco (a cura di), *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Napoli, 2020, 380; C. Perlingieri, *Diritto privato delle nuove tecnologie: contenuti e competenze*, in *Tecnologie e diritto*, 2021, 70; E. Battelli, *Necessità di un umanesimo tecnologico: sistemi di intelligenza artificiale e diritti della persona*, in *Dir. fam. pers.*, 2022, 1096 ss.

<sup>16</sup> *Regulation (Eu) 2022/2065 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act)* in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2022:277:FULL&from=EN>. Per un'analisi del ruolo del *Digital services Act* in relazione al quadro normativo europeo, si rimanda a V. Mak, C. Busch, *Putting the Digital Services Act in Context: Bridging the Gap Between EU Consumer Law and Platform Regulation*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2021, 109 ss. Sul Regolamento si vedano anche G. Caggiano, *La proposta di Digital Service Act per la regolazione dei servizi e delle piattaforme online nel diritto dell'Unione europea*, in *Quaderni Aisdue*, 2021, 139 ss.; F. Piraino, *La disciplina della responsabilità dei prestatori di servizi intermediari*, in G. Grisi, S. Tommasi (a cura di), *Mercato digitale e tutela dei consumatori*, cit., 165 ss.; S. Tommasi, *The Liability of Internet Service Providers in the Proposed Digital Services Act*, in *European Review of Private Law*, 2021, 925 ss.; S. Scola, *Digital Services Act: occasioni mancate e prospettive future nella recente proposta di regolamento europeo per il mercato unico dei servizi digitali*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2022, 127. Per una riflessione sulla strategia regolatoria europea in tema di *governance* delle relazioni digitali, si rimanda a C. Camardi, *"Gigantismo" e disuguaglianze nell'economia dei dati. Appunti sulla governance europea delle relazioni digitali*, in *Ianus*, 2023, 59 ss.

<sup>17</sup> Si veda la Comunicazione della Commissione europea, *Shaping Europe's digital future*, 19 febbraio 2020, in <https://commission.europa.eu>. Ivi sono chiari i propositi della Commissione. Si legge, infatti, che, la Commissione «wants a European society powered by digital solutions that are strongly rooted in our common values, and that enrich the lives of all of us: people must have the opportunity to develop personally, to choose freely and safely, to engage in society, regardless of their age, gender or professional background. Businesses need a framework that allows them to start up, scale up, pool and use data, to innovate and compete or cooperate on fair terms. And Europe needs to have a choice and pursue the digital transformation in its own way». Per un confronto con le Risoluzioni del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 si rimanda a V. Moscon, *Free Circulation of Information and Online Intermediaries - Replacing One "Value Gap"*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2020, 980 ss.; E. Arbia, *Digital service package: verso la regolamentazione delle piattaforme online*, in *Giustizia insieme*, 2020, 5.

<sup>18</sup> M. Müller, M.C. Kettemann, *European Approaches to the Regulation of Digital Technologies*, in H. Werthner et al. (a cura di), *Introduction to Digital Humanism*, Cham, 2024, 624 ss.

<sup>19</sup> In questi termini il Considerando 3) del *Digital Services Act*.

*vices Act*, l'agire in modo obiettivo, non discriminatorio e proporzionato assurge a condizione dell'agire in buona fede e in modo diligente<sup>20</sup>.

Un primo argine contro la manipolazione è posto dal *Digital Services Act* allorché disciplina la progettazione e organizzazione delle interfacce online da parte dei fornitori di piattaforme, prevedendo che queste non debbano essere progettate, organizzate o gestite in modo tale da ingannare o manipolare i destinatari dei loro servizi o da falsare materialmente o compromettere altrimenti la loro capacità di prendere decisioni libere e informate<sup>21</sup>. Si tratta del fenomeno dei cc.dd. *deceptive design patterns*, noti, prima delle Linee guida 3/2022 dello *European Data Protection Board*, come *dark patterns*<sup>22</sup>. L'esigenza di mettere in guardia contro sofisticate tattiche oscure che mirano a ingannare i consumatori online appare tanto più pressante quanto più si dimostra che i modelli di interfaccia utente sono spesso creati in un modo specifico per influenzare i comportamenti dei consumatori e spingerli a «*impulse buying behaviors online*», al punto da potersi ritenere che «*the rise of dark patterns tactics indicates how online websites have gradually turned human psychology into a money-making tool*»<sup>23</sup>.

Non meno importante, al fine di evitare subdole influenze o manipolazioni delle decisioni degli utenti dei servizi digitali, è la disciplina della pubblicità basata sulla profilazione prevista dal *Digital Services Act*<sup>24</sup>.

È fatto divieto, infatti, ai fornitori di piattaforme online di presentare pubblicità ai destinatari del servizio basate su una tecnica di profilazione che utilizzi i dati che rivelano l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche o l'appartenenza sindacale, nonché i dati genetici, i dati biometrici, i dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale delle persone<sup>25</sup>. Si tratta, infatti, di una profilazione che si presterebbe facilmente

<sup>20</sup> Si veda il Considerando 26) del *Digital Services Act*.

<sup>21</sup> Si rimanda all'art. 25 del *Digital Services Act*.

<sup>22</sup> Sul punto, anche per la ricostruzione della bibliografia in materia, si rimanda a S. Orlando, *A proposito dei deceptive design (già dark) patterns*, in G. Grisi, S. Tommasi (a cura di), *Mercato digitale e tutela dei consumatori*, cit., 97.

<sup>23</sup> In questi termini K.K. Kim, W.G. Kim, M. Lee, *Impact of dark patterns on consumers' perceived fairness and attitude: Moderating effects of types of dark patterns, social proof, and moral identity*, in *Tourism Management*, 2023, <https://doi.org/10.1016/j.tourman.2023.104763>. Cfr. A.L. Tan, *Illuminating Dark Patterns: US Regulators Crack Down on Deceptive Practices Targeting Consumers*, in *Science and Technology Law Review*, 2024, in <https://journals.library.columbia.edu/index.php/stdl/blog/view/593>. Si veda sul punto il FTC Report: *Bringing Dark Patterns to Light*, 2022 in <https://www.ftc.gov/reports/bringing-dark-patterns-light>.

<sup>24</sup> È nota la stretta relazione tra attività pubblicitaria e utilizzo della tecnologia, tanto da essere ormai in uso il termine «*Martech*», risultato di una crasi tra *marketing* e *technology*. Sul punto cfr. S. Zagaria, *Guida al MarTech: definizione, vantaggi e classificazione delle marketing technologies*, in [https://blog.osservatori.net/it\\_it/martech-definizione-vantaggi-classificazione](https://blog.osservatori.net/it_it/martech-definizione-vantaggi-classificazione). Con riferimento ad ambiti anche diversi dal *marketing*, si rimanda a G. Resta, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. dir.*, 2019, 211 ss.

<sup>25</sup> In particolare, il riferimento è all'articolo 26, comma 3, del *Digital Services Act*.

sia ad utilizzi discriminatori, sia ad una speculazione basata sulla vulnerabilità dei destinatari della pubblicità<sup>26</sup>.

Il *Digital Services Act* interviene su tali problematiche nella consapevolezza che le piattaforme online sono ambienti ideali per tali pratiche e presentano un rischio più elevato per la società<sup>27</sup>. Un dato particolarmente interessante può trarsi dal Considerando 69) del *Digital Services Act*, che fa riferimento non solo alla circostanza che i fornitori di piattaforme online non dovrebbero presentare inserzioni pubblicitarie basate sulla profilazione utilizzando le categorie speciali di dati personali di cui all'articolo 9 del Regolamento (UE) 2016/679, ma anche al fatto che non dovrebbero utilizzarsi categorie di profilazione. Si tratta di una precisazione che può essere importante a livello interpretativo perché consente di ritenere che non è vietata solo la pubblicità basata sulla profilazione, ma anche quella più subdola basata su categorie di profilazione che, in quanto tali, potrebbero non rientrare nel divieto dell'art. 26 del *Digital Services Act* interpretato restrittivamente. Si potrebbe in altri termini distinguere tra un "neuromarketing diretto", basato sulla profilazione definita dall'articolo 4, punto 4), del Regolamento (UE) 2016/679 e che utilizza le categorie speciali di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679, e un "neuromarketing indiretto"<sup>28</sup>, che si nutre di dati non riconducibili alla profilazione definita

---

<sup>26</sup> Interessante sul punto è quanto specificato nel Considerando 69) del *Digital Services Act*. C'è, infatti, una presa d'atto del fatto che le inserzioni pubblicitarie sono basate su tecniche di *targeting* che non sono principalmente indirizzate a soddisfare gli interessi dei consumatori.

<sup>27</sup> Cfr. G. Finocchiaro, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza Artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 237 ss.; Id., *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 441 ss. Sui dati come frammenti di vita delle persone ai quali si riferiscono si veda M. Franzoni, *Lesione dei diritti della persona, tutela della privacy e intelligenza artificiale*, in *Jus Civile*, 2021, 12. Sugli strumenti di controllo dell'abuso di potere delle piattaforme e sulla necessità di una regolazione della complessità dell'ecosistema digitale si rimanda a C. Camardi, *Dalla logica individualistica alla regolazione della complessità nella tutela del consumatore (e delle vulnerabilità) nell'ecosistema digitale*, in G. Grisi, S. Tommasi (a cura di), *Mercato digitale e tutela dei consumatori*, cit., 220; C. Camardi, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in *Jus Civile*, 2021, 871. L'A. richiama «la condivisa e innegabile vocazione della Rete all'esaltazione delle libertà personali e dei diritti individuali, sia dal versante dell'esercizio attivo delle prerogative delle persone, sia come difesa dai nuovi rischi e pericoli indotti dalla Rete, e perciò ragione giustificativa di nuove normative di protezione». Su questi aspetti si rimanda a C. Camardi (a cura di), *La via europea per l'intelligenza artificiale. Atti del Convegno del Progetto Dottorale di Alta Formazione in Scienze Giuridiche Ca' Foscari Venezia, 25-26 novembre 2021*, Milano, 2022.

<sup>28</sup> S. Orlando, *A proposito dei deceptive design (già dark) patterns*, cit., 97, nota che «una profilazione finalizzata ad includere singole persone in cluster di soggetti con determinate caratteristiche, pur direttamente non realizzabile – per il predetto divieto – sulla base dei dati cc.dd. sensibili, possa essere nondimeno realizzata, in vista del conseguimento degli stessi scopi che il predetto divieto intende combattere, attraverso una inferenza indiretta, basata su risultanze statistiche di dati sperimentali, inclusi dati c.d. sensibili, ottenuti legittimamente. Ad es., sulla base di dati sperimentali comprensivi di dati biometrici (dunque dati sensibili ex art. 9(1) GDPR) ottenuti con tecniche come l'elettroencefalogramma o la risonanza magnetica in laboratorio con tutte le garanzie e il rispetto dei requisiti di legge del caso (compreso il rispetto della normativa a tutela dei dati personali), viene stabilito che le donne reagiscono emotivamente in materia diversa dagli uomini ad un certo stimolo. Sulla base di questa associazione statistica, sarà ben possibile profilare gli utenti sulla base del solo dato per-

dall'articolo 4, punto 4), del Regolamento (UE) 2016/679 e, in quanto tali, non regolamentati dall'art. 26 del *Digital Services Act*, a meno che non se ne accolga una interpretazione estensiva. In base a tale interpretazione il divieto dell'art. 26 del *Digital Services Act*, tenuto conto di quanto si legge nel Considerando 69), si potrebbe estendere anche alla profilazione che utilizzi categorie di profilazione basate su categorie speciali di dati, con la conseguenza che i consumatori risulterebbero maggiormente tutelati.

#### 4. *Categorie di profilazione e differential privacy*

L'importanza di forme di tutela dalla profilazione che si avvalga di categorie di profilazione basate su categorie speciali di dati è evidenziata anche dal recente utilizzo di strumenti di cc.dd. *differential privacy*. La *differential privacy* è una definizione matematica di *privacy* che «limits how much information a mechanism for making a statistical release reveals about any one individual in the dataset. The definition is parametrized by two quantities –  $\epsilon$  and  $\delta$  – that denote the 'privacy loss' incurred by running a given set of analyses on the data. In order to satisfy a guarantee of small privacy loss, the mechanism must introduce carefully calibrated noise to any computation over the data»<sup>29</sup>. Si tratta di un meccanismo che consente di far arrivare ai titolari del trattamento un'informazione già anonimizzata, evitando così il rischio che, combinando il dato anonimo ad altre informazioni, sia comunque possibile risalire al dato completo e all'identificazione del soggetto anonimizzato, c.d. rischio di *reverse engineering*<sup>30</sup>.

La *differential privacy* si basa sull'introduzione di un elemento di casualità, elemento randomico dell'algoritmo, che consente di anonimizzare il dato e generare il c.d. "*white noise*". Il funzionamento della *differential privacy* necessita, per essere attendibile, di un bacino di informazioni molto ampio e consente di raggiungere risultati paragonabili solo a quelli di strumenti di profilazione partico-

---

sonale del sesso per esporli ad una pubblicità basata sulle emozioni ed indirettamente su dati biometrici (altrui) per via dell'associazione ricavata sperimentalmente. Una simile pubblicità sarà perfettamente legittima (di per sé) ai sensi del DSA perché sarà basata su una profilazione derivata sul dato personale del sesso, il quale non è un dato sensibile ex art. 9(1) *GDPR*. Il tema, come può ben intuirsi, è particolarmente rilevante nel campo del neuromarketing».

<sup>29</sup> J. Sarathy, S. Song, A. Haque, T. Schlatter, S. Vadhan, *Don't Look at the Data! How Differential Privacy Reconfigures the Practices of Data Science*, in *Proceedings of the 2023 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems (CHI '23)*, April 23-28, 2023, Hamburg, 2023. Cfr. C. Dwork, F. McSherry, K. Nissim, A. Smith, *Calibrating noise to sensitivity in private data analysis*. In *Theory of cryptography conference*. Berlin, Heidelberg, 2006, 265 ss.

<sup>30</sup> D. Dimalta, *Differential privacy, estrarre e usare dati personali garantendone la massima riservatezza: come funziona*, in <https://www.cybersecurity360.it>.

larmente invasivi. Non è un caso che si tratti di strumenti utilizzati da colossi come *Google*, *Apple* e *Uber*<sup>31</sup>.

A differenza dell'approccio tradizionale alla *privacy*, che si basa sull' "oscurità del dato", la *differential privacy* consente forme di controllo sull'algoritmo e permette di gestire l'incertezza introdotta dall'elemento di casualità.

La *differential privacy* presuppone il coinvolgimento di decisioni soggettive nell'elaborazione delle statistiche, rompendo potenzialmente il diffuso "immaginario statistico" dei dati come fonte oggettiva di verità. Si palesa, in altri termini, che i dati non possono "parlare da soli", ma richiedono spiegazioni e "traduzioni" da parte di coloro che hanno partecipato alla loro raccolta e gestione<sup>32</sup> e che i cc.dd. "dati inferiti", cioè le informazioni che non vengono fornite direttamente dall'interessato, ma risultano dedotte dall'elaborazione di dati precedenti, non sono tutelati dall'approccio tradizionale alla *privacy*<sup>33</sup>.

I rischi dell'attività di profilazione sono amplificati dall'utilizzo, da parte dei fornitori di piattaforme online, di sistemi di raccomandazione. Per questa ragione il *Digital Services Act* impone ai fornitori di piattaforme online di specificare nelle loro condizioni generali, in un linguaggio chiaro e intellegibile, i principali parametri utilizzati nei loro sistemi di raccomandazione, nonché qualunque opzione a disposizione dei destinatari del servizio che consenta loro di modificare o influenzare tali parametri principali<sup>34</sup>. Coerentemente con la logica del *Digital Services Act*, che richiede una diligenza calibrata sul tipo, sulle dimensioni e sulla natura

---

<sup>31</sup> Cfr. J. Near, *Differential privacy at scale: Uber and Berkeley collaboration*, 2018, in <https://www.use-nix.org>.

<sup>32</sup> J. Sarathy, S. Song, A. Haque, T. Schlatter, S. Vadhan, *Don't Look at the Data! How Differential Privacy Reconfigures the Practices of Data Science*, cit., 15. Ivi si sottolinea anche che i *dataset* devono essere accompagnati da una scheda tecnica che ne delinea il contesto, la motivazione, la composizione, il processo di raccolta e gli usi raccomandati. Sui limiti dell'attuale formulazione del *GDPR* nel proteggere gli interessati da pratiche come il *neuromarketing* e i sistemi di *eye-tracking* si veda L. Sposini, *Neuromarketing*, cit., 1. L'Autrice afferma, a p. 3, che «*although the current regulatory framework undoubtedly provides effective protection for the consumer, there are nevertheless several problematic nodes that need more attention from the EU legislator and that stem from the impact of AI systems with traditional types of law*». Sul diritto dell'interessato a non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incidano in modo analogo significativamente sulla sua persona si rimanda a S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma, 2012, 329 ss.; V. Ricciuto, *L'equivoco della privacy. Persona v.s. dato personale*, Napoli, 2022; G. Carapezza Figlia, "L'equivoco della privacy". *Circolazione dei dati personali e tutela della persona*, in *Jus Civile*, 2022, 1372; A.G. Grasso, *GDPR Feasibility and Algorithmic Non-Statutory Discrimination*, Napoli, 2023.

<sup>33</sup> Il sistema di IA, elaborando i dati ottenuti dall'*eye tracker* sullo sguardo, sull'iride e sulle pupille, può determinare la probabilità che vi siano disturbi fisici o mentali e la tendenza genetica di una persona a sviluppare determinate patologie in futuro. Tuttavia, i dati desunti non sono attualmente inclusi tra i dati particolarmente sensibili ai sensi dell'articolo 9 del *GDPR*, né in altre disposizioni, con la conseguenza che l'intero regolamento europeo potrebbe non essere applicabile. Su questi aspetti si sofferma L. Sposini, *Neuromarketing*, cit., 1 ss.

<sup>34</sup> Il riferimento è all'art. 27 del *Digital Services Act*. Sul punto si rimanda a R. Montinaro, *I sistemi di raccomandazione nelle interazioni tra professionisti e consumatori: il punto di vista del diritto dei consumi (e non solo)*, in *Persona e Mercato*, 2022, 368 ss.

del servizio intermediario interessato, i fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi, se utilizzano sistemi di raccomandazione, devono assicurare almeno un'opzione, per ciascun sistema di raccomandazione, non basata sulla profilazione e devono rendere noto al destinatario del servizio digitale se il messaggio pubblicitario sia concepito per essere indirizzato specificamente ad uno o più gruppi di destinatari e, in caso affermativo, comunicare i principali parametri utilizzati a tale scopo, compresi eventuali parametri usati per escludere uno o più particolari gruppi<sup>35</sup>. L'esclusione può essere discriminatoria sia se basata su caratteristiche tradizionalmente contemplate dalla disciplina sul divieto di discriminazione<sup>36</sup>, sia se legata a caratteri formalmente neutri, ma che ricorrono con frequenza nelle categorie protette<sup>37</sup>.

Per le piattaforme di grandi dimensioni e per i motori di ricerca di grandi dimensioni sono presenti nel *Digital Services Act* specifici obblighi e controlli in considerazione anche del fatto che le loro attività possono comportare rischi sistemici e tra questi, ai sensi dell'art. 34 del *Digital Services Act*, eventuali effetti negativi, attuali o prevedibili, per l'esercizio del diritto alla non discriminazione e all'elevata tutela dei consumatori<sup>38</sup>. Si tratta, però, di disposizioni che si applicano solo alle piattaforme online o ai motori di ricerca di grandi dimensioni, nonostante sia evidente che la lesione dei diritti fondamentali dovrebbe essere tutelata in ogni contesto e nei confronti di chiunque la provochi. Basti considerare che tra i principali obiettivi dell'UE c'è la regolamentazione in chiave antidiscriminatoria dello svolgimento dell'attività da parte degli intermediari di servizi digitali. Se ne trae conferma sia dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 sulle questioni sollevate in materia di diritti fondamentali, ove si prevede espressamente che il *Digital Services Act* deve mettere al centro la non discriminazione – sia dal *Digital Decade policy programme 2030*<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Si veda l'art. 38 del *Digital Services Act*.

<sup>36</sup> R. Montinaro, *I sistemi di raccomandazione nelle interazioni tra professionisti e consumatori*, cit., 375.

<sup>37</sup> S. Tommasi, *Algoritmi e nuove forme di discriminazione: uno sguardo al diritto europeo*, in *Revista de Direito Brasileira*, 2020, 112.

<sup>38</sup> Si veda l'art. 34 (b) del *Digital Services Act*. Sui rischi sistemici si rimanda a M. Franzoni, *I sistemi digitali innovativi tra nuove responsabilità e rischi sistemici*, in G. Grisi, S. Tommasi (a cura di), *Mercato digitale e tutela dei consumatori*, cit., 133. Cfr. S. Tommasi, *Digital Services Act e Artificial Intelligence Act: tentativi di futuro da armonizzare*, in *Persona e Mercato*, 2023, 279 ss.; Id., *Intelligenza artificiale: il rischio come opportunità*, cit., 67 ss.

<sup>39</sup> Si veda in particolare la *Dichiarazione comune sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale*, Bruxelles, COM (2022) 28 final, in <https://ec.europa.eu>. La Dichiarazione auspica un modello di trasformazione digitale tale da "rafforzare la dimensione umana dell'ecosistema digitale", nel pieno rispetto dei diritti fondamentali. Cfr. S. Tommasi, *La proposta di Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale COM (2022) 28 final del 26 gennaio 2022*, in *Persona e Mercato*, *Diritto e nuove tecnologie. Rubrica di aggiornamento dell'OGID*, 2022, 168-171; R. Alfonsi, *La EU Interinstitutional declaration on digital rights and principles del 14.11.2022*, in *Persona e Mercato*, *Diritto e nuove tecnologie. Rubrica di aggiornamento dell'OGID*, 2022, 707 ss. Importanti spunti possono trarsi anche da Flemish Government, Department of Economy, *Scien-*



Il *Digital Services Act* non dà risposte a tutte le istanze di tutela emergenti in presenza di una pratica di *neuromarketing* o dell'utilizzo di dati captati da *feedback* o dalle tracce online lasciate dagli utenti di servizi digitali<sup>40</sup>. Il dato evidenzia la necessità di un coordinamento anche con il Regolamento sull'Intelligenza Artificiale, noto come *Artificial Intelligence Act*<sup>41</sup>.

### 5. *Distinzioni e algoritmi: il ruolo dell'Artificial Intelligence Act tra discriminazioni ed emozioni*

La profilazione finalizzata ad includere singole persone in *cluster* di soggetti con determinate caratteristiche rientra tra le attività che si prestano ad essere svolte dagli algoritmi<sup>42</sup>. Sia l'attività di profilazione, sia il suo *output* si avvalgono di distinzioni. Non è il "fare distinzioni" in sé ad avere un'accezione negativa. Basti pensare che il termine discernimento, che ha un'accezione positiva come modo per comprendere un fenomeno, deriva etimologicamente dal latino "discèrnere" ossia "scegliere separando". Censurabile non è, dunque, "fare" distinzioni, ma "utilizzarle" per ledere la dignità della persona<sup>43</sup> e, per quanto rileva in questa sede, è noto che le distinzioni richieste agli algoritmi possono avere una funzione specifica in base alle istruzioni e al modo nel quale gli algoritmi vengono impostati<sup>44</sup>.

---

*ce and Innovation Reflections on 2030 Digital Compass: the European way for the Digital Decade*, 2021, in <https://publicaties.vlaanderen.be/view-file/43500>.

<sup>40</sup> Cfr. A. Mortara, V. Sinisi, *Tecno-mamme e social media nella relazione con il brand: un'indagine esplorativa*, in *Micro & Macro Marketing*, 2012, 273 ss.

<sup>41</sup> Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) 300/2008, (UE) 167/2013, (UE) 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (Regolamento sull'Intelligenza Artificiale). Si tratta del punto di arrivo di un lungo processo iniziato con la Proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale del 21 aprile 2021, sulla quale cfr. L. Suárez Fernández, *La proposta di Regolamento dell'Unione europea sull'intelligenza artificiale tra diritti fondamentali, mercato e progresso tecnologico*, in *Tecnologie e diritto*, 2023, 135 ss.

<sup>42</sup> Sulla decisione di aggregare individui per una loro caratteristica rilevante e il problema della congruenza di tale attività con i valori costituzionali si veda P. Femia, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, 540. Sui problemi legati al ricorso a *cluster* di dati qualitativamente differenti da quelli tradizionalmente utilizzati si veda M. Pellegrini, *Innovazione tecnologica e diritto dell'economia*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, 40 ss.

<sup>43</sup> A. Gentili, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 221 ss. Sulla negatività della discriminazione nel passaggio da un giudizio di fatto ad un giudizio di valore si rimanda a N. Bobbio, *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Milano, 2014, 111 ss.

<sup>44</sup> Cfr. R. Di Raimo, *Decisioni e attuazioni algoritmiche delle situazioni sostanziali*, in P. Perlingieri, S. Giova, I. Prisco (a cura di), *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità*, cit., 124 ss. Gli algoritmi possono riprodurre pregiudizi collettivi. Sulla pericolosità dei pregiudizi collettivi e sulla discriminazione come conseguenza principale di tali pregiudizi, si rimanda a N. Bobbio, *Elogio della mitezza*, cit., 111 ss. Cfr. F. Alcaro, *Intelligenza artificiale e attività giuridica*, in P. Perlingieri, S. Giova, I. Prisco (a cura di), *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità*, cit., 3 ss.; G. Resta, *Cosa c'è di "europeo" nella Proposta di Rego-*

Se sono indiscussi i benefici dei sistemi di intelligenza artificiale, è altrettanto noto che si tratta di una tecnologia che può essere fonte di abusi e può fornire nuovi e potenti strumenti per pratiche di manipolazione, sfruttamento e controllo sociale<sup>45</sup>. Il carattere potenzialmente discriminatorio degli algoritmi<sup>46</sup> e la loro falsa “neutralità” sono ormai ampiamente sperimentati. Ne prende atto anche il legislatore europeo, attento ad evidenziare che diversità, non discriminazione ed equità impongono che i sistemi di IA siano sviluppati e utilizzati in modo da includere attori diversi e promuovere la parità di accesso, la parità di genere, la diversità culturale, evitando impatti discriminatori e pregiudizi ingiusti che sono vietati dal diritto dell’Unione o nazionale<sup>47</sup>.

---

*lamento UE sull'intelligenza artificiale?* in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2022, 323 ss. In particolare, l'A. evidenzia, a p. 327, che il cardine della proposta sembra risiedere nella definizione di un modello regolatorio finalizzato alla gestione ottimale dei rischi insiti nell'utilizzo dei dispositivi IA, con l'obiettivo primario di tutela dei diritti fondamentali e di salvaguardia del processo democratico. Cfr. S. Tommasi, *L'intelligenza artificiale antropocentrica: limiti e opportunità*, in *Jus Civile*, 2020, 853 ss. Cfr. il Considerando 57) dell'*Artificial Intelligence Act* che, con riferimento particolare ai sistemi di intelligenza artificiale utilizzati per la gestione del lavoro, riconosce che tali sistemi possono, oltre che minare i diritti fondamentali alla protezione dei dati e alla *privacy*, perpetuare modelli storici di discriminazione, ad esempio nei confronti delle donne, di alcune fasce d'età, delle persone con disabilità o di determinate origini razziali o etniche o orientamento sessuale. Uguali considerazioni posso farsi con riferimento al Considerando 58) dell'*Artificial Intelligence Act* e ai problemi collegati all'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale che condizionano l'accesso e il godimento di alcuni servizi e benefici privati e pubblici essenziali, necessari alle persone per partecipare pienamente alla società o per migliorare il proprio tenore di vita.

<sup>45</sup> Cfr. O. Pollicino, *Intelligenza artificiale e democrazia*, Milano, 2024. Con specifico riferimento al c.d. rischio di collusione algoritmica si rimanda a D. Rossano, *L'Intelligenza Artificiale: ruolo e responsabilità dell'uomo nei processi applicativi (alcune recenti proposte normative)*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2021, 212 ss.

<sup>46</sup> F.J. Zuiderveen Borgesius, *Strengthening legal protection against discrimination by algorithms and artificial intelligence*, in *The International Journal of Human Rights*, 2002, 1172 ss. L'A. afferma che: «while there is no consensus about defining algorithmic decision-making and AI, some descriptions may be helpful. An algorithm is 'an abstract, formalized description of a computational procedure'. [...] Roughly speaking, an algorithm can be seen as a computer program. Algorithmic decision-making thus refers to the process by which an algorithm produces an output. Sometimes, an algorithm decides in a fully automated fashion. For example, a spam filter can filter out, automatically, spam messages from one's email account. Sometimes, decisions are partly automated: humans make decisions assisted by algorithms. For example, a bank employee may decide whether a customer can borrow money from the bank, after an algorithmic system assessed the customer's creditworthiness. When discussing discrimination however, many risks are similar for fully and partly automated decisions». Gli insiemi di dati utilizzati per addestrare i modelli di IA sono parziali, in quanto molti escludono ragazze e donne, minoranze etniche, anziani, comunità rurali e gruppi svantaggiati. In generale, l'IA è orientata verso le popolazioni per le quali si dispone di un maggior numero di dati, per cui, nelle società diseguali, l'IA può penalizzare le popolazioni svantaggiate. I pregiudizi potrebbero introdurre discriminazioni in tutto il sistema sanitario, l'accesso delle persone ai beni di base, compresi i servizi sanitari e le cure di alta qualità. È quanto emerge dalle *Ethics and governance of artificial intelligence for health. Guidance on large multi-modal models*, 2024, in <https://www.who.int/publications/i/item/9789240084759>. Sul punto è esplicito l'art. 10 dell'*Artificial Intelligence Act* ove si legge che «training, validation and testing data sets shall be relevant, sufficiently representative, and to the best extent possible, free of errors and complete in view of the intended purpose. They shall have the appropriate statistical properties, including, where applicable, as regards the persons or groups of persons in relation to whom the high-risk AI system is intended to be used. Those characteristics of the data sets may be met at the level of individual data sets or at the level of a combination thereof». Cfr. P. Zudadas, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, *Consulta online*, 2020, 12.

<sup>47</sup> Si veda il Considerando 28) dell'*Artificial Intelligence Act*. Sulla *policy* della neutralità tecnologica si rimanda a F. Sartori, *La consulenza finanziaria automatizzata: problematiche e prospettive*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2018, 263 ss.

Si giustificano, dunque, i divieti posti dall'*Artificial Intelligence Act* a talune pratiche di intelligenza artificiale; divieti che possono estendersi al *neuromarketing* qualora venga attuato con sistemi di IA vietati<sup>48</sup>. Il riferimento non può che essere all'articolo 5 dell'*Artificial Intelligence Act*<sup>49</sup>. Occorre, però, fare attenzione ad alcuni dati. Prima di tutto è da rilevare che dall'articolo 5 dell'*Artificial Intelligence Act* emerge che non è vietata l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di tutti i sistemi di IA che utilizzano tecniche che agiscono senza che una persona ne sia consapevole e aventi lo scopo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento di una persona o di un gruppo di persone, ma solo quelli che utilizzano tecniche subliminali o volutamente manipolative o ingannevoli e che pregiudicano in modo considerevole la capacità di una persona o di un gruppo di persone di prendere una decisione informata e causano un danno significativo.

Inevitabile il confronto con la più generica definizione di pratica commerciale scorretta e, in quanto tale, vietata *ex art.* 20 cod. cons., nonostante siano da tenere tecnicamente distinte le pratiche di intelligenza artificiale e le pratiche commerciali scorrette<sup>50</sup>. Una pratica commerciale, infatti, come è noto, è vietata se è contraria alla diligenza professionale e falsa o è idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio che raggiunge. Non è necessario, dunque, perché si incorra in tale divieto, che si configuri un danno o che si utilizzino tecniche subliminali o volutamente manipolative o ingannevoli.

La necessità di un coordinamento tra le norme dell'*Artificial Intelligence Act* e le disposizioni contenute nella direttiva 2005/29/CE è evidenziata dal Considerando 29) dell'*Artificial Intelligence Act*, ove si specifica che il divieto di pratiche di IA è complementare a quanto previsto nella direttiva 2005/29/CE<sup>51</sup>. L'*Artifi-*

---

<sup>48</sup> Ai nostri fini interessa verificare se il *neuromarketing* possa stanziarsi in una tecnica di manipolazione basata sull'IA. Indicazioni in questo senso possono trarsi dal Considerando 29) dell'*Artificial Intelligence Act* ove, tra le tecniche di manipolazione basate sull'IA, si fa riferimento a interfacce cervello-computer che consentono un livello più elevato di controllo degli stimoli presentati alle persone, nella misura in cui possono distorcere materialmente il comportamento in modo significativamente nocivo.

<sup>49</sup> Cfr. M. Leiser, *Psychological Patterns and Article 5 of the AI Act*, in *J. AI Law and Regulation*, 2024, 1 ss.

<sup>50</sup> La direttiva 2005/29/EC sulle pratiche commerciali scorrette, come efficacemente notato, costituisce la struttura normativa fondamentale per inquadrare giuridicamente le molteplici epifanie della slealtà verso gli utenti online, che oggi include non soltanto generalmente i *deceptive design patterns* ma anche i *software* che sfruttano, in modo contrario alla diligenza professionale, la personalizzazione della comunicazione online. La direttiva ha il merito di aver posto l'attenzione sulla circostanza che la vulnerabilità non è eviabile con l'informazione e che non si può prescindere dall'attenzione alle condizioni soggettive medie di vulnerabilità decisionale. In questi termini S. Orlando, *A proposito dei deceptive design (già dark) patterns*, cit., 64. All'A. si rimanda anche per la ricostruzione della copiosa letteratura in materia di pratiche commerciali scorrette. Vede, in detta disciplina, un'evoluzione del diritto dei consumatori ed un'attenzione, più che al rapporto tra consumatore e professionista, all'attività dei soggetti che professionalmente operano nel mercato, G. Grisi, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Europa dir. priv.*, 2013, 1 ss.

<sup>51</sup> Il Considerando 29) dell'*Artificial Intelligence Act* specifica che le pratiche commerciali sleali che comportano danni economici o finanziari per i consumatori sono vietate in ogni circostanza, indipendentemente dal fatto che siano attuate attraverso sistemi di IA o in altro modo. Da altro canto, i divieti di pratiche mani-

*cial Intelligence Act*, infatti, riguarda l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso dei sistemi di IA, ma non esclude l'applicazione delle altre normative anche con riferimento alle conseguenze che derivano dall'immissione sul mercato, dalla messa in servizio o dall'uso di tali sistemi. L'utilizzo di tecniche di intelligenza artificiale il cui *output* possa sostanziarsi in una pratica commerciale potrà essere vietato se contrario alla diligenza professionale e falso o idoneo a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio che raggiunge, indipendentemente dall'utilizzo di tecniche subliminali o volutamente manipolative o ingannevoli e che pregiudicano in modo considerevole la capacità di una persona o di un gruppo di persone di prendere una decisione informata, anche a prescindere dall'aver causato un danno significativo.

L'*Artificial Intelligence Act*, dunque, non vieta tutto ciò che, anche dal diritto dell'UE, è considerabile scorretto o tale da avere lo scopo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento di una persona o di un gruppo di persone. Potremmo dire, piuttosto, che quando c'è in gioco l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale, la politica è di vietare il minimo indispensabile. La necessità di non arrestare lo sviluppo e l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale è tale da vietare l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso dei sistemi di IA non in tutti i casi nei quali tali sistemi siano idonei a falsare o falsino in misura apprezzabile il comportamento economico degli utenti<sup>52</sup>.

Ulteriore dato interessante, anche alla luce della disciplina prevista dall'*Artificial Intelligence Act*, è che tra i *cluster* più ambiti da quanti mirano a influenzare i comportamenti, c'è la vulnerabilità<sup>53</sup>. Le persone vulnerabili, per evidenti motivi, sono quelle più esposte a condizionamenti negativi<sup>54</sup> e i processi decisionali automatizzati non fanno altro che elevare questa possibilità. Da qui la neces-

---

polative e di sfruttamento di cui all'*Artificial Intelligence Act* non dovrebbero pregiudicare le pratiche lecite nel contesto di trattamenti medici, quali il trattamento psicologico di una malattia mentale o la riabilitazione fisica, quando tali pratiche sono svolte conformemente alle leggi e alle norme applicabili in ambito medico. Inoltre, le pratiche commerciali comuni e legittime, ad esempio nel settore della pubblicità, che sono conformi alla normativa applicabile, non dovrebbero essere considerate di per sé come pratiche di IA manipolative o dannose.

<sup>52</sup> S. Tommasi, *The Risk of Discrimination in the Digital Market: From the Digital Services Act to the Future*, Cham, 2023, 101 ss.

<sup>53</sup> In particolare, sul rapporto tra minori e *social network*, si veda la *Relazione annuale 2020 del Garante per la protezione dei dati personali. Tecnica, Protezione dei Dati e Nuove Vulnerabilità*, in <https://www.garanteprivacy.it>. Su questi aspetti si rimanda a E. Battelli, *Il trattamento dei dati nel prisma della tutela della persona minore di età*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2022, 267 ss.; A. Batuecas Caletrio, *Nuove tecnologie e protezione del minore nel diritto privato spagnolo*, in *Europa dir. priv.*, 2020, 1247.

<sup>54</sup> Si vedano P. Corrias (a cura di), *I soggetti vulnerabili nella disciplina comune e nei mercati regolamentati*, Napoli, 2022; L. Gatt, I.A. Caggiano, *Consumers and digital environments as a structural vulnerability relationship*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2023, 9. Ivi si afferma un nuovo concetto di vulnerabilità, non legato a *deficit* fisiologici-cognitivi degli esseri umani, ma alla loro stessa condizione di esseri umani che operano in un ambiente digitale. Sulla vulnerabilità della persona esposta al potere decisionale dei sistemi di intelligenza artificiale cfr. R. Messinetti, *La tutela della persona umana versus l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata*, in *Contr. impr.*, 2019, 890 ss.

sità di incisivi strumenti di tutela<sup>55</sup>. Anche su questi aspetti interviene l'*Artificial Intelligence Act*, vietando le pratiche di intelligenza artificiale che si sostanziano nell'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'utilizzo di un sistema di IA che sfrutti una qualsiasi vulnerabilità di una persona o di un gruppo specifico di persone «a causa della loro età, disabilità o a causa di una specifica situazione sociale o economica, con l'obiettivo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento di quella persona o di una persona appartenente a tale gruppo, in un modo che provochi o è ragionevolmente probabile che causi a quella persona o a un'altra persona un danno significativo»<sup>56</sup>.

I divieti posti dall'*Artificial Intelligence Act*, e tali da poter costituire una forma di tutela anche da pratiche di *neuromarketing*, non si limitano a quelli evidenziati. Il *neuromarketing* può avvalersi, infatti, di sistemi di IA finalizzati all'identificazione o all'inferenza di emozioni o intenzioni di persone fisiche sulla base dei loro dati biometrici, o di sistemi di categorizzazione biometrica, intesi come sistemi di IA che utilizzano i dati biometrici di persone fisiche al fine di assegnarle a categorie specifiche<sup>57</sup>. L'art. 5 dell'*Artificial Intelligence Act* specifica che è vietata l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di sistemi di categorizzazione biometrica che classificano individualmente le persone fisiche sulla base dei loro dati biometrici per trarre deduzioni o inferenze in merito a razza, opinioni politiche, appartenenza sindacale, convinzioni religiose o filosofiche, vita sessuale o orientamento sessuale. Più nello specifico, deve rilevarsi che i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per la categorizzazione biometrica, in base ad attributi o caratteristiche sensibili protetti ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679, così come i sistemi di riconoscimento delle emozioni, sono vietati oppure, qualora espressamente consentiti dal legislatore, devono essere classificati ad alto rischio<sup>58</sup>. Nell'allegato III dell'*Artificial Intelligence Act*, infatti, tra i settori elencati tra quelli ad alto rischio a norma dell'articolo 6, para-

---

<sup>55</sup> Cfr. P. Femia, *Discriminazione (divieto di)*, in *Enc. dir., I tematici*, I, Milano, 2021, 499 ss.; G. Carapezza Figlia, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1405 ss.

<sup>56</sup> Art. 5, lett. b) dell'*Artificial Intelligence Act*. Cfr. S. Orlando, *A proposito dei deceptive design (già dark) patterns*, cit., 97.

<sup>57</sup> Cfr. T. Sica, *Dati biometrici, tutela del singolo e opportunità di mercato*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2022, 965; B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BiolaW Journal*, 2021, 415; F. Di Matteo, *La riservatezza dei dati biometrici nello spazio europeo dei diritti fondamentali: sui limiti all'utilizzo delle tecnologie di riconoscimento facciale*, in *Freedom, security & justice*, 2023, 74 ss.

<sup>58</sup> Cfr. il Considerando 54) dell'*Artificial intelligence Act*.

grafo 2, sono inclusi i sistemi biometrici<sup>59</sup> e, tra essi, si fa esplicito riferimento ai sistemi di IA destinati ad essere utilizzati per il riconoscimento delle emozioni<sup>60</sup>.

I sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio sono quelli che pongono i problemi più delicati, in quanto non sono vietati, operando il divieto in presenza di rischi inaccettabili, ma al tempo stesso si prestano ad essere associati al rischio significativo di danno alla salute, alla sicurezza o ai diritti fondamentali delle persone fisiche<sup>61</sup>.

Il *neuromarketing* può attuarsi sia avvalendosi di un sistema di riconoscimento delle emozioni vietato, sia di un sistema di riconoscimento delle emozioni che, se non è vietato dalla legge, può consistere in un sistema di IA ad alto rischio; come tale, soggetto al combinato disposto degli articoli 6 e 7 dell'*Artificial Intelligence Act* e, dunque, implicato negli interrogativi cui dette disposizioni danno luogo anche in relazione alla tutela dei diritti fondamentali. Il riferimento è, in particolare, alla circostanza che per l'*Artificial Intelligence Act* è accettabile, e dunque non vietata, l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di sistemi di IA che presentino un rischio significativo di danno alla salute, alla sicurezza o ai diritti fondamentali delle persone fisiche. Inoltre, i sistemi di IA che comportino un rischio di danno o di impatto negativo sulla salute, sulla sicurezza o sui diritti

<sup>59</sup> Non c'è una sorta di automatismo tra l'inserimento nell'elenco dell'allegato III e la qualifica di sistema di IA ad alto rischio, perché c'è la possibilità che un sistema, pur in elenco, non sia considerato ad alto rischio se non presenta un rischio significativo di danno alla salute, alla sicurezza o ai diritti fondamentali delle persone fisiche, anche perché non influenza materialmente il risultato del processo decisionale. La possibilità che un sistema, pur in elenco, non sia considerato ad alto rischio se non presenta un rischio significativo di danno alla salute, alla sicurezza o ai diritti fondamentali delle persone fisiche, anche perché non influenza materialmente il risultato del processo decisionale, si verifica se sono soddisfatti uno o più dei seguenti criteri: (a) il sistema di IA è destinato a svolgere un compito procedurale limitato; (b) il sistema di IA è destinato a migliorare il risultato di un'attività umana precedentemente completata; c) il sistema di IA è destinato a rilevare modelli decisionali o deviazioni da modelli decisionali precedenti e non è destinato a sostituire o influenzare la valutazione umana precedentemente completata, senza un'adeguata revisione umana; oppure (d) il sistema di intelligenza artificiale è destinato a svolgere un compito preparatorio a una valutazione rilevante ai fini dei casi d'uso elencati nell'allegato III.

<sup>60</sup> Emergono preoccupazioni circa le basi scientifiche dei sistemi di IA che mirano a identificare le emozioni; operazione complicata, soprattutto perché l'espressione delle emozioni varia a seconda delle diverse culture, delle differenti situazioni o gruppi che vedono partecipe il singolo individuo. Non è, dunque, da trascurare il pericolo legato alla mancanza di specificità e alla eccessiva generalizzazione operata dagli algoritmi, fonte di possibili risultati discriminatori e trattamenti svantaggiosi o sfavorevoli per alcune persone o interi gruppi, specialmente in contesti caratterizzati da squilibrio di potere Cfr. il Considerando 44) dell'*Artificial intelligence Act*.

<sup>61</sup> Il comma 3 all'articolo 6 dell'*Artificial Intelligence Act* prevede che i sistemi di intelligenza artificiale possano non considerarsi ad alto rischio, in deroga anche a quanto previsto dall'art. 6, comma 2, se non presentano «un rischio significativo di danno per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali delle persone fisiche, anche nel senso di non influenzare materialmente il risultato del processo decisionale». Ai sensi dell'art. 7 dell'*Artificial Intelligence Act* è conferito alla Commissione il potere di adottare atti delegati conformemente all'articolo 97 per modificare l'allegato III, aggiungendo o modificando i casi d'uso dei sistemi di IA ad alto rischio se – oltre a trattarsi di sistemi di IA destinati ad essere utilizzati in uno dei settori elencati ai punti da 1 a 8 dell'Allegato III – i sistemi di IA presentano un rischio di danno alla salute e alla sicurezza o un impatto negativo sui diritti fondamentali e tale rischio è equivalente o superiore al rischio di danno o di impatto negativo rappresentato dai sistemi di IA ad alto rischio menzionati nell'Allegato III.

fondamentali delle persone fisiche possono, in alcuni casi, non rientrare tra quelli soggetti all'applicazione degli obblighi previsti dall'*Artificial Intelligence Act* per i sistemi ad alto rischio. Il dato è solo in parte bilanciato, per quello che interessa in questa sede, dalla circostanza che può ritenersi esistente una sorta di presunzione di "alta rischiosità" dei sistemi che eseguono la profilazione di persone fisiche; di guisa che, anche i sistemi di *neuromarketing* che utilizzino sistemi di profilazione debbano considerarsi ad alto rischio. L'art. 6, comma 3 (d) dell'*Artificial Intelligence Act* prevede, infatti, che un sistema di IA, di cui all'allegato III, è sempre considerato ad alto rischio qualora effettui profilazione di persone fisiche.

L'alto rischio della profilazione è giustificabile in considerazione del fatto che la stessa è solitamente funzionale alla costruzione di modelli e sono proprio i modelli la premessa sia per discriminare tutto ciò che al modello non è riferibile, sia per trarre da quei modelli indicazioni preziose per incidere su vulnerabilità o capacità decisionali delle persone.

*Sara Tommasi - Abstract*

Neuromarketing *discriminatorio e mercato digitale: il ruolo del Digital Services Act e dell'Artificial Intelligence Act*

Il saggio si occupa delle risposte che il *Digital Services Act* e l'*Artificial Intelligence Act* possono dare alle istanze di tutela da pratiche di *neuromarketing* nel mercato digitale, con particolare attenzione al rischio di discriminazione.

*Discriminatory neuromarketing and digital market: the role of the Digital Services Act and of the Artificial Intelligence Act*

The essay examines the contributions that the Digital Services Act and the Artificial Intelligence Act can give to the protection from neuromarketing practices in the digital marketplace, with a focus on the risk of discrimination.



## La pendenza di un procedimento penale quale causa di esclusione dell'operatore dalla gara per grave illecito professionale tra “vecchio” e “nuovo” Codice dei contratti pubblici

Scilla Vernile

SOMMARIO: 1. Introduzione: la garanzia dell'affidabilità del contraente tramite la disciplina delle cause di esclusione dalla gara. Delimitazione dell'indagine alla fattispecie di esclusione non automatica per grave illecito professionale a causa della pendenza di un procedimento penale. – 2. La pendenza di un procedimento penale quale causa di esclusione dalla gara tra valutazioni discrezionali della stazione appaltante e sindacato giurisdizionale nella vigenza del d.lgs. 50/2016. – 3. Le frizioni con il principio di non colpevolezza e con il *favor participationis*. – 4. La pendenza di un procedimento penale quale grave illecito professionale nella disciplina dettata dal d.lgs. 36/2023. – 5. L'onere motivazionale della stazione appaltante e gli obblighi dichiarativi dei concorrenti. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione: la garanzia dell'affidabilità del contraente tramite la disciplina delle cause di esclusione dalla gara. Delimitazione dell'indagine alla fattispecie di esclusione non automatica per grave illecito professionale a causa della pendenza di un procedimento penale*

Il “nuovo” Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in continuità con la disciplina previgente, ma con le significative novità di cui si dirà, contiene specifiche disposizioni volte a evitare che i contratti pubblici siano conclusi con operatori inaffidabili. Il riferimento va, con tutta evidenza, alla disciplina delle cause di esclusione dalla gara<sup>1</sup>: le disposizioni in materia, infatti, sono

---

<sup>1</sup> Per una ricostruzione dell'evoluzione della disciplina in materia, N. Berti, *Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione*, in R. Ursi (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2024, 253. Sulla disciplina dettata dal d.lgs. 50/2016, cfr. F.F. Guzzi, *L'esclusione dell'o-*

costruite *a contrario*: anziché prevedere i requisiti di affidabilità necessari (il che sarebbe stato evidentemente più complesso), individuano le circostanze in presenza delle quali l'operatore economico che abbia presentato un'offerta o comunque manifestato il suo interesse a partecipare alla procedura a evidenza pubblica deve essere escluso perché è a rischio la sua integrità<sup>2</sup>.

Il tema intercetta i principi cardine della disciplina dei contratti, sia più tradizionali che più "innovativi". La correlazione – immediata – tra il principio di concorrenza, specialmente nella declinazione del *favor participationis*<sup>3</sup>, e la prevedibilità delle cause di esclusione è ben evidenziata dall'art. 10 del Codice, significativamente rubricato "Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione". Per un verso, la tutela dell'interesse pubblico a che il contratto sia affidato a un operatore valido non soltanto perché tecnicamente capace e finanziariamente stabile, ma anche perché non si è trovato in situazioni idonee a comprometterne l'affidabilità, intesa come fiducia nella correttezza dell'operato di quel soggetto economico, giustifica l'attribuzione alla stazione appaltante del potere di escludere dalla procedura di gara gli operatori con i quali non sia possibile instaurare un rapporto fiduciario<sup>4</sup>. Per altro verso, incidendo su libertà economiche, le cause di esclusione devono essere disciplinate in maniera chiara e precisa e interpretate restrittivamente.

Di conseguenza, per tutelare l'affidamento della parte pubblica, la legge di gara deve recepire le cause di esclusione disciplinate dal Codice, pena l'eterointegrazione dei bandi e delle lettere di invito, ai sensi dell'art. 10, comma 2. Al contempo, l'esigenza che gli operatori economici interessati siano al corrente delle "regole del gioco" impone una tipizzazione preventiva delle cause di esclusione, di talché eventuali ulteriori fattispecie introdotte con la legge di gara sono nulle e si considerano non apposte<sup>5</sup>.

---

*operatore economico dalla gara ex art. 80, comma 5, lett. c), c-bis) c-ter) del Codice degli appalti pubblici: brevi riflessioni critiche*, in *AmbienteDiritto.it*, 2022, 4; G. Pesce, *L'ammissione alle procedure*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, 634; A.G. Pietrosanti, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 4, 209.

<sup>2</sup> Per B. Tonoletti, *Commento all'art. 10*, in R. Villata, M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Pisa, 2020, 50, le cause di esclusione rappresentano, appunto, «il rovescio dei requisiti di partecipazione, la sanzione per la loro mancanza».

<sup>3</sup> Si ricordi che l'art. 3 del Codice sancisce il principio dell'accesso al mercato degli operatori economici che deve essere favorito dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti, nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione e trasparenza, di proporzionalità. Cfr. P. Chirulli, *Commento all'art. 3*, in R. Villata, M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 13.

<sup>4</sup> Si v. il *considerando* 101 della direttiva 2014/24/UE, ai sensi del quale «È opportuno chiarire che una grave violazione dei doveri professionali può mettere in discussione l'integrità di un operatore economico e dunque rendere quest'ultimo inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto».

<sup>5</sup> Per M. Calabrò, A.G. Pietrosanti, *I principi di massima partecipazione e di tassatività delle cause di esclusione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Ambienteditto.it*, 2023, 2, dunque, «la tassatività – nei confronti

Sennonché, l'effettiva conoscenza da parte degli operatori economici delle vicende che potrebbero determinare la loro esclusione dalla procedura non è così ovvia, almeno per due ordini di ragioni. La prima è che le stazioni appaltanti non possono prevedere nuove cause di esclusione, ma ben possono introdurre, nella *lex specialis*, condizioni minime, ancorché proporzionate e collegate all'oggetto del contratto, la cui inosservanza determina l'esclusione dalla gara<sup>6</sup>. La seconda ragione è che il Codice, replicando in ciò la soluzione legislativa previgente, che distingueva le cause di esclusione tra obbligatorie e facoltative, disciplina sia i casi di esclusione automatica (art. 94<sup>7</sup>) sia le fattispecie di esclusione non automatica (art. 95<sup>8</sup>), rimettendo, nella seconda ipotesi, alla stazione appaltante la valutazione circa la necessità, nel caso specifico, di estromettere l'operatore dalla procedura a evidenza pubblica<sup>9</sup>.

Ed è sull'esclusione non automatica che, allora, occorre indugiare, specialmente al fine di esaminare come il nuovo Codice abbia dato attuazione al criterio direttivo indicato alla lett. *n*) dell'art. 1 della l. delega 21 giugno 2022, n. 78, volto a promuovere una «razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe». Come noto, infatti, nella vigenza del d.lgs. 50/2016, si è sviluppato un importante contenzioso proprio sulle cause di esclusione «facoltative» e, in particolare, sull'ipotesi di grave illecito professionale a causa della indeterminatezza della fattispecie<sup>10</sup>, nonostante il tentativo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) di fornire, attraverso

---

delle cause di esclusione – può assumere un ruolo che allo stesso tempo può essere ampliativo (laddove le integra in caso di difetto) e/o contenitivo (laddove le sterilizza per eccesso).

<sup>6</sup> Ai sensi dell'art. 10, comma 3, «fermi i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese».

<sup>7</sup> L'articolo ricalca le cause di esclusione «obbligatoria» di cui all'art. 80, comma 1, del superato d.lgs. 50/2016.

<sup>8</sup> All'interno del quale sono individuate le situazioni riconducibili, seppure con le novità che si diranno, alle previgenti cause di esclusione «facoltativa» di cui all'art. 80, comma 5, del precedente Codice. Sul nuovo regime delle esclusioni non automatiche, F.F. Guzzi, *Il regime delle esclusioni non automatiche alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *AmbienteDiritto.it*, 2023, 2.

<sup>9</sup> Per N. Berti, *Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione*, cit., 273, «Non vi è, infatti, contraddizione logico-giuridica (ma semmai l'esigenza di un tendenziale coordinamento funzionale) fra il regime di tassatività delle fattispecie e la precisione-determinatezza-vincolatezza di queste ultime: nel primo caso, infatti, la discrezionalità (che viene esclusa) appartiene al momento normativo, nel secondo caso (dove talora essa permane) a quello applicativo».

<sup>10</sup> Sul grave illecito professionale quale «tipico concetto giuridico c.d. indeterminato», *ex multis*, Tar Puglia, Lecce, sez. III, 25 gennaio 2024, n. 102; Tar Lazio, Latina, sez. I, 22 gennaio 2024, n. 64; Roma, sez. I-quater, 9 luglio 2024, n. 13882; sez. I, 28 marzo 2022, n. 3437; Tar Piemonte, Torino, sez. II, 14 marzo 2022, n. 210; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 11 giugno 2019, n. 1140; Cons. Stato, sez. III, 23 novembre 2017, n. 5467.

proprie linee guida<sup>11</sup>, coordinate più precise. Obiettivo non pienamente centrato pure per il carattere non vincolante di tali linee guida, volte, perlopiù, a fornire elementi per favorire una maggiore omogeneità di valutazione da parte delle stazioni appaltanti, nonché buone prassi.

Il legislatore delegante, dunque, ha demandato al legislatore delegato di intervenire soprattutto sull'individuazione delle fattispecie idonee a configurare l'illecito professionale di cui all'art. 57, par. 4, della dir. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014. Un amplissimo contenzioso, infatti, si è generato proprio con riguardo al concetto di "grave illecito professionale", nel previgente d.lgs. 50/2016 recepito dall'art. 80, comma 5, lett. c), ai sensi del quale la stazione appaltante avrebbe potuto escludere un operatore dalla gara qualora «la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità».

Molteplici situazioni, infatti, sono state ritenute idonee a configurare il grave illecito professionale, tanto più che l'elencazione contenuta nel richiamato art. 80, comma 5, lett. c), è stata costantemente qualificata dalla giurisprudenza amministrativa come meramente esemplificativa<sup>12</sup>, con il conseguente riconoscimento di un'amplia discrezionalità in capo alla stazione appaltante<sup>13</sup>. Lo scopo di tale elenco, invero, sarebbe stato esclusivamente di agevolare l'amministrazione nella dimostrazione – con mezzi adeguati – dell'illecito professionale idoneo a determinare l'esclusione dalla gara. Analogamente, come anticipato, le richiamate linee guida ANAC, pure fornendo alcuni chiarimenti in proposito, non si sono rivelate capaci di superare i dubbi applicativi e ad assolvere alla funzione deflattiva del contenzioso auspicata.

<sup>11</sup> Il riferimento va, in particolare, alle Linee guida n. 6, recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significativi per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'articolo 80, comma 5, lettere c), c-bis), c-ter) e c-quater) del codice dei contratti pubblici», approvate con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016 e aggiornate al decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito con legge 29 luglio 2021, n. 108, con delibera n. 1008 dell'11 ottobre 2017. Cfr. A. Amore, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, in *Urb. e app.*, 6, 2017, 763; L. Mazzeo, L. De Pauli, *Le Linee Guida dell'ANAC in tema di gravi illeciti professionali*, ivi, 2018, 2, 155.

<sup>12</sup> *Ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 18 giugno 2024, n. 5450; sez. III, 8 agosto 2022, n. 6997; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 25 febbraio 2021, n. 1271; Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2021, n. 1271; sez. IV, 24 marzo 2021, n. 2495; sez. III, 2 aprile 2020, n. 2245; Tar Sicilia, Catania, sez. III, 18 giugno 2020, n. 1438; Tar Lazio, Roma sez. III, 14 agosto 2019, n. 10533; Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2018, n. 2639; 15 marzo 2018, n. 1299. Cfr. G. Fidone, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'affidabilità e l'integrità dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, in *Dir. amm.*, 2022, 3, 779.

<sup>13</sup> Critico nei confronti della ricostruzione della valutazione della stazione appaltante in termini di discrezionalità, J. Vavalli, *Concetti giuridici indeterminati, discrezionalità dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale nell'esclusione dalle gare di appalto per gravi illeciti professionali*, in *Nuove autonomie*, 2020, 3, 777, per il quale si pone, invece, una questione di interpretazione in virtù dell'indeterminatezza della norma.

In tale contesto si è inserito il “nuovo” Codice, che introduce il grave illecito professionale tra le cause di esclusione non automatica, in particolare all’art. 95, comma 1, lett. e), ai sensi del quale la stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti «che l’offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati». Senonché, al fine di valutare l’efficacia dell’intervento del legislatore del 2023 rispetto all’obiettivo di assicurare maggiore chiarezza e prevedibilità delle cause di esclusione, tramite una razionalizzazione e semplificazione delle stesse, occorre richiamare un’ulteriore disposizione, quella contenuta nell’art. 98, dedicato proprio ai gravi illeciti professionali, che, in maniera innovativa<sup>14</sup>, perimetra tassativamente le fattispecie rilevanti e i mezzi adeguati a dimostrarne la sussistenza<sup>15</sup>.

Tuttavia, prima di soffermarsi sull’esame di tali previsioni, così da verificare l’impatto della nuova disciplina sulle difficoltà interpretative sorte nel previgente regime giuridico, è d’uopo delimitare ulteriormente l’ambito di indagine. La vastità del tema non consentirebbe, infatti, di fornire una lettura approfondita se non soffermandosi su un’ipotesi specifica di esclusione dell’operatore dalla gara per grave illecito professionale, ossia la pendenza di un procedimento penale.

## 2. *La pendenza di un procedimento penale quale causa di esclusione dalla gara tra valutazioni discrezionali della stazione appaltante e sindacato giurisdizionale nella vigenza del d.lgs. 50/2016*

In assenza di una tipizzazione delle ipotesi riconducibili al concetto di illecito professionale grave, vigente il d.lgs. 50/2016, le stazioni appaltanti hanno esercitato in maniera estensiva il loro potere di escludere dalla gara l’operatore di cui fosse dubbia l’affidabilità, ritenendo integrata la fattispecie anche in pendenza di

---

<sup>14</sup> B. Tonoletti, *Commento all’art. 98*, in R. Villata, M. Ramajoli, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, cit., 493, sottolinea come il grave illecito professionale sia la figura su cui si registrano le innovazioni più significative rispetto alla disciplina previgente. Del resto, la necessità di un intervento normativo a causa della indeterminatezza e lacunosità della disciplina contenuta nel d.lgs. 50/2016 è stata più volte messa in luce: cfr. A.G. Pietrosanti, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall’art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016*, cit.; con particolare riguardo alle conseguenze della indeterminatezza della disciplina sull’onere dichiarativo gravante sull’operatore, M. Ceruti, *Ancora sul perimetro degli oneri dichiarativi del concorrente negli affidamenti pubblici*, in *Giur. it.*, 2021, 11, 2433.

<sup>15</sup> La lett. e) dell’art. 95, comma 1, si conclude, infatti, chiarendo che «All’articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi». Sul punto, cfr. anche ANAC, parere 10 aprile 2024, n. 21, in cui si chiarisce che «Il nuovo Codice procede quindi ad una tipizzazione dei mezzi di prova utili per la valutazione dell’illecito professionale grave, superando in tal modo la previgente impostazione dell’art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016 che consentiva di valutare ogni condotta la cui gravità era idonea ad incidere sulla affidabilità e sull’integrità della impresa concorrente».

un procedimento penale, ben prima, dunque, di una sua eventuale conclusione in termini di condanna, ancorché non definitiva<sup>16</sup>, non richiedendosi nemmeno l'applicazione di misure penali o un rinvio a giudizio per potere ritenere i fatti contestati sufficienti a incidere sull'integrità dell'operatore economico. Invero, il grave illecito professionale è stato considerato sussistente finanche, come meglio si dirà, prima ancora dell'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, per la mera attivazione di indagini nei confronti dell'operatore economico.

Del resto, le previgenti disposizioni accordavano alle stazioni appaltanti un ampio potere valutativo, ancorché bilanciato da un onere motivazionale specifico<sup>17</sup>, viepiù rilevante ove l'amministrazione si fosse determinata nel senso dell'esclusione<sup>18</sup> ovvero allorché fosse stato un altro concorrente a mettere in discussione la corretta ammissione dell'operatore economico, chiedendo all'amministrazione una valutazione in proposito<sup>19</sup>.

Di conseguenza, in vigenza del d.lgs. 50/2016, il controllo giurisprudenziale ha svolto un ruolo essenziale per verificare l'eshaustività e la logicità della motivazione alla base del provvedimento di esclusione<sup>20</sup>, sebbene arrendendosi sempre a un sindacato estrinseco, data la natura tecnico-discrezionale della valutazione riservata all'amministrazione<sup>21</sup>, confermata nel nuovo Codice, come ben chiarisce la Relazione di accompagnamento, in cui si legge che «il “potere” demandato alla stazione appaltante non riposa in una volizione, ma in un margine di apprezzamento della situazione concreta riconducibile al concetto di discrezionalità tecnica: apprezzata la sussistenza del presupposto enucleato nella disposizione di legge, la scelta espulsiva diviene necessitata».

<sup>16</sup> Sulle valutazioni prognostiche richieste alla stazione appaltante, che anticipano gli accertamenti dell'autorità giudiziaria, D. Capotorto, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni amministrative in tema di integrità morale degli operatori economici per illeciti in corso di accertamento: la tripartizione dei poteri in “corto circuito” tra discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 3, 568.

<sup>17</sup> Tar Emilia-Romagna, Parma, 6 giugno 2023, n. 197.

<sup>18</sup> Tar Lazio, Roma, sez. III, 19 settembre 2022, n. 5940.

<sup>19</sup> Ancora Tar Emilia-Romagna, n. 197/2023.

<sup>20</sup> Sull'importante ruolo della giurisprudenza per tracciare i confini del grave illecito professionale, F. Manganaro, M. Germanò, *Nuove disposizioni normative sulle cause di esclusione da una procedura di appalto pubblico*, in *Urb. e app.*, 3, 2019, 301.

<sup>21</sup> Per D. Capotorto, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni amministrative in tema di integrità morale degli operatori economici per illeciti in corso di accertamento*, cit., sia che la valutazione della stazione appaltante venga ricondotta alla discrezionalità amministrativa pura che a quella tecnica, il controllo del giudice è «circoscritto alla non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto indicati nel provvedimento e della ragionevolezza della motivazione, secondo il modello dell'eccesso di potere», ragion per cui l'A. auspica, oltre a una puntuale tipizzazione delle situazioni suscettibili di integrare la nozione di grave illecito professionale (lo scritto è precedente al d.lgs. 36/2023), «la ridefinizione dei confini del sindacato esercitabile dal giudice sui provvedimenti amministrativi, che faccia da contrappeso all'ampia discrezionalità riconosciuta alle amministrazioni in sede di valutazione degli illeciti».

La giurisprudenza, dal canto suo, ha avallato l'interpretazione estensiva fatta propria dalle stazioni appaltanti. Secondo i giudici amministrativi, infatti, alla luce della disciplina dettata dal d.lgs. 50/2016, affinché si configurasse un grave illecito professionale, non sarebbero stati necessari l'applicazione di misure penali o un rinvio a giudizio, reputando già la pendenza del procedimento sufficiente, di per sé, a compromettere l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico.

Come anticipato, addirittura la mera pendenza di indagini penali è stata, talvolta, ritenuta idonea a fondare la decisione della stazione appaltante di escludere l'operatore interessato ove i fatti fossero di consistenza tale da fare venire meno l'affidabilità del concorrente per la gravità degli illeciti contestati<sup>22</sup>. Sebbene, come osservato da parte della giurisprudenza, la valutazione rimessa all'amministrazione, già "delicata" in caso di condanne non definitive o comunque a seguito quantomeno dell'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, sarebbe ancora più complessa in fase di indagini preliminari, rispetto alle quali non solo opera la presunzione di innocenza del soggetto interessato, aspetto su cui si tornerà, ma, rispetto ai terzi, opera, altresì, il segreto istruttorio, sicché la stazione appaltante difficilmente potrebbe disporre di quegli argomenti e riscontri necessari per giustificare la sua decisione<sup>23</sup>.

Ad ogni modo, il fatto che nelle linee guida ANAC non si facesse riferimento alle mere indagini o alle misure cautelari è stato interpretato come non comportante l'adeguatezza esclusiva, quale prova dell'illecito, di una condanna sia pure non definitiva<sup>24</sup>. Del resto, secondo la giurisprudenza amministrativa, l'esclusione dell'operatore per grave illecito professionale «non presuppone la configurabilità di un reato, né l'accertamento definitivo di una condotta (essendo sufficiente la dimostrazione "con mezzi adeguati" in sede evidenziale), né un grado di certezza nella valutazione (essendo necessario, ma anche sufficiente che la stazione appaltante "dubiti" dell'affidabilità dell'impresa)»<sup>25</sup>.

Specularmente, è stato chiarito come il rinvio a giudizio non comportasse necessariamente l'esclusione dalla gara, essendo necessario un apprezzamento autonomo da parte della stazione appaltante circa l'idoneità dei fatti – alla base del provvedimento di rinvio – a impedire l'instaurazione di un rapporto fiduciario. In altri termini, la giurisprudenza amministrativa ha escluso la coincidenza tra la rilevanza dei fatti a fini penali e la loro incidenza sulla moralità e integrità richieste all'imprenditore che stipula contratti con le pubbliche amministrazioni<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Ancora Tar Emilia-Romagna, n. 197/2023.

<sup>23</sup> Tar Piemonte, Torino, 16 ottobre 2020, n. 590.

<sup>24</sup> Cons. Stato, sez. III, 11 gennaio 2022, n. 198.

<sup>25</sup> Tar Campania, Salerno, sez. I, 19 marzo 2024, n. 672.

<sup>26</sup> Come chiarisce Cons. Stato, sez. V, 18 giugno 2024, n. 5450, «occorre considerare che l'ipotesi escludente di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 postula un duplice apprezzamento, che inve-

E invero, la valutazione dei fatti da parte della stazione appaltante era ed è, anche alla luce della nuova disciplina, estesa all'intero contesto, all'intero *curriculum* dell'operatore<sup>27</sup>: i fatti contestati devono essere tali da determinare, nel caso specifico, una perdita di credibilità dell'operatore, ad esempio per la reiterazione della condotta o per la particolare gravità.

Se così è, l'eventuale occasionalità della condotta o la peculiare lieve gravità della stessa giustificano la mancata esclusione dell'operatore dalla gara. Ciò trova conferma nella disciplina del *self-cleaning*<sup>28</sup> (riposta dal nuovo Codice all'art. 96<sup>29</sup>: v. *infra*), posto che altrimenti perderebbe di senso il riconoscimento all'operatore economico della possibilità di "sanare" le conseguenze di una condotta precedente attraverso l'adozione di misure sottoposte al vaglio della stazione appaltante<sup>30</sup> affinché valuti se, attraverso quelle misure, sia riuscito a "recuperare" la sua integrità, ossia a risarcire qualunque danno provocato dall'illecito o comunque a dotarsi di soluzioni tecniche e organizzative tali da prevenirne l'ulteriore commissione<sup>31</sup>. È chiaro allora che diviene essenziale il rispetto del principio di proporzionalità<sup>32</sup>, a presidio del corretto esercizio del potere discrezionale,

---

ste, da un lato, la qualificazione come "grave illecito professionale" delle condotte tenute dall'operatore economico nel pregresso svolgimento della sua attività professionale, dall'altro la relativa attitudine ad incidere sulla integrità e affidabilità dell'impresa medesima rispetto al contratto per il quale è stata indetta la gara».

<sup>27</sup> G. Fidone, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'affidabilità e l'integrità dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, cit.

<sup>28</sup> Ulteriore espressione del principio della fiducia: cfr. G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 3, 287.

<sup>29</sup> Sulle novità apportate dal Codice del 2023 alla disciplina del *self-cleaning*, T. Tornielli, *Commento all'art. 96*, in R. Villata, M. Ramajoli, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 484.

<sup>30</sup> Anche in tal caso, infatti, la valutazione circa l'idoneità di tali misure a "recuperare" l'integrità dell'operatore economico è rimessa alla stazione appaltante. Sul punto, si v. P. Cerbo, *Le valutazioni riservate dell'amministrazione sull'affidabilità del concorrente negli appalti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2020, 3, 739.

<sup>31</sup> Tar Campania, Napoli, sez. V, 14 marzo 2024, n. 1733, «dal descritto quadro normativo si desume che l'eventuale esclusione, in presenza di cause "non automatiche" ex art. 95, nei confronti di un operatore che – come nel caso in esame – abbia puntualmente indicato le vicende ostative ed indicato le misure di *self-cleaning* ex art. 96, avrebbe dovuto essere preceduta da motivata valutazione: in prima battuta, l'amministrazione avrebbe dovuto vagliare "in astratto" l'attitudine dei fatti storici e delle imputazioni come potenziali elementi di rottura del rapporto fiduciario, verificando in concreto che i procedimenti pendenti incidano in senso negativo, alla stregua di un giudizio prognostico, anche in merito alla procedura di gara in questione, a tal fine valutando ogni circostanza del caso (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4669/2023; T.A.R. Piemonte n. 932/2023), inoltre avrebbe dovuto valutare le predette misure *self-cleaning*, con specifico riferimento alla tempestività della loro assunzione e la loro sufficienza a ristabilire la fiducia (art. 96, comma 6)».

<sup>32</sup> Con riferimento alla disciplina previgente, cfr. ANAC, parere 20 luglio 2023, n. 35. In generale, sul principio di proporzionalità, D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; Id., *Il principio di proporzionalità*, in M. Renna, F. Saitta, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 389; A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; Id., *Proporzionalità*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 4643; S. Vilamena, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008; S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; V. Fanti, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012.



particolarmente ampio rispetto alla fattispecie considerata, nel regime giuridico previgente, ma comunque mantenuto nell'attuale.

### 3. *Le frizioni con il principio di non colpevolezza e con il favor participationis*

Il riconoscimento in capo alla stazione appaltante di un potere valutativo così esteso non ha potuto che entrare in frizione con altre esigenze, tra cui, almeno, quella di chiarezza e certezza delle regole di partecipazione alla gara. Esigenza di prevedibilità che si accentua ulteriormente se, anche sulla scia della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ancorché formatasi sulle sanzioni amministrative<sup>33</sup>, si prospetta la tesi della natura sostanzialmente penale delle cause di esclusione per la rilevante portata afflittiva.

E invero, l'interpretazione estensiva fatta propria dalle stazioni appaltanti e avallata dalla giurisprudenza amministrativa è stata fortemente contestata dagli operatori economici appellandosi al principio di non colpevolezza, di cui all'art. 27, comma 2, Cost., ai sensi del quale «L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva», e all'art. 48 della Carta di Nizza, che sancisce che «Ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata».

Senonché, nelle fattispecie considerate in questo scritto, al di là della sanzione penale, che evidentemente presuppone la conclusione del relativo giudizio, ancorché non necessariamente definitiva, si giustifica l'applicazione di una misura preventiva (di diritto amministrativo) – l'esclusione dalla gara – che, pure presentando un carattere afflittivo, appare espressione del cd. “diritto amministrativo della prevenzione”, che giustifica l'“anticipazione” di misure restrittive<sup>34</sup>, in maniera semplificata e immediata, in una fase prodromica rispetto all'eventuale

---

<sup>33</sup> Tra tutte, merita un richiamo la nota sentenza Engel, Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel and Others v. The Netherlands*.

<sup>34</sup> È immediato il riferimento almeno al Codice antimafia e alle conseguenze delle interdittive. Più in generale, le assonanze con le misure antimafia sono molteplici: si tratta di strumenti di natura preventiva e cautelare, che, pur presentando un forte carattere afflittivo, restano estranee alla logica punitiva e alle connesse garanzie: sul punto, D. Capotorto, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni amministrative in tema di integrità morale degli operatori economici per illeciti in corso di accertamento*, cit. Cfr. Cons. Stato, sez. III, 31 marzo 2023, n. 3338, in cui si chiarisce che «Eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa e tendenza di queste ad influenzare la gestione dell'impresa sono all'evidenza tutte nozioni che delineano una fattispecie di pericolo, propria del diritto della prevenzione, finalizzate, appunto, a prevenire un evento che, per la stessa scelta del legislatore, non necessariamente è attuale, o invero, ma anche solo potenziale, purché desumibile da elementi non meramente immaginari o aleatori. Il pericolo – anche quello di infiltrazione mafiosa – è per definizione la probabilità di un evento e, cioè, l'elevata possibilità e non mera possibilità o semplice eventualità che esso si verifichi. Il diritto amministrativo della prevenzione antimafia in questa materia non sanziona perciò fatti, penalmente rilevanti, né reprime condotte illecite, ma mira a scongiurare una minaccia per la sicurezza pubblica, l'infiltrazione mafiosa nell'attività imprenditoriale, e la probabilità che siffatto “evento” si realizzi».

conferma dell'illecito professionale e in assenza di un vero e proprio contraddittorio<sup>35</sup> (fermo restando, come già accennato, che l'operatore potrebbe fornire prova dell'adozione di misure atte a dimostrare la sua affidabilità, il cd. *self-cleaning*).

Ma una valutazione discrezionale così ampia si scontra altresì con la necessità di favorire la massima partecipazione delle imprese a tutela della concorrenza, oltre che ai fini dell'individuazione, da parte della stazione appaltante, del migliore contraente<sup>36</sup>, che presuppone, comunque, quantomeno l'affidabilità. Ration per cui, il Consiglio di Stato, sez. III, con la sentenza 23 novembre 2017, n. 5467, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sull'art. 80, comma 5, lett. c), richiamando l'interpretazione della stessa Corte costituzionale secondo la quale il principio della tutela della concorrenza e della libertà di impresa deve essere valorizzato nel rispetto dei superiori beni costituzionali, con la conseguenza che i principi di libertà non possono confliggere con altri principi come quello di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., che richiedono massima garanzia di serietà nella scelta del soggetto con cui l'amministrazione deve contrattare e di salvaguardia dell'interesse e del denaro pubblico secondo le norme di contabilità pubblica.

A ben guardare, infatti, non riconoscere alla stazione appaltante un potere di tal fatta significherebbe privarla di quelle cautele che ben potrebbe adottare,

---

<sup>35</sup> La stazione appaltante, tuttavia, è tenuta a svolgere una compiuta istruttoria, posto che, non trattandosi di cause di esclusione automatica, occorre che proceda a una valutazione puntuale delle circostanze del caso, in sede di "contraddittorio procedimentale". Così Tar Lazio, sez. Roma, I-ter, 2 ottobre 2024, n. 17067, che chiarisce che «se è vero che la decisione sull'esclusione (o non esclusione) per "deficit di fiducia", sia frutto di una valutazione discrezionale della stazione appaltante, alla quale il legislatore riserva l'individuazione del "punto di rottura dell'affidamento" nel futuro contraente e tale per cui il relativo controllo del giudice amministrativo dev'essere svolto *ab estrinseco* ed è diretto ad accertare il ricorrere di seri indici, ma non è mai sostitutivo (C.G.A.R.S., sez. giur., 24.6.2021 n. 614 che richiama Cass. Civ., sez. un., 17.2.2012 nn. 2312 e 2313), è altrettanto vero che, posto che l'illecito professionale non può essere fonte di esclusione automatica ma soltanto di estromissione disposta a seguito di contraddittorio procedimentale, in tale sede l'impresa accusata di illecito professionale è ammessa a provare di avere adottato (tra l'altro) efficaci misure di *self cleaning*; e tali misure debbono essere valutate, dalla stazione appaltante, non solo per le gare future ma anche per quelle in corso». Tuttavia, secondo Tar Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 29 marzo 2024, n. 6189, occorre però dimostrare che il contraddittorio procedimentale avrebbe inciso sul contenuto del provvedimento: «Per quanto riguarda la dedotta mancanza di attivazione del contraddittorio, ci si riporta al consolidato indirizzo giurisprudenziale, secondo cui spetta al ricorrente, che lamenti l'omessa comunicazione di avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7 della l. n. 241/1990, indicare gli elementi conoscitivi, che avrebbe introdotto in sede procedimentale, in grado di incidere sulla determinazione dell'Amministrazione (cfr. *ex multis* Cons. St., VI, n. 10790/2022). E nel caso di specie tale onere non è stato assolto, non avendo parte ricorrente prodotto alcun concreto elemento suscettibile di influire sul contenuto del provvedimento di esclusione avverso. A tale stregua, le norme sulla partecipazione al procedimento amministrativo non vanno applicate meccanicamente e formalisticamente, non potendosi ignorare la circostanza, comprovata dalle produzioni della stazione appaltante e della controinteressata, che nel caso specifico il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (cfr. T.A.R. Lazio n. 277/2024)».

<sup>36</sup> Sul rapporto tra le due finalità perseguite, M. Calabrò, A.G. Pietrosanti, *I principi di massima partecipazione e di tassatività delle cause di esclusione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit.

invece, un committente privato<sup>37</sup>. Tuttavia, i principi di massima partecipazione alle gare pubbliche impongono comunque una rigorosa interpretazione delle disposizioni capaci, di fatto, di limitare l'accesso alle gare, non potendosi trascurare che nel caso preso in esame della pendenza di un procedimento penale l'illecito non è accertato, ragion per cui occorre quantomeno ricercare seri indizi (gli elementi di prova) a supporto della decisione di esclusione.

Né si può tacere che la giurisprudenza che si è formata in questi anni parrebbe riflettere in parte pure quel generale clima di sfiducia nei confronti degli operatori economici (oltre che sull'operato delle stesse stazioni appaltanti) che la nuova disciplina prova in parte a superare<sup>38</sup>, specialmente attraverso il principio della fiducia, di cui all'art. 2 del Codice. Fiducia che, si chiarisce, deve essere "reciproca" nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici. Previsione cui si affianca quella dell'art. 5, intitolato "Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento"<sup>39</sup>, in base al quale nella procedura di gara le stazioni appaltanti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento: e del resto, buona fede, fiducia, affidamento, implicano necessariamente una relazione bilaterale.

Fiducia, quindi, non soltanto nelle stazioni appaltanti e da lì la rivalutazione del potere discrezionale e l'affermazione, significativamente all'art. 1 del Codice, del principio del risultato<sup>40</sup>, ma anche fiducia negli operatori economici, come si evince dalla previsione del comma 4 dell'art. 5, ai sensi del quale «ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito».

Senonché, come meglio si dirà, è proprio il principio della fiducia, cui è correlato quello della responsabilità della gara, a giustificare un atteggiamento

---

<sup>37</sup> Così P. Cerbo, *Le valutazioni riservate dell'amministrazione sull'affidabilità del concorrente negli appalti pubblici*, cit.

<sup>38</sup> Per R. Ursi, *La "trappola della fiducia" nel codice dei contratti pubblici*, in Id. (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, cit., 47, spec. 51, si tratta di «una svolta culturale, prima che giuridica».

<sup>39</sup> Cfr. M. Ramajoli, *Commento all'art. 5*, in R. Villata, M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 24.

<sup>40</sup> Sul principio del risultato, F. Fracchia, *Il principio di risultato*, in R. Ursi (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, cit., 13; R. Villata, L. Bertonazzi, *Commento all'art. 1*, in R. Villata, M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 1; E. Guarnieri, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. amm.*, 2023, 4, 829; M.R. Spasiano, *Dall'amministrazione di risultato al principio del risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi.it*, 2024, 9, 206; G. Taglianetti, *Contratti pubblici e principio del risultato. Profili sostanziali e processuali*, in *Federalismi.it*, 2024, 14, 232; F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023.

prudenziale della stazione appaltante<sup>41</sup> là dove dubiti di un concorrente<sup>42</sup>. Prima, però, di approfondire detto profilo occorre, allora, analizzare la soluzione offerta dal legislatore del 2023 di restringere il potere di esclusione delle stazioni appaltanti<sup>43</sup>, in attuazione del criterio direttivo di cui all'art. 1, comma 2, lett. n), della legge delega, perimetrando le fattispecie riconducibili al concetto di grave illecito professionale, cui il d.lgs. 36/2023 dedica l'intero articolo 98. Nel prossimo paragrafo, dunque, si esaminerà la nuova disciplina per valutare in che misura possa contribuire a conferire maggiore certezza agli operatori sulle "regole del gioco", fermo restando che, pure nel regime attuale, mantenendosi la distinzio-

<sup>41</sup> Del resto, come chiarisce R. Spagnuolo Vigorita, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2023, 17, 271, «la fiducia è condizione di ogni forma di collaborazione». Anche per A.M. Chiariello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econom.*, 2023, 1, 141, l'elemento fiduciario non può che trovare spazio anche nella fase di affidamento, che costituisce il momento genetico del rapporto contrattuale. In senso analogo, A. Police, *Commento all'art. 2*, in R. Villata, M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 9.

<sup>42</sup> Secondo ANAC, parere n. 21/2024, «E dunque, in coerenza con la funzione interpretativa del principio in parola, sancita dall'art. 4 del Codice ("le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3"), non può che concludersi nel senso che esce rafforzata l'autonomia decisionale dell'ente in relazione all'esercizio del potere di esclusione dell'operatore economico per inaffidabilità, profilo questo che impinge proprio e direttamente nel rapporto di fiducia che deve necessariamente intercorrere tra stazione appaltante e appaltatore. La discrezionalità dell'amministrazione sotto questo profilo è dunque particolarmente pregnante, ravvisandosi, come visto, i limiti per essa, nelle declinazioni specifiche di cui al citato art. 98, disposizione che circoscrive le fattispecie rilevanti di illecito professionale, i mezzi di prova adeguati e gli oneri motivazionali, con richiamo agli elementi specifici, cui è tenuta l'amministrazione, oltre che ai principi generali di logicità e congruità". L'interpretazione ora esposta "individua perciò, rispetto all'esclusione per grave illecito professionale ex artt. 95 e 98 del Codice, il corretto punto di caduta tra "il nuovo principio-guida della fiducia, introdotto dall'art. 2 del d.lgs. n. 36/2023, [che] porta invece a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Trattasi quindi di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile", e la circostanza per cui "tale 'fiducia', tuttavia, non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, invece, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento" (cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 12.12.2023, n. 3738)" (TAR Sardegna n. 204/2024 cit.).»

<sup>43</sup> Per G. Fidone, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'affidabilità e l'integrità dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, cit., posto che la stazione appaltante deve valutare l'intero curriculum dell'operatore, ritiene che «sia inutile e probabilmente controproducente procedere a liste, seppure esemplificative, di fatti che isolatamente considerati possono configurare un grave illecito». Per tale ragione, secondo l'A., «non appare conforme al diritto europeo la strada della tipizzazione indicata dall'art. 1 comma 2 lett. f) della l. n. 78 del 22.6.2022 di delega», suggerendo, invece, la strada della "centralizzazione" della valutazione. Per l'A., infatti, da un lato, le stazioni appaltanti non sempre dispongono delle competenze necessarie per la valutazione loro affidata, dall'altro lato, le imprese potrebbero essere valutate come affidabili per una gara e inaffidabili per un'altra, mentre la decisione centralizzata garantirebbe maggiore certezza agli operatori che, peraltro, potrebbero impugnare l'unica decisione centralizzata, anziché le eventuali innumerevoli decisioni delle singole stazioni appaltanti. La soluzione, tuttavia, contrasterebbe sia con il pluralismo amministrativo (P. Cerbo, *Le valutazioni riservate dell'amministrazione sull'affidabilità del concorrente negli appalti pubblici*, cit.), sia con la "responsabilità" della gara che ogni stazione appaltante assume.

ne tra cause di esclusione automatica e non automatica, ed essendo il grave illecito professionale ricondotto alla seconda categoria, continua ad essere centrale l'onere motivazionale gravante sulla stazione appaltante, tenuta a esternare le ragioni che consentano di cogliere e ricostruire l'iter logico – giuridico a fondamento della decisione di escludere l'operatore dalla gara, su cui pure è bene indugiare.

#### 4. *La pendenza di un procedimento penale quale grave illecito professionale nella disciplina dettata dal d.lgs. 36/2023*

Come accennato, il nuovo Codice, seppure con elementi di novità, conferma (e del resto non potrebbe essere diversamente, andando a sostituire il d.lgs. 50/2016 nel recepimento delle direttive europee del 2014) la distinzione tra cause di esclusione prima obbligatoria ora “automatica” e cause di esclusione, prima facoltativa, oggi, “non automatica”. Indubbiamente, la nuova disciplina risulta da subito più articolata e puntuale, con l'obiettivo, per riprendere le già citate parole del criterio direttivo della lett. *n*), «di rendere le regole di partecipazione chiare e certe». Il criterio dettato dal legislatore delegante conteneva, infatti, le preoccupazioni e le perplessità manifestate dagli operatori economici, di cui si è dato conto nel paragrafo precedente, posto che l'impostazione previgente sembrava piuttosto volta a favorire l'amministrazione nella dimostrazione di eventuali ragioni di inaffidabilità.

In tale contesto, il Codice dei contratti pubblici del 2023, dopo avere individuato, all'art. 95, le fattispecie di esclusione non automatica, tra cui, al comma 1, lett. *e*), la commissione di un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dedica l'art. 98 ai gravi illeciti professionali e ai mezzi adeguati a dimostrarli, indicandoli, a mente della citata lett. *e*), «in modo tassativo». Diviene, allora, dirimente l'analisi dell'art. 98 per valutare la portata della riforma.

In particolare, la disposizione, al comma 2, chiarisce che, affinché l'illecito professionale sia tale da determinare l'esclusione del concorrente dalla gara, debbono ricorrere, cumulativamente, tre condizioni. Nello specifico, occorre che: *(i)* sussistano elementi sufficienti a integrare la condotta; *(ii)* l'illecito professionale incida sull'affidabilità e integrità dell'operatore; *(iii)* si disponga di adeguati mezzi di prova.

Con riguardo al primo elemento, l'art. 98 prosegue chiarendo, al comma 1, che il grave illecito professionale può desumersi da uno degli elementi ivi indicati; si fa, dunque, riferimento (*lett. a*) all'ipotesi in cui sia irrogata una sanzione da parte dell'AGCM o altra autorità che assuma rilievo rispetto all'oggetto dell'appalto, (*lett. b*) alla condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare il

processo decisionale della stazione appaltante o di acquisire informazioni riservate oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti, e (*lett. c*) alla condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto tali da causare la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili<sup>44</sup>. Ancora, nell'elenco degli elementi da cui si può desumere il grave illecito professionale si include la condotta dell'operatore economico (*lett. d*) che abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, (*lett. e*) che abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria, (*lett. f*) che abbia omesso di denunciare all'autorità giudiziaria in qualità di persona offesa i reati ivi previsti, e, infine, per quanto più interessa in questa sede, si richiama, da un lato, (*lett. g*) la contestata commissione, da parte dell'operatore economico ovvero da parte degli altri soggetti<sup>45</sup> individuati dall'art. 94, comma 3<sup>46</sup>, di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo art. 94<sup>47</sup>, dall'altro

<sup>44</sup> Viene ricondotta, dunque, al grave illecito professionale una fattispecie prima considerata dall'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 in via autonoma, alla *lett. c-ter*) del quinto comma, a seguito della modifica intervenuta con l'art. 5 del d.l. n. 135/2018, conv. in l. n. 12/2019. Il Codice del 2023 conferma che non rileva la non contestazione o la conferma in giudizio della risoluzione e, d'altronde, non avrebbe potuto essere diversamente dopo i chiarimenti della Corte di giustizia UE che, con la decisione del 19 giugno 2019, resa nella causa C-41/18 (sul rinvio pregiudiziale promosso dal Tar Campania con ord. del 22 novembre 2017; in senso analogo, anche Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2018, ord. n. 2639), ha chiarito che il diritto dell'UE – e in particolare l'art. 57, par. 4, lettere *c*) e *g*), della direttiva 2014/24/UE – osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio (e, dunque, un evento di natura potestativa) da parte dell'operatore economico della decisione dell'amministrazione di risolvere un contratto di appalto pubblico, per significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisca all'amministrazione che indice una nuova procedura a evidenza pubblica di valutare inaffidabile quell'operatore ancor prima della conclusione del giudizio sulla risoluzione anticipata.

<sup>45</sup> La condotta penalmente rilevante, dunque, può tradursi in un grave illecito professionale anche quando tenuta da soggetti diversi dall'operatore economico, segnandosi così una netta differenza rispetto alle altre ipotesi di grave illecito professionale individuate dall'art. 98 che assumono importanza solo se compiute dall'operatore economico, come chiarito dal medesimo art. 98 al comma 1. Cfr. B. Tonoletti, *Commento all'art. 98*, cit., e A. Police, *Commento all'art. 98*, in A. Botto, S. Castrovinci Zenna, *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, 2024, 901, il quale appunto sottolinea come la fattispecie del grave illecito professionale, generalmente, non è estesa alle ipotesi di cd. contagio dell'operatore economico da parte della persona fisica. Sull'ambito soggettivo di applicazione della disciplina previgente, S. Caldarelli, *L'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica per "grave illecito professionale"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 2, 149.

<sup>46</sup> Oltre all'operatore economico ai sensi e nei termini di cui al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, si fa riferimento al titolare o al direttore tecnico in caso di impresa individuale, al socio amministratore o al direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, ai soci accomandatari o al direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, ai membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi gli institori e i procuratori generali, i componenti degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, al direttore tecnico o al socio unico, all'amministratore di fatto nelle ipotesi precedentemente richiamate.

<sup>47</sup> Che richiama: «a) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, 416-bis del codice penale oppure delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis oppure al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-*quater* del testo unico delle disposizioni legislative in materia dogana-

lato, (lett. h) la contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico o sempre dei soggetti richiamati dal citato comma 3 dell'art. 94, di una serie di reati consumati espressamente individuati<sup>48</sup>.

Soprattutto, però, è opportuno notare che in sede di approvazione definitiva non è stata riproposta la lett. i)<sup>49</sup> della bozza di Codice, contenente una disposizione di chiusura riferibile a condotte integranti fatti di reato diversi da quelli espressamente menzionati ovvero anche non costituenti fatti di reato, che, secondo quanto si legge nella Relazione di accompagnamento, era sembrato opportuno introdurre e che comunque non parevano contrastare con la lett. n) della legge delega per l'impossibilità di "codificare" ogni fattispecie comportamentale grave idonea ad incidere sul motivato giudizio di affidabilità ed integrità.

Occorre, allora, domandarsi in che misura la "nuova" disciplina possa contribuire a conferire maggiore certezza agli operatori, fermo restando che, come anticipato, continua ad essere centrale l'onere motivazionale gravante sulla stazione appaltante se è vero che il verificarsi di una delle fattispecie descritte non è sufficiente, ma è altresì necessario che sussista la seconda condizione prevista dall'art. 98, ossia l'idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore. E del resto non potrebbe essere diversamente trattandosi di cause di esclusione non automatica. Ciò è ben chiarito dal comma 8 dell'art. 98, ai sensi del quale "Il provvedimento di esclusione deve essere motivato in rela-

---

le, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43 e dall'articolo 452-*quaterdecies* del codice penale, in quanto riconducibili alla partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'articolo 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio dell'Unione europea, del 24 ottobre 2008; b) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322, 322-*bis*, 346-*bis*, 353, 353-*bis*, 354, 355 e 356 del codice penale nonché all'articolo 2635 del codice civile; c) false comunicazioni sociali di cui agli articoli 2621 e 2622 del codice civile; d) frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, del 26 luglio 1995; e) delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche; f) delitti di cui agli articoli 648-*bis*, 648-*ter* e 648-*ter*.1 del codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'articolo 1 del decreto legislativo 22 giugno 2007, n. 109; g) sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24; h) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione».

<sup>48</sup> In particolare, «1) abusivo esercizio di una professione, ai sensi dell'articolo 348 del codice penale; 2) bancarotta semplice, bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare o ricorso abusivo al credito, di cui agli articoli 216, 217, 218 e 220 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267; 3) i reati tributari ai sensi del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, i delitti societari di cui agli articoli 2621 e seguenti del codice civile o i delitti contro l'industria e il commercio di cui agli articoli da 513 a 517 del codice penale; 4) i reati urbanistici di cui all'articolo 44, comma 1, lettere b) e c), del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria; 5) i reati previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231».

<sup>49</sup> «Commissione, da parte dell'operatore economico, di condotte diverse da quelle di cui alle precedenti lettere, la cui gravità incida in modo evidente sull'affidabilità ed integrità del medesimo in misura tale da compromettere l'interesse pubblico».

zione a tutte e tre le condizioni di cui al comma 2”, nonché dal precedente comma 4, secondo il quale “La valutazione di gravità tiene conto del bene giuridico e dell’entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione, anche in relazione a modifiche intervenute nel frattempo nell’organizzazione dell’impresa”<sup>50</sup>.

Venendo specificatamente all’ipotesi qui considerata della pendenza di un procedimento penale quale causa di esclusione per grave illecito professionale, assumono rilievo le richiamate disposizioni del comma 3, lettere *g)* e *h)*, che, dunque, individuano espressamente le condotte penalmente rilevanti che possono configurare un grave illecito professionale, circoscrivendo significativamente il potere di esclusione della stazione appaltante, così da garantire maggiore prevedibilità e certezza per gli operatori economici.

Peraltro, sempre a volere considerare esclusivamente la fattispecie dei procedimenti penali pendenti, merita un cenno la terza condizione richiesta cumulativamente dall’art. 98 affinché l’amministrazione possa determinarsi per l’esclusione, ossia che sussistano adeguati mezzi di prova, specificati dal comma 6 per ciascuno degli illeciti di cui al comma 3 dell’art. 98. In particolare, si chiarisce che costituiscono adeguati mezzi di prova, quanto alla richiamata lett. *g)*, gli atti di cui all’art. 407-*bis*, comma 1, c.p.p., il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell’articolo 429 c.p.p., o eventuali provvedimenti cautelari reali o personali emessi dal giudice penale, la sentenza di condanna non definitiva, il decreto penale di condanna non irrevocabile, la sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell’articolo 444 c.p.p.<sup>51</sup>; del resto, se non si “anticipasse” la misura, in tali casi non vi sarebbe differenza con le ipotesi di esclusione automatica di cui all’art. 94. Quanto alla lett. *h)*, costituiscono idonei mezzi di prova la sentenza di condanna definitiva, il decreto penale di condanna irrevocabile, la condanna non definitiva e i provvedimenti cautelari reali o personali, ove emessi dal giudice penale.

Mezzi di prova che, al pari degli elementi da cui si può desumere l’illecito professionale, dovrebbero essere considerati tassativi, posto che l’art. 95, comma 1, lett. *e)*, chiarisce che «all’articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi». Peraltro, a

<sup>50</sup> Senza contare che l’eventuale incompletezza o non veridicità delle dichiarazioni rese (diverse da quelle di cui alla lett. *b)* del comma 3, ossia diverse da quelle false e fuorvianti) potrebbe incidere sulla valutazione della gravità del fatto, ai sensi dell’art. 98, comma 5.

<sup>51</sup> La disposizione richiamata non indica tra i possibili mezzi di prova l’iscrizione nel registro degli indagati di cui all’art. 335 c.p.p., con la conseguenza che, come chiarito dall’ANAC con la delibera n. 397 del 6 settembre 2023, «Nella nuova disciplina dettata dall’art. 98 del d.lgs. 36/2023, invece, la mera iscrizione nel registro degli indagati *ex art.* 335 c.p.p., in quanto non espressamente citata nel comma 6 dello stesso art. 98, tra i “mezzi adeguati di prova”, non può formare oggetto di valutazione ai fini della sussistenza di un illecito professionale grave, tenuto anche conto del principio di tassatività sancito dall’art. 95, comma 1, lett. *e)* del nuovo Codice sopra richiamato».



seconda del “mezzo di prova” disponibile, dovrà essere diversamente modulata la motivazione dell'esclusione, come si chiarisce nella Relazione di accompagnamento al Codice proprio al fine di ridurre le frizioni con un sistema costituzionale assistito dalla c.d. presunzione di innocenza, *ex art. 27 Cost.*, sebbene riferito espressamente soltanto all'“imputato” e, quindi, alle misure penali<sup>52</sup>. Si legge infatti nella Relazione che è evidente che la portata dimostrativa di una sentenza di condanna, ancorché non passata in giudicato, sia ben maggiore rispetto ai provvedimenti a questa prodromici, ed a quelli di natura cautelare: in queste ultime ipotesi, soprattutto, più approfondita dovrà essere la valutazione resa dall'amministrazione ove essa ne tragga elementi per disporre l'esclusione (facoltativa) dell'operatore.

Anche alla luce della nuova disciplina, dunque, la stazione appaltante mantiene un importante potere discrezionale, sebbene decisamente più circoscritto nei presupposti del suo esercizio e con le ulteriori limitazioni derivanti dalle disposizioni del comma 10, lett. c), dell'art. 96. Ivi si chiarisce, infatti, per quanto interessa in questa sede, che le cause di esclusione per grave illecito professionale rilevano per tre anni decorrenti «dalla data di emissione di uno degli atti di cui all'articolo 407-*bis*, comma 1, del codice di procedura penale<sup>53</sup> oppure di eventuali provvedimenti cautelari personali o reali del giudice penale, se antecedenti all'esercizio dell'azione penale ove la situazione escludente consista in un illecito penale rientrante tra quelli valutabili ai sensi del comma 1 dell'art. 94 oppure ai sensi del comma 3, lettera h), dell'articolo 98»<sup>54</sup> (peraltro, ai sensi del successivo comma 11, l'eventuale impugnazione di tali atti non incide sulla decorrenza del termine<sup>55</sup> e, per ottemperare a quanto disposto dal comma 12, l'operatore economi-

<sup>52</sup> Per D. Capotorto, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni amministrative in tema di integrità morale degli operatori economici per illeciti in corso di accertamento*, cit., «la riconducibilità del provvedimento di allontanamento dalle procedure di affidamento alla 'materia penale' potrebbe, peraltro, sollevare dubbi di compatibilità con la CEDU anche sotto l'ulteriore profilo del divieto di *bis in idem*, ove l'illiceità dei fatti all'origine dell'esclusione venga, altresì, accertata e sanzionata (anche con l'applicazione di misure accessorie, quale l'incapacità di contrattare con l'amministrazione) dal giudice penale, e con il principio di prevedibilità della decisione, quale corollario del principio di legalità di cui all'art. 7 della Convenzione, non essendo calcolabili a priori le conseguenze delle condotte contestate all'operatore economico, per inaccessibilità della previsione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016».

<sup>53</sup> Tar Lazio, Roma, sez. IV, 14 marzo 2024, ord. n. 1035, in cui si legge che «la tesi sostenuta dalla difesa erariale – secondo cui il sopraggiungere (dopo la richiesta di rinvio a giudizio) del decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'articolo 429 c.p.p. comporterebbe la possibilità di “*prescindere dalla decorrenza dei tre anni*” – non sembra trovare riscontro nella disciplina dettata dagli artt. 94 e ss. del d.lgs 36/2023».

<sup>54</sup> Secondo Tar Sicilia, Catania, sez. II, 6 maggio 2024, n. 1679, ciò si giustifica «in quanto, in linea con i principi espressi dalla direttiva europea in materia di appalti pubblici, deve escludersi la rilevanza di fatti che – per il tempo trascorso – non rappresentano più un indice su cui misurare l'affidabilità professionale dell'operatore economico, ed, a tal fine, deve aversi riguardo all'accertamento in sede giudiziale della commissione del fatto con sufficiente grado probabilistico in ordine alla colpevolezza dell'indagato (quantomeno individuabile nel grave quadro indiziario che giustifica l'emissione di una misura cautelare)».

<sup>55</sup> Ancora Tar Sicilia, n. 1679/2024, per cui l'impugnazione di tali provvedimenti giudiziari così come la successiva evoluzione (in senso confermativo del *fumus commissi delicti*) del procedimento penale, con l'emissione della sentenza di condanna non definitiva, non hanno l'effetto di determinare uno slittamento del *dies a*

co ha l'onere di comunicare immediatamente alla stazione appaltante la sussistenza di tali atti ove non indicati nel fascicolo elettronico, pena lo "slittamento" della decorrenza del termine triennale alla data in cui la stazione appaltante ha acquisito taluno di detti provvedimenti<sup>56</sup>) ovvero dalla commissione del fatto in tutti gli altri casi<sup>57</sup>.

Inoltre, se le previsioni da ultimo richiamate riducono la discrezionalità dell'amministrazione, ve ne sono altre che si limitano a "guidarla" o, meglio, a indicare alcuni parametri di cui occorre tenere conto al fine di valutare l'incidenza della causa di esclusione non automatica sulla effettiva integrità dell'operatore. In particolare, il riferimento va al già richiamato comma 4 dell'art. 98, in base al quale, si ricordi, la valutazione circa la gravità della condotta deve tenere conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta, nonché del tempo trascorso dalla violazione, pure in relazione a modifiche nel frattempo intervenute nell'organizzazione imprenditoriale, ma anche al comma 7 del medesimo art. 98, che impone alle stazioni appaltanti di considerare, al fine di decidere se escludere o meno l'operatore, l'eventuale impugnazione dei provvedimenti sanzionatori e, per quanto qui interessa, giurisdizionali individuati dal precedente comma 6 come elementi di prova idonei a dimostrare la sussistenza dell'illecito<sup>58</sup>. Indicazione che incide evidentemente pure sull'obbligo di motivazione gravante sulla stazione appaltante cui sarà dedicato il prossimo paragrafo, non senza prima avere sottolineato, ancora una volta, che un'ulteriore limitazione al potere di esclusione deriva dalla già ricordata possibilità per l'operatore di adottare misure di *self-cleaning*, la cui idoneità, tuttavia, è pur sempre valutata dall'amministrazione.

Con una serie di rinvii interni e le eccezioni ivi previste, l'art. 96 chiarisce, infatti, che l'esclusione non è disposta là dove, ai sensi del comma 6, le misure adottate dall'operatore economico per dimostrare la sua affidabilità siano ritenute sufficienti e tempestive, tenendo conto della gravità e delle particolari circostanze del caso concreto. In particolare, l'operatore economico è tenuto a dimostrare «di

---

*quo* di decorrenza del termine triennale, restando, altrimenti, vanificata la *ratio* dell'introduzione di un termine fisso, e, dunque, "l'esigenza di "unicità" e "immodificabilità del termine triennale" (cfr. relazione del Consiglio di Stato, cit.) di rilevanza dell'illecito penale ai fini della partecipazione alla gara pubblica.

<sup>56</sup> Sempre Tar Sicilia, n. 1679/2024, ha escluso che dovesse trovare applicazione lo slittamento della decorrenza del termine per omessa comunicazione dell'ordinanza cautelare dal momento che la ricorrente aveva puntualmente dichiarato, in sede di partecipazione alla gara, l'adozione della sentenza di condanna quale ultimo atto emesso nell'ambito di quel procedimento penale (avviato con la convalida dell'arresto in flagranza di reato e l'applicazione di misura cautelare personale), di guisa che, ad avviso del Collegio, non poteva rilevare nel caso di specie l'omissione dichiarativa.

<sup>57</sup> Sulle questioni interpretative relative alla rilevanza temporale della condotta nella disciplina previgente, cfr. M. Mangano, *La rilevanza temporale del grave illecito professionale nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici dura (più o meno) tre anni*, in *Urb. e app.*, 2021, 1, 47.

<sup>58</sup> Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 11 marzo 2024, n. 204, per il quale «Tali indicazioni costituiscono, evidentemente, in senso innovativo, i parametri esterni di valutazione della legittimità dell'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante per come esternato nella motivazione».

avere risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti».

5. *L'onere motivazionale della stazione appaltante e gli obblighi dichiarativi dei concorrenti*

Come più volte emerso, la stazione appaltante che intenda escludere dalla gara un operatore per grave illecito professionale in pendenza di un procedimento penale deve motivare adeguatamente in ordine alle tre condizioni che, alla luce dell'attuale disciplina, devono necessariamente coesistere. Ai sensi dell'art. 98, comma 8, infatti, come ricordato, «Il provvedimento di esclusione deve essere motivato in relazione a tutte e tre le condizioni di cui al comma 2».

Il nuovo Codice, dunque, procede a una più puntuale tipizzazione delle cause di esclusione non automatica, tuttavia, in virtù dell'ampia discrezionalità che comunque residua in capo alla stazione appaltante<sup>59</sup>, rafforza l'obbligo motivazionale, richiedendo una chiara esposizione delle ragioni che hanno condotto l'amministrazione a ritenere che, nel caso di specie, la pendenza di un procedimento penale (unica ipotesi trattata in questo scritto), dimostrata, però, in forza di uno degli elementi di prova individuati dallo stesso Codice, incide sull'affidabilità e l'integrità dell'operatore economico. E invero, ai sensi dell'art. 98, comma 7, «la stazione appaltante valuta i provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali di cui al comma 6 motivando sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente». In altri termini, la presenza degli elementi di prova indicati dal Codice non è di per sé sufficiente a determinare l'esclusione dell'operatore dalla gara, ben potendo la stazione appaltante comunque decidere per l'ammissione.

Ne discende l'importanza dell'obbligo di motivare la decisione, alla luce degli elementi che il nuovo Codice impone di considerare. Chiaro, però, che la stazione appaltante spesso non è al corrente delle circostanze che potrebbero giustificare un'ipotesi di esclusione, sicché grava in capo agli operatori che intendono proficuamente partecipare alla gara un obbligo dichiarativo al fine di fornire all'amministrazione gli elementi conoscitivi necessari a valutare la sussistenza

---

<sup>59</sup> Perché, come chiarito pure dall'ANAC, con il richiamato parere n. 21/2024, «solo la stazione appaltante è nelle condizioni di valutare i rischi cui potrebbe essere esposta aggiudicando l'appalto ad un concorrente la cui integrità o affidabilità sia dubbia, avendo riguardo all'oggetto e alle caratteristiche tecniche dell'affidamento».

del grave illecito professionale e la necessità dell'esclusione ovvero l'opportunità di ammettere comunque l'operatore alla gara, anche eventualmente in virtù delle misure di *self-cleaning* adottate. Ai sensi dell'art. 96, comma 3, infatti, l'operatore economico, se la causa di esclusione si è verificata prima della presentazione dell'offerta, è tenuto a comunicare, contestualmente a quest'ultima, la situazione da sottoporre alla valutazione della stazione appaltante. In alternativa, egli può comprovare di avere predisposto idonee misure di *self-cleaning* ovvero dichiarare l'impossibilità di intervenire prima della presentazione dell'offerta, impegnandosi a ottemperare successivamente<sup>60</sup>.

Peraltro, ove la circostanza da sottoporre alla valutazione della stazione appaltante si sia verificata successivamente alla presentazione dell'offerta, l'operatore deve provvedere a darne tempestiva comunicazione e, contestualmente, secondo quanto disposto dall'art. 96, comma 4, è tenuto ad adottare le misure necessarie a dimostrare la sua affidabilità. Del resto, ai sensi dell'attuale art. 96, comma 1, l'esclusione di un operatore economico può essere disposta in qualunque momento della procedura qualora risulti che questi si trovi, a causa di atti compiuti od omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95, di guisa che il concorrente è tenuto a comunicare il verificarsi della situazione prevista dal Codice anche qualora avvenga successivamente alla presentazione dell'offerta. Anche l'ANAC, seppure con riferimento alla disciplina previgente, ha avuto modo di chiarire, infatti, che, in virtù del principio di continuità del possesso dei requisiti generali e speciali, i requisiti di partecipazione, incluso quello prima disciplinato dall'art. 80, comma 5, lett. c), «devono essere posseduti dai concorrenti non solo alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, ma anche per tutta la durata della procedura fino alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo di esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità»<sup>61</sup>.

Ad ogni modo, l'importanza dell'onere dichiarativo, nell'ottica di una piena collaborazione tra operatori economici e stazione appaltante, anche alla luce dei richiamati principi di buona fede e di tutela dell'affidamento di cui all'art. 5 del Codice, è ulteriormente ribadita dal comma 14 dell'art. 96, in base al quale «l'operatore economico ha l'obbligo di comunicare alla stazione appaltante la sussistenza dei fatti e dei provvedimenti che possono costituire causa di esclusione ai sensi degli articoli 94 e 95, ove non menzionati nel proprio fascicolo

<sup>60</sup> Il nuovo Codice interviene, dunque, pure sui dubbi interpretativi sorti in ordine alla tempestività delle misure di *self-cleaning*, su cui cfr. A. di Cagno, *Le misure di self-cleaning e la prova della loro adozione nell'interpretazione della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Urb. e app.*, 2021, 4, 460.

<sup>61</sup> ANAC, parere n. 35 del 20 luglio 2023. Sul principio di continuità nel possesso dei requisiti, cfr. Cons. Stato, ad. plen. 20 luglio 2015, n. 8.

virtuale»<sup>62</sup>. Ancora, prosegue la disposizione, superando in tal modo un'altra questione interpretativa sorta nella vigenza della precedente disciplina, «l'omissione di tale comunicazione o la non veridicità della medesima, pur non costituendo di per sé causa di esclusione, può rilevare ai sensi del comma 4 dell'art. 98», ossia ai fini della valutazione della gravità della condotta e della sua incidenza sull'affidabilità e sull'integrità dell'operatore<sup>63</sup>.

Peraltro, alla luce del nuovo Codice, pure le difficoltà relative all'individuazione delle fattispecie da dichiarare<sup>64</sup> sembrano superate dalla perimetrazione delle condotte che possono condurre all'esclusione non automatica<sup>65</sup>, agevolando così gli operatori economici nel corretto adempimento dell'onere dichiarativo<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> Sul problema, a livello penale, della compatibilità di tale obbligo con il principio *nemo tenetur se detegere*, cfr. D. Capotorto, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni amministrative in tema di integrità morale degli operatori economici per illeciti in corso di accertamento*, cit.

<sup>63</sup> Viene, pertanto, recepito l'insegnamento dell'Ad. plen. 28 agosto 2020, n. 16, che ha chiarito che «la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lett. c) [ora *c-bis*] dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; - in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo; - alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico; - la lett. *f-bis*) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lett. c) [ora *c-bis*] della medesima disposizione». Cfr. C. Napolitano, *La dichiarazione falsa, omessa o reticente secondo l'Adunanza Plenaria*, in *Giustiziasinsieme.it*, 2020.

<sup>64</sup> Cfr. Tar Puglia, Lecce, sez. III, 25 gennaio 2024, n. 102, secondo cui, con riguardo alla disciplina previgente, specie alla luce dell'Ad. plen. del Consiglio di Stato n. 16/2020, che ha chiarito che, ai fini della valutazione dell'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, quelle informazioni evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico, deve ritenersi che «ai fini dell'applicazione della causa di esclusione contemplata dall'art. 80, comma 5, lett. *c-bis*), D.Lgs. n. 50/2016, sebbene non vi sia un obbligo normativo esplicito di dichiarare l'esistenza di carichi pendenti, nondimeno esso è comunque predicabile nel caso all'esame per l'indubbia rilevanza degli stessi in termini di corretto svolgimento della gara».

<sup>65</sup> Ragion per cui, nella vigenza del precedente Codice, P. Cerbo, *Le valutazioni riservate dell'amministrazione sull'affidabilità del concorrente negli appalti pubblici*, cit., aveva proposto quale soluzione quella di redigere bandi di gara meno standardizzati. In altre parole, secondo l'A., «la stazione appaltante deve porre i concorrenti nelle condizioni di individuare prima della partecipazione le condotte da dichiarare ai fini della valutazione di affidabilità con riferimento agli illeciti professionali pregressi».

<sup>66</sup> Sulla correlazione tra l'estensione dello spazio valutativo della stazione appaltante e l'onere dichiarativo, cfr. E. Romano, *L'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici*, Torino, 2019, 101.

## 6. *Considerazioni conclusive*

L'esame della disciplina dettata in materia di cause di esclusione non automatica dal d.lgs. n. 36/2023, ancorché nei limiti della fattispecie analizzata della pendenza di un procedimento penale quale causa di esclusione per grave illecito professionale, consente un giudizio almeno parzialmente positivo dell'intervenuta riforma. Sebbene, infatti, le disposizioni richiamate siano, talvolta, eccessivamente articolate e poco immediate, appaiono idonee a conseguire l'obiettivo prefissato dal legislatore delegante di restringere significativamente lo spazio valutativo delle stazioni appaltanti, a vantaggio della prevedibilità e della certezza delle "regole del gioco".

Specialmente, si apprezza la mancata riproduzione, nel testo approvato in via definitiva, della clausola di chiusura riferita anche ad altri fatti penalmente rilevanti, la cui vaghezza, oltre ad attribuire alla stazione appaltante un potere decisamente ampio, ancorché da esercitarsi sempre nei limiti della proporzionalità e della ragionevolezza, avrebbe reso eccessivamente gravosa la concreta determinazione del contenuto dell'obbligo dichiarativo incombente sull'operatore economico, finendo per renderlo onnicomprensivo<sup>67</sup>, evidentemente al di là delle ipotesi in cui la condotta potrebbe rivelarsi indice di un rischio di affidabilità nell'esecuzione della commessa pubblica.

Le esigenze di certezza di cui sono portatori gli operatori economici che partecipano alla procedura ad evidenza pubblica sembrano, dunque, maggiormente salvaguardate, fermo restando che, sebbene concernenti fattispecie ormai più circoscritte, le ipotesi di esclusione non automatica qui considerate mantengono la loro natura affittiva pur prescindendo da un definitivo accertamento della condotta contestata. D'altronde, nell'ottica della stazione appaltante, l'esclusione dell'operatore di cui siano a rischio l'integrità e l'affidabilità si traduce in una

---

<sup>67</sup> Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 28 luglio 2020, n. 8821, per cui «È ovvio, infatti, che la stazione appaltante non è in grado, di regola, di ricostruire i fatti da cui desumere il grave illecito professionale, ove essi non siano stati segnalati dal concorrente: questi ha perciò l'obbligo di indicarli, e viene infatti escluso se presenta dichiarazioni non veritiere (art. 80, comma 5, lett. *f-bis*), o se ometta le informazioni dovute (art. 80, comma 5, lett. *c-bis*). Ne segue il cd. principio di onnicomprensività della dichiarazione, che deve farsi carico di fornire "quante più informazioni possibili" (Cons. Stato, n. 5142/18), purché pertinenti, in linea astratta, rispetto al giudizio della stazione appaltante in ordine alla affidabilità ed integrità del concorrente (Cons. Stato, n. 5136 del 2018). Con riguardo ai fatti di rilievo penale, come si è detto innanzi, tale pertinenza sussiste in linea presuntiva, poiché essi sono in sé indice di una potenziale attitudine alla più severa infrazione delle regole della convivenza civile, così riflettendosi sull'affidabilità professionale del soggetto dichiarante. Ciò non significa, naturalmente, che ogni illecito penale sia, al contempo e sempre, illecito professionale. Ma, piuttosto, che il sospetto recato in sé dalla natura penale dell'illecito, quanto alla capacità di riverberarsi sugli indici di affidabilità professionale dell'operatore economico, ne rende necessaria in linea di principio l'ostensione alla stazione appaltante, perché essa possa compiere le proprie valutazioni».

misura prudenziale che trova la sua giustificazione nel principio di responsabilità, come ben spiegato dal *considerando* 101 della dir. 2014/24/UE, in cui si chiarisce che la facoltà attribuita alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla gara un operatore, allorché vi sia stata una grave violazione dei doveri professionali anche prima dell'eventuale accertamento da parte delle autorità appositamente preposte, è accordata «*Tenendo presente che l'amministrazione aggiudicatrice sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione erronea*».

La "responsabilità" dell'amministrazione per una sua eventuale decisione erronea – oggi ricollegabile almeno ai correlati principi del risultato<sup>68</sup>, di cui al primo articolo del Codice, e, ancora, della fiducia<sup>69</sup> – costituisce il perno su cui è costruita la disciplina dell'esclusione non automatica<sup>70</sup>: se rispetto all'esclusione automatica la valutazione circa la non affidabilità dell'operatore economico proviene dallo stesso legislatore e a quella valutazione la stazione appaltante è inevitabilmente vincolata, nelle altre ipotesi è la stazione appaltante a subire le conseguenze di un errore di giudizio circa l'affidabilità del contraente. Di conseguenza, è l'amministrazione a dovere valutare se sussistono ragioni idonee a compromettere il rapporto fiduciario con l'operatore economico, pur sempre alla luce del già menzionato principio di proporzionalità, come pure ribadito dal richiamato *considerando* 101 e, comunque, tenendo conto dell'interesse, enfatizzato dall'Unio-

---

<sup>68</sup> Per F. Fracchia, *Il principio di risultato*, in R. Ursi (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, cit., 13, spec. 42-43, «il risultato "deve" essere raggiunto, altrimenti il problema non è risolto e il bisogno non è soddisfatto. Ciò spiega perché, una volta processato dal sistema del diritto (secondo un codice binario: conseguito o fallito) esso rilevi *ex post* sotto il profilo della responsabilità (altro tipico costruito del sistema del diritto). Ai sensi dell'art. 1, infatti, il risultato è criterio prioritario anche per valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, nonché per attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva. In altri termini, il raggiungimento del risultato non è solo un fattore tranquillizzante per il funzionario (una sorta di esimente), ma si configura soprattutto come un vincolo giuridicamente rilevante: ciò si spiega in quanto il risultato pertiene all'area degli interessi della collettività e non è un "bene" del dipendente, il quale, al servizio della Nazione, *ex art. 98, Cost.*, lo "affronta" nell'interesse altrui».

<sup>69</sup> Di cui all'art. 2 del Codice che, emblematicamente, al comma 2, chiarisce che «il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato». La correlazione con il principio del risultato e la "responsabilità" della stazione appaltante è ben messa in evidenza da Tar Sicilia, Catania, sez. III, 12 dicembre 2023, n. 3738, secondo cui «Il nuovo principio-guida della fiducia, introdotto dall'art. 2 del d.lgs. n. 36/2023, porta invece a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Trattasi quindi di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile». Sull'"endiadi" costituita dai principi del risultato e della fiducia, R. Ursi, *La "trappola della fiducia" nel codice dei contratti pubblici*, cit., e E. Carloni, *Verso il paradigma fiduciario? Il principio della fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici e le sue implicazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2024, 1, 131.

<sup>70</sup> Cons. Stato, sez. V, ord. 3 maggio 2018, n. 2639.

ne europea, alla massima partecipazione degli operatori alle gare, quale declinazione del principio di concorrenza, vuoi per garantire loro concrete possibilità di aggiudicarsi la commessa pubblica, vuoi per consentire alla stazione appaltante di individuare il migliore contraente<sup>71</sup> per fare fronte alle sue esigenze e raggiungere il “risultato” perseguito.

---

<sup>71</sup> Ancora M. Calabrò, A.G. Pietrosanti, *I principi di massima partecipazione e di tassatività delle cause di esclusione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit.



*La pendenza di un procedimento penale quale causa di esclusione dell'operatore dalla gara per grave illecito professionale tra "vecchio" e "nuovo" Codice dei contratti pubblici*

Il contributo analizza le novità apportate dal d.lgs. 36/2023 in materia di cause di esclusione, con particolare riguardo alla fattispecie dell'esclusione non automatica disposta per grave illecito professionale in caso di pendenza di un procedimento penale. Dopo un'analisi delle principali questioni interpretative sorte nella vigenza del d.lgs. 50/2016, a causa della indeterminatezza delle ipotesi riconducibili al concetto di grave illecito professionale con nocumento del *favor participationis*, l'articolo si propone di valutare l'idoneità della nuova disciplina a rendere più chiare e certe le "regole del gioco" per coloro che partecipano alle gare. In particolare, si sottolinea l'importante intervento di tipizzazione delle fattispecie di grave illecito professionale e dei mezzi di prova per dimostrarne la sussistenza, senza trascurare la *ratio* dell'attribuzione alla stazione appaltante di un ampio potere valutativo con riguardo all'affidabilità e all'integrità dei concorrenti.

*The exclusion of the economic operator from the procedure for grave professional misconduct as a consequence of the pendency of a criminal proceeding between "old" and "new" public contracts code*

The paper analyses the innovations introduced by Legislative Decree 36/2023 with reference to the exclusion grounds, with specific regard to the case of non-automatic exclusion when the economic operator is guilty of grave professional misconduct, due to a pending criminal proceeding. After an analysis of the main issues that arose during the validity of Legislative Decree 50/2016, due to the indeterminacy of the cases related to the concept of grave professional misconduct with serious damage to the *favor participationis* principle, the article aims to evaluate the capacity of the new discipline to make the "rules of the game" clearer and more certain for the economic operators. In particular, the paper underlines the important intervention of typifying the cases of grave professional misconduct and the means of proof to demonstrate their existence, without neglecting the rationale of attributing to the contracting authority a broad evaluative power with regard to reliability and integrity of economic operators.

## Il controllo amministrativo della filiera agroalimentare\*

Silia Gardini

SOMMARIO: 1. Il quadro di partenza: la sicurezza alimentare tra ambiente, salute e sostenibilità. – 2. La regolazione dell'intervento pubblico nel settore alimentare. – 3. Il sistema dei controlli amministrativi sulla filiera agroalimentare alla luce del Regolamento (UE) 2017/625. – 3.1 Il Piano di controllo nazionale pluriennale. – 3.2 I procedimenti amministrativi di controllo ufficiale. – 3.3 L'istituto dell'assistenza amministrativa. – 4. Riflessioni conclusive.

### 1. *Il quadro di partenza: la sicurezza alimentare tra ambiente, salute e sostenibilità*

Il settore agroalimentare ha carattere multifunzionale<sup>1</sup> e assume rilevanza sotto il profilo giuridico-amministrativo non solo con riferimento al sistema della produzione di cibo e alla sua fisiologica connessione con la tutela della salute umana, ma anche con riguardo agli effetti che esso ha sulla definizione di territori, paesaggi e sistemi produttivi, intersecando le complesse tematiche dello sfruttamento razionale del suolo, della tutela della biodiversità, della gestione sostenibile delle risorse e dello stesso sviluppo (sostenibile) delle comunità locali. Di conseguenza, l'intervento dei pubblici poteri in materia, transitando con un moto bidirezionale dalla cura degli interessi sanitari alla regolazione delle attività produttive e commerciali, si proietta inevitabilmente anche sulle politiche di governo del territorio e sul diritto ambientale.

---

\* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta il 17 novembre 2023 nel corso del Convegno dal titolo "La sostenibilità e le informazioni al consumatore di alimenti. Regole e tutele", che ha avuto luogo presso l'Università degli Studi Magna Græcia di Catanzaro e destinata alla curatela *La sostenibilità e le informazioni al consumatore di alimenti. Regole e tutele*, a cura di F. Albisinni, S. Carmignani, S. Bolognini, N. Lucifero, in corso di pubblicazione per i tipi della WKI.

<sup>1</sup> Cfr. A. Segré, *Politiche per lo sviluppo agricolo e la sicurezza alimentare*, Roma, 2011, 59 ss.; A. Fioritto, *Agricoltura*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti e G. Greco, Parte Speciale, Vol. I, Milano, 2007, 25 e ss.

La dottrina amministrativista ha ampiamente evidenziato la relazione necessaria che intercorre tra la disciplina alimentare e il diritto dell'ambiente, rilevando come entrambi i settori attengano, con una spiccata vocazione "trasversale", al rapporto fra l'uomo e la natura e le sue trasformazioni<sup>2</sup>. Nel tempo attuale di veloce innovazione tecnico-scientifica, in cui risulta sempre più necessario l'affiancamento regolamentativo nella tutela della salute, degli ecosistemi e dei fattori di produzione, il fattore alimentare esprime una dimensione "legante" in grado di connettere, proprio attraverso l'azione delle pubbliche amministrazioni, il piano individuale del benessere umano a quello economico agricolo-industriale e, soprattutto, a quello collettivo dell'equilibrio ecologico e sociale, atteggiandosi a fattore primario per lo stesso sviluppo del rapporto tra ambiente e società<sup>3</sup>.

In tale contesto si colloca, tra i più importanti obiettivi di azione pubblicitica, la questione della sicurezza alimentare<sup>4</sup>, che – come si vedrà – proprio dal diritto ambientale assorbe uno dei capisaldi regolamentativi della materia, ovvero il principio di precauzione.

La sicurezza alimentare può essere definita, in termini generali, come la condizione per la quale tutte le persone abbiano accesso – economicamente, socialmente e materialmente – a cibi sicuri, nutrienti e sufficienti a soddisfare necessità e preferenze alimentari e a garantire una vita attiva e sana<sup>5</sup>. Invero, il lessema italiano "sicurezza alimentare" risulta ambivalente, perché sintetizza e include al suo interno due concetti che hanno assunto autonomia definitoria e che vengono indicati in lingua inglese con le espressioni "food security" e "food safety"<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. G. Rossi, *Diritto dell'ambiente e diritto dell'alimentazione*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 1/2015, 3. Sul tema, si vedano anche la ricostruzione sistematica di M. Gnes, *Alimenti*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti e G. Greco, Parte speciale, Tomo I, Milano, 2007, 119 e lo studio di S. Carmignani, *Agricoltura e ambiente. Le reciproche implicazioni*, Torino 2012.

<sup>3</sup> L'instaurarsi di un rapporto di conflittualità o sinergia tra ambiente e alimentazione dipende interamente dalla capacità del sistema di rispondere attivamente ai dettami di sostenibilità e integrazione. Rispetto alla dimensione ambientale-ecologica, il sistema alimentare, per dirsi sostenibile, dovrebbe garantire produzioni compatibili con l'equilibrio e la conservazione delle risorse naturali, la protezione della biodiversità e la preservazione dell'equilibrio climatico.

<sup>4</sup> In tal senso, la sicurezza alimentare si pone come uno dei capisaldi dell'approccio olistico di *One Health*, basato sui sistemi che riconoscano le interrelazioni necessarie tra salute umana, animale, vegetale e ambientale. Cfr. FAO, UNEP, WHO, e WOA, *One Health Joint Plan of Action (2022-2026). Working together for the health of humans, animals, plants and the environment*. Roma, 2022.

<sup>5</sup> Si tratta della definizione multidimensionale di sicurezza alimentare offerta nel 2001 dall'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'alimentazione e l'agricoltura (FAO, *Food and Agriculture Organization*). Cfr. FAO, *The state of food insecurity*, Roma, 2001.

<sup>6</sup> Sull'inquadramento della nozione di sicurezza alimentare e sulla distinzione tra *food safety* e *food security*, si vedano, *ex multis*: L. Costato, F. Albisinni, *European And global food law*, Milano, 2016; M. Ramajoli, *Dalla «food safety» alla «food security» e ritorno*, in *Amministrare*, 2015, 2-3, 271 ss.; L. Costato, S. Rizzoli, voce *Sicurezza alimentare*, cit.; F. Albisinni, *Strumentario di diritto alimentare europeo*, Torino, 2023; V. Parisio, *Food safety and quality law: a transnational perspective*, Torino, 2015.

La prima è riferita alla necessità di avere cibo a sufficienza, dunque alla sicurezza della disponibilità alimentare (che richiama alla mente la celebre frase di Simone Weil per la quale «tutti si rappresentano il progresso come il passaggio a uno stato di società umana nel quale, prima di tutto, la gente non soffrirà la fame»<sup>7</sup>); la seconda è connessa più precisamente alla garanzia di igiene e salubrità dei prodotti, dunque all'assenza di rischi per la salute umana nel consumo di alimenti e si presenta tanto come sicurezza tossicologica e nutrizionale dell'alimento, quanto come sicurezza informativa dell'utente in merito alle caratteristiche dell'alimento e alla sua rintracciabilità<sup>8</sup>.

È a questa seconda accezione di sicurezza alimentare – cui si legano tutti i processi che riguardano produzione, trasformazione, trasporto e consumo umano degli alimenti e che presenta rilevanti connessioni con le funzioni di tutela della salute – che si farà riferimento nelle pagine che seguono.

Le vicende della *food safety* possono essere esaminate da molteplici prospettive. Estremamente rilevante è, innanzitutto, il legame privilegiato che essa ha, sia a livello globale che locale, con lo sviluppo sostenibile<sup>9</sup>. Questo legame si manifesta in una duplice direzione. Da una parte, sono i sistemi di produzione alimentare – per la portata inquinante di determinati procedure intensive e per il loro impatto sull'ambiente e sul mondo animale<sup>10</sup> (si pensi alle crisi sanitarie legate alla ripetuta diffusione di zoonosi) – a collocarsi tra le principali cause dei cambiamenti climatici<sup>11</sup> richiedendo una soglia di attenzione sempre più elevata da parte delle autorità responsabili affinché gli alimenti immessi sul mercato non siano contaminati o insalubri. D'altro canto, all'attuazione del principio dello sviluppo sostenibile (anche alla luce dei precetti condensati nel Piano nazionale di ripresa e resilienza) si lega la necessità che alcuni tra gli obiettivi che incidono positivamente sulla sicurezza degli alimenti (quali la tutela della biodiversità<sup>12</sup>, il potenziamento

---

<sup>7</sup> S. Weil, *La prima radice. Preludio ad una dichiarazione dei doveri verso la creatura umana*, Milano, 1980.

<sup>8</sup> Cfr. M. Ramajoli, *Dalla «food safety» alla «food security» e ritorno*, cit.

<sup>9</sup> Cfr. C. Napolitano, *Sicurezza alimentare ed etica della sostenibilità: profili di diritto amministrativo*, in *Federalismi*, 2018. Alcuni commentatori hanno ritenuto che la sostenibilità dei sistemi alimentari o *food sustainability* possa considerarsi come ulteriore componente della stessa sicurezza alimentare: cfr. F. Bruno, *Il diritto alimentare*, Padova, 2022, 204 ss.

<sup>10</sup> L'etica del cibo, pur presentando precipue caratteristiche e rilevanti connotazioni culturali, può essere considerata come una parte dell'etica ambientale, cioè di quella disciplina che studia la relazione etica fra gli esseri umani e l'ambiente. Cfr. D.M. Kaplan (ed.), *The Philosophy of Food*, Berkeley, 2012.

<sup>11</sup> Specularmente, il settore alimentare risulta essere anche uno dei più vulnerabili rispetto agli stessi cambiamenti climatici: gli eventi meteorologici estremi, l'innalzamento dei livelli dei mari, l'incremento della desertificazione, della siccità e della salinizzazione dei terreni hanno, in tutta evidenza, un impatto spesso disastroso sulle produzioni, alterandone il normale ciclo regolativo.

<sup>12</sup> La tutela della biodiversità – di cui la tutela della biodiversità agraria e zootecnica costituisce una *species* – è oggetto di specifica disciplina giuridica interna, condensata nella legge 1 dicembre 2015, n. 194, "Disposizioni per la tutela e la valorizzazione della biodiversità di interesse agricolo e alimentare", che ha introdotto nel

dell'agricoltura biologica, il miglioramento del benessere degli animali e la riduzione dell'utilizzo di pesticidi e fertilizzanti<sup>13</sup>) assumano primaria rilevanza nelle politiche globali di sviluppo territoriale, a tutti i livelli di governo<sup>14</sup>.

Quel che emerge è una sorta di “modello circolare”, nell'ambito del quale le garanzie di sicurezza del prodotto (e del suo consumatore) non possono prescindere dall'effettività delle regole che presidiano la sicurezza del processo produttivo.

Il tema è certamente vastissimo e ricco di implicazioni e non può essere affrontato in questa sede in maniera esaustiva; se ne metterà, dunque, a fuoco un profilo specifico, relativo al modo in cui il potere amministrativo di controllo, ai diversi livelli di governo, interviene sulla regolamentazione della filiera al fine di garantire la più ampia sicurezza dei consumi.

## 2. *La regolazione dell'intervento pubblico nel settore alimentare*

L'evoluzione dell'intervento amministrativo in materia agroalimentare può essere convenzionalmente articolata in tre fasi storiche, attraverso le quali si è realizzata la progressiva metamorfosi dello *ius publicum alimentarium* da disciplina preordinata alla garanzia del solo fattore igienico a settore di azione amministrativa organica e capillare<sup>15</sup>.

Per un lungo periodo di tempo le questioni giuridiche connesse al settore alimentare sono state, infatti, prese in considerazione dai pubblici poteri esclusivamente alla luce di un insieme di regole giuridiche volte a colpire le situazioni

---

nostro ordinamento una serie di innovative «disposizioni per la tutela e la valorizzazione della biodiversità di interesse agricolo e alimentare», ai fini della «tutela delle risorse genetiche di interesse alimentare ed agrario locali dal rischio di estinzione e di erosione genetica» (art. 1, co. 1). Questa legge, come rilevato in dottrina, costituisce una possibile sfera normativa di interazione tra il diritto dell'ambiente e diritto dell'alimentazione. Cfr. C. Napolitano, *Il bene alimentare: necessità e sostenibilità*, in *Il diritto dell'economia*, 2021, 1, 173. Sull'argomento, si veda anche M. Benozzo, *La tutela degli ecosistemi e della biodiversità nel codice ambientale: gli strumenti ripristinatori e risarcitori del pregiudizio ecologico*, Roma, 2008. In tema di biodiversità agraria e zootecnica, cfr. EFSA, *Biodiversity as protection goal in environmental risk assessment for EU agro-ecosystems* (Summary report, Scientific Colloquium 27-28 november 2013, Parma, Italy), Luxembourg, 2014.

<sup>13</sup> Cfr. M. Ramajoli, *Quale futuro per la regolazione alimentare?* In *Milan Law Review*, 2021, 2, spec. 70. La sicurezza alimentare è, infatti, da intendersi anche come cura delle derrate e dei prodotti «contro inopportune alterazioni artificialmente introdotte, proprio al fine di assicurare la preservazione della diversità biologica di indiscussa valenza intergenerazionale» (cfr. L. Chieffi, *Scelte alimentari e diritti della persona: tra autodeterminazione del consumatore e sicurezza sulla qualità del cibo*, in F. Del Pizzo, P. Giustiniani, *Bioetica, ambiente e alimentazione: Per una nuova discussione*, Milano, 2014).

<sup>14</sup> Rilevanza riconosciuta anche oltre in confini nazionali. Cfr. K. Goodburn, *Eu food law. A practical guide*, Cambridge, 2001, 17: «[t]he regulation of food safety represents a particularly important dimension of public policy for four reasons: first, few areas of public policy so directly, personally and continually affect the well-being of every citizen [...]. Second, the regulation of food safety has important economic dimensions [...]. Third, the Regulation of food safety has an important international dimension [...]. Finally, few areas of government regulation of business have such an important cultural dimension».

<sup>15</sup> Cfr. S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-bari, 2003, 113.

già concretizzate di non salubrità degli alimenti, attraverso un approccio di “polizia igienico-sanitaria”<sup>16</sup>, progressivamente integrato da un apparato di sanzioni penali e civili. Compito dell’amministrazione era, in questa fase, esclusivamente quello di individuare le situazioni igienicamente inadeguate e di intervenire con strumenti repressivi<sup>17</sup>.

È solo in un secondo momento storico – collocato a cavallo tra il XIX e il XX secolo – che le politiche alimentari dello stato liberale italiano si sono estese sino alla valorizzazione della garanzia degli approvvigionamenti, al fine di realizzare anche quella che oggi definiamo *food security*. Il passaggio è importante, perché è in questa fase che le questioni connesse all’alimentazione, da fatto privato, sono divenute vero e proprio interesse pubblico, legittimando un intervento più diretto e anticipato dello Stato nel settore<sup>18</sup>.

Il terzo, ultimo e più rilevante passaggio di questo processo evolutivo è avvenuto a partire dalla seconda metà del 1900, quando l’alimentazione e i suoi prodotti – anche grazie ai processi di integrazione europea e, in particolare, alla disciplina del mercato comune – hanno assunto le vesti di fattore produttivo strategico e strumento per lo sviluppo dell’economia e del mercato<sup>19</sup>. È in questo momento che il ruolo dello Stato è radicalmente mutato: l’intervento dei pubblici poteri è transitato dall’emanazione di misure poste in senso stretto a tutela della salute (in relazione al cibo), alla realizzazione di azioni necessarie a predisporre le migliori condizioni per la realizzazione, ad ampio raggio, di tale tutela.

I provvedimenti che hanno segnato il passaggio a questa “terza fase” sono il Regolamento CE n. 178 del 28 gennaio 2002 (che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l’Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare alla luce

---

<sup>16</sup> Cfr. F. Cammeo, *Sanità pubblica*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Parte II, vol. IV, 1905, 213 ss.

<sup>17</sup> Il T.U. delle leggi sanitarie (R.D. 27 luglio 1934, n. 1265) assoggettava a vigilanza “per la tutela della sanità pubblica” i fabbricanti e i commercianti di sostanze alimentari e di bevande di ogni specie.

<sup>18</sup> Come ricordato da A. Morrone, *Lineamenti di una Costituzione alimentare*, in *La regolazione della sicurezza alimentare tra diritto, tecnica e mercato: problemi e prospettive*, a cura di A. Morrone e M. Mocchegiani, Bologna, 2022, 10, la struttura amministrativa dedicata al settore alimentare trova in Italia la sua prima importante estrinsecazione nel 1917 con l’istituzione del Ministero per gli approvvigionamenti e dei consumi alimentari, che, soppresso nel 1919, venne poi sostituito da un sottosegretario presso il Ministero dell’industria. Con r.d.l. n. 222/1939 vennero, poi, istituiti a livello centrale una Direzione generale dell’alimentazione presso il Ministero dell’agricoltura e, nelle periferie, i relativi organi provinciali, denominati Sezioni provinciali dell’alimentazione (SAPRAL). Dopo la guerra, le competenze passarono all’Alto commissariato dell’alimentazione, posto alle dipendenze della Presidenza del Consiglio (cfr. d.l. lt. n. 410/1944 e n. 411/1944) fino al 1958, anno in cui – con la legge n. 199/1958 – le competenze in materia transitarono in capo al Ministero dell’agricoltura. Sul tema, cfr. F. Corsi, *Alimentazione*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, 1 ss.

<sup>19</sup> Cfr. A. Morrone, *Lineamenti di una Costituzione alimentare*, cit., 9 ss.

del principio di precauzione<sup>20</sup>) e il cd. “Pacchetto igiene” del 2004 (formato dai regolamenti CE n. 852/2004 sull’igiene dei prodotti alimentari; n. 853/2004 sull’igiene degli alimenti di origine animale; n. 854/2004 sui controlli ufficiali sui prodotti di origine animale destinati al consumo umano; 882/2004 sui controlli ufficiali su mangimi, alimenti e benessere animale<sup>21</sup>).

Da qui in avanti si è assistito a quella che attenta dottrina ha definito la «giuridificazione del settore alimentare»<sup>22</sup>, a seguito della quale la tutela della *food safety*, nelle sue molteplici estrinsecazioni, si è definitivamente assestata come pilastro fondamentale delle politiche europee.

Oggi il sistema amministrativo italiano che ruota intorno alla filiera agroalimentare appare molto articolato. Sul piano normativo – posto che la base costituzionale della *food safety* deve essere ricercata nell’art. 32 della Costituzione, poiché alimento “sicuro” è innanzitutto quello che non si riveli dannoso per la salute<sup>23</sup> – si è sviluppata in materia una corposa legislazione europea che opera principalmente sul piano preventivo-anticipatorio, alla luce dei principi di prevenzione e di precauzione<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Sulle procedure di valutazione, gestione e comunicazione del rischio delineate dal Regolamento CE n. 178/2002 cfr. V. Parisio, *Sicurezza alimentare, funzione amministrativa e giudice amministrativo interprete del diritto interno ed europeo*, in *La sicurezza alimentare. Profili normativi e giurisprudenziali tra diritto interno, internazionale ed europeo*, a cura di C. Bottari, Rimini, 2015, 75 ss.

<sup>21</sup> In particolare, il Regolamento CE 882/2004 – che rappresenta il primo provvedimento orizzontale, destinato all’uniforme vigilanza nel comparto agroalimentare – prospettava già disposizioni destinate sia all’attività di routinaria sorveglianza, sia agli interventi straordinari, da compiersi nei casi sospetti, mediante ispezioni, verifiche, *audit*, campionamenti ed analisi. Cfr. F. Aversano, *Il sistema dei controlli ufficiali*, in *Trattato di diritto alimentare italiano e dell’Unione Europea*, a cura di P. Borghi, I. Canfora, A. Di Lauro, L. Russo, Milano, 2024, 924.

<sup>22</sup> Cfr. M. Ramajoli, *La giuridificazione del settore alimentare*, in *Diritto amministrativo*, 4/2015, 657 ss.: «[p]er parlare propriamente di giuridificazione del settore alimentare devono realizzarsi due condizioni. Anzitutto la presa in carico da parte dei pubblici poteri non solo dell’interesse sanitario, ma anche di tutti gli altri eterogenei interessi in gioco, identificabili essenzialmente con la tutela dell’agricoltura, dell’utilizzo dei suoli, dell’ambiente, degli scambi commerciali, del consumatore e della sicurezza dei lavoratori. In secondo luogo, al suddetto ampliamento di fini istituzionali si deve accompagnare l’allargamento del campo di intervento normativo, da estendere a tutta la catena alimentare e inclusivo di ogni profilo avente un’incidenza anche indiretta in materia (dall’etichettatura alla pubblicità, dai materiali di confezionamento alla tracciabilità degli alimenti, dei mangimi e degli animali destinati alla produzione alimentare, dal ritiro degli alimenti e dei mangimi alla ricerca e allo sviluppo tecnologico)»

<sup>23</sup> R. Ferrara, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti Vol. V, *Salute e sanità*, a cura di R. Ferrara, 3 ss.

<sup>24</sup> Quest’ultimo principio, com’è noto, consente di adottare misure provvisorie di gestione senza attendere che siano del tutto dimostrate la realtà e la gravità del rischio, a condizione che siano non discriminatorie, obiettive e proporzionate. Dalla “Comunicazione della Commissione europea del 2 febbraio 2000 sul principio di precauzione”, emerge chiaramente come esso trovi applicazione ogni qual volta «una preliminare valutazione scientifica obiettiva indica che vi sono ragionevoli motivi di temere effetti nocivi sull’ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante». Nato in materia ambientale (ora art. 191, par. 2, TFUE) il principio è solennemente affermato per la materia alimentare dal Regolamento CE n. 178/2002. Cfr. F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell’amministrazione di rischio*, Milano, 2005; Id., *Il principio di precauzione*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna, F. Saitta, Milano, 2012, 413 ss.; P. Borghi,

Accanto alla normativa europea convivono norme pattizie internazionali, ma anche norme di natura privata nella forma di *standard* contrattuali e ovviamente il ricco *corpus* di leggi interne, statali e regionali<sup>25</sup>. Questa complessità normativa si traduce inevitabilmente in complessità di *governance*, che determina a sua volta la compresenza di diverse autorità titolari del potere regolatorio e gestorio<sup>26</sup> – lo Stato, le Regioni, altri enti pubblici (locali e non), la Commissione europea, l’Autorità europea per la sicurezza alimentare, l’Organizzazione Mondiale del Commercio, la *Codex Alimentarius Commission*<sup>27</sup> – al punto che non è agevole tracciare, in tale contesto, confini ben chiari e definiti nel riparto di competenze.

Sul piano organizzativo, secondo un’impostazione accolta in dottrina, l’azione amministrativa si articola su quattro livelli che fanno capo a differenti enti ed organi: la Commissione europea, le autorità indipendenti europee (l’Autorità europea per la sicurezza alimentare – EFSA *in primis*), i comitati rappresentativi e le amministrazioni nazionali<sup>28</sup>.

Anche sul versante del *modus operandi* lo strumentario pubblicistico risulta notevolmente diversificato. Originariamente, come si è ricordato nella breve ricognizione storica effettuata, il ruolo del diritto pubblico nel settore aveva esclusivamente natura repressiva e sanzionatoria. Oggi, invece, si assiste a un impiego di differenti misure pubblicistiche, che hanno il fine (non soltanto di proteggere l’interesse super-sensibile alla salute dell’uomo, ma altresì) di promuovere tutte le azioni necessarie ai fini del corretto funzionamento della filiera, garantendo la rintracciabilità dei prodotti e la trasparenza nelle informazioni: si va dagli atti di programmazione e pianificazione ai provvedimenti regolatori e abilitativi, dai controlli sulle fasi di produzione e commercio, all’irrogazione di sanzioni e alla previsione di divieti<sup>29</sup>.

---

*Il rischio alimentare e il principio di precauzione*, in *Trattato di diritto agrario*, a cura di A. Germanò, L. Costato, E. Rook Basile, Torino, 2011; M. Sollini, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare. Profili ricostruttivi*, Milano, 2006. A differenza di quanto avviene in altri ambiti d’azione, in materia alimentare il principio di precauzione non ha carattere cogente, dovendo essere sempre bilanciato con altri interessi, soprattutto quelli di tipo economico legati alla circolazione delle merci.

<sup>25</sup> Ai sensi dell’art. 117 della Costituzione italiana la materia alimentare è demandata alla potestà legislativa concorrente (al pari della tutela della salute), ma si interseca con ulteriori materie devolute alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, tra tutte concorrenza e ambiente. Per una ricostruzione della normativa, si veda F. Albinini, *Strumentario di diritto agroalimentare europeo*, Torino, 2017.

<sup>26</sup> Cfr. M. Ramajoli, *Quale futuro per la regolazione alimentare?*, cit., 61 ss.

<sup>27</sup> Cfr. D. Bevilacqua, *La Codex alimentarius Commission e la sua influenza sulle politiche comunitarie e nazionali*, in *Agricoltura Istituzioni e Mercati*, 2006.

<sup>28</sup> Cfr. A. Fioritto, *Agricoltura*, cit., 35 ss.; G. Primerano, *Ambiente e diritto agroalimentare. organizzazione, regolazione e controlli*, cit.

<sup>29</sup> Cfr. M. Ramajoli, *Quale futuro per la regolazione alimentare?*, cit., 64; G. Primerano, *Ambiente e diritto agroalimentare. organizzazione, regolazione e controlli*, in *Diritto amministrativo*, 2019, 3, 617 ss.



### 3. *Il sistema dei controlli amministrativi sulla filiera agroalimentare alla luce del Regolamento (UE) 2017/625*

Come sopra ricordato, la regolazione della *food safety* si articola in un complesso reticolo di azioni, che vede la sovrapposizione tra organismi statali e sovranazionali e strumenti di controllo volontario adottati dagli operatori economici<sup>30</sup>.

Uno dei principi portanti della politica dell'UE in materia è la previsione per la quale ciascun paese dell'Unione deve disporre di un sistema efficace di controlli definiti "ufficiali", che consenta di verificare e, ove necessario, imporre, la conformità di attività e prodotti alla normativa europea, lungo tutta la filiera. Il potere di controllo rappresenta forse il momento più importante dell'esercizio dell'azione amministrativa nazionale in materia, in diretta applicazione del principio di precauzione.

Nel diritto amministrativo italiano quella di controllo è di per sé una funzione estremamente rilevante, che si esprime sia come attività endoprocedimentale, sia come autonomo procedimento amministrativo volto alla verifica della legalità-legittimità di determinate attività, pubbliche e private<sup>31</sup>. Nel contesto esaminato, tale funzione può essere inquadrata come controllo pubblico sulle attività di soggetti privati<sup>32</sup>, inteso principalmente in ottica preventiva e a contenuto variabile, poiché relativo a tutti i profili della *food safety*, ovvero la sicurezza tossicologica (riferita alla composizione del prodotto), la sicurezza nutrizionale (riferita all'assenza di svantaggi per il consumatore sul piano nutrizionale) e la sicurezza informativa (relativa alla necessità di garantire un'adeguata e completa comunicazione al consumatore in merito alle caratteristiche del prodotto)<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Come rilevato in dottrina, è stato innanzitutto il Reg. n. 178 del 2002 ad affiancare alla prevalente logica punitivo-affittiva del passato una diversa impostazione volta a responsabilizzare l'operatore e a istituire un sistema «preventivo e attivo, centrato sull'autoresponsabilità dell'impresa e non affidato soltanto all'intervento dei controlli pubblici». Così, F. Albisinni, *Sicurezze e controlli: chi garantisce cosa?*, in *Riv. dir. alim.*, 2011, 4, 5.

<sup>31</sup> Per un inquadramento dottrinale generale della figura del controllo amministrativo, si vedano: M.S. Giannini, *Controllo: nozioni e problemi*, cit.; G. Berti e L. Tumati, *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir.*, X, 1962, 298 ss.; A. Crosetti, *I controlli amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989; G. De Giorgi Cezzi, *I controlli nell'amministrazione moderna: la funzione di controllo dal garantismo alla regolazione*, Roma-Bari, 1990; O. Sepe, *Controlli*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1993; G. Berti e N. Marzona, *Controlli Amministrativi*, in *Enc. dir.*, III agg., 1999; M. De Benedetto, *Controlli, II) controlli amministrativi*, in *Enc. giur.*, 2007, 9; G. D'Auria, *I controlli*, in *Trattato di diritto amministrativo: diritto amministrativo generale*, II, a cura di S. Casese, Milano, 2003, 1343 ss.

<sup>32</sup> Pur nella eterogeneità della nozione, nell'ordinamento italiano possono distinguersi due macro-tipologie di controlli svolti dai soggetti pubblici: quelli sull'amministrazione e quelli sui privati. Cfr. M.S. Giannini, *Controllo: nozione e problemi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1974, 4, 1263 ss. Per un approfondimento sul tema dei controlli sulle attività dei privati, cfr. L. Lorenzoni, *I controlli pubblici sull'attività dei privati e l'effettività della regolazione*, in *Dir. pub.*, 2017, 3, 779 ss.

<sup>33</sup> Cfr. L. Costato, S. Rizzioli, voce *Sicurezza alimentare*, in *Dig. disc. priv.*, Aggiornamento V, Torino, 2010, 912 ss.

Tralasciando, in questa sede, i controlli preventivi ed endoprocedimentali che vengono svolti dalle autorità amministrative in sede di rilascio dei numerosi provvedimenti ampliativi e autorizzatori che incidono sul sistema agroalimentare<sup>34</sup>, l'analisi sarà focalizzata sui già citati "controlli ufficiali", a partire dalla normativa europea che li disciplina, ovvero il Regolamento 2017/625 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2017, anche noto come "Regolamento sui controlli ufficiali" (indicato con l'acronimo OCR) e recepito in Italia con il D.Lgs. 2 febbraio 2021, n. 27.

Il Regolamento (UE) 2017/625 rappresenta un'imponente norma quadro che, partendo dalle esperienze applicative del pacchetto igiene, ha razionalizzato il sistema dei controlli in un unico provvedimento legislativo armonizzante<sup>35</sup>, esteso a tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione di merci, animali e piante. Con tale provvedimento i controlli, per la prima volta, oltre a tutelare i principi della *food safety*, assumono il benessere animale e la protezione delle piante da organismi nocivi quale oggetto di per sé rilevante e meritevole di specifica attenzione da parte dei pubblici poteri. Sicché, alla luce di un'evoluta nozione di rischio<sup>36</sup>, i pericoli che devono essere considerati in sede di controlli ufficiali, non sono soltanto quelli che possono incidere, direttamente o indirettamente, sulla salute umana, ma anche tutti quelli che possono nuocere alla salute animale o vegetale, al benessere degli animali o all'ambiente<sup>37</sup>.

Per "controlli ufficiali", a sensi dell'art. 2 del Regolamento stesso, si intendono le attività di verifica eseguite dalle "autorità competenti" sull'attività degli operatori e sulle merci, al fine di accertarne la coerenza con la normativa vigen-

---

<sup>34</sup> Basti pensare ai procedimenti finalizzati al rilascio di autorizzazioni relative all'esercizio del commercio o al confezionamento dei prodotti e alla conduzione degli allevamenti, nonché alla registrazione delle denominazioni in materia di qualità alimentare. In tema, con particolare riguardo alla distinzione fra controlli ufficiali di tipo ispettivo e di tipo conoscitivo, F. Fonderico, *L'igiene pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, a cura di S. Cassese, Tomo I, II ed., Milano, 2003, 747 ss.

<sup>35</sup> «Il presente regolamento mira a stabilire un quadro armonizzato a livello dell'Unione per l'organizzazione di controlli ufficiali, e di attività ufficiali diverse dai controlli ufficiali, nell'intera filiera agroalimentare, tenendo conto delle norme sui controlli ufficiali di cui al regolamento (CE) n. 882/2004 e alla pertinente legislazione settoriale, e dell'esperienza acquisita con l'applicazione di tali norme»: considerando (20), Regolamento (UE) 2017/625. Cfr. F. Albisinni, *Il Regolamento (UE) 2017/625: controlli ufficiali, ciclo della vita, impresa, e globalizzazione*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2018, 1, che definisce il Regolamento 2017/625 come «il regolamento della complessità e della globalizzazione», che assume – tra le altre – la fondamentale funzione di realizzare la «unificazione sistemica ed istituzionale dei sistemi di controllo in materia agroalimentare».

<sup>36</sup> «Il modello della sicurezza alimentare europea esige dagli interpreti e dagli operatori un'indagine minuziosa circa i suoi complessi livelli organizzativi concretamente attuati nonché un costante monitoraggio nell'ottica propria del diritto vivente o, se si vuole, della Costituzione materiale»: così. A. Jannarelli, *La governance della sicurezza alimentare: l'esigenza di un monitoraggio costante del modello*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2009, 4, 3.

<sup>37</sup> Cfr. F. Albisinni, *Il Regolamento (UE) 2017/625: controlli ufficiali, ciclo della vita, impresa, e globalizzazione*, cit., 24.

te<sup>38</sup>. A determinate condizioni, l'Amministrazione può delegare specifici compiti di controllo ad altri soggetti, individuati con un provvedimento formale, attraverso cui venga attestata in capo al delegato la sussistenza di una serie di condizioni e di specifici requisiti<sup>39</sup>.

In Italia "autorità competenti" a pianificare, programmare, eseguire, monitorare e rendicontare i controlli ufficiali nelle rispettive sfere di competenza sono, a norma dell'articolo 2, comma 1 del D.Lgs. 2 febbraio 2021, n. 27, il Ministero della salute, le Regioni, le Province autonome e le Aziende sanitarie locali<sup>40</sup>. Il sistema delle attribuzioni risulta, tuttavia, concretamente molto frammentato e coinvolge in maniera rilevante anche altri soggetti pubblici. I controlli ufficiali condotti nelle strutture delle Forze armate, comprese quelle relative alle attività dei contingenti impiegati nelle missioni internazionali spettano, infatti, al Ministero della difesa<sup>41</sup>. Ulteriori importanti e corposi poteri di controllo sono, poi, riconosciuti in capo al Ministero dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> «La legislazione dell'Unione prevede una serie di norme armonizzate per garantire che gli alimenti e i mangimi siano sicuri e sani e che le attività che potrebbero avere un impatto sulla sicurezza della filiera agroalimentare o sulla tutela degli interessi dei consumatori in relazione agli alimenti e alle informazioni sugli alimenti siano eseguite nel rispetto di prescrizioni specifiche. La normativa dell'Unione si propone inoltre di garantire un elevato livello di salute umana, animale e vegetale, nonché di benessere degli animali nella filiera agroalimentare e in tutti i settori di attività che hanno come obiettivo fondamentale la lotta alla possibile diffusione delle malattie degli animali, in alcuni casi trasmissibili all'uomo, o degli organismi nocivi per le piante o per i prodotti vegetali, nonché di garantire la tutela dell'ambiente dai rischi derivanti da organismi geneticamente modificati (OGM) o da prodotti fitosanitari. L'applicazione corretta di tale normativa, indicata in seguito collettivamente come "legislazione dell'Unione in materia di filiera agroalimentare", contribuisce al funzionamento del mercato interno»: considerando (3), Regolamento (UE) 2017/625.

<sup>39</sup> Cfr. artt. 28, 29 e 30 del Regolamento (UE) 625/2017. L'organismo (o la persona fisica) delegato: deve possedere le competenze, le attrezzature e le infrastrutture necessarie per eseguire tali compiti riguardanti i controlli ufficiali; deve disporre di un numero sufficiente di addetti adeguatamente qualificati ed esperti; deve essere imparziale ed esente da qualsiasi conflitto di interessi; deve essere accreditato conformemente alle norme pertinenti ai compiti delegati in questione, tra cui la norma EN ISO/IEC 17020; deve disporre di un numero sufficiente di addetti adeguatamente qualificati ed esperti e di poteri sufficienti a svolgere i compiti relativi ai controlli ufficiali che gli sono stati delegati; deve attenersi a procedure atte a garantire un coordinamento efficiente ed efficace con l'autorità delegante.

<sup>40</sup> I controlli vengono effettuati nei seguenti settori: alimenti e loro sicurezza (in tutte le fasi di produzione, trasformazione e distribuzione); mangimi e loro sicurezza (in qualsiasi fase di produzione, trasformazione, distribuzione e uso, anche con riferimento a mangimi costituiti, contenenti o derivati da OGM); salute e benessere animale; sottoprodotti di origine animale e prodotti derivati, ai fini della prevenzione e della riduzione dei rischi sanitari per l'uomo e per gli animali; prescrizioni per l'immissione in commercio e l'uso di prodotti fitosanitari. Gli stessi soggetti hanno il compito di procedere all'adozione delle azioni esecutive previste dagli articoli 137 e 138 del Regolamento (UE) 2017/625 e di accertare e contestare le relative sanzioni amministrative.

<sup>41</sup> Il Ministero della Difesa può procedere anche a effettuare controlli ufficiali negli stabilimenti siti al di fuori delle strutture militari che forniscono merce per le Forze Armate, previo coordinamento con l'Azienda sanitaria locale competente sullo stabilimento oggetto di controllo, la quale sarà destinataria anche dell'esito di tali controlli. Restano ferme le competenze e le attribuzioni del servizio sanitario del Corpo della Guardia di finanza, come stabilite dall'articolo 64 del decreto legislativo 19 marzo 2001, n. 69, nelle strutture che si trovano nella disponibilità del medesimo corpo.

<sup>42</sup> Il Ministero dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste ha competenza sia con riferimento alla legalità delle pratiche commerciali e alla tutela degli interessi e dell'informazione dei consumatori

Anche per tale ragione, il Regolamento (UE) 2017/625 prevede la costituzione di un “Organismo unico”, istituzionalmente responsabile di coordinare tutte le amministrazioni preposte ai controlli e di mantenere la collaborazione e i contatti con la Commissione europea e gli altri Stati membri. In Italia questo importante compito spetta al Ministero della salute (ai sensi dell’art. 2 del D. lgs n. 27/2021). Nell’ambito dell’organizzazione ministeriale, il D.M. 8 aprile 2015 ha, poi, attribuito le specifiche competenze in materia al responsabile della Direzione Generale per l’Igiene e la Sicurezza degli Alimenti e la Nutrizione (DGISAN), che è, dunque, l’organo formalmente qualificato come “Organismo unico” alla luce della normativa comunitaria<sup>43</sup>.

### 3.1. *Il Piano di controllo nazionale pluriennale*

In materia di controlli, la previsione di una fase di pianificazione, antecedente all’esercizio del controllo stesso, risponde a diverse e importanti esigenze. Innanzitutto, consente di incrementare l’effettività della funzione: la definizione anticipata e chiara degli obiettivi e dei criteri del controllo consente di aumentare la *compliance* dell’attività e di ridurre gli oneri amministrativi. La pianificazione del controllo supporta, poi, la predisposizione di un’analisi del rischio, al fine di identificare le attività nell’ambito delle quali la probabilità di violazione degli obblighi è più alta e l’impatto dell’inosservanza delle regole risulta più incisivo<sup>44</sup>. Da ultimo, l’azione pianificatoria si pone come strumento fondamentale ai fini di un inquadramento sistematico di tutti i fattori che intervengono sul settore oggetto di controllo.

Nel caso della sicurezza alimentare, solo attraverso la pianificazione preventiva è, infatti, possibile prendere contestualmente in considerazione tutti gli elementi che influiscono – direttamente o indirettamente – sulle produzioni agro-zootecniche, integrando gli aspetti igienico-sanitari con tutto ciò che riguarda la qualità merceologica dei prodotti e la loro disciplina commerciale.

Il Regolamento (UE) 2017/625 contiene a riguardo indicazioni precise.

Viene, infatti, previsto l’obbligo per gli Stati Membri di definire uno specifico strumento pianificatorio, denominato Piano di controllo nazionale pluriennale (indicato con l’acronimo PCNP), attraverso cui inquadrare il sistema di con-

---

(comprese le norme di etichettatura), sia con riguardo ai mangimi (per la tutela degli aspetti qualitativi e merceologici, compresa l’etichettatura, la sicurezza, la correttezza e trasparenza delle transazioni commerciali), alle misure di protezione contro gli organismi nocivi per le piante, alla produzione e all’etichettatura dei prodotti biologici, all’uso e all’etichettatura dei prodotti DOP, IGP e delle specialità tradizionali garantite.

<sup>43</sup> Cfr. art. 109, comma 2, Regolamento (EU) 2017/625 e art. 3, D.lgs. n. 27/2021.

<sup>44</sup> Cfr. L. Lorenzoni, *I controlli pubblici sull’attività dei privati e l’effettività della regolazione*, cit., 802.

trolli ufficiali svolti sul territorio nazionale. In Italia il Piano di controllo è stato predisposto per il quinquennio 2023-2027 con l'Intesa Stato-Regioni sancita nella seduta del 22 marzo 2023 (n. 55/CSR), che ne ha approvato la struttura e gli obiettivi strategici<sup>45</sup>.

In linea con le funzioni della pianificazione sopra richiamate, il PCNP si articola intorno a due diverse finalità, strettamente correlate tra loro.

La prima è una finalità di natura descrittiva, che viene espressa attraverso l'esatta mappatura del sistema dei controlli ufficiali previsti lungo la filiera. In tal senso, l'atto rappresenta una base informativa fondamentale sia per i soggetti incaricati di verificarne l'attuazione, sia per i cittadini interessati a prendere cognizione dell'attività amministrativa svolta in tale settore<sup>46</sup>.

Il Piano ha anche una fondamentale funzione di natura strategico-gestionale, poiché l'opera pianificatoria risulta decisiva al fine di assicurare il coordinamento delle funzioni amministrative tanto nella predisposizione, quanto nella realizzazione dei controlli ufficiali, razionalizzando e ottimizzando l'uso delle risorse disponibili e individuando la migliore suddivisione delle competenze tra le varie amministrazioni coinvolte.

Sul piano intrinseco, la principale particolarità del Piano è la non staticità dell'atto che lo contiene. Il PCNP, infatti, dopo essere stato pubblicato, ai sensi dell'articolo 111 del Regolamento (UE) 2017/625, deve essere costantemente aggiornato sulla base dei risultati delle attività progressivamente svolte, delle modifiche normative sopravvenute e delle evidenze scientifiche successivamente emerse. L'aggiornamento del Piano è funzionalmente correlato alla predisposizione e pubblicazione di una relazione annuale (prevista dall'art. 113 del Regolamento<sup>47</sup>) che deve essere trasmessa entro il 31 agosto di ogni anno alla Commissione europea, con la doppia funzione di verificare l'attività svolta (inquadrando il livello di attuazione delle attività di controllo e monitorando il progressivo raggiungimento degli obiettivi già stabiliti) e di orientare le nuove misure da inserire nel Piano.

Il processo di modifica e adattamento del Piano di Controllo Nazionale Pluriennale si rifa, in tutta evidenza, al noto ciclo di Deming (o ciclo PDCA, dal-

---

<sup>45</sup> Il Piano è interamente consultabile all'indirizzo web: [www.salute.gov.it/portale/pianoControlloNazionalePluriennale2023/homePCNP2023.jsp](http://www.salute.gov.it/portale/pianoControlloNazionalePluriennale2023/homePCNP2023.jsp).

<sup>46</sup> «Gli Stati membri provvedono affinché il PCNP di cui all'articolo 109, paragrafo 1, sia messo a disposizione del pubblico, ad eccezione delle parti del piano la cui divulgazione potrebbe compromettere l'efficacia dei controlli ufficiali»: così l'art. 111, comma 1 del Regolamento (EU) 2017/625.

<sup>47</sup> «Entro il 31 agosto di ogni anno, ciascuno Stato membro presenta alla Commissione una relazione contenente: a) eventuali modifiche al suo PNCP per tener conto dei fattori di cui all'articolo 111, paragrafo 2; b) gli esiti dei controlli ufficiali effettuati nell'anno precedente nel quadro del suo PNCP; c) il tipo e il numero di casi di non conformità alla normativa di cui all'articolo 1, paragrafo 2, rilevati nel corso dell'anno precedente dalle autorità competenti, per area; d) le misure adottate per assicurare il funzionamento efficace del PNCP, comprese le azioni di verifica dell'attuazione e i risultati di tali misure; [...]»: art. 113, comma 1, Regolamento (EU) 2017/625.

la sigla “Plan-Do-Check-Act”<sup>48</sup>, utilizzato in ambito aziendalista per il controllo e il miglioramento continuo di processi e prodotti in un’ottica a lungo raggio. Applicando il sistema al settore in esame, la prima fase del processo (Plan), che potremmo definire di programmazioni primaria, coincide con la prima redazione del Piano; la seconda fase riguarda l’attuazione e la sperimentazione delle misure in esso contenute (Do); la terza fase (Check) si innesta sulla verifica del sistema, attraverso l’analisi critica dei dati raccolti nella relazione annuale; la quarta e ultima fase prevede azioni correttive, sulla base dei dati raccolti, per il miglioramento del sistema (Act), sia a livello generale che settoriale.

Responsabile delle attività di coordinamento connesse al Piano è un “Nucleo permanente di coordinamento”<sup>49</sup>, la cui istituzione – già prevista nel Piano precedentemente vigente – è stata confermata dall’Intesa Stato Regioni n. 55/CSR del 22 marzo 2023 (la stessa con cui è stato approvato il Piano di controllo nazionale pluriennale per il quinquennio 2023/2027). Il Nucleo – che è costituito da dirigenti delle amministrazioni centrali coinvolte nel PCNP, tre rappresentanti delle Regioni e delle Province autonome individuati in sede di Conferenza delle Regioni e Province Autonome, un rappresentante dell’Istituto Superiore di Sanità, un rappresentante del Centro di Referenza Nazionale per l’Epidemiologia Veterinaria, la Programmazione, l’Informazione e l’Analisi del Rischio (COVEPI) e da rappresentanti delle forze di polizia – svolge anche funzioni consultive nei confronti dell’Organismo unico.

Al di là dell’attività di coordinamento, ciascuna Amministrazione mantiene comunque la competenza nei settori ad essa attribuiti nell’ambito di interesse del PCNP ed è, dunque, responsabile della gestione e dello svolgimento delle connesse attività di controllo e della predisposizione dei relativi contributi per la redazio-

---

<sup>48</sup> Si tratta del modello divenuto popolare negli Stati Uniti alla fine degli anni ‘80 del secolo scorso, messo a punto dallo studioso aziendalista W.E. Deming trent’anni prima in Giappone. Cfr. W.E. Deming, *Elementary Principles of the Statistical Control of Quality*, JUSE, 1950.

<sup>49</sup> Il Nucleo, in particolare: individua gli obiettivi strategici nazionali generali del PCNP ed i relativi obiettivi operativi; verifica l’eventuale esistenza di sovrapposizioni tra le competenze e le attività di controllo di diverse Amministrazioni; valuta le eventuali esigenze di modifica del PCNP, ai sensi del regolamento (CE) n. 625/2017, art. 111(2); definisce obiettivi e indicatori misurabili, individuando, inoltre, le eventuali esigenze di coordinamento tra le diverse attività riportate nel PCNP; verifica l’esistenza, anche in virtù dell’aggiornamento normativo, di eventuali carenze nell’attribuzione di funzioni e competenze alle diverse Amministrazioni coinvolte, anche in riferimento allo svolgimento delle attività di controllo e monitoraggio; individua specifiche modalità di cooperazione, volte ad assicurare la razionalizzazione nell’impiego delle risorse; effettua la funzione di “Nucleo valutatore” della relazione annuale al PCNP e, su richiesta delle autorità competenti centrali, svolgono la funzione di scrutinio indipendente di cui all’articolo 6 paragrafo 2 del regolamento (UE) 2017/625. Gli aspetti di sicurezza alimentare sono approfonditi dall’Istituto Superiore di Sanità e dal COVEPI. Cfr. Intesa, ai sensi dell’articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano concernente il “Piano di controllo nazionale pluriennale 2023-2027”, ai sensi dell’art. 109 del Regolamento (UE) 2017/625 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2017, consultabile su [www.statoregioni.it](http://www.statoregioni.it).

ne del Piano e della relazione annuale. Inoltre, alla luce di quanto previsto dall'Intesa Stato Regioni n. 55/CSR del 22 marzo 2023, alle Regioni è riconosciuta la facoltà di pianificare e avviare attività di controllo ufficiale anche al di fuori della programmazione nazionale. In tali casi, gli Enti regionali hanno il dovere di predisporre Piani coerenti con la struttura e con i criteri fondanti del PCNP e di aggiornare le specifiche sottosezioni dello stesso Piano nazionale, denominate attività regionali, allegando le risultanze dei controlli locali<sup>50</sup>.

### 3.2. *I procedimenti amministrativi di controllo ufficiale*

Come rilevato in dottrina, le attività amministrative di controllo su settori connotati dalla presenza di interessi pubblici sensibili – come l'ambiente e la salute – fanno emergere la natura “polisemica” della funzione, che «può dispiegarsi secondo moduli e linee di tendenza piuttosto variabili»<sup>51</sup>. Nel settore oggetto di analisi, sulla base del modello descritto nel PCNP, i controlli sulla filiera agroalimentare prevedono un'azione continuativa di monitoraggio, con una sorta di commistione tra i poteri di controllo propriamente intesi e quelli di regolazione *ex ante*, autorizzazione, informazione, ispezione, sospensione e conformazione.

Le attività di controllo amministrativo ufficiale<sup>52</sup> avvengono principalmente mediante l'esecuzione di ispezioni, *audit* e campionamenti<sup>53</sup>, predisposti ed effet-

<sup>50</sup> «In considerazione dell'ordinamento nazionale, le Regioni e le Province autonome predispongono e coordinano i Piani regionali in coerenza con la struttura e con i criteri fondanti del Piano di controllo nazionale pluriennale, anche attraverso l'istituzione di nuclei permanenti di coordinamento regionali o di tavoli di lavoro finalizzati alla risoluzione di specifiche problematiche» (Intesa Stato Regioni n. 55/CSR del 22 marzo 2023). Alcune regioni hanno, così, provveduto alla predisposizione di specifici Piani Regionali Integrati dei controlli (PRI), differentemente declinati e denominati, ma comunemente intesi come strumenti di attuazione, a livello regionale, delle politiche comunitarie e nazionali in materia di controlli ufficiali.

<sup>51</sup> R. Ferrara, *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella “società del rischio”*, in *Diritto e società*, 2006, 522.

<sup>52</sup> L'articolo 2 del Regolamento (UE) 2017/625 definisce e opera una distinzione tra “controlli ufficiali” e “altre attività ufficiali” effettuati dalle autorità competenti. Questa distinzione è importante perché, a seconda che un'attività venga qualificata come “controllo ufficiale” o come “altra attività ufficiale”, si applicheranno norme e condizioni diverse. In particolare, l'articolo 1, paragrafo 5 specifica quali disposizioni del Regolamento siano riferite a tutte le attività ufficiali e quali disposizioni si applichino, invece, soltanto ai controlli ufficiali. Ad esempio, sebbene gli operatori abbiano diritto a una contropertizia per quanto concerne le attività di campionamento, analisi, prova o diagnosi eseguite sui loro animali o sulle loro merci nel contesto dei controlli ufficiali (articolo 35), tale diritto non si estende laddove le medesime attività vengano eseguite nel contesto di altre attività ufficiali. La distinzione tra controlli ufficiali e altre attività ufficiali è pertinente anche in relazione al calcolo delle tariffe e dei diritti obbligatori a norma dell'articolo 79, dato che tale disposizione si applica soltanto ai controlli ufficiali e non ad altre attività ufficiali (cfr. artt. 78-85 del Regolamento).

<sup>53</sup> «I metodi e le tecniche dei controlli ufficiali comprendono quanto segue, a seconda dei casi: a) l'esame dei controlli applicati dagli operatori e dei risultati così ottenuti; b) l'ispezione [...]; c) controlli delle condizioni igieniche nei locali degli operatori; d) la valutazione delle procedure in materia di buone prassi di fabbricazione, di corrette prassi igieniche, di buone prassi agricole e delle procedure basate sui principi dell'analisi dei rischi e dei punti critici di controllo (HACCP); e) l'esame di documenti, dati sulla tracciabilità e altri dati

tuati sulla base dell'analisi del contesto cui i controlli stessi si collocano e della connessa categorizzazione del rischio di non conformità, alla luce dei criteri stabiliti dall'articolo 9, paragrafo 1 del Regolamento UE 2017/625.

A tal fine, ogni anno l'Ispettorato centrale della tutela della qualità e della repressione frodi dei prodotti agroalimentari (ICQRF), organo del Ministero dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste, predispone un documento di programmazione dell'attività di controllo per le differenti filiere dei prodotti agroalimentari, prevedendo altresì azioni di verifica mirata per settori o produzioni di particolare rilevanza nel comparto nazionale. Vengono, a tal fine redatte delle specifiche linee guida, denominate "Linee Generali della programmazione attività", che tengono conto degli obiettivi strategici del PCNP, delle attività previste dalle normative di settore e dell'analisi del rischio condotta a livello nazionale da specifici *focus group*<sup>54</sup>. Sulla base di tale documento, gli Uffici territoriali e i laboratori dell'ICQRF predispongono, poi, la programmazione operativa che sarà svolta nell'anno successivo nei diversi settori, tenendo anche conto delle specificità locali.

Il Ministero della salute si occupa, invece, della corretta estrinsecazione dei controlli. A questo scopo si fa riferimento alle istruzioni contenute in un documento di carattere gestionale denominato "Linea guida per il funzionamento e miglioramento delle attività di controllo ufficiale del Ministero della Salute, delle Regioni e Province autonome e delle AASSLL in materia di sicurezza degli alimenti e sanità pubblica veterinaria", approvato con Accordo n. 46/2013 dalla Conferenza Stato Regioni nella seduta del 7 febbraio 2013 (e ribadito nelle successive intese). Alla luce di tale accordo, ciascuna autorità competente deve adeguare la propria azione di controllo a uno "standard di funzionamento" (costantemente aggiornato) che definisce, per ciascun requisito normativo cogente, gli elementi di conformità o *best practices* e le evidenze oggettive da prendere in considerazione.

Il sistema è complessivamente costruito intorno al principio di precauzione<sup>55</sup> che, com'è noto, consente di adottare misure provvisorie di gestione senza

---

che possano essere pertinenti per la valutazione della conformità alla normativa di cui all'articolo 1, paragrafo 2, compresi, se del caso, documenti di accompagnamento degli alimenti, dei mangimi e di qualsiasi sostanza o materiale che entra o esce da uno stabilimento; f) interviste con gli operatori e con il loro personale; g) la verifica delle misure rilevate dall'operatore e degli altri risultati di prove; h) campionamento, analisi, diagnosi e prove; i) audit degli operatori; j) qualsiasi altra attività necessaria per rilevare casi di non conformità.»: art. 14 del Regolamento (EU) 2017/625.

<sup>54</sup> L'analisi è parametrata sui seguenti fattori: rilevanza economica dei diversi settori merceologici; caratteristiche dell'organizzazione produttiva e commerciale delle differenti filiere; flussi d'introduzione dei prodotti da Paesi UE e non-UE; andamento delle produzioni e dei prezzi di mercato; dati storici dell'attività; scambio di informazioni con altri organi di controllo sia nazionali che internazionali; scambio di informazioni con le associazioni di produttori e di consumatori. Cfr. [www.politicheagricole.it](http://www.politicheagricole.it).

<sup>55</sup> Cfr. supra, 23. A riguardo è interessante ricordare quanto affermato dal Consiglio di Stato a proposito della natura pervasiva del principio di precauzione: «tale principio generale assume quindi rilevanza – e,



attendere che siano del tutto dimostrate la realtà e la gravità del rischio, a condizione che esse siano non discriminatorie, obiettive e proporzionate.

Il principio di precauzione vale ormai come criterio interpretativo generale del sistema giuridico alimentare, in cui «si materializza la sussunzione del rischio, della sua rilevazione così come della sua misurazione e gestione»<sup>56</sup>. Il tipo di valutazione amministrativa effettuata ai fini dell'avvio dei procedimenti di controllo è, dunque, di tipo probabilistico<sup>57</sup> e riguarda, più nello specifico, la possibilità che in un determinato segmento della filiera si verifichi un'ipotesi di mancata conformità alla legge.

Le Autorità amministrative competenti a effettuare i controlli ufficiali procedono, di norma, proprio tenendo conto della categoria di rischio assegnata all'attività controllata e intervengono con frequenza non predeterminata. Fatti salvi i casi in cui il rilascio di un certificato o attestato ufficiale costituisca un requisito preliminare per l'immissione in commercio o per gli spostamenti di animali o merci<sup>58</sup>, la scansione temporale dei controlli viene concretamente stabilita *sub specie* dalle autorità competenti, in modo tale che le attività di verifica siano proporzionate al rischio e al livello di conformità previsto nelle diverse situazioni, prendendo in considerazione anche eventuali violazioni già commesse<sup>59</sup>.

Anche per questo motivo, i controlli sono eseguiti il più delle volte senza preavviso (a meno che ciò sia assolutamente necessario ai fini della loro stes-

---

come tale, è direttamente cogente per tutte le pubbliche amministrazioni – soprattutto nel settore della salute, con una valenza non solo programmatica, ma direttamente imperativa nel quadro degli ordinamenti nazionali, vincolati ad applicarlo qualora sussistano incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone»; esso «integra, quindi, un criterio orientativo generale e di larga massima che deve caratterizzare non soltanto le attività normative, ma prima ancora quelle amministrative»: Cons. di Stato, sez. IV, 27 marzo 2017, n. 1392, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>56</sup> Cfr. R. Ferrara, *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella "società del rischio"*, in *Diritto e società*, 2006, 510.

<sup>57</sup> Anche sul piano dell'ordinamento europeo, il sistema di controllo si articola sostanzialmente in un procedimento amministrativo di *risk management*, articolato nelle fasi della valutazione, gestione e comunicazione (artt. 3 e 6 del Regolamento CE n. 178 del 2002). Mentre la valutazione e la comunicazione del rischio spettano all'EFSA, Autorità europea per la sicurezza alimentare (sul tema, cfr. *La formazione procedimentale della conoscenza scientifica ufficiale. Il caso dell'Agenzia europea per la sicurezza alimentare - EFSA*, a cura di N. Bassi, J. Ziller, Torino, 2017), la concreta gestione del rischio è attribuita alla Commissione, ferma restando la difficoltà di tracciare un confine netto tra valutazione del rischio e gestione del medesimo. Così, M. Ramajoli, *Quale futuro per la regolazione alimentare?* In *Milan Law Review*, 2021, 2, 64 ss.

<sup>58</sup> Nei casi in cui il rilascio di un certificato o attestato ufficiale costituisca un requisito preliminare per l'immissione in commercio o per gli spostamenti di animali o merci, la legislazione impone di effettuare i controlli ufficiali indipendentemente dal livello di rischio o dalla probabilità di non conformità. In questi casi, la frequenza dei controlli ufficiali è dettata dalla necessità di certificazione o attestazione. Cfr. considerando (32) Regolamento (UE) 2017/625.

<sup>59</sup> «La frequenza dei controlli ufficiali dovrebbe essere stabilita dalle autorità competenti tenendo conto della necessità che l'impegno nei controlli sia proporzionato al rischio e al livello di conformità previsto nelle diverse situazioni, comprese le eventuali violazioni della legislazione dell'Unione in materia di filiera agroalimentare commesse mediante pratiche ingannevoli o fraudolente»: considerando (32) Regolamento (UE) 2017/625.

sa esecuzione, come avviene – ad esempio – nel caso in cui l’attività di controllo necessiti della presenza continua o periodica del personale o di rappresentanti delle autorità competenti presso i locali dell’operatore), ma sempre secondo procedure formali e documentate, al fine di garantire l’omogeneità e la trasparenza delle operazioni<sup>60</sup>.

Una valutazione probabilistica preventiva nell’articolazione interna delle scelte poste in essere dalle pubbliche autorità, come rilevato in dottrina, consente certamente di aumentarne la trasparenza e, soprattutto, l’effettività delle azioni di controllo<sup>61</sup>. Tuttavia, ai fini della legalità sostanziale dell’azione amministrativa, tale approccio cautelare deve sempre essere armonizzato nella sua concreta attuazione con il principio di proporzionalità, individuando misure proporzionate al rischio e non eccessivamente onerose per i privati, garantendo un bilanciamento equilibrato fra *food safety* e libertà economica<sup>62</sup>.

Diverso è il tipo di valutazione che, all’esito dei controlli, le autorità amministrative competenti sono tenute a esercitare per verificare la conformità di quanto esaminato rispetto ai parametri di legge. In questo contesto, emerge in maniera preponderante il profilo tecnico, giacché l’esame dei fatti o delle situazioni accertate deve essere effettuato mediante il ricorso a cognizioni di carattere specialistico, che si collocano nel solco della c.d. discrezionalità tecnica.

A valle, a seconda dei casi e della gravità della violazione (potenziale o concreta) della normativa, vengono esercitati poteri inibitori, conformativi e sanzionatori. Nel caso in cui si prospetti una sospetta non conformità, la misura da adottare è quella dell’implementazione delle verifiche, a cui si accompagna – laddove necessario – il blocco temporaneo dell’attività. Nei casi in cui la non conformità venga, invece, concretamente accertata, sarà necessario distinguere tra non conformità “minori”, che non comportano un rischio immediato per la salute umana o per la salute e il benessere degli animali e non conformità “maggiori”, immediatamente lesive. In entrambi i casi – in forma proporzionata alla gra-

---

<sup>60</sup> Il Decreto Legislativo 2 febbraio 2021 n. 32 ha disciplinato le modalità di finanziamento dei controlli, distinguendo tra controlli a tariffa obbligatoria, controlli non programmati e controlli su richiesta. Il Decreto segna un radicale cambiamento per quanto riguarda la tariffa posta a carico degli operatori, passando da una concezione prettamente “standard” (ad egual prestazione corrispondeva la medesima tariffa) all’attribuzione di un valore preciso al tempo dedicato dall’operatore nell’attività specifica (valore “orario” della funzione).

<sup>61</sup> Cfr. M. De Benedetto, *Diritto amministrativo e crescita economica*, in *Il diritto dell’economia*, 2014, 83, 1, 197 ss.

<sup>62</sup> Cfr. M. Ramajoli, *Dalla «food safety» alla «food security» e ritorno*, in *Amministrare*, 2015, 2-3, 271 ss. «[L]a concretizzazione del concetto elastico di pericolo, che precede l’eventuale bilanciamento con altri valori ed esigenze, non può prescindere – in applicazione del principio di precauzione – dalla previa determinazione di una soglia accettabile di rischio»: così, S. Cognetti, *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 78. In questa prospettiva, il principio di proporzionalità, quale principio generale del diritto comunitario, si pone e quale limite all’indiscriminata applicazione del principio di precauzione e, dunque, all’azione discrezionale dell’organo competente.

vità della condotta o della circostanza concretamente accertata – le autorità sono tenute a intraprendere ogni azione necessaria al fine di determinare l’origine e l’entità della non conformità e di stabilire le responsabilità dell’operatore, nonché a adottare tutte le misure opportune per assicurare che l’operatore ponga rimedio al problema e ne impedisca il ripetersi<sup>63</sup>.

Ferma restando la possibilità che l’Amministrazione consenta – laddove lo ritenga pertinente e tecnicamente fattibile – allo svolgimento (contestuale al controllo) di una controperizia, in tutti i casi in cui l’operatore non condivida le valutazioni svolte dall’autorità competente, questi potrà attivare, entro il termine perentorio di trenta giorni dal ricevimento della comunicazione dell’esito del controllo, una “procedura di controversia”. Tale strumento consente all’operatore stesso di richiedere, a proprie spese, il riesame della documentazione relativa all’analisi, alla prova o alla diagnosi controversa, da parte dell’Istituto superiore di sanità (ISS). In tal caso l’ISS si esprimerà entro trenta giorni dal ricevimento della documentazione, trasmettendo l’esito della valutazione documentale alle parti interessate, all’Autorità competente e, per conoscenza, al laboratorio ufficiale che ha effettuato la prima analisi, prova o diagnosi (con possibile ripetizione, sempre a spese dell’operatore)<sup>64</sup>.

### 3.3. *L’istituto dell’assistenza amministrativa*

Si è già fatto cenno, nei paragrafi precedenti, all’Organismo unico istituzionalmente responsabile del coordinamento delle amministrazioni preposte ai controlli e della collaborazione con la Commissione europea e gli altri Stati membri, ruolo ricoperto in Italia dalla Direzione Generale per l’Igiene e la Sicurezza degli Alimenti e la Nutrizione del Ministero della Salute.

Un’ulteriore importante funzione, sempre nel solco della cooperazione sovranazionale, è riconosciuta in capo al Ministero dell’agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste, che è l’organo di collegamento responsabile dello scambio di comunicazioni con le autorità competenti degli altri Stati dell’UE

<sup>63</sup> Cfr. art. 5, D. Lgs. 2 febbraio 2021, n. 27 e artt. 137-138, Regolamento (UE) 2017/625.

<sup>64</sup> Cfr. art. 8, D. Lgs. 2 febbraio 2021, n. 27 e art. 35, comma 1, Regolamento (UE) 2017/625: «[I]e autorità competenti provvedono affinché gli operatori i cui animali o merci sono soggetti a campionamento, analisi, prova o diagnosi nel contesto dei controlli ufficiali abbiano diritto a una controperizia, a spese dell’operatore. Tale diritto a una controperizia conferisce all’operatore il diritto di chiedere un esame documentale del campionamento, dell’analisi, della prova o della diagnosi a cura di un altro perito riconosciuto e adeguatamente qualificato». Sul tema, si veda F. Aversano, *Controperizia e blocco ufficiale: il “nuovo” ruolo dell’operatore del settore*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2018, 1.

ai fini della c.d. “assistenza amministrativa”<sup>65</sup> disciplinata dagli artt. 102 ss. del Regolamento (UE) 2017/625<sup>66</sup>.

L’assistenza amministrativa è l’istituto che garantisce, nell’ambito di specifici accordi, la partecipazione delle autorità competenti di uno Stato membro ai controlli ufficiali svolti dalle autorità competenti di un altro Stato dell’Unione, in ottica collaborativa.

La procedura di assistenza può essere avviata su richiesta delle autorità di uno Stato membro ovvero in maniera spontanea. Nel primo caso, quando le autorità competenti ritengano che, per l’esecuzione di controlli ufficiali o per dare efficacemente seguito ad essi nel proprio territorio, siano necessari dati e informazioni detenuti dalle autorità competenti di un altro Stato UE, trasmettono a queste ultime una richiesta scritta motivata (sulla base di documenti *standard* elaborati dalla Commissione europea). Il regolamento (UE) n. 2017/625 prevede una efficace procedura di reazione da parte dell’autorità che ha ricevuto la richiesta, stabilendo che entro dieci giorni lavorativi dalla data di notifica, debba essere indicato il tempo stimato necessario per fornire una risposta informata, che dovrà in ogni caso essere resa «senza ritardo» (art. 104 Reg. 2017/625). Nel caso in cui sia necessario eseguire controlli o indagini per acquisire le informazioni o i documenti richiesti, è prevista la possibilità che all’attività partecipi, previo accordo tra le autorità competenti dei due Stati, anche il personale designato dal richiedente.

La disciplina relativa all’assistenza spontanea si applica, invece, quando le autorità competenti di uno Stato trasmettano autonomamente determinate informazioni ad altro paese UE. Ciò può verificarsi in due circostanze: 1) quando le autorità competenti vengano a conoscenza di un caso di non conformità che potrebbe avere conseguenze per un altro paese UE (art. 105); 2) quando, nel corso dei controlli ufficiali su animali o merci originari di un altro Stato membro, le autorità competenti constatino che tali animali o merci non sono conformi alla legge, determinando un rischio sanitario per l’uomo, gli animali o le piante (o, per quanto riguarda gli OGM e i prodotti fitosanitari, anche per l’ambiente), ovvero una possibile grave violazione della normativa in materia (art. 106). In entrambi i casi la valutazione effettuata dall’autorità che avvia la procedura di assistenza è costruita su un giudizio di mera possibilità e rappresenta, dunque, una diretta applicazione del principio di precauzione.

Laddove le autorità competenti degli Stati membri non siano in grado di concordare tra loro azioni appropriate a fronteggiare la situazione, è previsto un intervento attivo da parte della Commissione europea, alla quale vengono rico-

<sup>65</sup> Cfr. art. 2, comma 4, D.Lgs. 2 febbraio 2021, n. 27.

<sup>66</sup> Le norme sull’assistenza amministrativa contenute negli articoli da 102 a 108 del Regolamento (UE) 2017/625 sostituiscono quelle sulla mutua assistenza già previste dalla direttiva 89/608/CEE, introducendo nuovi obblighi e nuove procedure.

nosciuti tanto poteri di coordinamento, quanto poteri operativi, al fine della corretta realizzazione dei controlli (art. 108).

#### 4. *Riflessioni conclusive*

Le riflessioni sino a qui svolte – pur rifuggendo da ogni pretesa di compiutezza, data la vastità del terreno applicativo delle tematiche trattate – offrono una prima rappresentazione del complesso sistema intorno al quale, a cavallo tra normativa europea e azione amministrativa interna, si articolano le attività di controllo ufficiale sulla filiera agroalimentare.

Quanto esaminato consente di effettuare alcune brevissime riflessioni conclusive, individuando almeno due concetti strategici, potenzialmente meritevoli di ulteriori futuri approfondimenti.

La crescente globalizzazione economica ha certamente reso più difficile la stabilizzazione di regole a livello statale, favorendo invece l'intervento predominante delle istituzioni comunitarie nelle strategie di regolazione. Tale circostanza, tuttavia, non elimina la necessità di riconoscere centralità a processi regolativi in cui tutti i singoli attori della filiera alimentare – pubblici e privati – siano parti dinamiche, anche oltre il limitato orizzonte temporale della singola linea produttiva e di consumo. In tale direzione, sarebbe importante dedicare maggiore attenzione alle forme di regolazione rivolte non a porre direttamente dei limiti agli operatori (c.d. *command and control*), ma a incentivare e orientare a monte il mercato verso la sostenibilità ambientale (attraverso strumenti consensuali, interventi di *soft law* imperniati sulla persuasione, il *nudging*, la *self-regulation* e l'adesione volontaria).

La filiera agroalimentare si presenta come un sistema complesso e multifattoriale, che coinvolge, in una fitta rete di interrelazioni, ambiente, salute, imprese e istituzioni. Il primo concetto chiave è, dunque, quello della cooperazione: interistituzionale e partenariale, per accrescere l'efficacia della prevenzione e gestione del rischio alimentare e orientare, nonché di incentivare comportamenti produttivi virtuosi da parte delle imprese<sup>67</sup>. Ciò, a maggior ragione, nella prospetti-

<sup>67</sup> In questo contesto, sul piano dell'azione amministrativa, accanto al principio di precauzione, già ampiamente richiamato, assume una rilevanza strategica il principio di integrazione, che si discosta dalla rigida predeterminazione degli spazi di azione dei singoli soggetti pubblici, dunque la meccanica applicazione del principio di competenza, privilegiando invece un approccio di tipo olistico e condiviso. Come puntualmente rilevato, mentre il principio di competenza legittima, per così dire, una visione per segmenti, quello di integrazione esige il continuo riferimento al "quadro d'insieme". Rileggere l'istituto della competenza alla luce del principio di integrazione consente, dunque, di superare l'approccio tradizionale per il quale ogni amministrazione persegue il suo interesse specifico, a favore di un approccio sistemico di raccordo. Cfr. F. De Leonardis, voce *Economia circolare (diritto pubblico)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, diretto da R. Sacco, a cura di R. Biful-

va del Regolamento (UE) 2017/625, che delinea un sistema in cui l'attenzione alla filiera agro-alimentare richiede una più generale attenzione a tutto ciò che in vario modo si collega all'ambiente e al ciclo della vita umana, animale e vegetale.

Sotto altro punto di vista, la disamina degli istituti presi in considerazione restituisce l'immagine di un sistema in cui gli strumenti del diritto amministrativo assumono sempre maggiore rilevanza. Benché il diritto dell'alimentazione trovi tradizionalmente più ampia collocazione tra gli studi di diritto agrario, per l'importanza dei profili attinenti alla produzione, al commercio, alla distribuzione e alla tutela dei consumatori, le crescenti connessioni con interessi pubblici primari, quali la tutela della salute, dell'ambiente e del territorio, mettono in luce la sua specifica rilevanza pubblicistica.

La formulazione di principi informativi della materia e l'individuazione di autorità preposte a garantirne, sotto vari aspetti, il funzionamento consentono, così, di accertare l'effettiva vigenza di un diritto amministrativo agroalimentare<sup>68</sup>, su cui la dottrina avrà, probabilmente, ancora molto da dire.

---

co, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, agg. 2021, 181. L'integrazione delle competenze è posta anche alla base dell'approccio *One Health*, nato in seno alle discipline della medicina e della biologia, che richiede proprio uno sforzo di sinergia tra diversi settori, tra cui sicurezza alimentare, discipline economiche, scienze sociali e biologiche sullo sfondo del comune obiettivo del perseguimento della salute pubblica.

<sup>68</sup> Cfr. L.R. Perfetti, *Principi della disciplina pubblicistica dell'alimentazione. Premesse ad un diritto amministrativo dell'alimentazione*, in *Riv. dir. agr.* 2014, 3-20; G. Primerano, *Ambiente e diritto agroalimentare. organizzazione, regolazione e controlli*, in *Diritto amministrativo*, 2019, 3, 617 ss. La rilevanza della materia per la scienza amministrativa è riconosciuta anche a livello internazionale: cfr., *ex multis*, B. Van Der Meulen, *European Food Law handbook*, Wageningen Academic Publisher, 2014: «[m]uch of food law is national and European administrative law, the rules safeguarding the relationships between public authorities and private persons, when authorities apply public power to limit or enable certain actions by private persons. So food law might be presented as a subdivision of administrative law».

*Silia Gardini - Abstract*

*Il controllo amministrativo della filiera agroalimentare*

Il lavoro esamina il modo in cui il potere amministrativo di controllo, ai sensi del Regolamento (UE) 2017/625, interviene sulla regolamentazione della filiera agro-alimentare al fine di garantire la più ampia sicurezza dei consumi.

*Administrative control of the agri-food chain*

The work examines how the administrative power of control, under Regulation (EU) 2017/625, intervenes in the regulation of the agri-food chain in order to ensure the broadest possible safety of consumption.

## Fonti alternative di approvvigionamento idrico: la desalinizzazione. La legge “SalvaMare” e il passo indietro del decreto “Siccità”. Innovazioni sostenibili<sup>1</sup>

Danila Iacovelli, Francesco Aliberti

SOMMARIO: 1. Il diritto universale all'acqua e gli obiettivi dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite. – 2. Disponibilità delle risorse idriche e cambiamenti climatici. – 3. Uso circolare dell'acqua e pianificazione degli interventi strutturali. – 3.1. Pluralità di approcci. – 4. La desalinizzazione. – 5. Impatti ambientali della dissalazione. – 6. Valutazione di impatto ambientale degli impianti di desalinizzazione. Dalla legge “SalvaMare” alla retromarcia del decreto “Siccità”. Alternative sostenibili. – 7. Idee innovative per la mitigazione d'impatto. – 8. Rischio sanitario da acque dissalate. – 9. Valutazione di impatto sanitario. – 10. Conclusioni.

### 1. *Il diritto universale all'acqua e gli obiettivi dell'Agenda 2030 delle Nazioni unite*

L'accesso all'acqua è un diritto fondamentale, dichiarato in numerose convenzioni e dichiarazioni sovranazionali<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> L'articolo è espressione di riflessioni condivise dagli Autori. I paragrafi 1, 2, 3.1., 4, 6, 9 sono stati elaborati da Danila Iacovelli e i paragrafi 3.2., 5, 7, 10 da Francesco Aliberti.

<sup>2</sup> La Carta Europea dell'Acqua, promulgata a Strasburgo il 6 maggio del 1968 dal Consiglio d'Europa, dichiara che «Non c'è vita senza acqua. L'acqua è un bene prezioso, indispensabile a tutte le attività umane» e le «disponibilità d'acqua dolce non sono inesauribili. È indispensabile preservarle, controllarle, e se possibile, accrescerle»; la Prima Conferenza ONU sull'acqua, tenutasi a Mar de la Plata (Argentina) nel 1977, riconosce che «tutti hanno diritto di accedere all'acqua potabile in quantità e qualità corrispondenti ai propri bisogni fondamentali»; la Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo sostenibile (1992), ha proclamato i principi dello sviluppo sostenibile delle generazioni presenti e future e posto le basi per l'elaborazione di tutta legislazione europea in materia ambientale; l'Agenda 21 delle Nazioni unite (1992), ricorda che l'acqua è una componente essenziale dell'ecosistema terrestre e dà atto dello stato attuale del ciclo idrologico, comprendente inondazioni e siccità, che in alcune regioni è diventato drammatico nelle sue conseguenze, evidenziando l'impatto del cambiamento climatico e dell'inquinamento atmosferico sulle risorse di acqua dolce e sulla loro disponibilità (punto 18); il Forum mondiale sull'acqua tenutosi all'Aja, il 17-22 marzo 2000, evidenzia, tra l'altro, l'importanza



Nel 2010, con una storica risoluzione dell'Assemblea Generale, le Nazioni Unite riconoscono «l'importanza di un'equa disponibilità di acqua potabile sicura e pulita e di servizi igienici come parte integrante della realizzazione di tutti i diritti umani»<sup>3</sup>.

Tale principio è stato ribadito, nello stesso anno, dal Consiglio dei diritti umani, che ha ricondotto il diritto umano all'acqua ed ai servizi igienico-sanitari al «diritto ad un livello di vita adeguato», e «indissolubilmente legato al diritto a migliorare lo stato di salute fisica e mentale così come al diritto alla vita ed alla dignità»<sup>4</sup>.

La successiva risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite<sup>5</sup> ha indicato una serie di azioni e di modalità con cui gli Stati possono garantire il diritto all'acqua, assicurando il monitoraggio, l'accessibilità in condizioni non discriminatorie, la consultazione delle comunità locali<sup>6</sup>.

Più recentemente, con la risoluzione del 2015 della stessa Assemblea Generale, è stata adottata l'Agenda 2030<sup>7</sup>, che ricomprende tra gli obiettivi di sviluppo sostenibile quello di garantire a tutti la disponibilità e la gestione sostenibile dell'acqua e dei servizi igienico-sanitari.

L'obiettivo si articola in sei traguardi, focalizzati sul miglioramento entro il 2030 della qualità dell'acqua «eliminando le discariche, riducendo l'inquinamento e il rilascio di prodotti chimici e scorie pericolose, dimezzando la quantità di acque reflue non trattate e aumentando considerevolmente il riciclo e il reimpiego sicuro

---

della collaborazione e della *partnership* a tutti i livelli per assicurare la sicurezza idrica, dai singoli cittadini alle organizzazioni internazionali, realizzando una gestione integrata delle risorse idriche.

<sup>3</sup> Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite A/64/L.63/Rev.1 (2010), che esprime profonda preoccupazione per il fatto che «circa 884 milioni di persone non hanno accesso all'acqua potabile e che più di 2,6 miliardi di persone non hanno accesso ai servizi sanitari di base, ed allarmata perché circa 1,5 milioni di bambini sotto i 5 anni di età muoiono e 443 milioni di giornate scolastiche vengono perse ogni anno a seguito delle malattie connesse alla mancanza di acqua e di servizi igienicosanitari» e ribadisce «la responsabilità degli Stati nella promozione e protezione dei diritti umani che sono universali, indivisibili, interdipendenti ed interconnessi e devono essere trattati globalmente ed in modo equo ed affrontati tutti sullo stesso piano e con il medesimo impegno».

<sup>4</sup> Risoluzione 15/9 del Consiglio dei diritti umani del 30 settembre 2010) riguardante «*Human rights and access to safe drinking water and sanitation*».

<sup>5</sup> Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 18 dicembre 2013, n. 68/157, *The human right to safe drinking water and sanitation*, in cui l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite prende atto, tra l'altro, delle raccomandazioni contenute nel report dell'*High-level Panel of Eminent Persons on the Post-2015 Development Agenda* (v. A/67/1890, *annex*).

<sup>6</sup> *Ibid.*, paragrafo 6.

<sup>7</sup> Risoluzione dell'Assemblea Generale del 25 settembre 2015, n. 70/1, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*. L'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile, sottoscritta il 25 settembre 2015 dai governi dei 193 Paesi membri delle Nazioni Unite, e approvata dall'Assemblea Generale dell'ONU, è un programma d'azione per le persone, il pianeta e la prosperità. È composta da 17 Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile inquadriati all'interno di un programma d'azione più vasto costituito da 169 *target* o traguardi, ad essi associati, da raggiungere in ambito ambientale, economico, sociale e istituzionale entro il 2030.

a livello globale» e sulla protezione e risanamento degli ecosistemi legati all'acqua, comprese le montagne, le foreste, le paludi, i fiumi, le falde acquifere e i laghi»<sup>8</sup>.

L'acqua è alla base della maggior parte delle attività umane e costituisce una risorsa imprescindibile per la realizzazione degli obiettivi inglobati nell'Agenda 2030, che si incardina su cinque pilastri – persone, prosperità, pace, *partnership*, pianeta -, fra loro interconnessi, quali espressione della triplice dimensione dello sviluppo sostenibile: crescita economica, inclusione sociale, tutela ambientale.

Come pur affermato dal *Global High-Level Panel on Water and Peace*<sup>9</sup>, l'acqua è «una condizione fondamentale per la sopravvivenza e la dignità umana ed è la base per la resilienza delle società e dell'ambiente naturale. A differenza di altre risorse naturali, l'acqua non ha nessun sostituto: l'unico sostituto dell'acqua è l'acqua»<sup>10</sup>.

Il più recente rapporto mondiale delle Nazioni Unite sullo sviluppo delle risorse idriche evidenzia il rapporto tra acqua, prosperità e pace, rilevando che «Prosperità significa per le società e gli individui avere l'opportunità e la libertà di crescere senza rischi. L'acqua promuove la prosperità soddisfacendo i bisogni umani essenziali, garantendo la salute, il sostentamento e lo sviluppo economi-

<sup>8</sup> Precisamente, l'Obiettivo 6 fissa i seguenti traguardi: «6.1 By 2030, achieve universal and equitable access to safe and affordable drinking water for all 6.2 By 2030, achieve access to adequate and equitable sanitation and hygiene for all and end open defecation, paying special attention to the needs of women and girls and those in vulnerable situations 6.3 By 2030, improve water quality by reducing pollution, eliminating dumping and minimizing release of hazardous chemicals and materials, halving the proportion of untreated wastewater and substantially increasing recycling and safe reuse globally 6.4 By 2030, substantially increase water-use efficiency across all sectors and ensure sustainable withdrawals and supply of freshwater to address water scarcity and substantially reduce the number of people suffering from water scarcity 6.5 By 2030, implement integrated water resources management at all levels, including through transboundary cooperation as appropriate 6.6 By 2020, protect and restore water-related ecosystems, including mountains, forests, wetlands, rivers, aquifers and lakes. 6.a By 2030, expand international cooperation and capacity-building support to developing countries in water- and sanitation-related activities and programmes, including water harvesting, desalination, water efficiency, wastewater treatment, recycling and reuse technologies 6.b Support and strengthen the participation of local communities in improving water and sanitation management». Sul punto, F. Spagnuolo, *L'accesso universale all'acqua potabile di qualità come Obiettivo di sviluppo sostenibile e diritto umano fondamentale: sviluppi recenti e possibili evoluzioni future in ambito UE*, in [www.rivistadga.it](http://www.rivistadga.it), 2018, 3, 1, in cui si osserva che «Rispetto agli Obiettivi di sviluppo del Millennio, che erano stati adottati dall'Assemblea Generale nel 2000, e che configuravano l'accesso all'acqua potabile e ai servizi igienici di base come traguardo dell'Obiettivo più generale "Assicurare la sostenibilità ambientale", il nuovo Obiettivo di sviluppo sostenibile segnala il cambiamento intervenuto, anche al livello internazionale nella percezione dell'accesso equo ed universale all'acqua potabile di qualità come vero e proprio diritto umano».

<sup>9</sup> Il *Global High Level Panel on Water and Peace* è stato lanciato nel novembre 2015 da 15 paesi: Cambogia, Colombia, Costa Rica, Estonia, Francia, Ghana, Ungheria, Giordania, Kazakistan, Marocco, Oman, Senegal, Slovenia, Spagna e Svizzera. Il Gruppo indipendente è stato incaricato di delineare proposte e raccomandazioni concrete per consentire all'acqua di essere uno strumento di pace. Si veda, <https://www.unwater.org/news/report-global-high-level-panel-water-and-peace>.

<sup>10</sup> *Report of the Global High Level Panel on Water and Peace, A matter of survival*, in [https://www.genevawaterhub.org/sites/default/files/atoms/files/a\\_matter\\_Sulof\\_survival\\_www.pdf](https://www.genevawaterhub.org/sites/default/files/atoms/files/a_matter_Sulof_survival_www.pdf), 2017, 11.

co, fornendo una base alla sicurezza alimentare ed energetica e proteggendo l'integrità dell'ambiente»<sup>11</sup>.

Tuttavia, lo stress idrico colpisce molte parti del mondo, che dovranno far fronte ad una disponibilità sempre minore di risorse idriche superficiali<sup>12</sup>.

## 2. *Disponibilità delle risorse idriche e cambiamenti climatici*

Lo stress idrico colpisce circa la metà della popolazione mondiale che deve far fronte ad una grave scarsità d'acqua almeno per una parte dell'anno<sup>13</sup>.

Da un lato, il consumo di acqua dolce è in continuo aumento per diversi fattori, quali la crescita della popolazione, lo sviluppo economico, il cambiamento dei modelli di consumo<sup>14</sup> e al tempo stesso, si incrementa la domanda di produzione agricola ed energetica, ad alto consumo idrico, tanto che si prevede un innalzamento, rispettivamente, di circa il 60% e l'80% entro il 2025<sup>15</sup>. Dall'altro, i cambiamenti climatici aggravano il problema dell'approvvigionamento idrico,

<sup>11</sup> Cfr. UNESCO, *Rapporto mondiale delle Nazioni Unite per lo sviluppo delle risorse idriche nel 2024. L'acqua per la prosperità e la pace. Fatti, cifre ed esempi di azione*, in [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000388952\\_ita?posInSet=4&queryId=e22885e4-9fc9-4aeb-b936-d3dff51aebfd](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000388952_ita?posInSet=4&queryId=e22885e4-9fc9-4aeb-b936-d3dff51aebfd), 3.

<sup>12</sup> UNESCO, WWAP (Programma mondiale di valutazione delle risorse idriche dell'UNESCO)/UN-Water, *The United Nations World Water Development Report 2018, Nature-Based Solutions for Water*, Parigi, in [www.unesco.org/new/en/natural-sciences/environment/water/wwap/wwdr/2018-nature-based-solutions/](http://www.unesco.org/new/en/natural-sciences/environment/water/wwap/wwdr/2018-nature-based-solutions/), 2, in cui si rileva che «Many countries are already undergoing pervasive water scarcity conditions and will likely have to cope with lower surface water resources availability in the 2050s [...]. At present, almost all countries in a belt around 10 to 40 degrees north, from Mexico to China and to Southern Europe are affected by water scarcity, together with Australia, Western South America and Southern Africa in the Southern Hemisphere».

<sup>13</sup> Cfr. UNESCO, *Rapporto mondiale delle Nazioni Unite per lo sviluppo delle risorse idriche nel 2024. L'acqua per la prosperità e la pace. Fatti, cifre ed esempi di azione*, cit., 2.

<sup>14</sup> Cfr. UNESCO, *World Water Assessment Programme, Rapporto mondiale delle Nazioni Unite sullo sviluppo delle risorse idriche 2021: il valore dell'acqua*, in <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000375975#>, 2021, 14, in cui si evidenzia che l'uso globale di acqua dolce è aumentato di sei volte negli ultimi 100 anni e continua a crescere a un tasso di circa l'1% all'anno dagli anni '80 e si sottolinea che sebbene «il tasso di aumento dell'uso di acqua dolce si sia ridotto nella maggior parte degli Stati membri dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), dove i tassi di utilizzo dell'acqua pro capite tendono a essere tra i più alti al mondo, continua a crescere nella maggioranza delle economie emergenti». Tale crescita «può essere attribuita a una combinazione di crescita della popolazione, sviluppo economico e mutevoli modelli di consumo»; Id, WWAP (Programma mondiale di valutazione delle risorse idriche dell'UNESCO)/UN-Water, *The United Nations World Water Development Report 2018, Nature-Based Solutions for Water*, cit., 10 in cui si rileva che «Global water use has increased by a factor of six over the past 100 years [...] and continues to grow steadily at a rate of about 1% per year [...] Water use is expected to continue increasing at the global level, as a function of population growth, economic development and changing consumption patterns, among other factors» e che «The world population is expected to increase from 7.7 billion in 2017 to between 9.4 and 10.2 billion by 2050, with two thirds of the population living in cities. More than half of this anticipated growth is expected to occur in Africa (+1.3 billion), with Asia (+0.75 billion) expected to be the second largest contributor to future population growth».

<sup>15</sup> UNESCO, WWAP (Programma mondiale di valutazione delle risorse idriche dell'UNESCO)/UN-Water, *The United Nations World Water Development Report 2018, Nature-Based Solutions for Water*, cit., 10.

spesso caratterizzato da una forte variabilità stagionale, aumentando l'incertezza che caratterizza le zone più colpite dalla scarsità idrica.

Il raggiungimento dell'Obiettivo di sviluppo sostenibile 6 (SDG 6 nell'acronimo inglese) appare ancora lontano. Secondo le stime UNESCO, nel 2022, «2,2 miliardi di persone non avevano accesso ad acqua potabile gestita in sicurezza. Di coloro che non potevano usufruire neanche di servizi essenziali di fornitura di acqua potabile, quattro su cinque vivevano in zone rurali. La situazione relativa a servizi igienico-sanitari gestiti in sicurezza rimane grave: 3,5 miliardi di persone, infatti, non hanno accesso a questi servizi. Le città e i municipi non sono stati in grado di tenere il passo con l'accelerazione della crescita della popolazione urbana»<sup>16</sup>.

Il fenomeno della siccità, che di per sé è una condizione naturale e transitoria, si manifesta in modo sempre più drammatico in un'ampia fascia di paesi, alternandosi a piogge torrenziali e inondazioni, come emerge da alcuni dati.

Nella prima metà del 2010, circa 1,9 miliardi di persone vivevano in aree gravemente carenti d'acqua e tale percentuale, nel 2050, potrebbe aumentare fino a 2,7-3,2 miliardi<sup>17</sup>.

I cambiamenti climatici incrementano drasticamente il problema dell'approvvigionamento idrico, spesso caratterizzato da una forte variabilità stagionale, aggravando l'irregolarità e l'incertezza che di per sé caratterizza le zone che più soffrono la scarsità idrica.

Le inondazioni e la siccità rappresentano gli eventi più estremi dovuti ai cambiamenti climatici. Nel periodo 2009-2019, le inondazioni hanno causato quasi 55.000 morti e colpito 103 milioni di persone, causando altresì ingenti perdite economiche<sup>18</sup>.

In una recente comunicazione, denominata «Un pianeta pulito per tutti»<sup>19</sup>, la Commissione europea ha rilevato che negli ultimi cinque anni anche l'Europa è stata colpita da fenomeni estremi legati al clima<sup>20</sup>, evidenziando che i «cam-

---

<sup>16</sup> UNESCO, *Rapporto mondiale delle Nazioni Unite per lo sviluppo delle risorse idriche nel 2024. L'acqua per la prosperità e la pace*, cit., 3.

<sup>17</sup> *Ibid.*, 32. Il Report evidenzia inoltre: «However, if monthly variability is taken into account, 3.6 billion people worldwide (nearly half the global population) are already living in potential water-scarce areas at least one month per year and this could increase to some 4.8–5.7 billion in 2050».

<sup>18</sup> Cfr. UNESCO *World Water Assessment Programme, Rapporto mondiale delle Nazioni Unite sullo sviluppo delle risorse idriche 2021: il valore dell'acqua*, cit., 17.

<sup>19</sup> Comunicazione della Commissione del 28.11.2018, COM(2018) 773 final, *Un pianeta pulito per tutti, Visione strategica europea a lungo termine per un'economia prospera, moderna, competitiva e climaticamente neutra*.

<sup>20</sup> Cfr. *ibid.*, dove si rileva che «L'impatto del riscaldamento del pianeta sta trasformando l'ambiente in cui viviamo e aumentando la frequenza e l'intensità dei fenomeni meteorologici estremi, al punto che negli ultimi cinque anni l'Europa ha registrato quattro ondate di caldo eccezionali (quella dell'estate scorsa ha innalzato la temperatura atmosferica sopra al circolo polare artico di 5°C oltre il normale); di recente forti siccità hanno colpito gran parte del continente e una serie di alluvioni si è abbattuta in particolare sulle regioni centrali e orientali. Fenomeni estremi legati al clima, come gli incendi boschivi, le piene improvvise, i tifoni e gli uragani

biamenti del clima, se incontrastati, potrebbero trasformare la Terra in una “sera”, con grande probabilità che i loro effetti su vasta scala diventino irreversibili», incidendo sulla produttività dell’economia, sulle infrastrutture, sulla capacità di produrre cibo, sulla salute pubblica, sulla biodiversità e sulla stabilità politica<sup>21</sup>.

### 3. *Uso circolare dell’acqua e pianificazione degli interventi strutturali*

Una delle strategie fondamentali per far fronte alla carenza di acqua è innanzitutto quella di assicurare una gestione efficiente delle risorse idriche, nel quadro di un’attenta programmazione e pianificazione degli interventi infrastrutturali, attraverso un insieme di strumenti che consentano il reimpiego delle acque reflue e delle acque provenienti dall’agricoltura, lo sfruttamento del relativo potenziale energetico, il recupero di acqua, nutrienti, metalli preziosi ed energia dalle acque di scarico<sup>22</sup>.

Le azioni prioritarie dovrebbero mirare alla raccolta, al riuso, al recupero, alla riduzione degli sprechi, attraverso la riqualificazione della rete idriche – che in alcuni casi arrivano a perdere fino al 50% di acqua, alla realizzazione di nuovi bacini e invasi, alla manutenzione e ripristino di quelli esistenti.

Con circa 1500 laghi, 530 grandi dighe<sup>23</sup>, le risorse idriche in Italia non mancano, ma il sistema nazionale di gestione delle acque ha la capacità di raccogliere e mettere a disposizione per l’irrigazione agricola, così come per gli usi industriali e civili, appena l’11% dell’acqua che precipita sul suolo italiano.

Un problema antico, ma sempre presente è quello della sedimentazione degli invasi, che riduce la capacità di raccolta, per cui appare fondamentale la manutenzione di tali infrastrutture idriche, per assicurare la conservazione della capacità d’invaso esistente e il recupero dei volumi perduti a causa dell’interimento.

---

sono inoltre causa di pesanti devastazioni e della perdita di vite umane, come si è visto nel 2017 con gli uragani Irma e Maria che hanno colpito i Caraibi, e con essi alcune regioni ultraperiferiche europee. Anche l’Europa sta conoscendo fenomeni di questa portata: la tempesta Ophelia del 2017 è stata il primo violento uragano dell’Atlantico orientale a toccare l’Irlanda e nel 2018 la tempesta Leslie ha devastato parti del Portogallo e della Spagna» (paragrafo 1).

<sup>21</sup> *Ibid.*, paragrafo 1.

<sup>22</sup> Cfr. UNESCO *World Water Assessment Programme, Rapporto mondiale delle Nazioni Unite sullo sviluppo delle risorse idriche 2021: il valore dell’acqua*, cit., 43, in cui si rileva che il recupero di acqua, nutrienti, metalli preziosi ed energia dalle acque di scarico «viene considerata come uno strumento per fornire valore aggiunto (WWAP, 2017). Circa 380 miliardi di metri cubi di acqua possono essere recuperati dai volumi annuali di acque reflue prodotte. Si prevede che questo tipo di recupero dell’acqua raggiungerà i 470 miliardi di metri cubi entro il 2030 e i 574 miliardi di metri cubi entro il 2030 e i 574 miliardi di metri cubi entro il 2050».

<sup>23</sup> Cfr. [https://dgdighe.mit.gov.it/categoria/\\_dighe\\_di\\_rilievo](https://dgdighe.mit.gov.it/categoria/_dighe_di_rilievo).

Per far fronte alla crisi idrica e alla scarsità delle risorse è innanzitutto necessario programmare interventi infrastrutturali che riducano le perdite e consentano una disponibilità più costante di acqua sul territorio.

### 3.1. *Pluralità di approcci*

Nei periodi siccitosi i suoli diventano meno permeabili e gli intensi fenomeni piovosi dilavano le superfici, privandole del necessario *humus* e non permettono all'acqua di penetrare nel terreno ricaricando così le falde idriche. È quindi essenziale assicurare una gestione efficace delle acque sia in termini di approvvigionamento che di gestione dei flussi superficiali e distributivi per l'agricoltura ed il consumo umano. Per tutto ciò occorre energia che, tra l'altro, può essere prodotta proprio dall'acqua allorché viene confinata in invasi. La *Blu economy*, che ha come obiettivo Zero CO<sub>2</sub>, impone il recupero ed il riutilizzo dell'acqua in termini di economia circolare.

Diversi sono gli approcci possibili per superare la crisi idrica:

- a) Riduzione delle perdite dei circuiti idrici di distribuzione delle acque potabili, in Italia superiori al 30-40%, con punte del 60% nelle isole minori, attraverso riparazione, ammodernamento, digitalizzazione e monitoraggio delle reti idriche.
- b) Costruzione di invasi, anche in aree remote o degradate per mitigare l'impatto paesaggistico; essi possono contribuire non poco alla carenza d'acqua sia per il consumo umano che per l'agricoltura; potrebbero permettere anche la produzione di energia sfruttando il salto idraulico a valle dell'invaso medesimo. Questo è un approccio affrontato e realizzato fin dall'800 in Italia con la realizzazione di numerosi invasi che oggi chiamiamo laghi (Barrea, Resia, del Salto, Di Pietra del Pertusillo, di Coghinas, per citarne qualcuno) e che sono preziose risorse idriche, energetiche, nonché turistiche. Il bilancio complessivo, in termini di impatto è certamente a favore di tale tipologia di approccio.
- c) Utilizzo di miniere o cave abbandonate per destinarle a *reservoir* di acque; pratica già diffusa negli U.S.A..
- d) Recupero delle acque reflue, che, debitamente depurate, possono essere utilizzate in agricoltura con evidente minore impatto sui fiumi e sul mare.

A tal fine, è necessaria una programmazione a lungo termine temperando l'economicità delle opere necessarie con la sostenibilità ambientale. Programmi a breve termine per la soluzione di carenze e gestione delle acque, realizzati con sistemi energivori, comportano inevitabilmente impatti legati proprio

all'urgenza; non vanno, perciò, considerati se non nel breve periodo e comunque affiancati alla programmazione di lungo termine. Spesso non vengono valutati, nelle opere realizzate, i costi di impianto e di manutenzione; costi che spesso vanificano gli obiettivi dell'agenda 2030 e della *Blu economy*.

La dissalazione, come si dirà oltre, rientra nelle opere "in emergenza", proprio perché energivora e impattante sull'ambiente, specie considerando le isole minori italiane, ricche di storia, aree marine protette e SIC.

#### 4. *La desalinizzazione*

Uno dei sistemi per incrementare le forniture idriche è rappresentato dalla desalinizzazione (di seguito anche "dissalazione") per ottenere acqua potabile.

L'acqua desalinizzata è una risorsa idrica strategica, perché suscettibile non solo di aumentare l'approvvigionamento, ma anche di generare una fornitura di acqua di qualità, indipendentemente dal clima.

Nell'ultimo decennio, il ricorso ai sistemi di desalinizzazione è notevolmente aumentato, anche per effetto dei progressi tecnologici, che consentono di migliorare i processi sotto il profilo ambientale e di ridurre i costi – di per sé elevati – della desalinizzazione, ponendosi come una fonte alternativa efficace per reagire alla siccità e alla scarsità idrica<sup>24</sup>.

Una delle principali criticità connesse all'applicazione di tale tecnologia – oltre ai rilevanti impatti ambientali, di cui si dirà in seguito – è infatti legata ai costi infrastrutturali<sup>25</sup> e all'assorbimento energetico. Secondo le stime riportate da UNESCO nella relazione sul valore dell'acqua, il consumo di energia «è significativamente più elevato, fino a 23 volte, rispetto alle fonti di acqua convenzio-

<sup>24</sup> Sul punto, D. Iacovelli, F. Aliberti, *Valore delle risorse idriche e uso circolare dell'acqua: desalinizzazione e impatti antropici. Il caso delle isole minori della Sicilia*, Napoli, 2022, 89 ss.

<sup>25</sup> Cfr. *The Knesset, Research and Information Center – I. Avgar, Israeli Water Sector - Key issues*, 25 February 2018, in <https://m.knesset.gov.il/EN/activity/mmm/mmmeng250218.pdf>, 28, in cui si osserva che «Constructing a desalination facility is a complex and costly project; a 2009 document by the Knesset Research and Information Center estimated the cost of establishing a facility with the capacity to produce 100 MCM of water a year at some NIS 1.5 billion, not including the large-scale investment needed to connect the facility to the national system.88 Furthermore, the current cost of producing desalinated water, which involves energy and various chemicals, is comparatively higher than the cost of pumping natural water. According to the Water Authority Website, the cost of desalination currently stands at NIS 2-3 per CM». Tuttavia, UNESCO *World Water Assessment Programme, Rapporto mondiale delle Nazioni Unite sullo sviluppo delle risorse idriche 2021: il valore dell'acqua*, cit., 53, osserva anche che «La scarsità idrica ha spesso causato perdite economiche che hanno interessato l'intera economia israeliana. Il valore economico dell'acqua di mare desalinizzata, determinato in termini di una maggiore fornitura idrica, risulta essere di circa quattro dollari al metro cubo: molto più dei costi diretti del processo di desalinizzazione».

nali, il che si traduce in un costo da quattro a cinque volte maggiore di quello delle acque superficiali trattate»<sup>26</sup>.

Tuttavia, tali costi si stanno progressivamente riducendo per effetto dell'evoluzione tecnologica e dell'impiego di fonti rinnovabili per l'alimentazione degli impianti, rendendo tale soluzione più sostenibile.

L'acqua desalinizzata rappresenta una fonte strategica per rispondere al crescente fabbisogno di acqua, sia nelle aree urbane sia nel settore agricolo, che è il più vulnerabile alla siccità, e far fronte all'esigenza di efficientamento dell'uso delle risorse, specialmente avvertita nei paesi mediorientali, dove oltre l'85% della popolazione vive in condizioni di scarsità idrica<sup>27</sup>, e nelle regioni del Nordafrica, che necessitano di infrastrutture e nuove tecnologie per migliorare la produttività e la sostenibilità e assicurare a tutti l'accesso a una risorsa fondamentale.

La più alta concentrazione di impianti di dissalazione si trova infatti nel Golfo Persico, favorita dalla presenza di Paesi come l'Arabia Saudita (che ottiene il 70% dell'acqua potabile dalla desalinizzazione dell'acqua marina), gli Emirati Arabi, il Kuwait e il Qatar, che dispongono di grandi quantità di energia a basso costo<sup>28</sup>, e che hanno anche investito nella diversificazione delle fonti energetiche per ridurre il peso dei consumi interni e incrementare la disponibilità di combustibili per l'esportazione, incentivando al contempo gli investimenti dal settore privato<sup>29</sup>.

Gli investimenti in tali sistemi di produzione idrica, anche grazie alle nuove tecnologie e alla riduzione dei costi, si stanno diffondendo in molteplici aree geografiche, dal Marocco, al Giappone, all'Egitto, alle isole del Mediterraneo, come Cipro.

---

<sup>26</sup> UNESCO *World Water Assessment Programme, Rapporto mondiale delle Nazioni Unite sullo sviluppo delle risorse idriche 2021: il valore dell'acqua*, cit., 97, che riporta le stime della Banca mondiale.

<sup>27</sup> Cfr. UNESCO, *op. ult. cit.*, 9, in cui, inoltre, si osserva che «Tale scarsità ha aumentato la dipendenza da acque transfrontaliere, acque di falda non rinnovabili e risorse idriche non convenzionali. Probabilmente la quantità di acqua dolce prelevabile secondo modalità sostenibili risulterebbe addirittura inferiore se si tenesse conto della sua qualità».

<sup>28</sup> Tra gli impianti di dissalazione nell'area mediorientale di maggiori dimensioni si annoverano, ad esempio, a quello di *Shuaibah III Expansion II*, situato nell'area di Shoaiba, sulla costa occidentale dell'Arabia Saudita, che fornisce acqua potabile a oltre un milione di persone, nelle città della Mecca, Jeddah e Taif, utilizzando la tecnologia dell'osmosi inversa; l'impianto *Salalah Independent Water Project* nell'Oman, che produce 113.500 m<sup>3</sup>/g di acqua potabile; il progetto *Jebel Ali M*, negli Emirati Arabi Uniti, che produce 17,5 MIGD (80.000 m<sup>3</sup>/giorno) di acqua; il complesso *Ras Abu Fontas*, a sud di Doha, in Qatar, che include centrali termoelettriche e impianti di dissalazione.

<sup>29</sup> Alcune iniziative mirano a combinare la produzione di acqua con la creazione di energia. Tra queste, ad esempio, il progetto *Independent Water and Power Projects (IWPP)*, che prevede la partecipazione (e successiva gestione) di soggetti imprenditoriali privati nella realizzazione di impianti per la desalinizzazione e la produzione di energia, lungo le coste dell'Arabia Saudita, a Shuaibah, Rabigh, Shuqaiq e Jubail.



La crisi idrica è un problema globale e negli ultimi anni ha investito anche i Paesi europei e, in particolare, l'Italia, attraversata da una profonda siccità, che colpisce soprattutto le regioni del Sud e le isole.

Attualmente, nel nostro Paese l'utilizzo di acqua marina desalinizzata è ancora poco diffuso e soddisfa appena il 4% del fabbisogno idrico del paese.

La desalinizzazione, tuttavia, produce impatti significativi sull'ambiente, e incide sulla tutela di valori primari, che, come tali, devono essere inglobati nel processo decisionale in ordine all'applicazione di tale tecnologia.

### 5. *Impatto ambientale della dissalazione*

La dissalazione comporta anche un danno ambientale.

La "salamoia" costituisce lo scarico del processo di dissalazione; è costituita da acqua ipersalina e vari prodotti di elevata tossicità (detergenti, *antisalant*, acidi e basi, ecc.), utilizzati per il lavaggio e la manutenzione, giornaliera e periodica, degli impianti.

Tali scarichi vengono generalmente smaltiti lungo la fascia costiera, spesso a poche decine di metri dalla costa o addirittura sulla battigia. Il tratto marino costiero è quindi recettore di impatto della dissalazione.

Esso è un ambiente ove la produzione primaria è massima, legata soprattutto alle alghe, nonché a una elevata densità di catene trofiche; nelle sue acque, inoltre, si svolgono i primi stadi di vita della gran parte degli organismi marini, planctonici, bentonici e nectonici; insomma, una vera "*nursery* del mare"<sup>30</sup>.

La limitata batimetria delle acque costiere mediterranee, unita alle condizioni meteomarine tipiche dell'ambiente temperato, al clima mediterraneo ed alle limitate correnti marine, comporta lo sviluppo di fitozooplankton in elevate quantità, innescando la catena trofica produttori primari – consumatori erbivori – consumatori carnivori. È ovvio che la complessità e peculiarità della catena trofica costiera abbia, quale conseguenza, la sua maggiore vulnerabilità agli stress ambientali e, soprattutto, a quelli provenienti dalle attività antropiche che si sviluppano lunghi i tratti costieri. È superfluo ricordare episodi locali di distrofia in alcune baie costiere come l'episodio delle "mucillagini" nel mare Adriatico, che tanto ha sollecitato la pubblica opinione in anni recenti. Perturbare il naturale equilibrio degli ecosistemi marini costieri ha notevoli conseguenze, anche sul piano sanitario: dalla fruibilità turistico balneare dei tratti di mare, alla produttività ittica, sia naturale (pesca) che artificiale (allevamento, molluschicoltura)

<sup>30</sup> A Paoletti, *Oceanografia medica e inquinamento*, Napoli, 1975.

L'impatto delle salamoie, ed in genere dei reflui dei dissalatori, è stato a lungo studiato ed è ancora oggetto di interesse per i ricercatori e per i legislatori che intendono salvaguardare l'ambiente ponendo limiti normativi agli scarichi urbani e industriali<sup>31</sup>.

La gran parte degli studi utilizza organismi modello (batteri, micro crostacei, piante, ecc.) per la verifica diretta della tossicità (modelli per l'analisi di tossicità prevista oggi dalla normativa nazionale e internazionale). Tutti hanno portato a concludere che è indubbia la tossicità dei reflui<sup>32</sup>, a diverse concentrazioni ed in funzione del modello utilizzato; da ciò le prime norme e linee guida che diversi paesi hanno imposto in relazione agli scarichi. Una ulteriore considerazione comprende la definizione dell'areale interessato dall'impatto, molto variabile in funzione della portata dello scarico e della dinamica marino-costiera del corpo recettore.

I danni conseguenti allo scarico di salamoia possono riassumersi in: stress o *shock* osmotici, legati alla ipersalinità dello scarico, specie nei confronti delle specie stenohaline, incapaci di sopportare variazioni del contenuto salino; conseguente mutamento della struttura della comunità biotica, legata a migrazioni delle specie mobili e a pressione selettiva su quelle sessili, variazione dei cicli riproduttivi, alterazioni endocrine negli organismi pluricellulari, ecc.<sup>33</sup>. Nel tempo tali variazioni possono incidere notevolmente sugli ecosistemi dei fondali costieri. Anche la *Posidonia oceanica*, noto segnale di stabilità degli ecosistemi e bene da salvaguardare, può subire i danni da tali impatti; infatti, non è particolarmente resistente ad elevate concentrazioni saline<sup>34</sup>. Gli impatti negativi non sono, in genere, immediatamente rilevabili; incidono per la gran parte sulla microflora e microfauna presenti nelle acque e, soprattutto, nei sedimenti; vengono rilevati solo con specifiche indagini microscopiche. Il degrado delle catene trofiche è in genere lento per la loro naturale resilienza. La diminuzione di biodiversità comporta squilibri importanti negli ecosistemi su cui impatta la salamoia e, nel tempo, gli effetti si diffondono anche nelle macrospecie "desertificando", in termini biologici, gli areali interessati dallo scarico.

---

<sup>31</sup> A. Panagopoulos, K. J. Haralambous, *Environmental impacts of desalination and brine treatment - Challenges and mitigation measures*, *Marine Pollution Bulletin*, Vol. 161, Part B, 111773, 2020; L. Castriota, G. Sunseri, M.G. Finoia, P. Vjvona, A.M. Beltrano, *Effetti dello scarico ipersalino di un dissalatore sulla fauna bentonica nell'isola di Ustica (Tirreno meridionale)*, in *Biol. Mar. Medit.*, 2000, 7 (1): 943-946.

<sup>32</sup> M. Omerspahic, H. Al-Jabri, S.A. Siddiqui, I. Saadaoui, *Characteristics of Desalination Brine and its Impacts on Marine Chemistry and Health, With Emphasis on the Persian/Arabian Gulf: A Review*, *Mar. Sci. - Sec. Marine Pollution*, 2022, Vol. 9.

<sup>33</sup> R. Riera, F. Tuya, A. Sacramento, E. Ramos, M. Rodríguez, Ó. Monterroso, *The effects of brine disposal on a subtidal meiofauna community*, *Estuarine, Coastal and Shelf Science*, 2011, Vol. 93, Iss. 4, 359-365.

<sup>34</sup> F. Blanco-Murillo, L. Marín-Guirao, I. Sola, F. Rodríguez-Rojas, J. M. Ruiz, J. L. Sánchez-Lizaso, C. A. Sáez, *Desalination brine effects beyond excess salinity: Unravelling specific stress signaling and tolerance responses in the seagrass *Posidonia oceanica**, *Chemosphere*, 2023, Vol. 341, 140061.

6. *Valutazione di impatto ambientale degli impianti di desalinizzazione. Dalla legge “SalvaMare” alla retromarcia del decreto “Siccità”. Alternative sostenibili*

La l. n. 60 del 2022, cosiddetta “Salvamare” – avente per oggetto «Disposizioni per il recupero dei rifiuti in mare e nelle acque interne e per la promozione dell’economia circolare» – all’art 12 ha assoggettato gli impianti di desalinizzazione alla preventiva valutazione di impatto ambientale (“V.I.A.”), di cui alla parte seconda del d.lgs. n. 152 del 2006 e ha conseguentemente novellato l’allegato II, inserendovi specificamente tale tipologia di impianti, al fine di tutelare l’ambiente marino e costiero<sup>35</sup>.

Tale legge ha colmato una lacuna normativa dell’ordinamento nazionale in quanto, prima della sua adozione, gli impianti di desalinizzazione non rientravano nel novero delle opere sottoposte a V.I.A.. Pertanto, tenuto conto dell’entità degli impatti ambientali derivanti da tale tipologia di impianti, si è posto il problema di verificare se i relativi progetti potessero essere ascritti, in via interpretativa, alle opere assoggettate a V.I.A., ai sensi d.lgs. n. 152 del 2006.

Il d.lgs. n. 152 del 2006 distingue due gruppi di progetti: uno da sottoporre obbligatoriamente alla V.I.A. e un altro da sottoporre a una fase di assoggettabilità a V.I.A. (*screening*).

Alla prima categoria (V.I.A. obbligatoria) si ascrivono (art. 6, comma 7): (i) i progetti di cui agli allegati II e III alla parte seconda del d.lgs. n. 152 del 2006<sup>36</sup>; (ii) i progetti di cui agli allegati II-*bis* e IV, relativi ad opere o interventi di nuova realizzazione, che ricadono, anche parzialmente, all’interno di aree naturali protette, ovvero all’interno di siti della rete Natura 2000; una serie di progetti che in esito allo *screening* siano risultati suscettibili di produrre impatti ambientali negativi.

In particolare, tra i progetti inseriti negli allegati II-*bis* e IV, obbligatoriamente assoggettati a V.I.A. se ricadenti nell’ambito dei siti Natura 2000, rientrano i seguenti progetti di infrastrutture: (i) derivazione di acque superficiali ed opere connesse che prevedano derivazioni superiori a 200 litri al secondo (parte II, alle-

<sup>35</sup> Precisamente, l’art. 12 stabilisce che «Al fine di tutelare l’ambiente marino e costiero, tutti gli impianti di desalinizzazione sono sottoposti a preventiva valutazione di impatto ambientale, di cui alla parte seconda del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152. Nell’allegato II alla parte seconda del citato decreto legislativo, dopo il punto 17-*bis*) è inserito il seguente “impianti di desalinizzazione”».

<sup>36</sup> Tali progetti includono, tra l’altro, interventi relativi a raffinerie di petrolio greggio, centrali termiche con potenza termica di almeno 300 MW; centrali per la produzione di energia idroelettrica (superiori a 30 MW), centrali nucleari, impianti per l’estrazione e il trattamento dell’amianto, impianti termici per la produzione di energia elettrica con potenza termica superiore a 150 MW; impianti eolici per la produzione di energia elettrica (superiori a 30 MW), elettrodi aerei (con tensione di esercizio superiore a 150kV), acciaierie, impianti chimici.

gato IV, punto 7, lett. d); (ii) impianti di depurazione delle acque con potenzialità superiore a 10.000 abitanti equivalenti (parte II, allegato IV, punto 7, lett. d).

Nella seconda categoria di progetti, da sottoporre a V.I.A. solo eventualmente, per i quali è prevista una preliminare verifica di assoggettabilità, secondo una procedura notevolmente semplificata dal d.lgs. n. 104 del 2017, rientrano: (i) i progetti esclusivamente o essenzialmente destinati allo sviluppo e al collaudo di nuovi metodi o prodotti (indicati nell'allegato II), non utilizzati per più di due anni; (ii) le modifiche o estensioni dei progetti di cui all'allegato II, II-*bis* e IV, suscettibili di incidere negativamente sull'ambiente, qualora comportino il superamento degli eventuali valori limite ivi stabiliti; (iii) ulteriori progetti (indicati negli allegati II-*bis* e IV), in applicazione dei criteri e delle soglie previste nel d.m. 30 marzo 2015<sup>37</sup>.

La giurisprudenza, investita della questione, si è posta in primo luogo il problema relativo al carattere tassativo dell'elenco dei progetti da sottoporre a V.I.A., ovvero se l'art. 6 del codice dell'ambiente contenga anche una clausola generale, che implichi l'assoggettamento a V.I.A. di progetti che, pur non nominati negli allegati, abbiano comunque effetti significativi e negativi sull'ambiente.

La questione è stata affrontata, innanzitutto, dalla Corte di giustizia, in quanto gli impianti di dissalazione non erano considerati nella prima direttiva 85/337, né sono stati inclusi nella direttiva 2011/92/UE, e successive modificazioni.

In una decisione del 2008 (C-156/07)<sup>38</sup>, che rappresenta uno storico precedente in materia, la Corte ha ritenuto che l'art. 2, n. 1, della direttiva 85/337 – allora vigente – non richiedesse che tutti i progetti per i quali si prevedeva un notevole impatto ambientale fossero sottoposti alla procedura di V.I.A., bensì che dovessero esserlo solo quelli citati negli allegati alla stessa<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> La V.I.A. può essere esclusa per alcuni progetti di importanza strategica, aventi quale unico obiettivo la difesa nazionale o la risposta alle emergenze che riguardano la protezione civile, su disposizione del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (ora Ministro dell'ambiente e della sicurezza energetica), di concerto con il Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo (ora Ministero della cultura), che provvede con decreto, dopo una valutazione caso per caso del progetto, al fine di verificare se l'applicazione dell'istituto possa pregiudicare detti obiettivi.

<sup>38</sup> Corte di giustizia, sesta sezione, 10 luglio 2008, in causa C-156/07 (*Salvatore Aiello e altri/comune di Milano e altri, e nei confronti di Euromilano S.p.A. e Metropolitana milanese S.p.A.*), avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Consiglio di Stato con decisione 24 ottobre 2006, in <http://www.dirittodeiservizipubblici.it/sentenze/sentenza.asp?sezione=detsentenza&cid=2367>.

<sup>39</sup> *Ibid.*, punto 34, in cui, precisamente, si osserva che «l'art. 2, n. 1, della direttiva 85/337 deve essere interpretato nel senso che esso non richiede che tutti i progetti per i quali si prevede un notevole impatto ambientale siano sottoposti alla procedura di valutazione dell'impatto ambientale in conformità a quanto previsto da questa direttiva, bensì che debbano esserlo solo quelli che sono citati agli allegati I e II di detta direttiva, nelle condizioni previste all'art. 4 di quest'ultima e fatti salvi gli artt. 1, nn. 4 e 5, nonché 2, n. 3, della medesima direttiva».

In ordine ai margini di discrezionalità degli stati membri nel dare attuazione alla direttiva, la stessa Corte ha precisato che, nel fissare criteri e soglie per stabilire quali progetti sottoporre a V.I.A., oltre a quelli obbligatoriamente previsti negli allegati alla direttiva, tale discrezionalità trova il proprio limite nel principio di assoggettare a detta procedura solo «i progetti idonei ad avere un notevole impatto ambientale, segnatamente per la loro natura, le loro dimensioni o la loro ubicazione»<sup>40</sup>.

A sua volta, la giurisprudenza nazionale, ha confermato che i progetti da sottoporre a V.I.A. rappresentano un “*numerus clausus*”, come tale non estensibile in via interpretativa<sup>41</sup>.

In particolare, ci si è chiesti se gli impianti di dissalazione possano essere ricompresi nella nozione di “impianti chimici integrati” di cui alla lettera e) dell’allegato III<sup>42</sup>, ma tale interpretazione è stata ritenuta non conforme alla prescrizione normativa, tenuto conto che la produzione di acqua potabile non può essere assimilata a un «prodotto chimico inorganico di base»<sup>43</sup>.

Gli impianti di dissalazione non sono riconducibili neppure alla disposizione di cui all’art. 6, comma 7, lett. b), qualora destinati a insistere in aree colloca-

<sup>40</sup> *Ibid.*, punti 36 e 37, dove la Corte statuisce che «se gli Stati membri hanno la possibilità di fissare i criteri e/o le soglie che consentono di stabilire quali progetti rientranti nell’allegato II della direttiva 85/337, nella sua versione originaria, debbano essere oggetto di una tale valutazione, il loro margine discrezionale trova il proprio limite nell’obbligo, enunciato all’art. 2, n. 1, di detta direttiva, di sottoporre ad una valutazione d’impatto i progetti idonei ad avere un notevole impatto ambientale, segnatamente per la loro natura, le loro dimensioni o la loro ubicazione (v., in particolare, sentenza 23 novembre 2006, causa C-486/04, Commissione/Italia, Racc. pag. I-11025, punto 53). Ai sensi dell’art. 4, n. 2, della direttiva 85/337, spetta agli Stati membri stessi determinare in quali casi i progetti elencati all’allegato II di questa direttiva devono essere sottoposti a valutazione dell’impatto ambientale, mentre quelli che figurano all’allegato I di quest’ultima sono sempre oggetto di tale procedura di valutazione».

<sup>41</sup> Cfr. T.A.R. Piemonte, sez. I, 3 maggio 2010, n. 2293, in *giustizia-amministrativa.it*, in cui si osserva che l’elenco delle opere da sottoporre alla procedura di V.I.A. ha carattere chiuso e «la tassatività delle relative previsioni non può essere scardinata dall’amministrazione procedente in forza del principio di precauzione che, come già rilevato, ha diversa portata e ambito applicativo»; nello stesso senso, *Id.*, Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 6 dicembre 2001, n. 1186, *ivi*.

<sup>42</sup> Precisamente, ai sensi dell’allegato III, lett. e), tale categoria include «impianti per la produzione su scala industriale, mediante processi di trasformazione chimica, di sostanze, in cui si trovano affiancate varie unità produttive funzionalmente connesse tra di loro: - per la fabbricazione di prodotti chimici organici di base (progetti non inclusi nell’Allegato II); - per la fabbricazione di prodotti chimici inorganici di base (progetti non inclusi nell’Allegato II); - per la fabbricazione di fertilizzanti a base di fosforo, azoto, potassio (fertilizzanti semplici o composti) (progetti non inclusi nell’Allegato II); - per la fabbricazione di prodotti di base fitosanitari e di biocidi; - per la fabbricazione di prodotti farmaceutici di base mediante procedimento chimico o biologico; - per la fabbricazione di esplosivi».

<sup>43</sup> T.A.R. Lazio-Latina, sez. I, 30 ottobre 2017, n. 536, in cui si rileva che «La produzione di acqua potabile – salvo considerare l’acqua potabile “un prodotto chimico inorganico di base” (ma per prodotti chimici inorganici di base si intende altro) – non rientra in alcuna delle categorie considerate dalla norma e ciò anche a prescindere dalla natura del procedimento (di trasformazione chimica o di separazione fisica) utilizzato. Va comunque aggiunto che la qualificazione del processo di separazione del sale dall’acqua marina come processo di tipo meccanico e non chimico appare corretta».

te all'interno dei siti Natura 2000, in quanto anche tale norma fa riferimento a un elenco specifico di opere (puntualmente indicate negli allegati II-*bis* e IV)<sup>44</sup>.

D'altronde, anche sotto un profilo sistematico, l'interpretazione estensiva delle previsioni relative ai progetti da sottoporre a V.I.A. si porrebbe in contrasto con l'esigenza di tipizzazione sottesa alla predisposizione da parte del legislatore di articolati elenchi di opere, considerate suscettibili di avere impatti significativi sull'ambiente, e sulle correlative esigenze di certezza giuridica<sup>45</sup>.

La legge "Salvamar" ha quindi colmato una rilevante lacuna normativa, considerata l'esigenza sempre più diffusa di ricorrere agli impianti di dissalazione per far fronte alla domanda di acqua e data l'incidenza ambientale derivante dalla loro realizzazione.

La V.I.A., come pur sostenuto in dottrina, «assume rilevanza davvero strategica per il perseguimento di un corretto equilibrio tra la tutela dell'ambiente, da un lato, e attività economiche, sviluppo e innovazione, dall'altro»<sup>46</sup> ed è quindi una procedura essenziale per la realizzazione di impianti di desalinizzazione e per la mitigazione dei relativi impatti nell'ambito del procedimento attraverso specifici obblighi conformativi.

A poca distanza dall'entrata in vigore della legge "SalvaMare", sono state apportate rilevanti modifiche alla previsione della sottoposizione a V.I.A. degli impianti di desalinizzazione. Il d.l. n. 39 DEL 2023, recante disposizioni urgenti per il contrasto della scarsità idrica e per il potenziamento e adeguamento delle infrastrutture idriche, convertito con modificazioni dalla l. n. 68 del 2023<sup>47</sup>, all'art. 10, ha sostituito la previsione di cui all'art. 12, comma 1, primo periodo della l. n. 60 del 2022, secondo la quale «tutti gli impianti di desalinizzazione sono sottoposti a preventiva valutazione di impatto ambientale», con la previsione per cui «gli impianti di desalinizzazione di capacità pari o superiore alla soglia di cui alla lettera s-*bis*) del punto 8) dell'Allegato IV alla parte seconda del decre-

---

<sup>44</sup> I progetti di cui agli allegati II-*bis* e IV sono generalmente sottoposti a valutazione di assoggettabilità, ai sensi dell'art. 6, comma 6, lett. c) e lett. d), mentre sono assoggettati obbligatoriamente a V.I.A. se ricadono, anche parzialmente, in aree naturali protette o incluse nella Rete Natura 2000. In particolare, l'allegato IV, punto 7, lett. d), fa riferimento a progetti di «derivazione di acque superficiali ed opere connesse che prevedano derivazioni superiori a 200 litri al secondo o di acque sotterranee che prevedano derivazioni superiori a 50 litri al secondo, nonché le trivellazioni finalizzate alla ricerca per derivazioni di acque sotterranee superiori a 50 litri al secondo». Gli impianti di dissalazione non sono tuttavia identificabili con gli impianti di derivazione di acqua tipizzati dalla suddetta disposizione, se non attraverso un'interpretazione molto ampia della norma. Ad analoga conclusione si giungerebbe anche qualora si riconducesse un impianto di dissalazione alla tipologia degli impianti di depurazione delle acque "con potenzialità superiore a 10.000 abitanti equivalenti", prevista all'allegato IV della parte seconda del codice dell'ambiente. In entrambi i casi, infatti, sarebbe necessaria una lettura estensiva di previsioni pensate per impianti con caratteristiche tecniche diverse (derivazione a fini industriali o di produzione di energia elettrica nel primo caso, depurazione di acque reflue nel secondo caso).

<sup>45</sup> In questo senso, TAR Lazio-Latina, Sez. I, 30 ottobre 2017, n. 536, cit.

<sup>46</sup> M. Cecchetti, *La riforma dei procedimenti di valutazione d'impatto ambientale tra d.lgs. n. 104 del 2017 e Corte costituzionale n. 198 del 2018*, cit., 2.

<sup>47</sup> In G.U. 13.06.2023, n. 136.

to legislativo 3 aprile 2006, n. 152 [Impianti di desalinizzazione con capacità pari o superiore a 200 l/s;], sono sottoposti a verifica di assoggettabilità a VIA [...]».

Ebbene, una dotazione di 200 l/s equivale a circa 17.280 m<sup>3</sup> al giorno, che consente di servire una popolazione di oltre 100.000 abitanti, con uno scarico di circa 30.000 m<sup>3</sup> al giorno di salamoia<sup>48</sup>.

Si tratta, pertanto, di opere di rilevanti dimensioni, suscettibili di incidere sensibilmente sull'ecosistema marino, per di più assoggettate a una valutazione di *screening*, pur a fronte delle evidenze scientifiche in ordine agli impatti ambientali di tale tipologia di impianti.

Tali modifiche segnano quindi un passo indietro rispetto alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, pur garantiti dalla Costituzione agli 9 e 41, con i quali la tutela dell'ambiente, già riconosciuta in via giurisprudenziale, è entrata definitivamente nel quadro dei principi costituzionali, «da cui si ricava l'immagine più veritiera dell'ordine giuridico che si adegua alla società attuale»<sup>49</sup>.

In tale quadro, una fonte alternativa più sostenibile, come si dirà oltre, è la dissalazione mobile navale, che è un sistema di approvvigionamento idrico meno inquinante degli impianti a terra, in grado di ridurre i costi energivori e assicurare il rifornimento di più isole contemporaneamente.

Oltre alla salvaguardia delle coste, che sono un patrimonio paesaggistico unico per diversità e articolazione, tale sistema, come si esporrà di seguito, assicura una maggior tutela del bioma circostante, in quanto la produzione di acqua desalinizzata avviene in mare aperto e la salamoia è disciolta lentamente al largo, mentre la nave è in movimento, e non rilasciata in un punto unico, sulla fascia costiera, come avviene negli impianti a terra.

## 7. *Idee innovative per la mitigazione d'impatto*

È in rapido incremento la progettazione e costruzione di dissalatori lungo le coste italiane e nelle isole. Agli impatti prima descritti, poiché gli impianti di dissalazione sono energivori, vanno aggiunti quelli relativi proprio all'energia necessaria; infatti, è imprescindibile potenziare i sistemi di generazione di energia, in genere a combustibile fossile, con conseguenti costi e impatti per il trasporto del carburante e per la produzione di energia *in loco*. Nell'ambito dell'agenda 2030 si potrebbero programmare approvvigionamenti energetici “green” con sistemi

<sup>48</sup> L'art 10 del d.l. n. 39 del 2023 prevede che «Con riferimento agli scarichi degli impianti di cui all'articolo 12 della legge 17 maggio 2022, n. 60, a integrazione delle prescrizioni e dei criteri di cui ai punti precedenti del presente Allegato, l'incremento percentuale massimo di salinità del corpo recipiente entro un raggio di 50 metri dallo scarico (zona di mescolamento), rispetto alla concentrazione salina media dell'acqua marina nell'area di interesse, è pari a  $\Delta S_{\text{almax}} < 5\%$ ».

<sup>49</sup> G. Berti, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 1990, 88.

fotovoltaici o eolici. Entrambi, però, comprometterebbero non poco i paesaggi e gli ambienti peculiari, specie delle isole minori.

È doveroso che la programmazione a lungo termine, già sopra ricordato, sia affiancata alla mitigazione dell'impatto dei dissalatori attualmente in esercizio e di quelli in programmazione; opere, va ribadito, di emergenza. Un dissalatore montato su nave attrezzata, sviluppato nell'ambito del Fondo per la Crescita Sostenibile – progetto “HORIZON 2020” ne è un importante esempio.

Un dissalatore operante su nave da trasporto acque destinate al consumo umano presenta notevoli vantaggi in termini di impatto. In primo luogo, il processo di dissalazione avviene al largo e con il natante in movimento; pertanto, l'acqua in ingresso nell'impianto è certamente meno interessata dall'impatto costiero e quindi meno contaminata; in secondo luogo, i composti ad elevata tossicità utilizzati per la manutenzione dell'impianto non vengono sversati in mare, ma stoccati in appositi serbatoi sulla nave e trattati e smaltiti a terra in impianti idonei. Ed ancora, la salamoia prodotta viene smaltita in mare, al largo, con scarico nei pressi delle eliche propulsive; pertanto, essa subisce una diluizione ben maggiore di quella ottenibile con scarichi fissi degli impianti a terra. Sia per il moto della nave, durante la dissalazione, che per l'azione delle eliche, l'impatto sulla biologia marina, specie di fondo, è nullo. Un dissalatore mobile potrebbe servire un intero arcipelago e servirebbe anche come strumento per mitigare ulteriori emergenze perché il naviglio su cui è impiantato il dissalatore è una nave cisterna, normalmente attrezzata al trasporto di acque destinate al consumo umano. Il confronto tra molteplici impianti a terra nelle isole (con i relativi scarichi e impianti di produzione di energia) e il “*Marine Mobile Desalination Unit*”, come è stato denominato nella certificazione RINA, è nettamente in favore di quest'ultimo in termini di impatto ambientale, paesaggistico, sanitario e strategico. In aggiunta, in un arcipelago con impianti di dissalazione in ciascuna isola l'impatto sarà elevato sia per il mare che per le isole stesse; il disporre invece di una nave provvista di dissalatore che esegua il processo al largo e serva le singole isole avrà impatti di gran lunga inferiori, pressoché nulli.

## 8. *Rischio sanitario da acque dissalate*

Per quanto sopra esposto, la dissalazione è da ritenersi un sistema di approvvigionamento idrico da adottare allorquando non vi sono alternative e comunque in parallelo a programmazioni risolutive nel medio-lungo periodo. La dissalazione dell'acqua marina è una pratica in rapida diffusione nel mondo<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> E. Jones, M. Qadir, M.T.H. van Vliet, V. Smakhtin, S.-Mu Kang, *The state of desalination and brine production: A global outlook, Science of The Total Environment*, 2019, Vol. 657, 20, 1343-1356.



In generale la tecnologia adottata nei moderni impianti, quelli in costruzione ed in programmazione è quella dell'Osmosi Inversa (Reverse Osmosis-RO); i prodotti degli impianti che adottano questa tecnologia sono l'acqua dissalata e la "salamoia" (brine).

La prima è quasi un'acqua distillata non destinabile al consumo umano; viene perciò additivata con una miscela di sali per renderla potabile, oltre che per evitare fenomeni corrosivi o incrostanti alle condotte di distribuzione. Ciò costituisce un primo problema perché mancano indicazioni sulla "migliore acqua da garantire all'utenza"; esistono solo norme che prescrivono unicamente i limiti delle componenti chimiche ammesse, ma non il loro peculiare equilibrio che può influire sullo stato di salute delle popolazioni servite.

È noto, infatti, che piccole variazioni negli equilibri salini dell'acqua destinata al consumo umano influiscono, in modo subdolo ed in tempi lunghi, sullo stato di salute delle popolazioni.

L'organizzazione Mondiale della Sanità, già dal 2003, ha iniziato a focalizzare gli aspetti sanitari conseguenti al consumo di acque dissalate organizzando simposi scientifici sul tema<sup>51</sup>.

Di rilievo sono le recenti pubblicazioni di studi elaborati sia sperimentando su modelli di laboratorio (utilizzando specie murine come modello)<sup>52</sup>, che osservando popolazioni che utilizzano acque dissalate (a confronto con popolazioni di riferimento che utilizzano acque sorgive)<sup>53</sup>.

Nel primo caso, sono state riscontrate evidenti anomalie nello sviluppo dei tessuti; nel secondo caso, sono emerse evidenti alterazioni, nel tempo, delle percentuali di sopravvivenza considerando patologie cardiovascolari. Altri studi hanno messo in evidenza il rischio sanitario legato a carenza di particolari elementi come lo iodio<sup>54</sup>, al loro disequilibrio: calcio e magnesio<sup>55</sup> in particolare, o all'eccesso di altri: boro<sup>56</sup>; nonché la carenza di oligoelementi: l'arsenico, il cromo, il

<sup>51</sup> WHO, *Safe drinking-water from desalination. Guidance on risk assessment and risk management procedures to ensure the safety of desalinated drinking-water*, <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-HSE-WSH-11.03>, 2011; *Id.*, *Nutrients in drinking-water*, Manual, <https://www.who.int/publications/i/item/9241593989>, 2005.

<sup>52</sup> Ahmed A. Allam; *Drinking desalinated seawater for a long time induces anomalies in the development of new-born albino rats*. *Saudi J Biol Sci*. 2017 Sep; 24(6): 1306 ss.

<sup>53</sup> *Association between exposure to desalinated sea water and ischemic heart disease, diabetes mellitus and colorectal cancer; A population-based study in Israel* in <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/29982150>.

<sup>54</sup> Y.S. Ovadia, D. Gefel, D. Aharoni, S. Turkot, S. Fytlovich, A.M. Troen, *Can desalinated seawater contribute to iodine-deficiency disorders? An observation and hypothesis*, in *Public Health Nutr.*, 2016, Oct; 19, 2808-2817.

<sup>55</sup> V.V. Rosen, O. Gal Garber, Y. Chen, *Magnesium deficiency in tap water in Israel: The desalination era*, *Desalination*, 2018, Vol. 426, 15, 88-96; *Health effects of desalinated water: Role of electrolyte disturbance in cancer development*, J. Nriagu, F. Darroudi, B. Shomar, in *Environmental Research*, 2016, Vol. 150, 191 ss.

<sup>56</sup> Acque Potabili – Parametri: <http://www.salute.gov.it/portale/temi/documenti/acquepotabili/parametri/BORO.pdf>.

ferro, il fluoro, lo iodio, il cobalto, il rame, il manganese, il molibdeno, il selenio, il vanadio, lo zinco e lo stagno, elementi essenziali per la conservazione dello stato di salute.

Un ulteriore aspetto di riflessione riguarda l'aggressività delle acque dissalate non correttamente ricondizionate; infatti, esse possono provocare l'esfoliazione delle concrezioni saline e la conseguente sospensione sia degli elementi costituenti la concrezione che del *biofilm* all'interno delle condotte di distribuzione. Le prime provocano all'acqua evidenti alterazioni cromatiche: acque rosse, torbide e ricche di particolato e, quindi, non utilizzabili per il consumo umano; il secondo, il *biofilm*, determina la liberazione della biomassa microbica che lo costituisce, con potenziali rischi sanitari per la popolazione utente. Si pensi, ad esempio, alla possibile presenza, nel *biofilm* medesimo, di *Legionella pneumophyla*.

## 9. Valutazione di impatto sanitario

Nel processo di evoluzione delle procedure di valutazione ambientale si è andata sempre più accentuando una visione integrata di tematiche diverse, tra loro strettamente connesse, quali in particolare ambiente e salute.

La direttiva europea 2014/52/UE, relativa alla valutazione di impatto ambientale, ha incluso nell'ambito di tale procedura una valutazione degli effetti significativi, diretti e indiretti, del progetto sulla popolazione e sulla salute umana (art. 3).

A livello statale, la valutazione di impatto sanitario ("V.I.S.") introdotta dall'art. 9 della l. n. 221 del 2015, è stata successivamente inserita all'art. 5, lett. b-bis) del codice dell'ambiente ad opera del d.lgs. n. 104 del 2017, che ha recepito la direttiva del 2014<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> L'5, lett. b-bis) del codice dell'ambiente definisce la V.I.S. come un «elaborato predisposto dal proponente sulla base delle linee guida adottate con decreto del Ministro della salute, che si avvale dell'Istituto superiore di sanità, al fine di stimare gli impatti complessivi, diretti e indiretti, che la realizzazione e l'esercizio del progetto può procurare sulla salute della popolazione». La modifica è stata introdotta dall'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 104 del 2017. Pertanto, nel 2019, l'Istituto superiore di sanità ha adottato *Linee guida per la valutazione di impatto sanitario* (D.L.vo 104/2017), *Rapporti ISTISAN*, 19/9, in [https://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_pubblicazioni\\_2850\\_allegato.pdf](https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2850_allegato.pdf), che rappresentano un aggiornamento del *Rapporto ISTISAN 17/4*, in cui si descrivono le modalità di svolgimento della V.I.S. Sulla valutazione di impatto sanitario, tra gli altri, V. Cavanaugh, *Tutela di ambiente e salute: riflessioni "de jure condendo" tra diritto amministrativo e diritto penale*, in *Ambiente & sviluppo*, 2020, 1, 29 ss.; *Id.*, *Valutazione di Impatto sulla Salute: qualcosa di nuovo sotto il sole? (nota a CDS n. 983/2019)*, *ivi*, 2019, 7, 543 ss.; *Id.*, *La crescente importanza della Valutazione di Impatto sulla Salute*, in *Riv. giur. amb.*, 2017, 3, 581 ss.; G. Sturloni, *Valutazione di impatto sulla salute: occasione per processi decisionali partecipati o strumento di persuasione per scelte già prese?*, in *Epidemiol Prev*, 2016, 40 (2), 131 ss.; C. Signorelli, M. Riccò, A. Odone, *La valutazione di impatto sanitario (VIS) nei processi decisionali*, in *Epidemiol Prev*, 2011, 35(2), 131 ss.; A. Ballarini, M. Bedeschi, F. Bianchi, L. Cori, N. Linzalone, M. Natali, *La valutazione di Impatto sulla Salute, un nuovo strumento a supporto delle decisioni*, in "Quaderni di Monitor" Collana di documenta-

Tale procedura, integrata nella V.I.A, si avvale di un insieme di metodi e strumenti al fine di stimare gli impatti che la realizzazione di piani, programmi e progetti possono determinare sulla salute della popolazione, individuando le azioni appropriate per la loro gestione<sup>58</sup>.

La V.I.S. è prescritta per una particolare tipologia di impianti che rientrano in una specifica categoria, che include ad esempio grandi impianti di combustione, raffinerie<sup>59</sup>, al fine di salvaguardare la popolazione esposta ai relativi impatti, tenendo anche conto delle opportunità di sviluppo.

Il Consiglio di Stato<sup>60</sup> ha precisato che, salvo i casi prescritti dalla legge, in via generale nell'ambito del procedimento per il rilascio dell'A.I.A. o della V.I.A. non è obbligatorio procedere alla valutazione di incidenza sanitaria, ritenendo tuttavia «che è necessario procedervi quando le concrete evidenze istruttorie dimostrino la sussistenza di un serio pericolo per la salute pubblica»<sup>61</sup>.

La V.I.S. si svolge sul presupposto di un concetto di salute, molto ampio, quale stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non semplicemente

---

zione a cura di Servizio Comunicazione, *Educazione alla sostenibilità Regione Emilia-Romagna*, Bologna, 2010, disponibile all'indirizzo <https://partecipazione.regione.emilia-romagna.it/tutte-le-pubblicazioni/pubblicazioni/monitor/Valutazione%20impatto%20salute.pdf>; B.L. Cole, J.E. Fielding, *Health Impact Assessment: A Tool to Help Policy Makers Understand Health Beyond Health Care*, in *Annual Rev. Public Health*, 28, 2007, 393 ss.

<sup>58</sup> World Health Organization, *Health impact assessment: main concepts and suggested approach. Gothenburg consensus paper*, Brussels, *European Centre for Health Policy, WHO Regional Office for Europe*, 1999; Istituto superiore di sanità, *Linee guida per la valutazione di impatto sanitario*, cit., 1, che riprende la definizione della WHO.

<sup>59</sup> Precisamente, l'art. 12, comma 2, del d.lgs. n. 104 del 2017 ha sostituito l'art. 23 del d.lgs. n. 152 del 2006, prevedendo che «Per i progetti di cui al punto 1) dell'allegato II alla presente parte e per i progetti riguardanti le centrali termiche e altri impianti di combustione con potenza termica superiore a 300 MW, di cui al punto 2) del medesimo allegato II, il proponente trasmette, oltre alla documentazione di cui alle lettere da a) a e), la valutazione di impatto sanitario predisposta in conformità alle linee guida adottate con decreto del Ministro della salute, che si avvale dell'Istituto superiore di sanità».

<sup>60</sup> Cons. Stato, 11 febbraio 2019, n. 983, in *giustizia-amministrativa.it*, in cui il Collegio si sofferma anche sulla distinzione tra la V.I.A. e la V.I.S., nella parte in cui, con riferimento al caso di specie, riguardante il rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale per la realizzazione di un impianto, sito in Comune di Moglia, per lo smaltimento e il recupero di rifiuti pericolosi e non pericolosi, si osserva che «non può fondatamente sostenersi che gli impatti sulla salute pubblica fossero già stati considerati, illustrati e motivati nella precedente Valutazione di Impatto Ambientale del 2013, poiché una seria ed attendibile indagine epidemiologica non può prescindere dal compimento della V.I.S., avuto riguardo, per un verso, all'accertamento delle reali condizioni di salute in cui versa la popolazione di Moglia e, per un altro verso, all'analisi dell'impatto e delle ricadute sulle persone (quindi, non soltanto rispetto all'ambiente) di un nuovo impianto posto in prossimità di abitazioni e di attività imprenditoriali preesistenti. Nello stesso senso, Id., 29 agosto 2019, n. 5985, *ivi*. Sul punto, V. Cavanna, *Valutazione di Impatto sulla Salute: qualcosa di nuovo sotto il sole? (nota a CDS n. 983/2019)*, cit., 2019, 7, 543 ss.

<sup>61</sup> Cons. Stato, 11 febbraio 2019, n. 983, cit. secondo il quale «L'Amministrazione che in tali casi non la effettui incorre, pertanto, nel tipico vizio dell'eccesso di potere sotto il profilo del mancato approfondimento istruttorio, sintomatico della disfunzione amministrativa».

legato all'assenza di malattia e di infermità, in coerenza con quanto stabilito nel 1948 dalla WHO<sup>62</sup>.

La valutazione degli impatti sanitari si colloca quindi a fianco della V.I.A. in un'ottica prospettica che mira a integrare gli effetti sulla salute nella valutazione degli impatti ambientali, e rappresenta «uno strumento a supporto dei processi decisionali» che interviene prima che questi siano realizzati<sup>63</sup>.

La procedura, ispirata a principi di trasparenza, etica, eguaglianza, partecipazione, sostenibilità e democrazia, sullo sfondo delle necessarie valutazioni tecniche scientifiche, non può prescindere da un bilanciamento tra i rischi cui si espone la popolazione a seguito dell'intervento programmato e le opportunità di crescita, nell'ottica del benessere in senso ampio.

Dal momento che gli impianti di desalinizzazione presentano una serie di rischi potenziali non solo per l'ambiente ma anche per la salute, essendo destinati a produrre acqua dissalata che viene distribuita a larghe fasce della popolazione per il consumo umano, sarebbe opportuno affiancare alla valutazione di impatto ambientale di tale tipologia di impianti, anche quella di impatto sanitario, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica in materia.

Gli obiettivi e i vantaggi associati a una valutazione *ex ante* degli impatti sulla salute di dette opere sarebbero molteplici, in quanto tale procedura consente di esaminare gli impatti sanitari con un approccio interdisciplinare; di analizzare gli effetti negativi e positivi sulla popolazione, prevenendo e riducendo questi ultimi; di costituire una base di dati sulla popolazione locale e sull'ambiente, attraverso lo sviluppo di indicatori sanitari per il monitoraggio; di individuare le migliori soluzioni disponibili per implementare la realizzazione dell'intervento, riducendo gli effetti negativi sulla salute; di favorire forme di interazione con l'amministrazione e quindi di partecipazione, condivisione e consapevolezza in merito al progetto<sup>64</sup>.

La sensibilità della popolazione in merito alla questione ambientale e ai problemi sanitari si è fortemente accresciuta e la V.I.S. rappresenta anche uno stru-

---

<sup>62</sup> World Health Organization. Preamble to the Constitution of the World Health Organization as adopted by the International Health Conference, New York, 19-22 June 1946; signed on 22 July 1946 by the representatives of 61 States (Official Records of the World Health Organization, no. 2, 100) and entered into force on 7 April 1948. Istituto superiore di sanità, *Linee guida per la valutazione di impatto sanitario*, cit., 1, che, riprendendo il concetto della WHO, osserva che «lo stato di salute di una popolazione è il risultato delle relazioni che intercorrono con l'ambiente sociale, culturale e fisico in cui la popolazione vive. Si definiscono determinanti di salute quei fattori che influenzano lo stato di salute e comprendono sia fattori biologici naturali (età, sesso ed etnia), ma anche comportamenti e stili di vita, l'ambiente fisico e sociale, l'accesso alle cure sanitarie e ai servizi in generale, spesso strettamente interconnessi. Le differenze dei determinanti all'interno di una popolazione possono riflettersi in disuguaglianze sanitarie».

<sup>63</sup> Istituto superiore di sanità, *Linee guida per la valutazione di impatto sanitario*, cit., 1.

<sup>64</sup> Sugli obiettivi della procedura, in generale, Istituto superiore di sanità, *Linee guida per la valutazione di impatto sanitario* cit., 1.

mento proficuo per stimolare il coinvolgimento dei cittadini interessati, ridurre i conflitti e promuovere scelte condivise.

## 10. *Conclusioni*

Considerati gli impatti ambientali e sanitari della dissalazione, tale tecnologia non può essere oggi una valida alternativa alla carenza idrica. È necessario, quindi, considerare l'intero ciclo dell'acqua in termini di circolarità e di salvaguardia ambientale secondo i principi della *Blue economy*. Ne discende la necessità di sensibilizzare le popolazioni al risparmio energetico e idrico e di potenziare tutte le tecnologie che consentono il riuso e riciclo delle acque, in coerenza con i principi dell'economia circolare e dello sviluppo sostenibile.

A tutt'oggi lo sviluppo sostenibile è ritenuto come l'intersezione fra tre "areali di interesse", di pari importanza: ambientale, sociale ed economico, ma tale approccio non si è dimostrato finora effettivamente realizzabile: il cambiamento climatico, la crisi energetica e la crisi idrica, con le loro interconnessioni, ne sono drammatiche realtà. È necessario passare, quindi, ad un approccio che veda l'ambiente alla base e al di sopra degli altri areali di interesse.

*Fonti alternative di approvvigionamento idrico: la desalinizzazione. La legge “SalvaMare” e il passo indietro del decreto “Siccità”. Innovazioni sostenibili*

L'acqua è un bene essenziale per la vita e un diritto umano fondamentale. La siccità e il riscaldamento globale colpiscono con crescente intensità aree geografiche sempre più vaste. La “desalinizzazione” (di seguito anche “dissalazione”) contribuisce ad incrementare le forniture idriche, ma genera impatti significativi sull'ecosistema e ripercussioni sulla salute. L'art. 12 del d.l. n. 60 del 2022 – legge “SalvaMare” –, colmando un'autentica lacuna legislativa in materia, ha sottoposto la realizzazione di tali impianti alla procedura di valutazione di impatto ambientale, segnando un passo avanti nella tutela dell'ambiente, seguito a breve distanza di tempo da un arretramento normativo. Il d.l. n. 39 del 2023, convertito in l. n. 68 del 2023, – decreto “Siccità”, – ha sensibilmente ridimensionato la portata dell'art. 12, assoggettando a verifica di assoggettabilità a V.I.A. solo gli impianti di desalinizzazione con capacità pari o superiore a 200 l/s, lasciando fuori impianti di rilevanti dimensioni, suscettibili di incidere sensibilmente sull'ambiente. Un'alternativa innovativa più sostenibile rispetto agli impianti a terra è rappresentata dalla dissalazione mobile.

*Alternative sources of water supply: desalination. The “SalvaMare” law and the backward step of the “Drought” decree. Sustainable innovations*

Water is an essential resource for life and a fundamental human right. Drought and global warming are increasingly affecting larger geographical areas. Desalination helps increase water supplies but has significant impacts on ecosystems and health. Article 12 of Legislative Decree No. 60 of 2022 – the “SaveSea” law – addressed a genuine legislative gap by subjecting the construction of such plants to environmental impact assessment procedures, marking a step forward in environmental protection, shortly followed by a regulatory setback. Legislative Decree No. 39 of 2023, converted into Law No. 68 of 2023 – the “Drought” decree – significantly scaled back the scope of Article 12, subjecting desalination plants with a capacity equal to or greater than 200 l/s to a verification of the need for an environmental impact assessment, leaving out larger plants that could significantly affect the environment. An innovative and more sustainable alternative to land-based plants is represented by mobile desalination.

## Il Fondo monetario internazionale e la Banca mondiale nel tempo delle crisi multiple: «*A New Bretton Woods moment*»?<sup>\*</sup>

Andrea Magliari

SOMMARIO: 1. Introduzione: «*A crisis like no other calls for recovery like no other*». – 2. Stato, economia e globalizzazione. – 3. Il FMI e la Banca mondiale: dagli accordi di Bretton Woods al «*Washington consensus*». – 4. Il declino negli anni precedenti alla crisi economico-finanziaria. – 5. La crisi economico-finanziaria e le risposte delle istituzioni globali tra continuità e discontinuità. – 6. La risposta alla crisi pandemica: il «rifugio nello Stato» in un'epoca di «post-globalizzazione». – 7. Le istituzioni della post-globalizzazione: «*A New Bretton Woods moment*»?

### 1. *Introduzione: «A crisis like no other calls for recovery like no other»*

Per il Fondo monetario internazionale e la Banca mondiale, la pandemia da Covid-19 ha rappresentato «*A crisis like no other*»<sup>1</sup>. Lo certificavano alcune stime diffuse nel 2020, in piena crisi pandemica, dalle due organizzazioni internazionali<sup>2</sup>. La prima riguardava la povertà: la crisi sanitaria rischiava di portare circa 90 milioni di persone in grave stato di bisogno; la seconda era riferita al PIL mondiale, che, nel solo 2020, avrebbe subito una contrazione di oltre 4 punti percentuali, il peggior crollo annuale dalla Grande Depressione; infine, rispetto alle aspettative di crescita pre-pandemica, si stimava una contrazione del PIL mondiale di 11 trilioni nel biennio 2020-21 e di 28 trilioni nel 2020-25.

---

<sup>\*</sup> Il presente contributo è stato elaborato nell'ambito di una ricerca collettiva in tema di rapporti fra Stato ed economia, finanziata dall'IRPA e coordinata dai professori Sveva Del Gatto e Marco Macchia.

<sup>1</sup> IMF Annual Report 2020, «*A Year like no other*».

<sup>2</sup> IMF and World Bank Annual Meeting 2020. Si v. altresì il discorso inaugurale della Direttrice del Fondo monetario internazionale, Kristalina Georgieva, «*We Must Take the Right Actions Now!*» - *Opening Remarks for Annual Meetings Press Conference*, Washington, D.C., 14 ottobre 2020.

In quello stesso anno ammontavano, invece, a 12 trilioni di dollari le misure di sostegno fiscale complessivamente messe in campo da banche centrali e governi nazionali per fronteggiare le conseguenze negative della pandemia. Si ricorderà, infatti, che, fino a tutto il 2021, il nuovo debito pubblico è stato acquistato in modo massiccio dalle banche centrali di tutto il mondo a tassi di interesse molto bassi; inoltre, a partire dal 2020, con uno sforzo proseguito negli anni successivi, il Fondo monetario internazionale (FMI) ha erogato finanziamenti straordinari per oltre 250 miliardi di dollari a sostegno di 93 paesi in difficoltà nell'ambito di quello che, come ha dichiarato lo stesso FMI, ha rappresentato il più ampio numero di paesi beneficiari di assistenza in un periodo specifico<sup>3</sup>.

Come noto, tali interventi – combinati alla eccezionale risposta «politica» alla pandemia e alle diverse misure di rilancio dell'economia<sup>4</sup> – hanno portato, già nell'anno successivo, a una revisione delle prime previsioni e a una graduale ripresa della crescita globale a partire dal 2021, con un incremento più deciso a partire dal 2023<sup>5</sup>.

Diversamente da quanto avvenuto in occasione della crisi economico-finanziaria del 2008-2009, una tale risposta è stata possibile (anche) grazie all'intervento tempestivo e concertato tra banche centrali, amministrazioni fiscali nazionali e istituzioni economiche internazionali.

Eppure, come è a tutti noto, ai timori legati alle possibili conseguenze macroeconomiche delle misure di sostegno straordinarie adottate negli anni della pandemia (crescita dei debiti pubblici e dell'inflazione; instabilità finanziaria globale) si sono andati assommando, a partire dal 2022, nuovi scenari di crisi a livello globale. Nell'età delle «policrisi»<sup>6</sup>, la crisi energetica, la crisi climatica, la guerra in Ucraina e i numerosi conflitti mondiali si accavallano senza soluzione di continuità alle precedenti crisi economico-sanitaria ed economico-finanziaria, sotto-

<sup>3</sup> IMF Annual Report 2022, «*Crisis upon crisis*».

<sup>4</sup> IMF Transcript of October 2020 World Economic Outlook Press Briefing, in cui si riconosce che «*The exceptional policy response, including the establishment of the European Union Recovery Fund and the use of digital technologies to provide social assistance, are powerful reminders that well-designed policies protect people and collective economic well-being*».

<sup>5</sup> Cfr., in tal senso, il *World Economic Outlook*, aprile 2024, secondo cui «*Global growth, estimated at 3.2 percent in 2023, is projected to continue at the same pace in 2024 and 2025 (...). The pace of expansion is low by historical standards, owing to both near-term factors, such as still-high borrowing costs and withdrawal of fiscal support, and longer-term effects from the COVID-19 pandemic and Russia's invasion of Ukraine; weak growth in productivity; and increasing geoeconomic fragmentation*».

<sup>6</sup> L'espressione – attribuita al filosofo e sociologo francese Edgar Morin, *Terra-Patria*, trad. it., Milano, 1994 – è stata più di recente utilizzata per descrivere l'accavallarsi delle diverse crisi del capitalismo dallo storico dell'economia A. Toozee, *L'anno del rinoceronte grigio. La catastrofe che avremmo dovuto prevedere*, trad. it., Milano, 2021.



ponendo il sistema economico, politico e istituzionale globale a uno «*stress test*» di inedita ampiezza e portata<sup>7</sup>.

Non è questa la sede per affrontare una riflessione compiuta su tali questioni: difetterebbe anzitutto la competenza dello stesso autore. Quanto appena osservato appare però particolarmente utile per inquadrare il tema, oggetto del presente contributo, del ruolo svolto dal FMI e dalla Banca mondiale nel contesto delle crisi globali del nuovo millennio.

Ci si propone, infatti, di verificare se, a fronte delle nuove sfide poste dalle crisi, sia o meno in atto un processo di ridefinizione dell'intelaiatura giuridico-istituzionale delle organizzazioni finanziarie internazionali e, con essa, della matrice ideologica neoliberista che ne connota, ormai da diversi decenni, l'azione<sup>8</sup>. Pur con la necessaria cautela suggerita dal rapido e imprevedibile evolversi degli scenari politico-economici mondiali, ci si domanda se i più recenti interventi delle due organizzazioni evidenzino un cambio di passo rispetto all'adesione ai principi del c.d. *Washington consensus* e, eventualmente, se siano sintomatici di un nuovo modo di intendere il ruolo dello Stato (e, più in generale, dei poteri pubblici) nell'economia.

Se, infatti, negli ultimi anni sembra essersi diffusa, anche nella dottrina giuridico-politica italiana, la chiara percezione di un «ritorno dello Stato»<sup>9</sup> nell'economia, si deve d'altro canto constatare come tale «ritorno» – ammesso che di ciò effettivamente si tratti<sup>10</sup> – stia assumendo contorni, intensità e traiettorie assai variegate. I modi, gli strumenti e le logiche dell'intervento pubblico nell'economia variano notevolmente a seconda degli interessi, dei settori e dell'ordinamento

---

<sup>7</sup> Come osserva lucidamente F. Fracchia, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d'insieme*, in *Il dir. dell'economia*, 2023, 248, «siamo attestati su di una serie di confini instabili e critici, che scandiscono “tempi” e perimetrano “luoghi” in una cornice di grande e crescente complessità: stiamo vivendo un tornante della storia (siamo su di un confine, appunto) che ci consente di registrare la fine di una terribile pandemia; al contempo assistiamo a una grave crisi geopolitica, coeva all'avvento di un nuovo assetto internazionale e alla sempre più avvertita crisi climatica, che si configura come frontiera che inesorabilmente avanza; queste situazioni si accompagnano ad altre crisi complesse della attualità».

<sup>8</sup> A. Comba (a cura di), *Neoliberalismo internazionale e global economic governance. Sviluppi istituzionali e nuovi strumenti*, Torino, 2013. Sulla necessità di tenere distinti i concetti di liberismo e di liberalismo (distinzione che la lingua italiana, diversamente da altre lingue, fa propria), cfr. in particolare B. Croce, *Etica e politica*, a cura di G. Galasso, Milano, 1994, ove si segnala come, ai fini della distinzione, «la difficoltà si scioglie col riconoscere il primato non all'economico liberismo ma all'etico liberalismo, e col trattare i problemi economici della vita sociale sempre in rapporto a questo». Da qui la critica crociana al liberismo, non in quanto metodo o pratica economica espressione della libera iniziativa privata, ma per la sua pretesa di elevare i principi dell'utilitarismo a «regola e legge suprema della vita sociale». Sul concetto e sull'evoluzione storica del neoliberalismo, cfr., *ex multis*, D. Harvey, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford, 2005; P. Dardot, C. Laval, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, Paris, 2009, trad. it. *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, Roma, 2013.

<sup>9</sup> Per tutti, G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, 2022.

<sup>10</sup> Ci sembra invero opportuno chiedersi – con, tra gli altri, P. Gerbaudo, *Controllare e proteggere. Il ritorno dello Stato*, Milano, 2022 – se effettivamente lo Stato se ne sia mai davvero andato, ossia se, più propriamente, negli anni della globalizzazione e della diffusione dell'ideologia neoliberista il suo ruolo fosse semplicemente meno visibile o riconoscibile.

volta per volta considerati. Più evidenti appaiono, ad esempio, le novità allorché si guardi, dalla prospettiva dell'Unione europea<sup>11</sup> e degli Stati che la compongono, ai temi della tutela dell'ambiente e della lotta al cambiamento climatico ovvero alla riemersione, sotto nuove vesti, della politica industriale e della programmazione economica<sup>12</sup>.

Ma può dirsi la stessa cosa allorché si considerino altri obiettivi, altri settori di mercato o altri ordinamenti? Circoscrivendo l'ambito della nostra indagine allo «spazio giuridico globale» (che – come noto – vero e proprio ordinamento *non* è), come impattano le crisi multiple del nostro tempo sulle funzioni e sul ruolo delle istituzioni economiche internazionali? È possibile identificare, anche a questo livello, un'oscillazione del pendolo nella direzione di un ruolo più marcato dell'intervento pubblico nel mercato, di una rinnovata consapevolezza circa la centralità dello Stato nei processi economici e di un ripensamento delle dottrine macroeconomiche che stanno al cuore dei processi di globalizzazione? E, in quest'ultima prospettiva, siamo realmente di fronte a una crisi della globalizzazione per come l'abbiamo intesa sinora e, con essa, a una crisi delle istituzioni economiche internazionali?

Nel tentativo di fornire un qualche spunto utile alla riflessione su tali interrogativi, questo scritto si articola come segue. L'analisi muove dagli studi che, specie in ambito giuridico ed economico, hanno contribuito a definire quello che sinora abbiamo (ri-)conosciuto come l'ordine giuridico del mercato globale e, con esso, i postulati teorici sottesi all'azione dei principali «vettori» della globalizzazione economica<sup>13</sup>, a partire dal compromesso di Bretton Woods e dalla svolta neoliberista

<sup>11</sup> Invita, ad esempio, alla cautela nel riconoscere un vero e proprio cambio di paradigma, pur intravedendo «un revival dello Stato interventista» post pandemia, M. Dani, *Costituzione economica e ordine materiale dell'economia nell'Unione europea: verso un interventismo post-politico?*, in *Giur. cost.*, 2022, 3025.

<sup>12</sup> Su questi sviluppi, *ex multis*, E. Bruti Liberati, *La strategia industriale europea tra intervento pubblico finalistico e dinamiche di mercato*, in *Riv. regolaz. mercati*, 2023, 252; Id., *Le politiche di decarbonizzazione e i loro riflessi sulla costituzione economica e sulla governance europea e nazionale*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 415.

<sup>13</sup> La letteratura giuridica, economica e politologica sul punto è sterminata. Oltre alla letteratura volta per volta richiamata nel prosieguo dell'indagine, si v., *ex multis*, J.E. Stiglitz, *Making Globalization Work*, New York, 2007, trad. it. *La globalizzazione che funziona*, Torino, 2007; Id., *Globalization and its discontents*, New York, 2002, trad. it. *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, 2002; Id., *Globalization and Its Discontents Revisited. Anti-Globalization in the Era of Trump*, New York, 2017, trad. it. *La globalizzazione e i suoi oppositori. Antiglobalizzazione nell'era di Trump*, Torino, 2018; S. Strange, *The Retreat of the State: The Diffusion of Power in the World*, Cambridge, 1996, trad. it. *Chi governa l'economia mondiale?*, Bologna, 1998; D. Rodrik, *Has Globalization Gone Too Far?*, Institute for International Economics, 1997; Id., *The Globalization Paradox*, New York, 2011, trad. it. *La globalizzazione intelligente*, Roma-Bari, 2011; A.M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton University Press, 2004; M.B. Steger, *Globalization. A Very Short Introduction*, Oxford, 2013, trad. it. *La globalizzazione*, Bologna, 2016; J. Osterhammel, N.P. Petersson, *Storia della globalizzazione*, Bologna, 2005. Nella letteratura giuridica, cfr., pur nella estrema varietà di approcci e posizioni, S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003; Id., *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006; Id., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009; Id., *Chi governa il mondo?*, Bologna, 2013; M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; Id., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002; J.-B. Auby, *La globalisation, le droit, l'État*, Paris, 2003; D. Zolo, *Globalizza-*

avviata negli anni Settanta del secolo scorso. Sulla scorta di tale cornice teorica, la ricerca prenderà successivamente in esame le principali misure adottate dal FMI e dalla Banca mondiale per rispondere, dapprima, alla loro crisi di legittimazione avvenuta verso la fine anni Novanta e, successivamente, al concatenarsi delle crisi economico-finanziaria ed economico-sanitaria, fino alle più recenti misure adottate nel contesto della crisi energetica e del conflitto in Ucraina.

Nel fare ciò, si cercherà altresì di mettere in luce il modo in cui gli interessi emersi dalle crisi «reagiscano» all'interno del quadro giuridico di regole e principi che connotano il *Washington consensus*, e quale sia il senso e la direzione complessiva degli interventi promossi dalle due organizzazioni internazionali. L'analisi delle «correzioni» – se tali possono essere effettivamente definite – all'agenda neoliberista consentirà, da ultimo, di svolgere alcune riflessioni sull'evoluzione del ruolo di tali istituzioni all'interno della *governance* economica globale.

## 2. *Stato, economia e globalizzazione*

Così come avvenuto nel corso della crisi finanziaria, anche nei primi anni della pandemia sembra essere prevalsa una narrazione politico-mediatica incline a considerare la crisi da Covid-19 come un punto di svolta epocale, un momento di cesura tra un prima e un dopo. Dal canto loro, le istituzioni finanziarie internazionali non sembrano essersi sottratte alla medesima retorica, probabilmente debitrice di una ormai ben radicata introiezione della teoria schumpeteriana della «distruzione creatrice». Come ebbe a rilevare l'economista austriaco, difatti, il processo evolutivo dell'economia capitalistica non solo rivoluziona incessantemente la struttura economica dall'interno, scompaginando gli equilibri dei mercati e creandone di nuovi, ma si spinge altresì a destrutturare e rimodellare qualunque aspetto che inerisca al mercato e al suo funzionamento, ivi comprese le intelaiature istituzionali e gli apparati amministrativi posti a governo dell'economia<sup>14</sup>.

---

zione. *Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, 2004; F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; Id., *Lex mercatoria*, Bologna, 2016; B. Kingsbury, R.B. Stewart e N. Krisch, *The emergence of global administrative law*, in *Law and contemporary problems*, 2005, 3-4, 15 ss.; G. Della Cananea, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009; G. Di Gaspare, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Padova, 2011; F. Fracchia, *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo: sull'utilità di un approccio dialogante e a più dimensioni*, in *Federalismi.it*, n.17/2018; L. Casini, *Potere globale. Regole e decisioni oltre gli Stati*, Bologna, 2018; Id., *Global Administrative Law*, in *International Legal Theory: Foundations and Frontiers*, a cura di J.L. Dunoff e M.A. Pollack, Cambridge, 2019; R. Ferrara, *La globalizzazione e il diritto pubblico*, in *Federalismi.it*, 2023, 19.

<sup>14</sup> J.A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, trad. it., Milano, 2001. In tale prospettiva, cfr. altresì P. Leon, *Il capitalismo e lo stato. Crisi e trasformazione delle strutture economiche*, Roma, 2014, spec. 11, ove si mette bene in luce come il capitalismo sia «un modo di essere delle società che non si distrugge nelle cri-

Occorre infatti considerare che, in fondo, capitalismo e Stato sono “creature coeve”, figlie entrambe dello stesso processo di modernizzazione, e legate l’una all’altra da un legame funzionale<sup>15</sup>. Tale legame, pur in qualche modo stabile, ha nondimeno assunto nel tempo significati tra loro profondamente diversi<sup>16</sup>: dal mercantilismo della prima età moderna all’ordine liberale classico, dai mutamenti intervenuti agli inizi del secolo scorso alla fase di (iper)globalizzazione economico-finanziaria, fino agli ulteriori sviluppi intervenuti in questi ultimi anni.

In quest’ottica, tra le numerose angolature da cui può guardarsi al fenomeno della globalizzazione<sup>17</sup>, particolarmente utile appare ai nostri fini quella che assume il fenomeno «non tanto come una vicenda “interna” del capitalismo, che modifica l’assetto e l’estensione delle relazioni economiche, bensì anche e soprattutto in quanto vicenda che esporta effetti significativi nella sfera istituzionale»<sup>18</sup>, come processo – cioè – che, assumendo una valenza prescrittiva, oltre che meramente descrittiva, segna il graduale passaggio del potere dagli Stati ai mercati<sup>19</sup>, inaugurando, sul finire degli anni Ottanta, un nuovo modo di intendere il ruolo dei pubblici poteri nell’economia.

---

si, ma evidentemente si trasforma e, una volta trasformato, dà luogo a una nuova cultura capitalistica e a nuovi rapporti tra i capitalisti e lo Stato, e tra gli stessi capitalisti».

<sup>15</sup> M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., 20. Sulla continuità storica e ideologica tra Stato, capitalismo e dimensione mondiale dell’economia, cfr. per tutti l’opera in quattro volumi di I. Wallerstein, *The Modern World-System*, Berkeley, 2011.

<sup>16</sup> Sul parallelismo tra epoche economiche ed epoche politiche, e segnatamente tra capitalismo e Stato moderno, si veda in particolare O. Hintze, *Wirtschaft und Politik im Zeitalter des modernen Kapitalismus*, 1929, nella trad. it. *Economia e politica nell’età del capitalismo moderno*, in Id., *Stato e società*, Bologna, 1980, 202, secondo il quale la nascita dello stato moderno e lo sviluppo tecnologico hanno rappresentato condizioni essenziali per il pieno spiegamento dello «spirito capitalistico» e, dunque, per il capitalismo moderno stesso. Mette bene in luce la profonda storicità del rapporto Stato – economia, B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020, spec. 225.

<sup>17</sup> Si veda, ad esempio, la nota definizione di globalizzazione proposta da A. Giddens, *Le conseguenze della modernità*, Bologna, 1994, secondo cui essa consiste nella intensificazione delle relazioni sociali mondiali che collegano tra loro località distanti, facendo sì che le vicende locali vengano influenzate da eventi lontani e viceversa. Analogamente, M.B. Steger, *La globalizzazione*, cit., 18 s., il quale ne mette in luce il carattere di «processo dinamico, anziché come condizione statica» di moltiplicazione, espansione, estensione, intensificazione e accelerazione delle relazioni sociali e degli scambi.

<sup>18</sup> M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., 11. Sul liberismo come «principio e metodo di razionalizzazione dell’esercizio del governo – una razionalizzazione che obbedisce alla regola interna della massima economica», cfr. M. Foucault, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, nella trad. it. *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, 2004, 262.

<sup>19</sup> In questi termini si veda, in particolare, S. Strange, *Chi governa l’economia mondiale?*, cit., spec. 57. Così anche S. Battini, *La globalizzazione del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, spec. 331 per il quale, per effetto della globalizzazione, «il diritto internazionale, un tempo separato dal diritto interno, tende invece a sovrapporsi ad esso: vi si intreccia, lo limita, lo condiziona. Entrambi, infatti, insistono sul medesimo oggetto, vale a dire l’esercizio della sovranità interna da parte delle autorità politiche statali».

Lungi dal realizzare la scomparsa dello Stato o la sua “definitiva” crisi<sup>20</sup>, la globalizzazione sembra piuttosto sottendere una diversa interrelazione tra poteri pubblici e mercato, secondo un rapporto a «funzionalità invertita»<sup>21</sup>, in cui la razionalità economica finisce per plasmare l’ordine politico, le sue categorie giuridiche e le sue infrastrutture istituzionali<sup>22</sup>. Muovendo da tale ordine di idee, si deve allora ritenere che, anche nello spazio giuridico globale, il tema dei rapporti tra potere politico e potere economico non possa ridursi a mera contrapposizione tra forze opposte e in reciproco conflitto, dovendo piuttosto misurarsi con i molteplici percorsi attraverso cui si realizza, via via trasformandosi, la compenetrazione (o l’embricazione) tra Stato e mercato, tra istituzioni pubbliche e interessi economici privati<sup>23</sup>.

A questa considerazione si lega anche l’idea secondo cui, a dispetto di ricostruzioni semplificanti piuttosto diffuse nei decenni passati, la presenza del pubblico nell’economia rappresenta in realtà una costante degli ordinamenti giuridici a fini generali, costituendo uno «stato di necessità dell’economia capitalistica, storicamente dimostratasi incapace di autogovernarsi secondo gli interni meccanismi del mercato, oltre che inidonea a garantire, da sola, uno sviluppo economico equilibrato e coordinato con il progresso civile e sociale»<sup>24</sup>. Anche nel contesto della globalizzazione, dunque, «la regolazione pubblica persiste e mantiene notevole ampiezza e intensità, trovando anzi nuovi spazi nella dimensione

<sup>20</sup> Come noto, il tema della “crisi dello Stato” affiora già nei primi decenni del Novecento e, in particolare, nella celebre prolusione pisana del 1909 di S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, poi pubblicata in *Riv. dir. pubbl.*, 1910, 2, 97 e in Id., *Oltre lo Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1918, 10, 1-13, entrambi ripubblicati in A. Sandulli (a cura di), *Santi Romano: lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi costituzionali 1909-1925*, Macerata, 2023, 37 e 113; nonché in G. Capograssi, *Saggio sullo Stato*, 1918, ora in Id., *Opere*, vol. I, Milano, 1959, spec. 5 ss. Ma, come acutamente rileva V. Angiolini, *Sovranità e reciprocità (potere e libertà)*, in *Lo Stato*, 2016, 7, 42, più che di una crisi dello Stato, deve semmai parlarsi «di una crisi delle dottrine della sovranità» e di una continua trasformazione dello Stato e dell’adattabilità di quest’ultimo dinanzi ai diversi mutamenti storici. Sulla crisi delle dottrine della sovranità, si veda la lucida analisi di D. Quagliani, *La sovranità*, Roma-Bari, 2004.

<sup>21</sup> M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., 14.

<sup>22</sup> In argomento, P. Leon, *op. cit.*, 221 ss., il quale persuasivamente rileva come «la globalizzazione non elimina le strutture pubbliche, può limitarne il raggio d’azione e renderle servizievoli nei confronti dei capitalisti; poiché lo Stato è struttura originaria, più del capitalismo, può cambiare forma, ma non autodistruggersi».

<sup>23</sup> Sul superamento della dicotomia pubblico-privato, si v. in particolare S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2000, spec. 170; Id., *Le basi del diritto amministrativo*, VI ed., Milano, 2000, 70. Lo stesso A. mette altresì in luce l’affermazione di «ordinamenti globali dell’economia», come sintesi di un persistente ruolo dei pubblici poteri, nazionali e ultranazionali, e di una espansione della *lex mercatoria* (lo si veda in S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002; nonché in Id., *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Bologna, 2016, spec. 46). Sottolinea inoltre l’opportunità di affrontare il tema dei rapporti tra Stato ed economia secondo la prospettiva della «commistione», a conferma del fatto che «i due termini non sono separabili, né contrapponibili, ma necessitano l’uno dell’altro e che dalla loro embricazione non può prescindere, per esplicitarsi appieno, l’iniziativa economica privata», S. Del Gatto, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, Roma, 2019, 38.

<sup>24</sup> F. Galgano, *Diritto dell’economia*, in *Enc. Treccani del Novecento*, I suppl., 1989, *ad vocem*; nonché, più ampiamente, Id., *Le istituzioni dell’economia capitalistica*, Bologna, 1974. Sulla necessaria presenza di istituzioni pubbliche (efficienti) nell’economia, cfr. altresì l’economista statunitense D.C. North, *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell’economia*, Bologna, 1997.

ultranazionale»<sup>25</sup>. Così intesi, allora, i processi di globalizzazione non segnano affatto il venir meno dell'intervento pubblico nei fatti e nei rapporti economici, quanto semmai una continua ridefinizione del perimetro, degli strumenti, delle finalità, dei soggetti e, più in generale, delle coordinate teoriche della sua azione.

In questa dinamica – che pone il nostro diritto pubblico all'interno di una dimensione necessariamente plurale e dialettica<sup>26</sup> – due elementi sembrano, tra gli altri, giocare un ruolo essenziale. Il primo è costituito dalle crisi. Come noto, queste finiscono immancabilmente per rappresentare un momento di emersione di nuove istanze e interessi e, dunque, di (necessitato) ripensamento del ruolo dello Stato o, più generalmente, dei poteri pubblici all'interno delle relazioni sociali ed economiche<sup>27</sup>. Il secondo è rappresentato dal ruolo delle istituzioni della globalizzazione, nella veste di agenti promotori e/o propagatori di tali trasformazioni su scala mondiale<sup>28</sup>. Invero, pur configurabili come organizzazioni classiche di diritto internazionale, tali istituzioni hanno dato vita a un regime regolatorio<sup>29</sup> che trascende la sola dimensione dei rapporti inter-statali, per investire anche il sistema delle relazioni che si instaurano tra poteri pubblici e attori privati nell'ambito delle attività di governo dell'economia. Pur investendo raramente in modo diretto le amministrazioni nazionali e i privati, le politiche promosse da tali attori interven-

<sup>25</sup> M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, 40, ma si v. anche, Id., *Massimo Severo Giannini e l'intervento pubblico nell'economia*, in C. Franchini, L. Paganetto (a cura di), *Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, Bologna, 2002, spec. 133 ss. Sul punto, si v. già M.S. Giannini, *Disciplina dell'economia*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, *ad vocem*, secondo cui «lo Stato, da quando esiste, "interviene" per disciplinare fatti economici mediante atti non normativi, per esempio, si direbbe oggi, mediante atti di indirizzo politico, provvedimenti amministrativi, atti negoziali privati, e così via. Anzi il discorso va ampliato: non solo lo Stato in senso proprio, ma qualsiasi organizzazione rappresentativa dell'ordinamento generale».

<sup>26</sup> L'invito a considerare il diritto (amministrativo, così come il diritto globale) in una dimensione necessariamente "dialogante" e a "più dimensioni" proviene da F. Fracchia, *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo: sull'utilità di un approccio dialogante e a più dimensioni*, cit., 9.

<sup>27</sup> Sulle crisi come momenti di oscillazione del pendolo tra Stato e mercato, A. Zoppini, *Diritto privato vs. diritto amministrativo (ovvero della ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civile*, 2013, 515 ss., spec. 519, nonché, più di recente, S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, in Id. (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2021, spec. 398, ove si osserva come la crisi pandemica, come quella precedente, «è la causa di un riordino dei rapporti tra Stato ed economia».

<sup>28</sup> Sul tema, S. Strange, *Chi governa l'economia mondiale?*, cit., ove FMI e Banca mondiale sono rappresentate come la *longa manus* del sistema capitalistico globale. Mette bene in luce la dimensione prescrittiva della globalizzazione, come processo che mira espressamente a unificare l'economia mondiale attraverso misure di natura giuridica e politica, P. Bourdieu, *Contre-feux 2. Pour un mouvement social européen*, Paris, 2001, trad. it. *Controfuochi 2. Per un nuovo movimento europeo*, Roma, 2001. A ciò si collega, tra l'altro, anche l'idea del mutato ruolo degli Stati che, da *policy makers*, divengono *policy takers*, meri attuatori di scelte assunte al di fuori di essi, vuoi da organi e organismi sovranazionali, transnazionali o internazionali, vuoi dalle forze del mercato. Sulla logica "reattiva" del diritto globale, come reazione a impulsi, stimoli e obiettivi provenienti dalla sfera privata, M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., 138, riprendendo la distinzione tra logica "attiva" e «reattiva» delle istituzioni pubbliche tracciata da M. Damaska, *I volti della giustizia e del potere*, Bologna, 1991.

<sup>29</sup> S.D. Krasner (ed.), *International regimes*, London, 1983, per il quale i regimi internazionali sono definiti come «sets of implicit and explicit principles, norms, rules, and decision-making procedures around which actor expectations converge in a given issue-area».

gono, cioè, a conformare il ruolo dello Stato in rapporto alle organizzazioni sovranazionali e internazionali e, a cascata, il modo in cui i poteri pubblici si pongono in relazione alla regolazione dei processi economici<sup>30</sup>. Come è stato efficacemente osservato, «il diritto internazionale sviluppa così la sua attitudine a penetrare dentro i confini degli Stati; si interessa meno dei rapporti fra governi, e si interessa più di come ciascun governo agisce dentro il suo territorio»<sup>31</sup>.

### 3. *Il FMI e la Banca mondiale: dagli accordi di Bretton Woods al «Washington consensus»*

Per comprendere a pieno le dinamiche evolutive più recenti conviene permettere alcuni brevi cenni sulle origini delle istituzioni di Bretton Woods e sulle loro successive trasformazioni<sup>32</sup>. Pur considerando in questa sede la sola dimensione internazionale del fenomeno, non sfuggirà come i tornanti evolutivi qui di seguito schematicamente tracciati abbiano costituito l'*humus* istituzionale e culturale all'interno del quale, nei singoli ordinamenti nazionali, si sono via via plasmati e ridefiniti gli equilibri tra poteri pubblici e mercati, tra razionalità politica e razionalità economica.

Come noto, si suole ricondurre la nascita della globalizzazione economica alla conferenza tenutasi all'indomani del secondo conflitto mondiale a Bretton Woods, nel New Hampshire (USA). I negoziati, guidati dalla Gran Bretagna e dagli Stati Uniti, avevano portato le maggiori potenze economiche occidentali ad abbandonare le politiche protezionistiche e di svalutazione competitiva che ave-

---

<sup>30</sup> Come nota J.-B. Auby, *La globalisation, le droit, l'État*, cit., 115-116 « *la globalisation tend à modifier l'objet même du droit international public, la cible des règles qu'il sécrète. Cet objet, cette cible, sont de moins en moins exclusivement la régulation des relations entre les États au service de la paix et du développement, et de plus en plus la situation des citoyens, des entreprises et des autres organisations privées, dans un souci de protection de leurs droits vis-à-vis des États* ». In tema, altresì S. Battini, *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milano, 2003; Id., *La globalizzazione del diritto pubblico*, cit., 345, ove si evidenzia che «se la fortuna degli Stati dipende dai mercati globali, le istituzioni globali che hanno la capacità di orientare quei mercati possono sfruttarne il potere per imporre agli Stati le regole globali».

<sup>31</sup> S. Battini, *La globalizzazione del diritto pubblico*, cit., 331.

<sup>32</sup> La letteratura sul punto è assai vasta. Limitandoci qui alla letteratura giuridica in lingua italiana, cfr. *ex multis* A. Comba, *Fondo monetario internazionale*, in *Enc. dir., Annali, IV*, Milano, 2011, *ad vocem*; Id. (a cura di), *Neoliberalismo internazionale*, cit.; A. Viterbo, *Fondo monetario internazionale e Banca mondiale*, *ivi*, 69 ss.; G. Adinolfi, *Poteri e interventi del Fondo Monetario Internazionale*, Padova, 2012; Ead., *Le recenti evoluzioni in seno al FMI tra crisi economico-finanziaria e processi di governance economica internazionale*, in *Dir. comm. internaz.*, 2011, 2, 271; S. Cafaro, *Il governo delle organizzazioni di Bretton Woods*, Torino, 2012; Ead., *La Banca mondiale*, in L.S. Rossi (a cura di), *Le organizzazioni internazionali come strumenti di governo multilaterale*, Milano, 2006; S. Morettini, *Il Fondo monetario internazionale e le reti globali di regolatori finanziari*, in S. Battini (a cura di), *La regolazione globale dei mercati finanziari*, Milano, 293 ss. Per una ricostruzione in chiave storica dell'influenza esercitata dalle istituzioni economiche internazionali sulle economie degli Stati, più di recente, J. Martin, *The Meddlers. Sovereignty, Empire, and the Birth of Global Economic Governance*, Harvard, 2022.

vano contrassegnato il periodo tra le due guerre, e a porre le basi per la costruzione di un nuovo ordine economico internazionale fondato sul c.d. multilateralismo, sull'espansione del commercio internazionale, e su un sistema di cambi più stabile. Con l'obiettivo di ricostruire il sistema monetario e finanziario mondiale e di assicurare un ordinato sviluppo economico post-bellico, gli accordi di Bretton Woods davano vita al primo ordine monetario internazionale negoziato – in cui, cioè, i rapporti tra le valute degli Stati venivano disciplinati da un sistema cogente di norme contenute in accordi internazionali – e strutturato, in quanto basato, oltre che su un quadro di regole comuni, anche sulla previsione di forme istituzionalizzate deputate ad assicurare la cooperazione internazionale: appunto, il Fondo monetario internazionale (FMI) e la Banca internazionale per la ricostruzione e lo sviluppo (BIRS), poi confluita nel Gruppo della Banca mondiale<sup>33</sup>.

Gli accordi di Bretton Woods segnavano, allora, il passaggio da un sistema liberista classico, di tendenziale astensione degli Stati dall'intervento sugli automatismi di mercato in ambito commerciale e monetario<sup>34</sup>, a un modello di «capitalismo regolamentato», in cui la sovranità statale in materia monetaria e finanziaria veniva a essere parzialmente limitata da nuovi obblighi sanciti in trattati internazionali multilaterali e dall'azione di organizzazioni intergovernative. Con gli accordi di Bretton Woods si consacrava altresì il superamento del protezionismo autarchico, del nazionalismo economico e delle manipolazioni valutarie a scopo discriminatorio che avevano segnato i decenni tra le due guerre, per affermare un nuovo sistema politico ed economico mondiale fondato sull'universalismo e sul multilateralismo, a sua volta edificato sull'idea, di matrice liberale, secondo cui la pace e la collaborazione tra le nazioni costituiscono un presupposto indefettibile per la massima esplicazione delle libertà economiche e del commercio internazionale (e viceversa).

Sul piano delle politiche monetarie, al sistema del *gold standard* e alla libera fluttuazione valutaria si sostituiva un nuovo sistema di cambi fissi (in quanto legati al controvalore in oro del dollaro), ma aggiustabili, previa negoziazione con il FMI. Ne conseguiva che, per la prima volta, la sovranità monetaria degli Stati veniva sottoposta a un vincolo esterno e alle decisioni di un organismo internazionale formato dai rappresentanti dei paesi aderenti<sup>35</sup>. Il Fondo assumeva poi una funzione di sorveglianza sulle politiche economiche, sui sistemi di cambio degli Stati, potendo intervenire a sostegno di questi ultimi in caso di squilibri temporanei nelle bilance dei pagamenti.

<sup>33</sup> A. Comba, *Fondo monetario internazionale*, cit., 535.

<sup>34</sup> Sul punto restano imprescindibili le pagine di K. Polanyi, *The Great Transformation*, New York, 1944, trad. it., *La grande trasformazione*, Torino, 2010.

<sup>35</sup> Sul punto, cfr. ampiamente U. Sacchetti, *Bretton Woods e i piani monetari internazionali*, Roma, 1947.



Al FMI era, inoltre, attribuito il compito di favorire la crescita equilibrata del commercio internazionale<sup>36</sup>. Tale finalità era, in origine, posta espressamente in correlazione con quella di assicurare elevati livelli di occupazione e di reddito reale, come obiettivi primari della politica economica degli Stati. Liberando il sistema monetario internazionale dai vincoli del *gold standard*, si ambiva a sganciare il nuovo liberismo mondiale dall'austerità economica interna, promuovendo al contempo politiche di *welfare* a livello nazionale. A tali esigenze rispondeva altresì la mancata previsione di una disciplina espressa in materia di controlli sulla circolazione dei capitali e, di conseguenza, la conservazione in capo agli Stati di un ampio spazio di manovra in merito alla definizione di eventuali limiti e controlli alle movimentazioni transnazionali di capitali<sup>37</sup>.

Si andava, in altre parole, delineando una cornice elastica di cooperazione internazionale, in grado di conciliare liberalizzazione del commercio e stabilità monetaria, limitando la piena sovranità degli Stati in materia monetaria, ma garantendo agli stessi un ampio spazio, privo di vincoli eteronomi, per perseguire i propri obiettivi in ambito socioeconomico, anche attraverso politiche di intervento pubblico in favore di sviluppo e occupazione<sup>38</sup>. Tale spazio – si riteneva – non poteva soggiacere interamente alle leggi universali e astratte del mercato mondiale, ma doveva rimanere nelle prerogative dell'azione di governo statale, l'unica dotata di legittimazione democratica e in grado di porsi in sintonia con le specificità sociali, culturali, economiche e politiche di ciascun contesto nazionale<sup>39</sup>.

Il quadro normativo risultante dagli accordi di Bretton Woods rifletteva in larga parte l'adesione dei paesi fondatori a una concezione dei rapporti tra Stato e mercato che, ampiamente debitrice del pensiero keynesiano, predicava la necessità di tenere insieme la stabilità monetaria, il commercio internazionale e gli obiettivi interni di politica economica<sup>40</sup>. A Bretton Woods si tracciavano, cioè, le premesse teorico-istituzionali per la costruzione di un capitalismo internazio-

---

<sup>36</sup> Statuto FMI, art. I, lett. ii).

<sup>37</sup> Per J.M. Keynes, d'altronde, i flussi illimitati di credito internazionale avrebbero finito per imporre ai governi nazionali oneri eccessivi al fine di adeguare le proprie politiche economiche interne alla necessità di mantenere stabile il tasso di cambio della propria valuta.

<sup>38</sup> D. Rodrik, *La globalizzazione intelligente*, cit., 115.

<sup>39</sup> Come puntualmente osserva M. Dani, *Costituzione economica e ordine materiale dell'economia nell'Unione europea: verso un interventismo post-politico?*, cit., 3025, l'ordine di Bretton Woods, in quanto imperniato sull'autonomia fiscale e monetaria degli Stati membri e sulla esistenza di controlli sui movimenti di capitali, ha consentito di preservare il modello di interventismo democratico emerso in Europa nel secondo dopoguerra. In tema, diffusamente O. Chessa, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, 2016.

<sup>40</sup> Sull'originaria impronta keynesiana delle istituzioni di Bretton Woods, J.E. Stiglitz, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, cit. Per una storia dettagliata della Conferenza di Bretton Woods – oltre alla biografia di Keynes di R.F. Harrod, *The life of John Maynard Keynes*, London, 1951, trad. it., *La vita di J.M. Keynes*, Torino, 1965 – si rimanda alla fondamentale opera di R. Skidelsky, *John Maynard Keynes. Fighting for Freedom, 1937-1946*, New York, 2000.

nale regolamentato ovvero, per utilizzare la nota definizione di J.G. Ruggie, di un *embedded capitalism*: un ordine economico mondiale che «*unlike the economic nationalism of the thirties, it would be multilateral in character; unlike the liberalism of the gold standard and free trade, its multilateralism would be predicated upon domestic interventionism*»<sup>41</sup>.

Come noto, tale formula – che implicava, in buona sostanza, una non ingerenza delle istituzioni internazionali nelle politiche economiche, fiscali e monetarie dei paesi membri – entrò in crisi già a partire dagli anni Settanta del secolo scorso. L'equilibrio tra stabilità interna ed esterna delineato nel dopoguerra fu ben presto messo in discussione dall'abbandono del sistema dei cambi fissi e dall'aumento dell'inflazione e del deficit pubblico conseguente alla crisi petrolifera. In quegli anni, sotto la pressione degli Stati occidentali e delle rispettive banche centrali<sup>42</sup>, si assiste al graduale superamento del compromesso di Bretton Woods e all'affermazione di un nuovo ordine economico internazionale, di stampo neoliberista, fondato sulla priorità della stabilità monetaria rispetto alla crescita economica interna, e sulla de-regolamentazione e liberalizzazione del commercio e dei movimenti di capitale<sup>43</sup>. Non è questa la sede per ripercorrere nel dettaglio le radicali trasformazioni prodottesi in quegli anni. Si tratta di passaggi ben noti, e ampiamente analizzati in dottrina, tanto nelle premesse teoriche di fondo, quanto nei diversi risvolti concreti<sup>44</sup>. Ai nostri fini, basti invece considerare almeno i seguenti snodi essenziali.

<sup>41</sup> J.G. Ruggie, *International regimes, transactions, and change: embedded liberalism in the postwar economic order*, in *International Organisation*, 1982, 2, 379, spec. 393.

<sup>42</sup> Sul ruolo cruciale svolto dalle banche centrali nell'affermazione del paradigma neoliberista, cfr. A. Major, *Architects of Austerity: International Finance and the Politics of Growth*, Stanford, 2014, 4, il quale rileva criticamente come, a partire dai primi anni '60, le banche centrali nazionali hanno assunto una responsabilità sempre maggiore nella gestione del sistema monetario internazionale successivo agli accordi di Bretton Woods. Secondo l'A., invero, i governi nazionali, oberati da sostanziali deficit della bilancia dei pagamenti e a fronte agli attacchi speculativi contro le loro valute, sono diventati sempre più dipendenti dal finanziamento delle banche centrali, la cui azione risultava tuttavia profondamente influenzata dai principi fondamentali del liberismo classico e dal c.d. monetarismo.

<sup>43</sup> Si veda in particolare il secondo emendamento allo Statuto del FMI del 1976, che ha segnato, d'un lato, l'abbandono del sistema di cambi fissi, ma aggiustabili e la conseguente de-monetizzazione dell'oro e, dall'altro, l'introduzione espressa dell'obiettivo di facilitare lo scambio di beni, servizi e capitali. Osserva criticamente N. Acoella, *L'unione economica e monetaria europea*, Roma, 2019, 81 che «il successo degli accordi di Bretton Woods dipese in larga misura dagli scarsi movimenti di capitale, mentre il loro fallimento derivò dalla pratica eliminazione dei controlli sul capitale che erano stati inclusi negli accordi e dagli interventi del Fondo a favore dei paesi colpiti da squilibri di conto capitale, in contrasto con lo Statuto del FMI».

<sup>44</sup> La «*neoliberal turn*» di quegli anni è ampiamente riconosciuta nella dottrina economica, politologica e giuridica. In argomento, *ex multis*, J.E. Stiglitz, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, cit., *passim*; P. Krugman, M. Obstfeld e M.J. Melitz, *International Economics: theory and policy*, London, 2014; D. Rodrik, *La globalizzazione intelligente*, cit., *passim*; M. Betzu, *Stati e istituzioni economiche sovranazionali*, Torino, 2018, spec. 43 e 130, ove si riporta il lucido pensiero di F. Caffè, *Una fase critica della cooperazione economica internazionale*, in Id., *Un'economia in ritardo*, Torino, 1977, 106 ss., secondo il quale, rispetto all'originaria matrice keynesia-

Innanzitutto, nel 1973 si assiste all'abbandono del *dollar standard* e del sistema dei cambi fissi, ma aggiustabili, e al concomitante passaggio a un sistema liberalizzato di cambi fluttuanti, privo di un «aggancio realistico», ed affidato esclusivamente al mercato<sup>45</sup>. Tale novità ha portato al rafforzamento del potere di controllo del Fondo, come istituzione incaricata di assicurare un sistema stabile dei tassi di cambio attraverso l'attività di vigilanza sulle politiche monetarie statali<sup>46</sup>. A tale processo corrisponde, inoltre, una crescente trans-nazionalizzazione della funzione monetaria e l'intensificarsi della collaborazione tra banche centrali e ministri delle finanze all'interno di forum internazionali, formali e informali<sup>47</sup>.

Per altro verso, l'emersione di un mercato dei titoli di Stato, in cui i deficit pubblici divengono dipendenti dalla capacità del mercato di acquistarli, si accompagna all'affermazione di politiche di *austerità* e di disciplina fiscale<sup>48</sup>. In tale contesto muta anche la funzione delle banche centrali, che, da strumento di sostegno ai deficit pubblici, divengono istituzioni «neutrali», svincolate dal circuito politico, deputate al controllo dell'inflazione e garanti della stabilità dei prezzi<sup>49</sup>.

Si accentua, inoltre, la funzione di prestatori internazionali di ultima istanza del Fondo e della Banca mondiale. Nel nuovo contesto internazionale il finanziamento dei paesi in difficoltà non appare più funzionale al mantenimento di un sistema di cambi fissi, ma diviene strumento di correzione dei disequilibri di bilancio, di promozione delle regole del libero mercato e di tutela della stabilità monetaria internazionale<sup>50</sup>. A tali esigenze rispondono le note misure di condizionalità cui FMI e Banca mondiale subordinano la concessione degli aiuti finanziari ai

---

na dei trattati istitutivi, si sarebbe prodotta «una chiara strumentalizzazione degli organismi internazionali per visioni ideologiche o concezioni dottrinarie del tutto assenti nelle funzioni statutarie degli organismi stessi».

<sup>45</sup> G. Di Gaspare, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, cit., 6 ss.; T. Treves, *La crisi monetaria del 1971 e il diritto internazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1377 ss. Come noto, l'abbandono del sistema di cambi fissi rispecchia il modello Mundell-Fleming elaborato negli anni Sessanta da R.A. Mundell, *Capital Mobility and Stabilization Policy under Fixed and Flexible Exchange Rates*, in *The Canadian Journal of Economics and Political Science*, 1963, 29(4), 475 e da J.M. Fleming, *Domestic Financial Policies under Fixed and under Floating Exchange Rates*, IMF Staff Papers, 1962, 9(3), 369, per i quali sarebbe impossibile soddisfare contemporaneamente i seguenti tre obiettivi: tassi di cambio fissi, libertà nei movimenti di capitali, politiche monetarie indipendenti (c.d. trilemma o trio inconciliabile). A livello globale, dunque, per assicurare la libertà nei movimenti di capitale il FMI e insieme il mantenimento di politiche monetarie indipendenti, il FMI ha dovuto abbandonare il sistema di cambi fissi, in favore dei cambi flessibili.

<sup>46</sup> A. Comba, *Neoliberalismo e globalizzazione dell'economia*, in *Neoliberalismo internazionale*, cit., 24.

<sup>47</sup> Tale dinamica è messa bene in luce da A. Major, *Architects of Austerity*, cit., spec. 31 ss.; G. Toniolo, *Central Bank Cooperation at the Bank for International Settlements, 1930-1973*, Cambridge, 2007.

<sup>48</sup> A. Major, *Architects of Austerity*, cit., *passim*.

<sup>49</sup> Come conseguenza dell'adesione alle teorie monetariste elaborate, in particolare, da M. Friedman, *The optimum quantity of money*, Londra, 1969, per il quale per assicurare la stabilità dei prezzi occorre tenere ben distinte la politica monetaria dalla politica economica. Sul punto, si leggano le osservazioni critiche di P. Ciocca, *La banca che ci manca. Le banche centrali, l'Europa, l'instabilità del capitalismo*, Roma, 2014; nonché diffusamente P. Leon, *Il capitalismo e lo stato. Crisi e trasformazione delle strutture economiche*, cit., 123 ss.

<sup>50</sup> A. Comba, *Neoliberalismo e globalizzazione*, cit., 24.

paesi in difficoltà<sup>51</sup>, misure che nel tempo hanno costituito uno dei principali strumenti di conformazione delle politiche economiche statali in senso neoliberalista<sup>52</sup>.

Il nuovo assetto, formalizzato nel c.d. *Washington consensus* del 1989<sup>53</sup>, veniva in tal modo a scandire un nuovo ordine economico-politico internazionale e, con esso, una riorganizzazione dei pubblici poteri a livello mondiale, sovranazionale e nazionale<sup>54</sup>. Tramite l'esercizio della funzione di sorveglianza sul rispetto degli obblighi posti dai trattati e di verifica della *compliance* dei programmi di aggiustamento, le due organizzazioni internazionali hanno gradualmente assunto un ruolo centrale nella promozione della c.d. globalizzazione economica e nella ridefinizione dei rapporti tra Stati e gli attori dei mercati transnazionali.

Diversamente dal passato, le scelte assunte a livello internazionale hanno finito in tal modo per irradiarsi – vuoi attraverso canali informali di pressione e *moral suasion*<sup>55</sup>, vuoi tramite meccanismi condizionali<sup>56</sup> – all'interno delle politiche nazionali (oltre che sovranazionali<sup>57</sup>), definendo su larga scala e in modo

<sup>51</sup> Sul punto, si rinvia alla dettagliata analisi di A. Viterbo, *Fondo monetario internazionale*, cit., spec. 89 ss.; G. Adinolfi, *Poteri e interventi del Fondo Monetario Internazionale*, cit., e all'ampia bibliografia ivi riportata.

<sup>52</sup> Sulle politiche di condizionalità come «tecniche di sostituzione» del diritto globale rispetto al potere (legislativo e amministrativo) degli Stati, cfr. S. Battini, *La globalizzazione del diritto pubblico*, cit., 342. Più in generale, sul fenomeno della penetrazione degli standards globali all'interno degli ordinamenti domestici, S. Cassese, *Gamberetti, tartarughe e procedure. Standards globali per i diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 657 ss.

<sup>53</sup> I dieci punti del *Washington consensus*, così come sintetizzati da John Williamson, all'epoca consulente del FMI, sono i seguenti: 1) disciplina fiscale e riduzione del deficit; 2) riduzione della spesa pubblica, specie a livello di apparato militare e della pubblica amministrazione; 3) riforma tributaria; 4) liberalizzazione del sistema finanziario per far sì che i tassi di interesse siano determinati dal mercato; 5) tassi di cambio competitivi per favorire le esportazioni; 6) liberalizzazione del commercio e riduzione dei dazi; 7) promozione degli investimenti esteri; 8) privatizzazione delle aziende di stato; 9) deregolamentazione dell'economia; 10) tutela della proprietà privata.

<sup>54</sup> Sostiene che non si sia trattato di un semplice arretramento, quanto piuttosto di una «riorganizzazione» del pubblico, S. Cassese, *La crisi dello Stato*, cit.; così anche G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 20 ss. Più critico sul punto, M. Mazzamuto, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000.

<sup>55</sup> Si vedano, soprattutto, i *National Reports* sul livello di recepimento degli standard internazionali (i c.d. *Reports on the Observance of Standards and Codes* - ROSCs), elaborati da FMI e Banca mondiale, su richiesta degli stessi Stati membri. Ma si vedano altresì le indicazioni contenute nel noto rapporto *Doing Business* della Banca mondiale, su cui cfr., tra i contributi raccolti nell'*Annuario di diritto comparato 2012*, S. Cassese, L. Casini, *La disciplina degli indicatori globali*, ivi, 97 ss. e G. Napolitano, *Le misurazioni nel (e del) diritto amministrativo*, ivi, 117. Né può sottovalutarsi l'importante ruolo di conformazione *soft* giocato dai numerosi studi finanziari o prodotti dai servizi di studio e ricerca interni alle due istituzioni, su cui si v. l'interessante analisi di B. Clift (ed.), *The IMF and the Politics of Austerity in the Wake of the Global Financial Crisis*, Oxford, 2018 e, in particolare, Id., *Conclusion - IMF Intellectual Authority and the Politics of Economic Ideas after the Crash*, ivi, 208 ss.

<sup>56</sup> In tema, ampiamente, B. Stallings, *International Influence on Economic Policy: Debt, Stabilization, and Structural Reform*, in S. Haggard, R.R. Kaufman (eds.), *The Politics of Economic Adjustment: International Constraints, Distributive Conflicts, and the State*, Princeton, 1992, spec. 41 ss.

<sup>57</sup> Sui circuiti di influenza tra diritto globale e diritto dell'Unione europea, per tutti, E. Chiti, B.G. Matarella (eds.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, Berlin-Heidelberg, 2011, nonché – con particolare riferimento alla disciplina dei mercati finanziari – M. De Bellis, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, 2012.

pressoché indifferenziato il ruolo e i limiti dell'intervento statale nell'economia, e giungendo, in definitiva, a plasmare i rapporti tra pubblico e privato<sup>58</sup>, a favorire la liberalizzazione dei movimenti transnazionali di beni, servizi e capitali, a stabilire i macro-obiettivi delle politiche fiscali e di bilancio dei governi nazionali, a promuovere la riduzione del deficit di bilancio attraverso il taglio della spesa pubblica, e a incoraggiare ampi processi di privatizzazione e dismissione del patrimonio pubblico.

#### 4. *Il declino negli anni precedenti alla crisi economico-finanziaria*

Da più parti è stato osservato criticamente come, pur a fronte di una evidente evoluzione del capitalismo mondiale, l'ordine economico-giuridico dei mercati globali sia rimasto, almeno sino alla crisi economico-finanziaria del 2008-2009, sostanzialmente fedele al modello neoliberista appena sinteticamente descritto<sup>59</sup>. Ciò appare piuttosto pacifico, quantomeno con riferimento alle politiche intraprese dal FMI e dalla Banca mondiale nel corso del primo decennio degli anni Duemila<sup>60</sup>. Piuttosto, ciò che emerge a inizio millennio è un declino del ruolo e della reputazione delle due organizzazioni internazionali, dovuto in parte al mutamento degli equilibri e dei rapporti di forza all'interno dello scacchiere globale e, per altra parte, all'insuccesso delle politiche liberalizzatrici da esse perseguite, come drammaticamente evidenziato dalla crisi asiatica del 1997-1998 e dalle crisi argentine<sup>61</sup>.

Nel primo senso, si attestano le critiche di quanti hanno evidenziato la necessità di riformare la struttura organizzativa e i meccanismi decisionali delle

---

<sup>58</sup> Su tali percorsi di influenza, cfr., in particolare, G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., *passim*; nonché, più di recente, B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., spec. 211 ss.

<sup>59</sup> Così, *ex multis*, M.R. Ferrarese, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna, 2017; N. Serra, J.E. Stiglitz (eds.), *The Washington Consensus Reconsidered*, Oxford, 2008; M. Betzu, *Stati e istituzioni economiche sovranazionali*, cit., *passim*; G. Crawford, *The World Bank and good governance: rethinking the state or consolidating neo-liberalism?*, in A. Paloni, M. Zanardi (eds.), *The IMF, World Bank and Policy Reform*, London-New York, 2006, 115 ss. ove si rileva come l'enfasi posta dalla Banca mondiale sull'importanza di una «good governance» e di una «State effectiveness» rifletta a ben vedere una concezione dello Stato come istituzione posta al servizio della *free market economy*. Significativo, in proposito, il *World Development Report 2002* della Banca mondiale, in cui si afferma che «the State is essential for putting in place the appropriate institutional foundations for markets».

<sup>60</sup> S. Babb, A. Kentikelenis, *International Financial Institutions as Agents of Neoliberalism*, in D. Cahill, M. Cooper et al. (eds.), *The SAGE Handbook of Neoliberalism*, SAGE Publications, 2018.

<sup>61</sup> In prospettiva critica rispetto all'azione delle due organizzazioni in occasione di alcune crisi economico-finanziarie internazionali, specie di quella argentina, *ex multis*, J.E. Stiglitz, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, cit., *passim*; R. Munck, *Argentina, or the Political Economy of Collapse*, in *Int. Journal of Political Economy*, 2001, 3, 73. Per un'estesa ricognizione dell'azione del FMI e delle principali criticità emerse nella sua politica di condizionalità, J.P. Joyce, *The IMF and Global Financial Crisis: Phoenix Rising?*, Cambridge, 2013, spec. 105 ss. Per una sintesi della prassi del Fondo sulla condizionalità strutturale, si veda il documento IMF-IEO, *An IEO Evaluation of Structural Conditionality in IMF-Supported Programs*, November 27, 2007.

due organizzazioni, in modo da assicurare una più equa rappresentanza delle economie emergenti e del c.d. *Global South*. Secondo tale prospettiva l'attuale sistema per quote non rifletterebbe più gli equilibri geopolitici mondiali, continuando ad attribuire un ruolo di fatto egemone agli Stati Uniti<sup>62</sup>. Inoltre, la possibilità per gli Stati in difficoltà, specie se a economia emergente, di finanziarsi in via ordinaria attraverso capitali privati o canali istituzionali alternativi ha determinato, in quegli anni, una apprezzabile riduzione delle richieste di sostegno finanziario alle due organizzazioni<sup>63</sup>.

Nella seconda direzione è stato osservato che l'applicazione di ricette neo-liberiste standardizzate (*one size*) da parte del FMI e della Banca mondiale ha in alcuni casi addirittura portato a un peggioramento della situazione economico-finanziaria dei paesi destinatari degli aiuti<sup>64</sup>. Oltre che per l'impatto negativo sui diritti fondamentali e sulle politiche di *welfare*, le misure di aggiustamento strutturale promosse dal FMI sono state severamente criticate per l'eccessiva invasività e ampiezza rispetto alle scelte degli organi politico-rappresentativi nazionali<sup>65</sup>, per la mancata presa in considerazione delle specificità dei rispettivi contesti socio-economici, oltre che, per l'appunto, per la scarsa efficacia in termini macroeconomici. A un fisiologico – e, per certi versi, irrisolvibile – deficit di legittimazione

<sup>62</sup> Sul punto, S. Cassese, *Lo Stato in discussione*, cit., segnala il perdurare di una «concezione elitaria della comunità internazionale nella quale l'ordine rimane affidato agli Stati vincitori della Seconda guerra Mondiale»; nonché più di recente, F. Fracchia, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d'insieme*, cit., 299, ove si osserva come «La crisi del concetto di globalizzazione è stata innescata anche dal fatto che, almeno in certe regioni del globo (si pensi al Sudamerica e, più in generale, al Sud del Mondo), essa è stata percepita come l'esito di una forma di americanizzazione e di occidentalizzazione non democratica o, comunque, come un meccanismo che crea (e che ha finto di ignorare) disuguaglianze, ingiustizie e impatti sull'ambiente». Sul punto, cfr. altresì nel pensiero economico, S.L. Babb, *Behind the Development Banks: Washington Politics, World Poverty, and the Wealth of Nations*, Chicago, 2009.

<sup>63</sup> A. Comba, *Neoliberalismo e globalizzazione*, cit., 25. In quegli anni, i paesi a medio reddito e in rapida crescita, come il Brasile, la Cina, l'India e Singapore avevano smesso di fare affidamento sul FMI per la gestione della loro bilancia dei pagamenti, preferendo invece «autoassicurarsi» accumulando grandi riserve valutarie. Basti pensare che il numero di accordi di finanziamento stipulati dal FMI con paesi membri è passato da 21 nel 2001 a 12 nel 2007, di cui solo due a beneficio dei paesi più poveri; il dato è fornito da J.P. Joyce, *The IMF and Global Financial Crisis: Phoenix Rising?*, cit., 198.

<sup>64</sup> In tema, *ex multis*, C. Dordi, *Profili giuridici dell'attività di sostegno finanziario del Fondo monetario internazionale: le nuove Linee-guida sulla condizionalità*, in *Dir. commercio intern.* 2002, 863 ss., nonché diffusamente D. Rodrik, *One Economics, Many Recipes: Globalization, Institutions, and Economic Growth*, Princeton, 2007.

<sup>65</sup> Si vedano, in tal senso, le condizionalità finalizzate a promuovere la liberalizzazione del commercio, ma anche politiche più radicali – come la privatizzazione delle pensioni pubbliche, la sostituzione dei sistemi fiscali progressivi con sistemi più regressivi, o riforme del sistema sanitario. Esempio, in proposito, è stato il caso indonesiano: nel 1997, il FMI ha indicato al governo indonesiano più di 100 condizioni – tra cui la privatizzazione, la rimozione dei controlli sui prezzi e delle barriere commerciali, la revisione della legislazione fallimentare e la modifica delle leggi che regolano le fusioni e le acquisizioni aziendali. In alcuni paesi, le misure di condizionalità hanno riguardato anche gli assetti istituzionali, come ad esempio la trasformazione della banca centrale coreana in autorità indipendente. In tema, S. Babb, A. Kentikelenis, *International Financial Institutions as Agents of Neoliberalism*, cit., 20 ss.

democratica (*input legitimacy*) si è affiancata una crisi di credibilità delle misure e delle ricette economiche promosse dalle istituzioni «missionarie» del «fondamentalismo di mercato»<sup>66</sup> e, con essa, una radicale messa in discussione della loro idoneità a sovrintendere al processo di cooperazione monetaria e finanziaria internazionale<sup>67</sup> (*output legitimacy*)<sup>68</sup>.

Ne è derivato un netto ridimensionamento del peso e dell'influenza delle due organizzazioni, ma non già un ripensamento dei postulati teorici consacrati nel *Washington consensus*. Nonostante i numerosi e autorevoli appelli a un superamento di tale assetto<sup>69</sup>, negli anni precedenti alla crisi finanziaria del 2007 continuano, invero, a essere ampiamente sostenuti su scala globale i processi di liberalizzazione del commercio, di deregolamentazione della finanza privata, così come le politiche di *austerità* e di contenimento della spesa pubblica.

Ne divengono, tuttavia, protagonisti altri attori globali<sup>70</sup> e, in particolare, l'Organizzazione mondiale del commercio (WTO), il Comitato di Basilea (BCBS), l'*International Organization of Securities Commissions* (IOSCO), l'*International Association of Insurance Supervisors* (IAIS), i vertici del G20 e del G8<sup>71</sup>, oltre alla stessa Unione europea<sup>72</sup>.

<sup>66</sup> L'espressione è di J.E. Stiglitz, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, cit., riportata anche in M. D'Alberty, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit., 117 e 123.

<sup>67</sup> G. Adinolfi, *Le recenti evoluzioni in seno al FMI*, cit., 271 ss.

<sup>68</sup> Sulla duplice dimensione della legittimazione democratica come *input* (come *government by the people*) e *output legitimacy* (come *government for the people*), F.W. Scharpf, *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, Konstanz, 1970.

<sup>69</sup> Per tutti, J.E. Stiglitz, *More Instruments and Broader Goals: Moving Towards the Post Washington Consensus*, Wider Annual Lecture, Helsinki, 7 gennaio 1998.

<sup>70</sup> Sul punto, si vedano i contributi raccolti in S. Battini (a cura di), *La regolazione globale dei mercati finanziari*, cit., tra i quali, in particolare, G. Bertezolo, *La regolazione globale della vigilanza bancaria: il Comitato di Basilea (BCBS)*, ivi, 15 ss.; A. Cassatella, *La regolazione globale del mercato dei valori mobiliari: la International Organization of Securities Commissions (IOSCO)*, ivi, 77; S. Pellizzari, *La regolazione globale del mercato assicurativo: la International Association of Insurance Supervisors (IAIS)*, ivi, 173. In tema, altresì M. De Bellis, *La regolazione dei mercati finanziari*, cit., con ampiezza di riferimenti bibliografici.

<sup>71</sup> In argomento, per tutti, M. Conticelli, *I vertici del G8. Governi e amministrazioni nell'ordine globale*, Milano, 2006.

<sup>72</sup> Sul recepimento del *Washington consensus* nell'agenda dell'Unione europea e all'interno dell'architettura istituzionale dell'Unione economica e monetaria, N. Acocella, *L'unione economica e monetaria europea*, cit., passim; P. De Grauwe, *On Monetary and Political Union*, CESifo Forum 4/2006; J.-P. Fitoussi, F. Saraceno, *The Brussels-Frankfurt-Washington Consensus. Old and New Trade offs in Economics*, in *Observatoire Français des Conjonctures Économiques*, n. 2/2004. Più di recente, evidenzia la logica economica neoliberale sottesa all'Unione economica e monetaria anche E. Chiti, *L'Unione e le conseguenze della pandemia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 438.

## 5. *La crisi economico-finanziaria e le risposte delle istituzioni globali tra continuità e discontinuità*

La crisi economico-finanziaria e i fallimenti dei mercati che sono seguiti ai processi di deregolamentazione della finanza privata e di finanziarizzazione dell'economia sono fenomeni ampiamente noti, che – evidentemente – non possono costituire oggetto della presente analisi<sup>73</sup>. Come anticipato, ciò che interessa qui verificare è, semmai, quali siano state le misure adottate dalle istituzioni finanziarie internazionali nel contesto della crisi del 2008-2009, onde verificare se vi sia stata o meno un'evoluzione delle funzioni da queste complessivamente svolte, e del modo in cui esse sono intervenute a conformare i mercati finanziari globali.

Su tale profilo sembrano contrapporsi essenzialmente due tipi di valutazioni.

La prima, fortemente critica, ne mette in luce il sostanziale immobilismo<sup>74</sup>. Tale opinione sottolinea, in particolare, come le due organizzazioni internazionali non solo non abbiano saputo cogliere per tempo i rischi insiti nelle politiche di *deregulation* dei mercati finanziari, ma abbiano anzi ulteriormente aggravato la situazione di alcuni paesi attraverso la riproposizione delle medesime ricette neoliberiste che dovevano invece ritenersi all'origine della stessa crisi finanziaria. Emblematiche sarebbero, in tal senso, le politiche di *austerity* e di riduzione della sfera pubblica promosse dal FMI nell'ambito dei meccanismi di salvataggio degli Stati dell'Eurozona<sup>75</sup>.

La seconda, più incline a riconoscere un cambio di passo nelle politiche delle due istituzioni, intravede invece i segni di un graduale mutamento d'approccio a partire dalla maggiore attenzione mostrata verso i paesi ad economia emergente e dall'ampliamento e aggiornamento delle misure e delle strategie di finanziamento dei paesi in difficoltà<sup>76</sup>. In tal senso, è stato evidenziato come, specie a

<sup>73</sup> Sul punto si rinvia, *ex multis*, alle riflessioni critiche di M.R. Ferrarese, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, cit., e, in prospettiva sociologica, di L. Gallino, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino, 2011. In proposito, particolarmente calzanti sembrano, ancora una volta, le parole di J.A. Schumpeter, il quale, nel ricordare come il processo capitalistico tenda a distruggere le precedenti intelaiature istituzionali, osserva altresì come, in questa operazione, esso finisca altresì per «eliminare gli strati protettivi, ad abbattere le sue stesse difese, a disperdere le guarnigioni vigilanti ai suoi presidi» (lo si legga in J.A. Schumpeter, *Il capitalismo può sopravvivere? La distruzione creatrice e il futuro dell'economia globale*, Milano, 2010, spec. 165).

<sup>74</sup> Così, tra gli altri, A. Major, *op. cit.*, 3, in cui si osserva criticamente come «when looked at in historical perspective, the fact that neoliberalism and its austere approach to crisis management have been so resilient in the face of the global economic collapse of 2008 is very puzzling. Crises tend to break up existing political coalitions and shake core understandings about the workings of the economy. Or at least they did in the past».

<sup>75</sup> Si veda, ad esempio, la posizione fortemente critica di Y. Varoufakis, *Europe after the Minotaur: Greece and the Future of the Global Economy*, London-New York, 2015.

<sup>76</sup> In questi termini, ad esempio, G. Adinolfi, *Le recenti evoluzioni in seno al FMI*, cit., spec. 307 ss.; J.P. Joyce, *The IMF and Global Financial Crisis*, cit., 177 ss.; B. Clift, *The IMF and the Politics of Austerity in the Wake of the Global Financial Crisis*, Oxford, 2018.



partire dal 2008-2009, il FMI abbia posto in essere alcune iniziative volte a modificare, d'un lato, il proprio assetto istituzionale e, dall'altro, le modalità di esercizio della funzione di assistenza finanziaria e di sorveglianza. Dall'esame di queste azioni conviene dunque prendere le mosse al fine di vagliare la bontà delle due diverse conclusioni.

Per quanto concerne la struttura organizzativa del Fondo, si segnala in particolare l'avvio di un processo di modifica del sistema delle quote di partecipazione, ossia, in buona sostanza, della ponderazione dei voti attribuiti a ciascun paese all'interno degli organi decisionali<sup>77</sup>. Sulla scia delle evidenziate critiche al funzionamento delle due organizzazioni, la revisione delle quote avviata nel 2008 risponde all'obiettivo di ribilanciare la rappresentanza delle economie emergenti e, in particolare, di Cina, India e Brasile<sup>78</sup>.

Sul piano funzionale, i principali interventi hanno invece riguardato il contenuto delle politiche di condizionalità, gli strumenti di finanziamento, nonché il perimetro della sorveglianza sulle politiche economiche e valutarie degli stati. Così, innanzitutto, nell'ambito della *Review of conditionality* del 2012, il Fondo ha riconosciuto la necessità di tenere in debita considerazione anche la dimensione degli interessi sociali e politici dello Stato beneficiario, in modo da evitare soluzioni *one size*<sup>79</sup>. Contestualmente, per contenerne l'ampiezza e l'invasività, è stato stabilito che le misure di condizionalità dovranno riferirsi esclusivamente a variabili macroeconomiche e ad aggiustamenti strutturali che rientrino nel perimetro delle responsabilità del Fondo, quali ad esempio le politiche monetarie, fiscali e di cambio, il sistema finanziario e i relativi aspetti istituzionali. Si riconosce, infine, l'opportunità di limitare l'applicazione di misure condizionali di tipo strutturale, onde evitare un'eccessiva ingerenza nelle scelte interne di politica economica degli Stati beneficiari.

In secondo luogo, sono stati rivisti e ampliati gli strumenti di finanziamento<sup>80</sup>. Il FMI ha introdotto alcuni elementi di flessibilità nel meccanismo di attivazione degli accordi di finanziamento, ai quali potrà essere fatto ricorso anche solo per prevenire o far fronte a un indebolimento del sistema monetario internazionale ovvero in caso di crisi di liquidità. Si rammenta, del resto, come la crisi

<sup>77</sup> Sul punto, G. Adinolfi, *op. ult. cit.*, 308 ss.; A. Viterbo, *Fondo monetario internazionale*, cit., 77 ss.

<sup>78</sup> IMF, Press Release no. 10/477 del 16 dicembre 2010. In quell'occasione, il Consiglio dei governatori ha disposto un aumento del 100% del capitale del Fondo, suddiviso per il 60% tra tutti i paesi membri in proporzione alle rispettive quote e per il restante 40% in base a incrementi *ad hoc* in favore di alcuni paesi, tra cui in particolare Brasile, India e Cina, la quale è divenuta titolare della terza quota in ordine di grandezza, dopo Stati Uniti e Giappone. Rimane, invece, molto limitato il peso dei paesi a basso reddito pro-capite. La formula di ponderazione tiene conto del PIL, ma anche dell'apertura del paese verso l'estero, la variabilità delle esportazioni e dei flussi di capitale, le riserve ufficiali, ma non considera invece il dato demografico.

<sup>79</sup> IMF, *Review of Conditionality – Overview Paper 2011*, 19 giugno 2012.

<sup>80</sup> IMF, *Conditionality in Fund Supported Programs - Purposes, Modalities, and Options for Reform*, 29 gennaio 2009.

economico-finanziaria del 2008 abbia messo in luce la necessità di ripensare l'azione di sostegno della bilancia dei pagamenti, proprio a fronte della circostanza che anche gli Stati industrializzati, i quali raramente in passato avevano fatto ricorso alle risorse del Fondo, hanno subito gravi squilibri nei conti con l'estero<sup>81</sup>.

Sono, invero, diversi i nuovi strumenti di finanziamento. Il primo è costituito dalla c.d. *Flexible Credit Line* (FCL)<sup>82</sup>, un meccanismo di sostegno cui è possibile ricorrere, anche in via precauzionale, in caso di squilibri della bilancia commerciale o di conto capitale. In tal caso si esclude espressamente che gli accordi di finanziamento possano contemplare l'applicazione di *performance criteria* o di meccanismi di revisione *ex post*, posto che le finalità generali della politica di condizionalità sono, in linea di principio, soddisfatte già *ex ante* dai limiti all'accesso alla linea di credito, riservato ai paesi che soddisfano determinati requisiti di solidità nella posizione esterna e nell'andamento di alcune variabili macroeconomiche fondamentali<sup>83</sup>.

Il secondo è rappresentato dalla *Precautionary Credit Line* (PCL)<sup>84</sup>, uno strumento di sostegno esclusivamente precauzionale, rivolto ai paesi il cui squilibrio nella bilancia dei pagamenti sia dovuto principalmente a shock esterni, ma che tuttavia non soddisfino i requisiti d'accesso alla FCL. Qui sono previsti elementi di condizionalità *ex post*, ancorché limitati alla correzione dei profili di vulnerabilità all'origine dello squilibrio. In quanto soggetta a «condizionalità debole»<sup>85</sup>, la PCL dovrebbe contemplare esclusivamente *performance criteria* riguardanti grandezze macroeconomiche; non si esclude tuttavia la possibilità di inserire condizionalità di tipo strutturale là dove ciò risulti strettamente necessario all'attuazione del programma di correzione.

A questi interventi deve aggiungersi l'assistenza prestata dal FMI ai paesi dell'Unione europea colpiti dalla crisi dei debiti sovrani. Si ricorderà, infatti, che, nell'approntare nuovi meccanismi di salvataggio degli Stati membri, l'UE ha previsto un coinvolgimento diretto del FMI, vuoi come parte della c.d. *troika* per i paesi dell'Eurozona, vuoi in relazione al sostegno finanziario prestato ai paesi non aderenti alla moneta unica (in particolare, Ungheria e Romania)<sup>86</sup>. Una collaborazione stretta con il FMI è poi espressamente contemplata nel Trattato istitutivo

<sup>81</sup> G. Adinolfi, *op. ult. cit.*, 314.

<sup>82</sup> IMF, Decisione 14283-(09/29) del 24 marzo 2009, in *Selected Decisions*, 326 ss.

<sup>83</sup> G. Adinolfi, *op. ult. cit.*, 317.

<sup>84</sup> IMF, Decision No. 14064-(08/18), February 22, 2008, pubblicata in *Selected Decisions*, 387 ss., come modificata il 30 agosto 2010 (IMF, *The Fund's Mandate - The Future Financing Role: Revised Reform Proposals*, August 25, 2010). Nel 2011, la PCL è stata attivata, a titolo precauzionale, solo a beneficio della Macedonia per un periodo di due anni e per far fronte a possibili ripercussioni negative sulla bilancia dei pagamenti dovute alla crisi dei mercati finanziari e del debito estero in alcuni stati dell'Eurozona.

<sup>85</sup> G. Adinolfi, *op. ult. cit.*, 320.

<sup>86</sup> In tema, A. Viterbo, R. Cisotta, *La crisi del debito sovrano e gli interventi dell'UE: dai primi strumenti finanziari al Fiscal Compact*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012, 325 ss.; A. Viterbo, *Monetary Regionalism: A challenge to the IMF*, in *Italian Yearbook of International Law*, vol. XVI, 2006-2007, 139.

del Meccanismo europeo di stabilità (MES), ai sensi del quale l'istituzione monetaria internazionale può prestare assistenza tecnica e finanziaria, potendo partecipare sia all'analisi della sostenibilità del debito, sia alla negoziazione del *memorandum* d'intesa cui sarà condizionata l'erogazione del prestito<sup>87</sup>. È evidente, del resto, l'assonanza – non solo terminologica – tra la «rigorosa condizionalità» prevista dall'art. 136 TFUE e dal Trattato MES, e le misure di condizionalità strutturale applicate ai finanziamenti del FMI<sup>88</sup>.

Importanti novità hanno riguardato, infine, l'esercizio della funzione di sorveglianza del FMI<sup>89</sup>. Come noto, l'azione di monitoraggio riguarda sia il sistema monetario internazionale (sorveglianza multilaterale), sia le politiche economiche e finanziarie degli Stati (sorveglianza bilaterale). Nell'ambito di quest'ultima, il Fondo ha cominciato, a partire dal 1999, a svolgere una funzione di sorveglianza sulle vulnerabilità dei sistemi finanziari nazionali, sulla qualità della regolazione e della vigilanza e sui relativi assetti istituzionali nell'ambito del c.d. *Financial Sector Assessment Programme* (FSAP). Sulla base di tali valutazioni, il FMI può poi rivolgere ai singoli paesi raccomandazioni di natura micro e macroprudenziale circa le misure da adottare per correggere eventuali rischi e vulnerabilità del sistema. In passato, la partecipazione a tale processo avveniva su base volontaria, e i risultati delle valutazioni non venivano resi pubblici. Su sollecitazione del G20 e del *Financial Stability Board*, nel 2010 il Fondo ha invece deciso di integrare obbligatoriamente il FSAP all'interno delle proprie valutazioni, sebbene per i soli paesi il cui sistema finanziario rivesta un'importanza sistemica globale<sup>90</sup>.

Processi di revisione analoghi hanno interessato la Banca mondiale. In sintesi, quest'ultima ha, d'un lato, avviato una riflessione in merito alla revisione del sistema delle quote e, dall'altro, ha promosso iniziative intese a garantire un trattamento differenziato dei paesi in via di sviluppo, sostenendo al contempo politiche di condizionalità più attente alla tutela dei diritti fondamentali, dell'ambiente, dello sviluppo sostenibile e dei beni culturali<sup>91</sup>.

Sulla base di tali brevi annotazioni, sembra allora possibile svolgere alcune considerazioni in merito agli sviluppi intervenuti nel quadro della crisi economico-finanziaria.

<sup>87</sup> Si veda, in particolare, il considerando n. 8 del Trattato istitutivo del MES.

<sup>88</sup> Sul punto, diffusamente A. Cassatella, *Meccanismo europeo di stabilità e Recovery and Resilience Facility quali fattori di trasformazione dello Stato amministrativo*, in *Il dir. dell'economia*, 2023, 3, 11 ss.

<sup>89</sup> In tema, M.E. Salerno, *Global Financial Governance. The Feasible Future*, Torino, 2018, spec. 83 ss.; R.M. Lastra, *The role of the IMF as a global financial authority*, in *Eur. Yearbook of Intern. Econ. Law*, 2011, 2.

<sup>90</sup> IMF, *Integrating Stability Assessments Under the Financial Sector Assessment Program into Article IV Surveillance - Revised Proposed Decision*, 21 settembre 2010. Nel 2010, sono stati individuati 25 paesi «systemically important», che rappresentano l'80% del mercato finanziario globale.

<sup>91</sup> Per tutti, W. Benedek, K. De Feyter e F. Marrella (eds.), *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge, 2007.

Innanzitutto, pare corretto ritenere che la crisi economico-finanziaria abbia, almeno in parte, contribuito a rilanciare il ruolo del FMI, sia come prestatore di ultima istanza, sia come autorità per la stabilità finanziaria mondiale<sup>92</sup>. Si determina, tuttavia, uno spostamento del baricentro funzionale del FMI: da autorità (prevalentemente) monetaria, deputata a garantire la stabilità dei tassi di cambio a livello internazionale, a istituzione (principalmente) *finanziaria*, investita di compiti di vigilanza macroprudenziale e di verifica della conformità degli ordinamenti nazionali con gli standard regolatori globali nell'ottica della tutela della stabilità finanziaria globale. In analogia con quanto avvenuto in alcuni ordinamenti, in cui le banche centrali hanno conosciuto un'espansione delle proprie competenze attraverso l'assunzione di nuove responsabilità in materia di vigilanza finanziaria, anche a livello internazionale può scorgersi un ampliamento del mandato del FMI, quale istituzione preordinata ad assicurare la stabilità monetaria e finanziaria globale<sup>93</sup>.

Al contempo, deve rilevarsi che la funzione di promozione della stabilità viene a innestarsi all'interno di una rete sempre più fitta di relazioni collaborative con altri organismi regolatori globali, quali in particolare il G20 e il *Financial Stability Board*, divenuti in quegli anni i nuovi protagonisti della crisi su scala globale. È in tale contesto, in effetti, che prende avvio una estesa riconsiderazione del quadro regolatorio in materia di vigilanza sulla finanza privata, con una significativa revisione delle politiche di *deregulation* perseguite nei decenni precedenti. In quest'ottica, la ri-regolazione del settore e il rafforzamento delle forme e degli strumenti di intervento pubblicistico sul credito e sugli intermediari finanziari<sup>94</sup> rappresentano probabilmente il risultato di un processo di rivisitazione critica di alcuni postulati teorici su cui era andato costruendosi in precedenza il rapporto tra poteri pubblici e capitalismo finanziario globale<sup>95</sup>.

In questi termini, si può senz'altro dire che il FMI sia partecipe di un processo di generale ripensamento del rapporto tra poteri pubblici e finanza privata, e di riorganizzazione del sistema finanziario ed economico globale, senza però esserne né il (pro)motore, né il protagonista. Difettando tanto di poteri propriamente regolatori, quanto di *adjudication*<sup>96</sup>, le istituzioni di Bretton Woods si sono trovate più semplicemente a veicolare, attraverso i canali e gli strumenti giu-

<sup>92</sup> Così, ad esempio, L. Casini, *Potere globale*, cit., 18.

<sup>93</sup> Lo rileva, in particolare, R.M. Lastra, *The role of the IMF as a global financial authority*, cit.

<sup>94</sup> Per un'efficace sintesi di tale tendenza, per tutti G. Sciascia, *I profili pubblicistici del credito tra dimensione nazionale e innovazioni sovranazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 413 e, più di recente, Id., *Regolazione e istituzioni finanziarie alla prova della pandemia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 445 ss. Sul punto, altresì G. Napolitano, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 11, 1083.

<sup>95</sup> Esempio è, in tal senso, l'autocritica di R.A. Posner, *A Failure of Capitalism*, Harvard, 2009.

<sup>96</sup> Come efficacemente rileva M.E. Salerno, *Global Financial Governance*, cit., 190, «*the IMF and the WB have solid institutional basis, but they lack the capacity to act either as global financial regulators or as global financial enforcers. In fact, neither of them is a financial regulator*».

ridici loro propri, le nuove *policy* regolatorie e di vigilanza micro e macroprudenziale elaborate altrove dai c.d. *standard setters* globali<sup>97</sup>.

Per quanto concerne l'esercizio della funzione di stabilizzazione e di erogazione di aiuti finanziari ai paesi in difficoltà non sembra, invece, ravvisarsi una discontinuità sostanziale con il passato. Vero è che la crisi ha determinato il "ritorno in scena" del FMI nella sua veste di autorità prestatrice di ultima istanza, oltre che una revisione degli strumenti di finanziamento e delle politiche di condizionalità<sup>98</sup>. D'altro canto, non pare nemmeno corretto attribuire eccessiva enfasi a tali mutamenti. Nel complesso, il Fondo sembra aver ormai smarrito la sua finalità originaria di istituzione stabilizzatrice degli squilibri prodotti dai mercati internazionali, come auspicato dal suo padre fondatore, J.M. Keynes.

Si deve poi constatare come, sul piano della struttura istituzionale e dei meccanismi decisionali, l'avvenuta revisione delle quote non pare aver scalfito l'impianto «oligarchico» delle due istituzioni<sup>99</sup>. L'assetto dei poteri di voto riflette ancora ampiamente una posizione egemonica dei paesi del Nord Globale<sup>100</sup>, in distonia con il peso politico ed economico oggi assunto da altri paesi non occidentali, come la Cina, non più qualificabile come "economia emergente".

Una certa ambiguità connota inoltre le politiche di condizionalità applicate agli aiuti finanziari. Vero è che il Fondo ha introdotto elementi di maggiore flessibilità nella concessione dei finanziamenti e si è impegnato, almeno formalmente, a ridurre le misure condizionali di tipo strutturale. La prassi, tuttavia, evidenzia un'applicazione non sempre coerente di tali nuove indicazioni: se per un ver-

---

<sup>97</sup> Come avviene, ad esempio, per l'applicazione dei *Core principles for effective banking supervision* e degli standard elaborati dal Comitato di Basilea nell'ambito delle valutazioni sulla situazione finanziaria degli Stati. Per questi sviluppi, cfr. diffusamente A. Pisaneschi, *Il Comitato di Basilea e il Financial Stability Board: regolazione finanziaria sovranazionale e Costituzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, 1, 255; L. Ammannati, *Restructuring Global Governance of the Financial System: a Framework for Preventing Systemic Risk*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, 4, I, 283 ss.; M. De Bellis, *Adaptation and endorsement: the incorporation of global standards for banking and accounting in the EU*, in M. Eliantonio, A. Volpato (eds.), *Global Standards and EU Law: Challenges for European Administrative Law*, Cheltenham-Northampton, 2024, in corso di pubblicazione. Più in generale, sul FMI e il WTO come «*enforcing authorities*» di principi e standard elaborati dai regolatori globali, cfr. G. Falcon, *Internationalization of administrative law: actors, fields and techniques of internationalization – Impact of international law on national administrative law*, in *Eur. Rev. Public Law*, 2006, 1, ora in Id., *Scritti scelti*, Padova, 2015, spec. 525.

<sup>98</sup> Così, J.P. Joyce, *The IMF and Global Financial Crisis*, cit., spec. 2 ss.

<sup>99</sup> Come nota criticamente J.E. Stiglitz, *La globalizzazione che funziona*, cit. 323, il sistema delle quote replica i medesimi equilibri economico-politici dell'epoca in cui le istituzioni furono create. Il punto è messo in luce anche dal Rapporto «*Repowering the World Bank for the 21<sup>st</sup> Century*», del 2009, noto anche come Rapporto Zedillo ove si sottolinea la necessità di migliorare il sistema di *voice and representation* degli stati a economia emergente e dei paesi a basso reddito. In tema, cfr. altresì J. Vestergaard, R.H. Wade, *Still in the Woods: Gridlock in the IMF and the World Bank Puts Multilateralism at Risk*, in *Global Policy*, 2015, 6(1), 1-12.

<sup>100</sup> A. Comba, *Neoliberalismo e globalizzazione*, cit., 16; M. Betzu, *Stati e istituzioni economiche sovranazionali*, cit., spec. 64 ss., il quale sostiene la necessità di procedere a una riponderazione dei voti anche in base a un criterio demografico. Sul punto, cfr. altresì L. Ronchetti, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Napoli, 2007, spec. 111.

so si riducono le richieste di aggiustamenti strutturali e si incorporano obiettivi di spesa sociale nella condizionalità dei prestiti, per altro verso, alcune esperienze evidenziano una sostanziale continuità rispetto al passato, specie sotto il profilo della promozione di politiche rigorose di tagli alla spesa sociale e di ridimensionamento della sfera pubblica<sup>101</sup>.

Non del tutto chiara appare, inoltre, la posizione del Fondo in merito al tema, in passato al centro dell'agenda neoliberista, della liberalizzazione dei flussi transnazionali di capitali. La crisi asiatica, prima, e la crisi economico-finanziaria, poi, hanno messo in luce i potenziali rischi derivanti da una rimozione integrale dei controlli statali sulla circolazione transnazionale dei capitali. Di tali rischi sembra ora maggiormente consapevole anche il FMI, come emerge in filigrana da un documento elaborato nel 2012<sup>102</sup>. A ben vedere, peraltro, lo stesso documento finisce per ribadire ancora una volta la priorità dell'obiettivo della libera mobilità dei capitali, descrivendo gli strumenti di controllo e altre misure restrittive alla stregua di una *extrema ratio* cui gli Stati possono ricorrere solamente in circostanze specifiche, là dove altre misure macroeconomiche o finanziarie non risultino sufficienti a contenere i rischi derivanti dai liberi flussi finanziari transnazionali.

In definitiva, si può osservare come, a livello globale, le risposte alla crisi economico-finanziaria abbiano portato a una ridefinizione degli assetti regolatori e istituzionali della finanza privata. In quel settore, in cui massima è stata l'esigenza di intervenire a riparare i numerosi fallimenti dei mercati, le correzioni all'agenda neoliberista sono state significative e hanno portato all'emersione di nuove forme di intervento pubblico sui mercati: dall'irrigidimento della disciplina normativa, all'introduzione di forme e tecniche di vigilanza più penetranti, fino agli interventi di salvataggio e pubblicizzazioni degli istituti in crisi<sup>103</sup>. La crisi ha mostrato, cioè, che «il capitalismo finanziario e il suo inarrestabile globalismo hanno i piedi di argilla e richiedono, per la loro stessa efficienza, non solo forti meccanismi regolativi ma, non di rado, persino interventi positivi e diretti»<sup>104</sup>.

Più timido e graduale è, invece, il processo di revisione del quadro di regole e principi che, a livello internazionale, governano la finanza pubblica degli Stati, ossia, più precisamente, quell'insieme di assiomi di natura macroeconomica

<sup>101</sup> È risaputo, del resto, come, nel contesto della crisi dei debiti sovrani nell'Eurozona, i programmi di aggiustamento macroeconomico imposti da Unione europea e FMI abbiano prescritto massicci interventi di tipo strutturale di riduzione del debito attraverso politiche di rigore fiscale e tagli alla spesa di *welfare*. Cfr., in particolare, E. Chiti, A.J. Menéndez e P.G. Teixeira (eds.), *The European Rescue of the European Union? The existential crisis of the European political project*, Arena Report n. 3/2012.

<sup>102</sup> IMF, *The Liberalization and Management of Capital Flows: an institutional view*, 12 novembre 2012.

<sup>103</sup> In tema, *ex multis*, G. Napolitano, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, cit., 1083; Id., *From the Financial to the Sovereign Debt Crisis: New Trends in Public Law*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 81.

<sup>104</sup> B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., 218.

su cui si fondano le politiche di stabilità delle due organizzazioni internazionali. Si deve invero osservare come, specie nei primi anni della crisi, le politiche fiscali e monetarie promosse a livello globale e sovranazionale siano rimaste profondamente ancorate ai dogmi del monetarismo, della stabilità monetaria e del rigore fiscale. È solo nei suoi sviluppi successivi che la crisi finanziaria porta i primi segni di un nuovo modo di interpretare gli strumenti e le finalità della politica monetaria e fiscale<sup>105</sup>. Si registra, cioè, una prima inversione di tendenza rispetto alle politiche di rigore precedentemente promosse a livello sovranazionale e internazionale<sup>106</sup>, attraverso la promozione di politiche espansive, finalizzate a intervenire, attraverso misure fiscali e di politica monetaria, sul lato della domanda e del reddito, con l'obiettivo di sostenere crescita, sviluppo e piena occupazione.

Anche in tal caso, sebbene non senza ambiguità, le istituzioni internazionali hanno mostrato di "accompagnare", più che di guidare, la transizione. Così, ad esempio, nel 2016 il FMI ha dichiarato di essere «*in favor of fiscal policies that support growth and equity over the long term*», ribadendo però che, per favorire la crescita, gli Stati abbisognano di un quadro fiscale a medio termine credibile che non intacchi la fiducia dei mercati circa la capacità di ripagare il debito pubblico senza un'inflazione troppo alta<sup>107</sup>.

In un altro documento, dal titolo «*Neoliberalism: oversold?*»<sup>108</sup>, tre economisti del FMI hanno persino dichiarato che probabilmente i benefici di alcune politiche neoliberiste sono stati sopravvalutati. Sebbene non rappresentino la posizione ufficiale dell'organizzazione, tali dichiarazioni rendono bene il senso del rinnovato dibattito, interno alle due organizzazioni, sulla necessità di procedere a una revisione delle coordinate teoriche che fanno da sfondo alla *governance* economica globale. Pur ribadendo che un debito eccessivo è certamente negativo per la crescita – e che alcuni paesi, tra cui quelli del Sud Europa, non hanno effettivamente alternative a una sua riduzione –, si ammette che, in passato, nel promuovere politiche di consolidamento fiscale, siano stati non di rado sottovalutati

---

<sup>105</sup> Sebbene – come osserva N. Acocella, *L'unione economica e monetaria*, cit., 161 – con tempi e modalità diverse in Europa e negli Stati Uniti: mentre, infatti, negli USA la risposta alla crisi è stata subito improntata a politiche espansive tanto sul lato monetario, quanto su quello della politica fiscale, nell'UE solamente la politica monetaria è stata espansiva, mentre la politica fiscale è rimasta tendenzialmente sempre restrittiva.

<sup>106</sup> In questi termini, cfr. in particolare F. Bassanini, G. Napolitano e L. Torchia, *Introduzione*, in F. Bassanini, G. Napolitano e L. Torchia (a cura di), *Lo Stato promotore. Indagine sul mutamento degli strumenti di intervento pubblico nell'economia di fronte alle crisi e alle trasformazioni del XXI secolo*, Bologna, 2021, ove si mette bene in luce come la crisi finanziaria abbia senz'altro «incrinato la fiducia nelle virtù intrinseche e nell'efficacia dei meccanismi di autocorrezione del mercato e nella loro capacità di assicurare benessere per tutti. Ma, almeno all'inizio, ha[nno] determinato piuttosto riforme incrementalì e ai margini che un cambiamento radicale di paradigma».

<sup>107</sup> IMF Survey: Evolution Not Revolution: Rethinking Policy at the IMF, cit.

<sup>108</sup> J.D. Ostry, P. Loungani e D. Furceri, *Neoliberalism: Oversold?, Finance & Development*, June 2016, n. 2/53.

i costi a breve termine legati alla diminuzione della produzione e del *welfare*, alla crescita delle disuguaglianze e all'aumento della disoccupazione. La (auto)critica sembra rivolgersi in particolare alla teoria della c.d. austerità espansiva<sup>109</sup>, in base alla quale la riduzione della spesa pubblica sarebbe in grado di produrre un effetto positivo sulla fiducia di imprese e investitori privati al punto da compensare le conseguenze negative dei tagli alle politiche di sviluppo e occupazione. Del resto – conclude il documento – in alcuni casi si tratta semplicemente di accettare che alcuni paesi convivano con un debito elevato, permettendo ai rapporti di debito di diminuire organicamente attraverso la crescita.

Al di là di una certa «*post-neoliberal rhetoric*»<sup>110</sup>, le segnalate modifiche appaiono, a ben vedere, meri interventi «manutentivi» di un edificio rimasto, nella sua infrastruttura organizzativa e ideologica portante, largamente inalterato: «Un'evoluzione, non una rivoluzione», come ha avuto modo di chiarire (*rectius*: rassicurare), nel 2016, Maurice Obstfeld, capo economista del FMI<sup>111</sup>.

#### 6. *La risposta alla crisi pandemica: il «rifugio nello Stato» in un'epoca di «post-globalizzazione»*

Su tali traiettorie evolutive ha fatto irruzione la crisi economica-sanitaria originata dalla diffusione globale del virus Covid-19. Quest'ultima, rispetto alla precedente crisi finanziaria, presenta una serie di caratteristiche peculiari. Innanzitutto, non è (almeno direttamente) una crisi endogena al sistema di produzione capitalistico; non ha, cioè, un'immediata origine in un "fallimento" del mercato o della sua cornice giuridico-istituzionale. Al contrario, la recessione economica rappresenta il risultato della combinazione di un'emergenza sanitaria e delle decisioni dei governi nazionali di contrastare la diffusione della pandemia per mezzo di misure inedite di contenimento e di interruzione di attività sociali, economiche e produttive, con conseguente drastica contrazione della domanda e dell'offerta di beni e servizi. Come noto, tali interruzioni hanno, d'un lato, stimolato la ricerca di soluzioni innovative e sperimentali atte a consentire una prosecuzione delle attività,

<sup>109</sup> Elaborata, in particolare, da F. Giavazzi, M. Pagano, *Can Severe Fiscal Contractions Be Expansionary? Tales of Two Small European Countries*, in O.J. Blanchard, S. Fischer (eds.), *NBER Macroeconomic Annuals*, Cambridge (MA), 1990, 5, 75-111. Per una critica a tale teoria, si veda, tra i tanti, V. Daniele, *L'austerità espansiva. Breve storia di un mito economico*, in A. Di Maio, U. Marani (a cura di), *Economia e luoghi comuni. Convenzione, retorica e riti*, Roma, 2015, 39 ss.

<sup>110</sup> L'espressione è di S. Babb, A. Kentikelenis, *International Financial Institutions*, cit., 21.

<sup>111</sup> IMF Survey: Evolution Not Revolution: Rethinking Policy at the IMF, 2 giugno 2016.



ma dall'altro hanno obbligato gli Stati ad apprestare massicci interventi di sostegno finanziario, diretto e indiretto, ad attività produttive, famiglie e lavoratori<sup>112</sup>.

In entrambi i casi, peraltro, le crisi hanno messo in evidenza le fragilità del sistema capitalistico e delle c.d. *Global value chains*<sup>113</sup>, determinando una diffusa crisi di fiducia rispetto alle capacità autoregolatrici dei mercati e alla loro idoneità a dare adeguata soddisfazione ai bisogni della società<sup>114</sup>. Eppure, a differenza di quanto avvenuto in precedenza, le autorità fiscali e monetarie statali sono intervenute rapidamente con misure espansive volte a rafforzare i sistemi sanitari e di *welfare* pubblici, a sostenere le categorie più colpite, e – al contempo – a preservare la stabilità del sistema monetario e finanziario.

In questi termini, è senz'altro vero che la pandemia ha contribuito a incrementare un diffuso movimento di "ritorno allo Stato" – o, detto altrimenti, di "rifugio nello Stato" – nelle sue molteplici vesti di Stato salvatore, garante, provvidenza, finanziatore, innovatore, promotore, protettore, doganiere e, in alcuni casi, anche imprenditore. Non deve stupire del resto che, a fronte di grandi shock ed eventi eccezionali, aumenti la domanda di politiche pubbliche a sostegno dei sistemi economici e sociali<sup>115</sup>, e che la maggiore spesa pubblica necessaria a farvi fronte venga finanziata attraverso il ricorso al debito pubblico, ossia per mezzo dello strumento che, insieme alle politiche monetarie accomodanti, è generalmente ritenuto il più idoneo a intraprendere politiche anticicliche e di sostegno alla domanda in momenti di recessione economica.

È tuttavia necessario considerare che, se gli Stati hanno potuto intervenire massicciamente a sostegno di cittadini e imprese, ciò è stato possibile anche grazie a «un generale allentamento delle politiche fiscali e dei vincoli di bilancio, tollerato e perfino incoraggiato dai mercati finanziari e dalle stesse organizzazioni internazionali o sopranazionali che erano state, fino a ieri o a ieri l'altro, i grandi difensori della disciplina di bilancio»<sup>116</sup>.

---

<sup>112</sup> Sugli strumenti messi a punto dal legislatore italiano nel Decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. decreto Rilancio), cfr. in particolare M. Macchia, *Lo strumentario giuridico per le misure di rilancio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 615 ss.; M. Passalacqua, *Numquam nega, raro adfirma: il rinnovato intervento dello Stato nell'economia*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2021, 55 ss.

<sup>113</sup> Nella letteratura economica, si vedano in particolare le lucide considerazioni di M. Mazzucato, *Missione economia. Una guida per cambiare il capitalismo*, Roma-Bari, 2021. I nessi tra globalizzazione, pandemia e crisi fiscale degli Stati sono sottolineati, *ex multis*, da R. Ferrara, *La globalizzazione e il diritto pubblico*, cit., 46.

<sup>114</sup> Come mette bene in luce G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, cit., 46, oltre alla correzione dei «fallimenti» di mercato, l'intervento pubblico può intervenire anche a sopperire alla «manchevolezza del mercato».

<sup>115</sup> Lo ricorda G.F. Ferrari, *Il diritto pubblico dell'economia: oggetto, modelli ed evoluzione storica*, in Id., *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2019. In tema cfr. ampiamente D. Piacentino, *L'espansione delle finanze pubbliche nei paesi industriali*, Milano, 1984. Più di recente mette bene in luce il rinnovato bisogno di «protezione» da parte dello Stato, P. Gerbaudo, *Controllare e proteggere*, cit., spec. 145 ss.

<sup>116</sup> Così, efficacemente, F. Bassanini, G. Napolitano e L. Torchia, *Introduzione*, cit., 5. A livello di Unione europea, basti in questa sede rammentare le diverse misure espansive e di «condivisione del rischio» messe a punto dalle istituzioni dell'Unione europea: dagli interventi straordinari di politica monetaria della BCE

Come si accennava in apertura, un ruolo importante è stato svolto, in tale frangente, dalle istituzioni finanziarie internazionali e, in particolare, dal FMI<sup>117</sup>. Oltre agli ingenti finanziamenti straordinari erogati a beneficio di un gran numero di Stati, il FMI ha attivato nuovi canali flessibili di finanziamento nell'ambito delle c.d. *emergency facilities* - il *Rapid Credit Facility* (RCF) e il *Rapid Financing Instrument* (RFI). Trattasi, in estrema sintesi, di programmi di finanziamento emergenziali che consentono di affrontare situazioni di crisi rispetto alle quali l'adozione di un programma economico completo non appare necessario o concretamente fattibile, in ragione – rispettivamente – della natura transitoria o limitata dello shock ovvero della ridotta capacità di programmazione e attuazione della politica condizionale da parte del paese beneficiario.

Ancora, il FMI si è impegnato a fornire garanzie per la riduzione del debito degli Stati più poveri nell'ambito del *Catastrophe Containment and Relief Trust*, al fine di consentire l'allocazione della spesa pubblica sui bisogni sanitari urgenti piuttosto che sul rimborso del debito. Nell'aprile 2020, il G20 ha approvato una moratoria sui debiti dei paesi in difficoltà (*Debt Service Suspension Initiative*, DSSI), conclusasi nel dicembre 2021<sup>118</sup> e, nel 2022, si è impegnato, insieme al Club di Parigi, a perfezionare e a rendere maggiormente accessibile un *Common Framework for Debt Treatment*<sup>119</sup>, uno strumento di alleggerimento del debito che mira ad affrontare i rischi di insolvenza e i problemi di liquidità prolungati in paesi a basso reddito.

Va poi salutata con favore l'iniziativa intrapresa nell'agosto dal FMI, su impulso del G20, di reimmettere in circolo nel sistema economico mondiale una gran quantità di moneta in precedenza accantonata<sup>120</sup>, assegnando agli Stati nuo-

---

(tra tutti, il *Pandemic Emergency Purchase Programme* - PEPP) allo strumento di assistenza finanziaria agli Stati denominato (il *Support to mitigate Unemployment Risk in an Emergency* - SURE), dalla attivazione della clausola di salvaguardia generale del patto di stabilità e crescita (PSC) alla istituzione del ben noto Fondo per la ripresa (c.d. *Recovery Fund o Next Generation EU*), passando per la specifica linea di credito *Pandemic crisis support* fornita, anche se mai concretamente utilizzata, dal Meccanismo europeo di stabilità (MES) e per l'allentamento della disciplina in materia di aiuti di Stato.

<sup>117</sup> IMF, *The IMF's Response to COVID-19*, 19 ottobre 2020.

<sup>118</sup> Le informazioni in merito a questa iniziativa sono reperibili alla pagina: [www.worldbank.org/en/topic/debt/brief/covid-19-debt-service-suspension-initiative](http://www.worldbank.org/en/topic/debt/brief/covid-19-debt-service-suspension-initiative).

<sup>119</sup> G-20, *Resolving debt crises in developing countries: How can the G20 contribute to operationalising the Common Framework?*, Policy Brief, Indonesia 2022.

<sup>120</sup> L'operazione ammonta a 650 miliardi di dollari; la cifra appare assai rilevante se si considera che il FMI ha previsto questo strumento nel 1969 e che, da allora, lo ha distribuito solo tre volte: la prima, tra il 1970 e il 1972, per un valore 9,3 miliardi di SDR, e una tra il 1979 e il 1981, per un valore di 12,1 miliardi di SDR, la terza nel 2009, in coincidenza con la crisi economico-finanziaria, per un totale di circa 182,7 miliardi di SDR. Il FMI ha inoltre invitato i paesi con una buona situazione finanziaria a incanalare volontariamente i propri diritti speciali di prelievo nel *Poverty Reduction and Growth Trust*, destinato a finanziare i paesi più poveri; inoltre, nella riunione del G20 dell'ottobre 2021, gli Stati membri e i paesi invitati si sono impegnati a indirizzare circa 45 miliardi di dollari della loro recente allocazione degli SDR verso i paesi vulnerabili (cfr., in proposito, il comunicato stampa del MEF, n. 200 del 31 ottobre 2021).

vi diritti speciali di prelievo (SDR)<sup>121</sup>. Si tratta di un diritto, attribuito agli Stati in proporzione alla quota versata al Fondo, di acquisire una o più valute liberamente utilizzabili detenute nelle riserve ufficiali dei paesi membri, con l'obiettivo di assicurare i mercati finanziari circa l'accessibilità delle banche centrali nazionali alla liquidità in valuta estera<sup>122</sup>, consentendo così, specie agli Stati con economie più deboli, di contrarre prestiti a tassi ridotti per il finanziamento di progetti destinati allo sviluppo a lungo termine.

Tali interventi sembrano aver centrato l'obiettivo (a breve termine) di mitigare le conseguenze più immediate della pandemia, evitando il prosciugamento della liquidità e impedendo una stretta creditizia che avrebbe potuto generare un'ondata di inadempienze; inoltre, tali misure hanno contribuito a tenere sotto controllo le pressioni deflazionistiche che avrebbero duramente colpito il tessuto economico-produttivo e generato una diffusa instabilità finanziaria su scala globale.

Se si esclude la risposta emergenziale data dal FMI e dalla Banca mondiale alla crisi pandemica, si deve nondimeno registrare una tendenziale incapacità delle organizzazioni internazionali di assicurare risposte coordinate a livello planetario<sup>123</sup>. Da questo punto di vista, la pandemia e la rinnovata conflittualità globale certificano la crisi avanzata del multilateralismo neoliberale a trazione statunitense che stava alla base dell'ordine giuridico-economico globale<sup>124</sup> e, contestual-

---

<sup>121</sup> In tema, *ex multis*, A. Viterbo, *The 2021 IMF Allocation of Special Drawing Rights: Opportunities and Legal Constraints*, in *La Comunità Internazionale*, 1, 2022, 53; E. Flor, *I Diritti speciali di prelievo (Special Drawing Rights): da Bretton Woods alla moneta mondiale*, in *Banca Impresa Società*, 2018, 293 ss., ove si evidenzia una ideale linea di continuità tra gli SDR e la proposta, avanzata da J.M. Keynes nel 1944 alla Conferenza di Bretton Woods, di fondare il nuovo sistema monetario internazionale su una moneta mondiale (il «bancor»). Sull'opportunità di esplorare un ritorno alle istituzioni di Bretton Woods del dopoguerra, fondandole tuttavia, nel nuovo quadro globalizzato, non più sull'idea statunitense del dollaro come moneta di riserva internazionale, ma su quella di Keynes della moneta mondiale, si veda ancora P. Leon, *op. cit.*, 223.

<sup>122</sup> Per ulteriori informazioni circa le allocazioni effettuate, cfr. IMF Annual Report 2022, 11 ss. In proposito, merita segnalare come le misure di cui all'art. 5-bis, par. 4, Regolamento (UE) n. 833/2014 che vietano operazioni relative alla gestione di riserve e attività della Banca centrale russa con riguardo a valuta detenuta in Stati esteri non incidono sulla quota russa di diritti speciali di prelievo presso il FMI.

<sup>123</sup> Si pensi, in particolare, alle critiche mosse alla WHO in relazione alla gestione della pandemia, su cui cfr. P. Acconci, *Responses of International Organizations to the health emergency due to the Covid-19. A first impression*, in *Riv. dir. internaz.*, 2020, 415 ss.; ma si veda altresì la limitata incisività della FAO, in relazione alla crisi alimentare, e delle Nazioni Unite, rispetto alla gestione dei conflitti in Ucraina e in Medio Oriente.

<sup>124</sup> Nella dottrina internazionalistica, più di recente, L. Gruszczynski et al. (eds.), *The Crisis of Multilateral Legal Order. Causes, Dynamics and Implications*, London-New York, 2023; P. Acconci, *La cooperazione economica internazionale tra multilateralismo e unilateralismo al tempo dell'emergenza Covid-19*, in *La Comunità Internazionale*, 2, 2021, 269; nonché i diversi contributi raccolti in *Ordine internaz. e dir. umani*, 2020, supplemento al num. 3, su *Le organizzazioni internazionali fra crisi del multilateralismo ed iniziative di neo-protezionismo*, tra i quali, in particolare, U. Villani, *Le organizzazioni internazionali tra crisi nella governance dell'economia e prospettive di rilancio*, ivi, 49 ss.; G.M. Ruotolo, *La crisi di legittimazione dei sistemi internazionali di soluzione delle controversie economiche nel contesto della "crisi" delle organizzazioni internazionali*, ivi, 94.

mente, la graduale affermazione di un nuovo assetto geopolitico, altamente frammentato<sup>125</sup>, in cui riemergono nuove contrapposizioni e sfere di influenza.

Né sfuggirà come tali fattori producano importanti conseguenze anche sul processo (economico e politico-istituzionale) di globalizzazione. L'interruzione delle catene di valore globale determinate dalla pandemia, la chiusura delle frontiere, la diffusa adozione di misure protezionistiche, la guerra in Ucraina, l'escalation del conflitto in Medio Oriente, la tensione tra Stati Uniti e Russia, l'ambigua posizione della Cina, destinata a divenire nel giro di pochi anni la prima potenza economica mondiale, la debolezza degli attori internazionali tradizionali, l'aumento delle diseguaglianze<sup>126</sup> e la crisi climatica sono tutti fattori che contribuiscono a segnare un nuovo tornante storico, inaugurando processi di «de-globalizzazione» o di «post-globalizzazione»<sup>127</sup>. Il che ha portato accorta dottrina a considerare che «se ovviamente esistono interessi globali, si può dubitare che sussista davvero una gestione globale degli stessi o di alcuni di essi, in ragione della presenza di numerose barriere e sacche di particolarismo»<sup>128</sup>. E, dunque, se al momento non sembra possibile parlare della fine della globalizzazione, deve tuttavia riconoscersi come sia effettivamente in corso una sostanziale ridefinizione di alcuni dei suoi più consolidati postulati ed equilibri.

Per quanto qui più interessa, tali processi producono un duplice ordine di conseguenze in relazione alle due organizzazioni internazionali in esame.

In primo luogo, è dato riscontrare una ulteriore erosione della centralità delle istituzioni di Bretton Woods nel quadro della *governance* economico-finanziaria globale. Ciò avviene, per un verso, in ragione dell'accresciuto ruolo “politico” e di indirizzo generale di altri attori globali e, in particolare, del G20, del *Financial Stability Board* e, per la regolazione della finanza privata, del Comitato di Basilea. Basti in proposito osservare che, a partire dalla crisi del 2008, l'agenda del G20, un tempo principalmente dedicata ai temi finanziari, si sia estesa a tutte le principali questioni di interesse globale, fungendo da “catalizzatore”

<sup>125</sup> Lo «sbriciolamento» dell'ordine politico internazionale è segnalato, più di recente, da J.-M. Guéhenno, *Le première XXI siècle. De la globalisation à l'émission du monde*, Parigi, 2021.

<sup>126</sup> Su cui cfr. il fondamentale studio di T. Piketty, *Il capitale nel XXI secolo*, trad. it., Milano, 2016.

<sup>127</sup> In questo senso, sebbene non senza una certa cautela, M.R. Ferrarese, *Al di là della globalizzazione: verso un mondo postglobale?*, in *Politica del diritto*, 2021, 259. In tema, cfr. altresì F. Fracchia, *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo*, cit., 2, il quale osserva come stia prendendo avvio una fase che si pone in controtendenza rispetto alla c.d. denazionalizzazione del diritto, e che avrà l'effetto di ridurre «il compasso dell'area di materiale giuridico ultrastatale direttamente incidente sugli ordinamenti nazionali». Più netta la posizione di Gerbaudo, *Controllare e proteggere. Il ritorno dello Stato*, cit., 66, ove si segnala «la fine della globalizzazione così come l'avevamo conosciuta», in cui affiora, insieme al «grande contraccolpo della globalizzazione», una nuova «era ideologica» connotata dallo «neostatalismo».

<sup>128</sup> F. Fracchia, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d'insieme*, cit., 299.

delle istanze provenienti dalle diverse istituzioni internazionali, specie del FMI, WTO, e OMS.

Per altro verso, il declino delle due istituzioni si lega alla sopra segnalata crisi del multilateralismo (o, da tutt'altra angolatura, della "globalizzazione unipolare" a trazione statunitense) e all'emersione di nuove sfere di influenza a livello mondiale. Già da diversi anni, infatti, i paesi a economia emergente (i c.d. BRICS), insoddisfatti dal mancato ottenimento di un'adeguata rappresentanza all'interno di FMI e Banca mondiale, hanno dato vita ad alcune organizzazioni finanziarie parallele (e, per certi versi, antagoniste) alle istituzioni di Bretton Woods. Si tratta, in primo luogo, della *New Development Bank* (NDB), meglio conosciuta come "BRICS Bank", nata dagli accordi internazionali raggiunti durante il sesto summit dei BRICS, tenutosi a Fortaleza (Brasile), il 15 luglio 2014. La NDB, con sede a Shanghai, ha l'obiettivo di finanziare progetti di sviluppo (analogamente alla Banca mondiale) e di fornire meccanismi di sostegno alla bilancia dei pagamenti, non diversamente dal FMI. La seconda banca multilaterale di sviluppo dei paesi BRICS è la *Asian Infrastructure Investment Bank* (AIIB), con sede a Pechino, istituita con l'obiettivo di finanziare progetti infrastrutturali nella regione Asia-Pacifico<sup>129</sup>.

A livello mondiale si rafforza così un «*Beijing consensus*»<sup>130</sup>, alternativo a quello di Washington, capace di intercettare le esigenze di numerosi Paesi a basso e medio reddito, anche per l'assenza di politiche di condizionalità analoghe a quelle imposte dalle istituzioni di Bretton Woods. Si tratterà, dunque, di verificare in che modo la competizione tra i due "sistemi" influirà sulla conformazione dell'architettura finanziaria globale e, con essa, sulla posizione e sul ruolo delle istituzioni qui in esame. A tale stregua, all'evidenziata perdita di centralità delle due istituzioni in esame non corrisponde affatto una "ritirata" dei poteri pubblici sovranazionali e internazionali, quanto piuttosto una ridefinizione degli attori, delle rispettive funzioni e sfere di influenza, all'interno di una «arena globale»<sup>131</sup>, ancora più liquida e frammentata.

Il secondo elemento che emerge dall'evoluzione post-pandemica è costituito dalla nuova e diversa enfasi posta dalle istituzioni di Bretton Woods sul ruolo degli Stati e delle politiche pubbliche. Dai documenti e dalle comunicazioni

---

<sup>129</sup> Merita in proposito segnalare che, dopo la decisione della Banca mondiale di non erogare nuovi finanziamenti a Russia e Bielorussia, anche la NDB e la AIIB hanno deciso, nel marzo 2022, di sospendere temporaneamente le nuove transazioni con la Russia, muovendo però in tal caso dalla necessità di salvaguardare l'integrità finanziaria dell'istituto in un contesto di incertezza circa l'evoluzione della situazione economica e finanziaria russa.

<sup>130</sup> L'espressione è di J.C. Ramo, *The Beijing Consensus*, London, The Foreign Policy Centre, 2004. In tema, *ex multis* K. Moak, *The Washington Consensus versus the Beijing Consensus*, in M. Moak (ed.), *Developed Nations and the Economic Impact of Globalization*, Berlin-Heidelberg, 2017, 189 ss.

<sup>131</sup> L'espressione è, come noto, di S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, cit.; Id., *The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Sevilla, 2012.

ufficiali<sup>132</sup> del FMI provengono, in effetti, alcune raccomandazioni indirizzate ai governi e alle banche centrali nazionali a perseguire politiche espansive – rispettivamente – della spesa pubblica (con particolare riferimento alla sanità, all'istruzione e al *welfare*) e, specie nei primi anni della pandemia<sup>133</sup>, della liquidità monetaria. Per contenere il contagio e rilanciare l'economia mondiale, si riconosce, cioè, espressamente la necessità di mettere a punto misure di intervento pubblico capaci di rafforzare i sistemi sanitari nazionali e di supportare gli interventi di sostegno a famiglie, imprese e lavoratori, promuovendo parallelamente programmi di investimenti pubblici e la creazione di nuovi posti di lavoro nei settori della digitalizzazione e della transizione ecologica<sup>134</sup>.

Così, sul versante delle politiche monetarie e di bilancio, il FMI ha mostrato, in una prima fase, di tollerare un aumento “sorvegliato” dell'inflazione<sup>135</sup>, giustificato dalla necessità di assicurare massicce iniezioni di liquidità per far fronte alla pandemia; successivamente, con il forte aumento dell'inflazione, il Fondo ha comunque mantenuto un orientamento più accomodante, lontano dall'ortodossia monetarista, e più attento a bilanciare la necessità di politiche espansive con i rischi di un aumento incontrollato dei prezzi. Per il FMI, in altri termini, un ina-

---

<sup>132</sup> Sul ruolo della comunicazione pubblica delle organizzazioni internazionali, cfr., più di recente, P. Acconci, *La comunicazione delle organizzazioni internazionali tra trasparenza, credibilità, fiducia e disattenzione*, in *Riv. dir. internaz.*, 2022, 1057.

<sup>133</sup> Così, ad esempio, IMF, Development Committee: The Managing Director's Written Statement, April 2020, in cui si afferma che «*Macroeconomic policy has a critical role to play in mitigating the economic and social fallout [...]. Governments should increase health expenditures and provide targeted income support to the most affected people and firms – including through cash transfers, wage subsidies, tax relief, and loan maturity extensions – so as to limit bankruptcies and layoffs. Central banks should stand ready to combat disorderly market movements and ensure ample liquidity provision. To the extent that policy space and administrative capacities allow, they may also support activity by lowering borrowing costs for households and firms*». Ma si v. altresì, nella medesima direzione, il documento dell'OECD, *Supporting businesses in financial distress to avoid insolvency during the COVID-19 crisis*, 27 maggio 2020. Nel sopra citato *World Economic Outlook* di ottobre 2021, l'accento è posto sull'opportunità di perseguire un «*concerted multilateral effort to ensure adequate international liquidity for constrained economies, and faster implementation of the Group of Twenty common framework to restructure unsustainable debt*».

<sup>134</sup> Si vedano, in tal senso, gli interventi della Direttrice del FMI, Kristalina Georgieva, «*The Long Ascent: Overcoming the Crisis and Building a More Resilient Economy*», Washington, D.C., 6 ottobre 2020; nonché «*We Must Take the Right Actions Now!*» - *Opening Remarks for Annual Meetings Press Conference*, Washington, D.C., 14 ottobre 2020. In questi termini, altresì IMF, *Fiscal Monitor: Policies for the Recovery - Public Investment for the Recovery*, ottobre 2020; oltre al sopra citato *World Economic Outlook* di ottobre 2021, in cui si sottolinea come «*At the national level, the overall policy mix should be calibrated to local pandemic and economic conditions, aiming for maximum sustainable employment while protecting the credibility of policy frameworks. With fiscal space becoming more limited in many economies, health care spending should continue to be the priority*».

<sup>135</sup> In quest'ottica appare particolarmente indicativa la cautela a cui il Fondo invita le banche centrali nel citato *World Economic Outlook* 2021, ove si osserva che «*Although central banks can generally look through transitory inflation pressures and avoid tightening until there is more clarity on underlying price dynamics, they should be prepared to act quickly if the recovery strengthens faster than expected or risks of rising inflation expectations become tangible*». Ed invero, prosegue il documento, «*In settings where inflation is rising amid still-subdued employment rates and risks of expectations de-anchoring are becoming concrete, monetary policy may need to be tightened to get ahead of price pressures, even if that delays the employment recovery*».

sprimento eccessivo e troppo rapido della politica monetaria avrebbe potuto spingere molte economie a una recessione prolungata. La ricetta propugnata dal FMI è consistita, cioè, non già – come avvenuto in passato – in un aumento drastico e repentino dei tassi di interesse, né nell'adozione di misure orizzontali di *austerity*, quanto piuttosto nella promozione di misure fiscali temporanee e mirate in favore dei soggetti più vulnerabili, garantendo un sostegno diretto alle famiglie a basso reddito e alle attività produttive più colpite<sup>136</sup>.

Per altro verso, sul fronte delle misure di “resilienza” e di sostegno alla crescita, la medesima istituzione sembra raccomandare agli Stati e, più in generale, agli attori pubblici di assumere un ruolo proattivo rispetto alle dinamiche di mercato. In questa prospettiva, traspare in filigrana l'idea che – quantomeno con riferimento alle nuove sfide sanitarie, ambientali, climatiche e dello sviluppo tecnologico e dell'intelligenza artificiale – il ruolo del pubblico non possa più arrestarsi alle soglie dell'intervento di mera regolazione e di correzione dei fallimenti di mercato, dovendo spingersi a definire «politiche trasformative»<sup>137</sup> di medio-lungo termine, in grado di orientare i mercati e le azioni dei suoi operatori verso i nuovi obiettivi di *policy* definiti a livello globale<sup>138</sup>.

Eppure, come ben sanno il FMI e la Banca mondiale, l'avvio di politiche di questo tipo richiede un ingente impegno di risorse finanziarie pubbliche, trattandosi in definitiva di favorire investimenti massicci, nonché di coprire i costi legati alla transizione digitale, ecologica ed economica. Così, la Banca mondiale ha ridisegnato le proprie priorità, canalizzando i propri finanziamenti a progetti mirati al contrasto al cambiamento climatico, alla sicurezza alimentare, agli *open data*. Oltre alle misure di sostegno straordinarie erogate nei primi anni della pandemia<sup>139</sup>, il FMI ha cominciato a promuovere azioni di finanziamento e di *capacity building* in tema

---

<sup>136</sup> Cfr., in particolare, il discorso di Kristalina Georgieva, *Navigating A More Fragile World*, cit.; nonché il *World Economic Outlook 2022*, ove si segnala che «*front-loaded and aggressive monetary tightening is critical to avoid inflation de-anchoring as a result of households and businesses basing their wage and price expectations on their recent inflation experience. Fiscal policy's priority is the protection of vulnerable groups through targeted near-term support to alleviate the burden of the cost-of-living crisis felt across the globe.*».

<sup>137</sup> L'espressione appare nell'introduzione dell'*IMF Annual Report 2021*, 2, ove la Direttrice del FMI riconosce la necessità di porre in essere «*transformative policies that provide a foundation for a greener, more digital and inclusive global economy of tomorrow.*».

<sup>138</sup> Sulla necessità per gli Stati di riacquistare un ruolo di guida, e non più solo di correzione, dei mercati nell'ottica di un ripensamento del capitalismo in chiave maggiormente inclusiva e sostenibile, cfr. M. Mazucato, *Missione economia*, cit., spec. 186, ove si sostiene che «affrontare le grandi sfide sarà possibile solo se sapremo immaginare un nuovo ruolo per lo Stato come presupposto essenziale per ristrutturare il capitalismo in un modo che sia inclusivo, sostenibile e guidato dall'innovazione». Sul punto, si leggano anche le lucide considerazioni di P. Leon, *Il capitalismo e lo Stato*, cit., 200, per il quale, se la globalizzazione è un risultato specifico del rapporto tra Stato e capitalisti, la «globalizzazione con intervento pubblico sembra, in effetti, la nuova forma di capitalismo».

<sup>139</sup> Cfr., in particolare, i sopra menzionati canali flessibili di *emergency facilities*, quali il *Rapid Credit Facility* (RCF) e il *Rapid Financing Instrument* (RFI), sul cui utilizzo cfr. i dati riportati nell'*IMF Annual Report 2022*.

di lotta al cambiamento climatico, finalizzati, ad esempio, al miglioramento dell'efficacia degli investimenti pubblici in infrastrutture a bassa emissione di carbonio<sup>140</sup>. Nella medesima direzione si pone la costituzione del *Resilience and Sustainability Trust*<sup>141</sup>, una nuova linea di finanziamento finalizzata ad aiutare i paesi a medio e basso reddito a migliorare la propria resilienza agli shock esterni, climatici e sanitari in particolare, e a garantire una crescita sostenibile, contribuendo al contempo ad assicurare la stabilità a lungo termine della loro bilancia dei pagamenti. La misura amplifica l'effetto dell'allocazione generale di 650 miliardi di dollari di diritti speciali di prelievo (SDR) attuata nel 2021, convogliando le risorse degli Stati economicamente più forti verso i Paesi maggiormente bisognosi.

### 7. *Le istituzioni della post-globalizzazione: «A New Bretton Woods moment»?*

In un intervento pubblico dell'ottobre 2020 la Direttrice del FMI Kristalina Georgieva ha delineato i tre imperativi che avrebbero dovuto guidare la futura agenda politica globale. In primo luogo, per la Direttrice del Fondo, «ciò che era vero a Bretton Woods rimane vero anche oggi: politiche macroeconomiche prudenti e istituzioni forti sono fondamentali per la crescita, il lavoro e il miglioramento degli standard di vita»<sup>142</sup>. Il secondo obiettivo consiste nel porre «le persone al centro delle politiche economiche», riducendo le disegualianze, incoraggiando gli investimenti in salute e istruzione, promuovendo azioni volte a colmare il *gender gap* e a garantire un più ampio accesso a internet da parte della popolazione mondiale. Infine, secondo Georgieva, la pandemia ha reso oltremodo evidente come le prossime azioni debbano essere più efficacemente orientate verso politiche di precauzione sanitaria e, soprattutto, di contrasto al cambiamento climatico. Per il FMI, occorre, in definitiva, riconoscere la natura *macro-critical*, *people-critical* e *planet-critical*<sup>143</sup> della questione ambientale, come preconditione “sistemica” rispetto al benessere della popolazione e allo sviluppo economico globale.

Si tratterebbe, perciò, di cogliere «*a New Bretton Woods Moment*» per rilanciare il ruolo dell'organizzazione e costruire un «mondo più resiliente, sostenibile

<sup>140</sup> Cfr., ad esempio, il sopra citato *World Economic Outlook 2022*, ove si segnala che «*Policies to fast-track the green energy transition will yield long-term payoffs for energy security and the costs of ongoing climate change*» e che «*phasing in the right measures over the coming eight years will keep the macroeconomic costs manageable*».

<sup>141</sup> IMF Policy Paper, Proposal to establish a Resilience and Sustainability Trust (RST), April 2022, operativo a partire dall'ottobre 2022.

<sup>142</sup> «*A New Bretton Woods Moment*», Discorso tenuto dalla Direttrice del FMI, Kristalina Georgieva, Washington, DC, 15 ottobre 2020.

<sup>143</sup> *Ibidem*.



e inclusivo»<sup>144</sup>. In quest'ottica, i tre imperativi delineati dalla Direttrice del FMI sembrerebbero marcare un momento di cesura nel processo di globalizzazione economica e, insieme, di complessivo ripensamento dei principi dell'ortodossia neoliberista e monetarista consacrati nel *Washington consensus*, in favore di una nuova – e aggiornata – centralità dell'azione pubblica rispetto alle dinamiche di mercato, in linea con le proposte di riforma avanzate più di recente dagli economisti di scuola keynesiana.

Riemergono, cioè, quanto meno nel lessico istituzionale del FMI, alcuni temi e priorità che avevano caratterizzato la stagione del capitalismo regolamentato successiva agli accordi di Bretton Woods: sviluppo, piena occupazione, politiche economiche statali, spesa sociale, stabilità. A questi devono aggiungersi oggi i nuovi obiettivi (ormai definiti a livello globale) della crescita sostenibile, della riconversione ecologica, della trasformazione digitale e della tutela di interessi di rilevanza mondiale quali la salute, l'ambiente, l'istruzione e l'accesso alla rete internet. Le stesse istituzioni economiche internazionali sembrano, cioè, maggiormente consapevoli del definitivo tramonto di quell'idea, affermatasi verso la fine degli anni Ottanta dello scorso secolo, secondo la quale la globalizzazione, contribuendo a sancire «la fine della storia»<sup>145</sup>, avrebbe finito per sostituirsi agli Stati e alla politica.

Ancora una volta, peraltro, sembra opportuno rifuggire da rappresentazioni eccessivamente schematiche e semplificanti<sup>146</sup>, per tentare di cogliere i diversi fattori che, in modo necessariamente articolato e graduale, contribuiscono a produrre le ben note “oscillazioni del pendolo” nei rapporti tra poteri pubblici e mercati<sup>147</sup>. Così, sebbene oggi si discuta largamente di un “ritorno dello Stato” nell'economia, ci sembra più appropriato constatare come, più che di un vero e proprio ritorno – il quale, per definizione, presuppone una partenza – si tratti, a ben vedere, di un movimento incrementale che tende a modificare i connotati, tanto in senso istituzionale, quanto in senso funzionale, della *presenza* dello Stato nell'economia<sup>148</sup>.

<sup>144</sup> *Ibidem*.

<sup>145</sup> F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man* (1992), trad. it., *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Milano, 1992.

<sup>146</sup> Lo ricorda, in relazione alla crisi economico-finanziaria, L. Torchia, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale*, in F. Brescia, L. Torchia e A. Zoppini (a cura di), *Metamorfosi del diritto delle società? Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi*, Napoli, 2012, 57 ss. Ma si veda anche B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., spec. 219, ove si mette limpidamente in luce come «più che di secche alternanze, la dorsale diritto-economia ci restituisce l'incessante fluire delle trasformazioni e la continua evoluzione dei terminiconcetti chiave».

<sup>147</sup> Su tali oscillazioni, più di recente, R. Ferrara, *La globalizzazione e il diritto pubblico*, cit., 36.

<sup>148</sup> In tal senso, per tutti, S. Cassese, *Lo Stato in discussione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 1229, il quale, con la consueta efficacia, ha evidenziato come «non è possibile affermare che ritorna lo Stato, perché esso non è mai uscito di scena».

A tale stregua, ci sembra dunque difficile aderire a quelle rappresentazioni stereotipiche che vedono nelle crisi in corso un momento di sospensione della normalità, superate le quali “tutto tornerà come prima” ovvero, all’opposto, uno spartiacque storico a seguito del quale “nulla tornerà come prima”.

Più realisticamente, ci sembra invece che gli sviluppi prodotti dalle più recenti crisi debbano essere inquadrati all’interno di una serie di mutamenti politico-economici “strutturali”, già in atto a livello planetario, sui quali esse finiscono per interferire, producendo accelerazioni imprevedute o aggiustamenti graduali. Entro tale quadro, ancora allo stato fluido e in continua evoluzione, le crisi multiple del nuovo millennio sembrano aver colto le istituzioni (ormai) della post-globalizzazione “in mezzo al guado”, tra un ordine giuridico-economico globale in crisi e un altro, in larga parte ancora da costruire, in cui – insieme con l’emersione di nuovi interessi pubblici e obiettivi di spessore globale – si andranno via via a ridefinire anche i rapporti tra gli Stati, le istituzioni internazionali e i mercati.

*Andrea Magliari - Abstract*

*Il Fondo monetario internazionale e la Banca mondiale nel tempo delle crisi multiple: «A New Bretton Woods moment?»*

Il contributo si propone di approfondire il ruolo svolto dal FMI e dalla Banca mondiale nel contesto delle crisi globali del nuovo millennio e, in particolare, di verificare se sia in atto un processo di ridefinizione dello schema giuridico-istituzionale di quelle organizzazioni finanziarie internazionali; se i più recenti interventi delle due organizzazioni, determinati dalle crisi economico-finanziaria ed economico-sanitaria, energetica e dal conflitto in Ucraina, evidenzino un cambiamento rispetto all'adesione ai principi del c.d. *Washington consensus* e, eventualmente, se ciò sia sintomatico di un nuovo modo di intendere il ruolo dello Stato e dei poteri pubblici nell'economia.

*The International Monetary Fund and the World Bank in the time of multiple crises: "A New Bretton Woods moment"?*

The work analyses the role of the IMF and the World Bank in the context of the global crises of the new millennium. In particular, the essay verifies whether a process of redefinition of the legal-institutional framework of those international financial organizations is underway; it also examines whether the two organizations' most recent interventions, brought about by the economic-financial, economic-health, energy crises and the conflict in Ukraine, evidence a change from adherence to the principles of the so-called Washington consensus and, possibly, whether this is symptomatic of a new way of understanding the role of the State and public powers in the economy.

## Energia pulita: misura di prevenzione della lotta ai cambiamenti climatici e presidio di tutela ambientale\*

Michela Petrachi, Nicola Brignoli\*\*

SOMMARIO: 1. Inquadramento del tema oggetto di studio e sviluppo del lavoro. – 2. La lotta ai cambiamenti climatici nel diritto internazionale. – 2.1. Gli sviluppi più recenti: dall'Accordo di Parigi alla COP 28. – 2.2 Una strada in salita: tra resistenze e nuove leve. 3. La lotta ai cambiamenti climatici nel diritto europeo. – 3.1. Il sistema ETS europeo. – 3.2. Il *Clean Energy Package*. – 3.2.1. Il regolamento 2018/1999/UE: gli interventi sulla *governance* dell'Unione dell'energia. – 3.2.2. La direttiva 2018/2001/UE: le misure di promozione dell'energia da fonti rinnovabili. – 3.2.3. La direttiva 2023/2413/UE (c.d. direttiva Red III). – 3.3. Il *Green Deal* europeo e la *road map* della nuova rivoluzione verde europea: tra sostenibilità, solidarietà, integrazione e nuove sfide della transizione energetica. – 3.4. La rivoluzione verde europea alla prova della crisi economica e della crisi energetica: tra principi vecchi e nuovi, nuovi assetti di interessi e di competenze. – 4. La lotta ai cambiamenti climatici nel diritto nazionale. – 5. Considerazioni conclusive.

### 1. *Inquadramento del tema oggetto di studio e sviluppo del lavoro*

La ricerca che si intende illustrare tratta i temi del cambiamento climatico e dell'energia pulita, mettendoli in connessione tra loro. La premessa teorica da cui ha preso le mosse consiste nel convincimento che i cambiamenti climatici non sono un pericolo futuro, ma una emergenza attuale – e ormai stabilizzata<sup>1</sup> –

---

\* This research was granted by University of Parma through the action Bando di Ateneo 2021 per la ricerca co-funded by MUR-Italian Ministry of University and Research - D.M. 737/2021 - PNR - PNRR – Next Generation EU.

\*\* Il presente contributo è frutto di una riflessione comune degli Autori. Al solo fine dell'attribuzione formale dell'apporto di ciascuno: si devono a Michela Petrachi i paragrafi 1, 2.1, 2.2, 3.3, 3.4, 4 e 5 e a Nicola Brignoli i paragrafi 2, 3, 3.1, 3.2, 3.2.1, 3.2.2 e 3.2.3.

<sup>1</sup> Com'è noto, di emergenza dovrebbe parlarsi nella immediatezza dell'emersione di un fatto imprevisto ed imprevedibile, tuttavia, sempre più spesso si assiste a situazioni emergenziali che, in quanto non affrontate adeguatamente, tendono a "stabilizzarsi", dando vita a "crisi" che si protraggono nel tempo, segnando il con-

da cui dipende il verificarsi di plurimi ed estremi eventi naturali e sociali (uragani, esondazioni, siccità, flussi migratori *et similia*), i quali, a loro volta, impattano sull'economia e sulla politica, sulle relazioni tra istituzioni pubbliche e società civile, nonché su tutti i livelli di governo, influenzandoli profondamente<sup>2</sup>.

In considerazione del carattere stabilizzato del fenomeno, nello svolgimento delle attività di ricerca, l'angolo visuale ha riguardato le scelte, politiche e normative, di prevenzione e di gestione dell'emergenza via via messe a punto, la cui importanza è risultata evidente a seguito della pandemia da Covid-19. Fra queste scelte, un ruolo centrale è stato assunto dalla produzione di energia 'pulita' ovvero (anche)<sup>3</sup> da fonti rinnovabili su cui punta, non a caso, l'obiettivo il Piano Nazio-

---

cetto di emergenza dalla sua necessaria temporaneità e dalla immediatezza del fatto imprevisto e imprevedibile. E una stabilizzazione del fenomeno emergenziale sembra essere proprio ciò che è avvenuto con i cambiamenti climatici, considerati e affrontati come un'emergenza da ormai trent'anni. Per questa ragione, infatti, si reputa che i quattro livelli di intervento – (1) la previsione, (2) la prevenzione, (3) la gestione e (4) il superamento – tradizionalmente e tipicamente applicati al fenomeno emergenziale siano in parte superati con riguardo al cambiamento climatico. In argomento è sufficiente considerare il nocciolo duro di ciascun livello: l'attività di previsione consiste nel lavoro di individuazione delle ipotesi di rischio probabili e nella determinazione, sulla base dei dati scientifici, tecnici e amministrativi, di quale sia la concreta probabilità che tale rischio si materializzi, in relazione ad eventi eccezionali di origine naturale o umana; l'attività di prevenzione consiste nell'attuazione di tutte quelle misure volte ad evitare, ovvero a ridurre la probabilità, che si verifichino le situazioni di rischio individuate nella fase della previsione e, conseguentemente, un danno alla vita, all'integrità fisica, ai beni, agli insediamenti, all'ambiente o agli animali; le attività di gestione e di superamento sono, infine, due fasi logicamente interdipendenti, in quanto le attività di gestione sono dirette a ridurre l'impatto pregiudizievole, derivante da una situazione emergenziale, ma anche a favorire il ritorno ad uno stato di normalità. Le attività di superamento sono, invece, tutte quelle tendenti ad un ripristino della situazione antecedente all'emergenza oppure al ritorno ad uno stato di normalità. Ora, il primo livello può reputarsi superato dal momento che gli effetti negativi del cambiamento climatico sono noti da tempo; il secondo livello assume invece un ruolo centrale nella mitigazione degli effetti dannosi derivanti dai plurimi ed estremi eventi naturali e sociali, che dall'emergenza climatica dipendono; gli ultimi due livelli si integrano a vicenda, dal momento che la gestione deve tendere al ritorno ad uno stato di normalità, mentre il superamento non può che prendere avvio da attività di contenimento e riduzione del danno. Sul fenomeno in commento, v. S. Staiano, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in Id. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni*, Torino, 2006, 649 ss.; A. Simoncini, *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2006; A. Cardone, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011. Con riferimento alla stabilizzazione delle strutture e dei poteri di emergenza nell'ambito della gestione dei rifiuti, v. F. Merloni, *Ragionando sui rifiuti campani e dintorni: Stato e Regioni tra la continua emergenza e l'impossibile normalità*, in *Le Regioni*, 2007, 6, 925 ss.

<sup>2</sup> Sull'impatto trasversale della crisi climatica, che influisce profondamente su plurimi e differenti aspetti, v.: M. Carducci, *Cambiamento climatico (diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl. Agg.*, 2021, 52 ss.; M.E. Kahn, K. Mohaddes, R.N.C. Ng, M. Hashem Pesaran, M. Jui-Chung Yang, *Long-Term Macroeconomic Effects of Climate Change: A Cross-Country Analysis*, in *NBER Working Paper*, 215, 2019. Si veda, ancora, G. Pitruzzella, A. Pioggia, *Riforme istituzionali e forme di governo*, in *Federalismi.it*, 22, 202, 3 ss. Secondo gli Autori, la «crisi climatica», «che ha costi umani, sociali, economici e politici elevatissimi, e che è destinata a durare a lungo e che potrà innescare conseguenze catastrofiche» è manifestazione della società globale del rischio, così definita da Ulrich Beck in considerazione del fatto che i rischi prodotti dalla stessa azione umana e dallo sviluppo dell'economia e della tecnologia sono moltiplicati ad ampio raggio (7).

<sup>3</sup> Si veda il regolamento delegato 2023/2486/UE della Commissione, del 27 giugno 2023, che integra il regolamento 2020/852/UE fissando i criteri di vaglio tecnico che consentono di determinare a quali condizioni un'attività economica si possa considerare *green*, ossia se essa contribuisce in modo sostanziale all'uso sostenibile

nale di Ripresa e Resilienza, il quale, infatti, costituisce il volano della ripresa economica, unionale e interna, per le potenziali esternalità positive sulla protezione dell'ambiente e delle generazioni future, nonché sulla competitività.

L'emergenza climatica ha progressivamente occupato l'agenda politica internazionale, europea e nazionale, determinando un'alluvionale produzione di atti di indirizzo, di regolazione e di normazione allo scopo di ridurre la quantità di gas serra emessi nell'atmosfera, in modo da prevenire, o quanto meno limitare, gli effetti negativi prodotti dal riscaldamento globale e per raggiungere la neutralità climatica. La complessità e la varietà di quegli atti hanno richiesto una puntuale e preliminare opera di ricostruzione, finalizzata a fare emergere eventuali linee di continuità ovvero di discontinuità del quadro normativo.

Una volta conclusa la ricostruzione, si è passati alla fase di rielaborazione, di selezione e di approfondimento dei profili normativi reputati più significativi, riavvolgendo un filo rosso che dal diritto internazionale al diritto nazionale ha permesso di indagare la ragion pratica della transizione energetica e della transizione ecologica, facendo emergere anche l'assetto delle competenze e delle interferenze tra ordinamenti, tra fonti e interessi.

In estrema sintesi: a livello internazionale è emerso fin da subito che il cammino verso la neutralità climatica sarebbe stato lento e in salita. È infatti ancora forte la resistenza del diritto dell'ambiente alle sirene della vincolatività e dell'imperatività su scala globale. A livello europeo, invece, il punto focale dell'approfondimento è stato più contenuto e ha interessato, in maniera specifica e selettiva, il binomio clima-energia, in ragione del convincimento che la transizione energetica è una componente fondamentale della transizione ecologica e della lotta ai cambiamenti climatici. Spunti più interessanti sono derivati dall'analisi della normativa interna che ha permesso di cogliere le ricadute dei principi di diritto internazionale e delle politiche dell'Unione europea in materia.

Irrrinunciabile nello svolgimento delle attività è stato il confronto e il dibattito alimentato all'interno dell'unità di ricerca e, all'esterno, nell'ambito di Seminari<sup>4</sup> e di un Convegno conclusivo di Studi dal titolo «*La tassonomia verde. La sostenibilità ambientale a geometrie variabile*»<sup>5</sup> in cui giuristi, scienziati e comunità

---

e alla protezione delle acque e delle risorse marine, alla transizione verso un'economia circolare, alla prevenzione e alla riduzione dell'inquinamento o alla protezione e al ripristino della biodiversità e degli ecosistemi e se non arreca un danno significativo a nessun altro obiettivo ambientale.

<sup>4</sup> Nel corso delle attività di Ricerca e parallelamente alla fase ricostruttiva e di approfondimento sono state organizzate alcune lezioni seminariali: la prima, dal titolo «*Principi e regole di prevenzione e gestione dei cambiamenti climatici*», svolta dai componenti dell'Unità di Ricerca e la seconda, dal titolo «*Cambiamenti climatici e sostenibilità energetica. Nodi d'apice su agricoltura, filiera alimentare e trasporti*», svolto con la partecipazione dei Professori Francesco Vetrò, Alessandro Petraglia, Stefania Vasta.

<sup>5</sup> Svolto il 29 giugno 2023 nell'Università degli Studi di Parma. Al Convegno hanno partecipato, oltre ai componenti dell'Unità di Ricerca, i Professori Francesco Vetrò, Fabrizio Fracchia, Monica Cocconi, Anto-

civile hanno offerto il contributo della propria scienza e della propria esperienza, facendo emergere con estrema chiarezza che, a fronte dell'emergenza climatica, la scienza deve dialogare col diritto per arrivare a soluzioni sostenibili o a 'compromessi' d'equilibrio, tollerabili per la tutela della generazione attuale e per la protezione di quella futura.

## 2. *La lotta ai cambiamenti climatici nel diritto internazionale*

Come anticipato, l'indagine ha preso le mosse da una ricostruzione della normativa di riferimento a tutti i livelli di competenza. Iniziando dal diritto internazionale, ad esso va riconosciuto un ruolo di sicura rilevanza nel processo di emersione dell'ambiente come valore da proteggere, soprattutto sul piano dell'elaborazione dei principi generali.

Il diritto internazionale ha rappresentato il volano di ogni positiva evoluzione, sia dell'ordinamento comunitario sia di quello degli Stati nazionali, favorendo e, anzi, sollecitando il successivo processo di normazione discendente delle misure di protezione ambientale.

Le ragioni di ciò e, più in generale, dello sviluppo del diritto internazionale dell'ambiente vanno cercate nella singolarità dell'ambiente stesso e, in particolare, nelle dimensioni estese delle lesioni provocate dall'uomo all'ambiente; nonché nel bisogno indefettibile delle istituzioni internazionali «di bilanciare la (esponenziale) sensibilità sociale verso la tutela ambientale con le forme di concorrenza economica internazionale nonché la necessità di mediare il conflitto di interessi esistente tra Paesi industrializzati e Paesi in via di sviluppo nello sfruttamento delle risorse naturali»<sup>6</sup>.

Nonostante ciò, è emersa fin da subito la difficoltà a decollare di questa branca del diritto positivo: specificità territoriali e complicati innesti di poteri e interessi hanno sempre frenato l'introduzione e, soprattutto, la tenuta di interventi di prevenzione e di gestione dell'emergenza climatica su scala globale.

Per rendersi conto di ciò, è utile ripercorrere le tappe fondamentali del percorso (internazionale) di lotta ai cambiamenti climatici, valutarne l'estensione temporale e la portata dei risultati ottenuti.

---

nio Colavecchio, nonché il dott. Luca Benedetti, Responsabile Studi e monitoraggio PNIEC presso il Gestore dei Servizi Energetici S.p.A.

<sup>6</sup> Sia consentito un rinvio a M. Petrachi, *La tutela dell'ambiente nel prisma della transizione ecologica*, Torino, 2023, 37 ss.

Le tappe sono essenzialmente tre, individuate grazie ad altrettanti atti di indirizzo: (1) la Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui Cambiamenti Climatici del 1992, (2) il Protocollo di Kyoto del 1997 e (3) l'Accordo di Parigi del 2015.

Necessaria premessa all'adozione del primo di tali atti di indirizzo – la Convenzione Quadro – fu la Risoluzione dell'Assemblea Generale dell'ONU 43/53 del 6 dicembre 1988 «*Protection of global climate for present and future generation*», la quale, oltre a definire il fenomeno dei cambiamenti climatici come un «*common concern of humankind*»<sup>7</sup>, istituì il Comitato Intergovernativo per i Cambiamenti Climatici (*Intergovernmental Panel on Climate Change – IPCC*)<sup>8</sup>, ossia un organismo scientifico intergovernativo di natura consultiva, aperto a tutti i Paesi membri dell'ONU, che si occupa di valutare le informazioni scientifiche, tecniche e socio-economiche rilevanti per il fenomeno dei cambiamenti climatici. Una ulteriore premessa fu proprio il Primo Rapporto dell'IPCC del 1990 (AR1), il quale, benché contenente delle mere ipotesi sui possibili effetti prodotti dall'attività dell'uomo sul clima e, di conseguenza, del possibile rapporto diretto delle attività antropiche sui cambiamenti climatici, in applicazione del principio di precauzione<sup>9</sup>, peraltro contenuto nel punto 15 della Dichiarazione di Rio del 1992, portò alla definizione della Convenzione.

---

<sup>7</sup> Alla quale fecero seguito le risoluzioni 44/207 del 22 dicembre 1989, 45/212 del 21 dicembre 1990 e 46/169 del 9 dicembre 1991.

<sup>8</sup> L'IPCC è stato istituito da due organizzazioni internazionali: la Organizzazione Mondiale per la Meteorologia (*World Meteorological Organization – WMO*), istituita nel 1947 nell'ambito della Convenzione Mondiale delle Nazioni Unite sulla Meteorologia (*United Nations World Meteorological Convention*), e il Programma delle Nazioni Unite per l'Ambiente (*United Nations Environment Program – UNEP*), istituito a seguito della Conferenza delle Nazioni Unite sull'Ambiente Umano di Stoccolma del 1972. Esso si compone di tre gruppi di lavoro (*Working Groups*): il primo (WGI) si occupa della valutazione delle informazioni scientifiche relative al cambiamento climatico; il secondo (WGII) concerne gli impatti dei cambiamenti climatici e la vulnerabilità dei sistemi umani e naturali nelle diverse aree geografiche, nonché le possibilità di adattamento delle stesse ai cambiamenti climatici; il terzo (WGIII) si occupa, infine, di elaborare le strategie di mitigazione dei cambiamenti climatici, ossia della riduzione e del contenimento delle emissioni di gas a effetto serra.

<sup>9</sup> Il primo riferimento a livello internazionale al principio di precauzione è da individuarsi nella Carta mondiale sulla natura adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 1982, il cui art. 6, lett. a), contempla «provvedimenti per impedire la possibilità di danneggiamento grave o irreversibile dell'ambiente, anche qualora le conoscenze scientifiche fossero incomplete o non risolutive». Successivamente, trova dapprima riscontro in atti contenenti discipline settoriali, quali la Convenzione di Vienna per la protezione dello strato d'ozono del 1985 e la Dichiarazione interministeriale della Seconda Conferenza internazionale sulla protezione del Mare del Nord (1987), ed ottiene la sua affermazione definitiva nella Dichiarazione di Rio de Janeiro del 1992, il cui Principio 15 afferma che «al fine di proteggere l'ambiente, gli Stati applicheranno largamente, secondo le loro capacità, il Principio di precauzione. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per differire l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale». Sul principio di precauzione in riferimento ai cambiamenti climatici, v. G. Manfredi, *Cambiamenti climatici e principio di precauzione*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 1, 2011, 27 ss. e C.M. Pontecorvo, *Il principio di precauzione e la regolamentazione volta a combattere i cambiamenti climatici e l'inquinamento dell'atmosfera*, in A. Bianchi, M. Bianchi (a cura di), *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006, 221 ss. Più in generale, sul principio di precauzione, v. M. Sollini, *Il sistema della sicurezza alimentare. Profili di diritto amministrativo*, Milano, 2023,



A seguito del Primo Rapporto IPCC, dal 29 ottobre al 7 novembre del 1990, si tenne a Ginevra una Seconda Conferenza Mondiale delle Nazioni Unite sul Clima (*Second World Climate Conference – SWCC*)<sup>10</sup>, nella quale si concluse per la necessità di un accordo globale sui cambiamenti climatici. I negoziati, tuttavia, furono caratterizzati da una spaccatura fra gli Stati promotori di una convenzione di carattere generale, che regolasse tutti gli aspetti giuridici relativi all'«atmosfera», e gli Stati che avrebbero, invece, optato per una convenzione specifica in materia di cambiamenti climatici. Quest'ultima opzione prevalse nel corso dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del settembre del 1990 e nella successiva risoluzione 45/212 del 21 dicembre 1990, istitutiva dell'*Intergovernmental Negotiating Committee* (INC), al quale fu affidato il compito di redigere un primo testo della Convenzione Quadro e di intraprenderne i negoziati<sup>11</sup>. Questi ultimi furono avviati nel febbraio del 1991 e si conclusero il 9 maggio del 1992 a New York, ove fu stipulata la Convenzione Quadro sui Cambiamenti Climatici (*United Nations Framework Convention on Climate Change – UNFCCC*), successivamente aperta alla firma e adottata nell'ambito della Conferenza delle Nazioni Unite su Ambiente e Sviluppo (*UN Conference on Environmental and Development – UNCED*), tenutasi a Rio de Janeiro dal 3 al 14 giugno del 1992, unitamente alla Convenzione sulla biodiversità (*UN Convention on Biological Diversity*) e alla Convenzione per la lotta alla desertificazione (*Convention to Combat Desertification*). Inizialmente sottoscritta da 154 Stati, entrò in vigore il 21 marzo 1994 ed è oggi ratificata da 195 Stati più l'Unione Europea<sup>12</sup>.

La Convenzione Quadro rappresenta il punto di partenza nel processo di contrasto ai cambiamenti climatici: oltre a fissare i principi generali in materia<sup>13</sup>, stabiliva gli obiettivi da perseguire e gli obblighi che le Parti assumevano per farlo<sup>14</sup>, istituendo organi sussidiari deputati alla consulenza tecnico-scientifica e al monitoraggio dello stato di attuazione della Convenzione stessa<sup>15</sup>.

---

spec. 56 ss.; M. Antonioli, *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2007; M.P. Chiti, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 1; F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005; L. Marini, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004; P. Kourilsky, G. Villini, *Le principe de précaution*, Parigi, 2000.

<sup>10</sup> La prima (*First World Climate Conference – FWCC*) si tenne a Ginevra dal 12 al 23 febbraio del 1979.

<sup>11</sup> Sul punto, e più diffusamente sulla emersione e sulla successiva affermazione del tema dei cambiamenti climatici a livello internazionale, v. G. Sanna, *Cambiamenti climatici ed eventi estremi*, in P. Dell'Anno, E. Picozza, *Trattato di diritto dell'ambiente*, III, *Tutele parallele. Norme processuali*, Padova, 2015, 69 ss.

<sup>12</sup> L'Italia ha sottoscritto la Convenzione Quadro il 5 giugno 1992 e ha provveduto alla ratifica con la l. 15 aprile 1994, n. 65.

<sup>13</sup> Cfr. art. 3, Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui Cambiamenti Climatici.

<sup>14</sup> Cfr. art. 4, Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui Cambiamenti Climatici.

<sup>15</sup> Cfr. artt. 9 e 10, Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui Cambiamenti Climatici.

La Convenzione non trattava l'energia rinnovabile, ma menzionava l'efficienza energetica (soltanto) nel paragrafo 22 del Preambolo, ove si affermava che, per raggiungere uno sviluppo economico e sociale sostenibile, i Paesi in via di sviluppo «devono aumentare i consumi di energia tenendo comunque conto delle possibilità di ottenere una maggiore efficienza energetica».

L'obiettivo della Convenzione, che stava alla base dei singoli obiettivi operativi e degli obblighi assunti dalle Parti, enunciato nell'articolo 2, era quello di stabilizzare le concentrazioni di gas ad effetto serra nell'atmosfera ad un livello tale da escludere «qualsiasi pericolosa interferenza delle attività umane sul sistema climatico». Questa disposizione proseguiva indicando come quel livello – ossia quell'obiettivo di qualità – dovesse essere raggiunto «entro un periodo di tempo sufficiente per permettere agli ecosistemi di adattarsi naturalmente a cambiamenti di clima e per garantire che la produzione alimentare non sia minacciata e lo sviluppo economico possa continuare ad un rischio sostenibile».

Dalla lettera della disposizione emerge immediatamente una significativa criticità: l'eccessiva genericità, non essendoci indicazioni circa l'effettivo livello di concentrazioni di gas serra nell'atmosfera; mancando comunque un termine per il raggiungimento del livello di qualità innanzi detto.

Il principio cardine della Convenzione era quello della responsabilità comune ma differenziata<sup>16</sup>, il quale, contenuto nell'art. 3, par. 1, trovava concreta applicazione nel successivo art. 4, par. 2, che obbligava soltanto i Paesi industrializzati oppure in transizione verso un'economia di mercato ad adottare politiche e provvedimenti finalizzati alla mitigazione dei cambiamenti climatici e alla riduzione delle emissioni di gas a effetto serra causate dall'uomo, ed esigeva, inoltre,

---

<sup>16</sup> Principio introdotto dalla Dichiarazione di Rio del 1992, il cui Principio 7 prevede che «gli Stati coopereranno in uno spirito di partnership globale per conservare, tutelare e ripristinare la salute e l'integrità dell'ecosistema terrestre. In considerazione del differente contributo al degrado ambientale globale, gli Stati hanno responsabilità comuni ma differenziate. I paesi sviluppati riconoscono la responsabilità che incombe loro nel perseguimento internazionale dello sviluppo sostenibile date le pressioni che le loro società esercitano sull'ambiente globale e le tecnologie e risorse finanziarie di cui dispongono». Esso è poi confluito nell'art. 3, par. 1, della Convenzione, ove si legge che «le Parti devono proteggere il sistema climatico a beneficio della presente e delle future generazioni, su una base di equità e in rapporto alle loro comuni ma differenziate responsabilità e alle rispettive capacità. Pertanto i Paesi sviluppati che sono Parti alla Convenzione, devono prendere l'iniziativa nella lotta contro i cambiamenti climatici e i relativi effetti negativi». In argomento, v. P. Cullet, *Principle 7. Common but Differentiated Responsibilities*, in J. Vinuales (a cura di), *The Rio Declaration on Environment and Development. A Commentary*, Oxford, 2015, 229 ss.; T. Honkonen, *The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements. Regulatory and Policy Aspects*, Alphen aan den Rijn, 2009; C.D. Stone, *Common but Differentiated Responsibilities in International Law*, in *American Journal of International Law*, 2004, 98, 2, 276 ss.; Y. Matsui, *The Principle of "Common but Differentiated Responsibilities"*, in N.J. Schrijver, F. Weiss (a cura di), *International Law and Sustainable Development. Principles and Practice*, Leida, 2004, 73 ss.

soltanto dai Paesi industrializzati l'impegno a fornire risorse finanziarie e a trasferire tecnologie verdi ai Paesi in via di sviluppo<sup>17</sup>.

Questo modello di azione differenziato aveva una giustificazione storica<sup>18</sup>: i Paesi industrializzati avevano potuto avviare un processo di sviluppo economico, che li aveva posti in una posizione di vantaggio rispetto agli altri Paesi, servendosi dei combustibili fossili. Dalla consapevolezza, quindi, di dover contemperare la posizione di vantaggio acquisita dai Paesi industrializzati<sup>19</sup> con la necessità di non frustrare il diritto allo sviluppo<sup>20</sup> dei Paesi non industrializzati è dipesa la scelta per l'approccio differenziato sopra descritto.

Il limite di quel metodo, tuttavia, fu ben presto individuato nel carattere nebuloso e poco chiaro del principio della responsabilità comune ma differenziata, ma anche e soprattutto nell'assenza di un criterio economico-sociale che potesse distinguere gli Stati industrializzati da quelli in via di sviluppo<sup>21</sup>.

Ancora, gli impegni, pure contenuti, assunti dagli Stati con quella Convenzione si appalesavano persino contraddittori: ciò perché, a titolo d'esempio, in alcune disposizioni<sup>22</sup>, era promossa la «stabilizzazione» dei livelli di emissione, senza neppure specificare l'obiettivo di qualità; in altre<sup>23</sup>, si proponeva un ritorno ai livelli di emissioni del 1990, che, però, non necessariamente presupponeva una conseguente stabilizzazione degli stessi<sup>24</sup>.

<sup>17</sup> L'attenzione alla distinzione tra paesi industrializzati, ritenuti i maggiori responsabili sino a quel momento delle emissioni di gas serra nell'atmosfera e ai quali spettavano i maggiori obblighi per la loro riduzione, e paesi in via di sviluppo emergeva già nel preambolo della Convenzione, nel quale si afferma che «i provvedimenti da adottare per fronteggiare i cambiamenti climatici devono essere coordinati in forma integrata con lo sviluppo economico e sociale, al fine di evitare effetti negativi su quest'ultimo, e tenendo pienamente conto della necessità giustamente prioritaria dei Paesi in sviluppo di raggiungere una crescita economica sostenuta e di eliminare la povertà».

<sup>18</sup> Nel Preambolo della Convenzione si legge che «i paesi sviluppati hanno storicamente prodotto e attualmente producono la maggior parte delle emissioni di gas serra».

<sup>19</sup> In tal senso, S. Nespore, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal Protocollo di Kyoto all'Accordo di Parigi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 1, 88.

<sup>20</sup> Nella Dichiarazione sul diritto allo sviluppo, adottata dalle Nazioni Unite il 4 dicembre 1986 (Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite 41/128 del 4 dicembre 1986), il diritto allo sviluppo viene definito come «un diritto umano inalienabile in virtù del quale ogni persona umana e tutti i popoli sono legittimati a partecipare, a contribuire e a beneficiare dello sviluppo economico, sociale, culturale e politico, in cui tutti i diritti umani e tutte le libertà fondamentali possano essere pienamente realizzati» (art. 1, comma 1).

<sup>21</sup> Cfr. M. Cazorla, M. Toman, *International Equity and Climate Change Policy*, in *Resources for the future*, 2000, 27, 2, secondo cui la differenziazione tra paesi industrializzati e non «were not based on standardized formula, but rather on complex negotiations on multiple issues». A tal riguardo, osserva S. Nespore, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal Protocollo di Kyoto all'Accordo di Parigi*, cit., 89, come la mancanza di una definizione espressa del principio della responsabilità comune ma differenziata e di criteri economico-sociali fosse probabilmente una mancanza voluta «che determinerà venti anni di incomprensioni, scontri, contrapposizioni e, in definitiva, l'impossibilità di raggiungere un accordo globale sul clima».

<sup>22</sup> Cfr. art. 2, della Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui Cambiamenti Climatici.

<sup>23</sup> Cfr. art. 4, par. 2, della Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui Cambiamenti Climatici.

<sup>24</sup> Cfr. D. Bodansky, *The United Nations Framework Convention on Climate Change: A Commentary*, cit., 515-516.

Oltre agli organi sussidiari, la Convenzione ha istituito anche una Conferenza delle Parti (COP), comprendente tutti i Paesi che avessero ratificato la Convenzione e definita «organo supremo» della stessa. Quest'organo assembleare era (ed è tutt'oggi) tenuto a riunirsi annualmente per esaminare l'attuazione delle misure adottate e promuoverne l'effettiva esecuzione<sup>25</sup>, oltre a designare un segretario permanente<sup>26</sup>.

Dagli anni '90 in poi sono state convocate ben 28 Conferenze delle Parti, con risultati inadeguati, dovuti per lo più ai conflitti di interesse serpeggianti tra le Parti. Per questa ragione si darà rilevanza appresso soltanto ad alcune COP, selezionate sulla base del grado di incidenza sulla lotta ai cambiamenti climatici.

La prima Conferenza delle Parti (COP 1) è stata convocata a Berlino nel 1995; qui furono avviati i negoziati per l'adozione degli strumenti di attuazione della Convenzione. Durante i lavori, emersero tuttavia sia perplessità sulla corretta interpretazione del principio della responsabilità comune ma differenziata sia sull'adeguatezza degli impegni assunti per soddisfare l'obiettivo fondamentale della Convenzione. All'esito della Conferenza fu adottato il c.d. *Berlin Mandate*, documento che ha innovato il principio di responsabilità comune ma differenziata, riducendolo a quello di responsabilità differenziata<sup>27</sup>. In forza di questa nuova elaborazione del principio, il documento precludeva l'introduzione di nuovi impegni per i Paesi in via di sviluppo, indipendentemente sia dal livello di sviluppo economico sia dalla quantità di emissioni di gas serra ad essi attribuibili, e confermava gli impegni già assunti con la Convenzione dai Paesi industrializzati.

La circostanza, tuttavia, che – come visto – si prescindesse dal livello di sviluppo e dalla quantità di emissioni ha determinato via via forti malcontenti: il principio, così come riformulato, era sempre più scollegato dalla realtà<sup>28</sup> e, perciò, ostacolava il raggiungimento di un accordo globale sul clima.

---

<sup>25</sup> Cfr. art. 7, Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui Cambiamenti Climatici.

<sup>26</sup> Cfr. art. 8, Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui Cambiamenti Climatici.

<sup>27</sup> In tal senso, v. S. Nespov, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal Protocollo di Kyoto all'Accordo di Parigi*, cit., 90, il quale rileva che è proprio al *Berlin Mandate* che si deve la trasformazione di tale principio «in quella che è stata definita una sorta di muraglia che per anni ha diviso in modo insormontabile due blocchi: gli Stati industrializzati previsti nell'Allegato 1 della Convenzione e tutti gli Stati, più o meno industrializzati, che non sono stati inclusi nell'Allegato 1». Analogamente, F. Scalia, *Energia sostenibile e cambiamento climatico*, Torino, 2020, 91, afferma che le disposizioni del *Berlin Mandate* hanno forzato la portata del principio della responsabilità comune ma differenziata, «cristallizzandone la “differenziazione” a scapito del carattere “comune” della responsabilità».

<sup>28</sup> Così, D. Bodansky, *The Paris Climate Change Agreement: A New Hope?*, cit., 303. Basti pensare che Stati destinati a vivere forti processi di sviluppo economico e a divenire fra i maggiori produttori di gas serra globali, come Cina e India, ma anche come Corea del Sud, Messico e Qatar, erano considerati Paesi in via sviluppo e, come tali, non ricompresi nell'Allegato I.

Significativa è stata la terza Conferenza delle Parti (COP 3)<sup>29</sup> perché, all'esito dei relativi lavori, il 10 dicembre del 1997, gli Stati partecipanti approvarono il primo strumento integrativo della Convenzione Quadro: il Protocollo di Kyoto (*Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change*). Aperto alla firma il 16 marzo dell'anno successivo, il Protocollo è entrato in vigore il 16 febbraio 2005.

Se la Convenzione ha fornito un'importante cornice di riferimento su scala globale, sia dal punto di vista dell'organizzazione, con l'istituzione delle COP, sia dal punto di vista degli indirizzi da seguire, il Protocollo di Kyoto<sup>30</sup> è stato, invece, il primo trattato globale ad introdurre obblighi vincolanti in tema di contenimento delle emissioni di gas serra<sup>31</sup>.

In osservanza al principio della responsabilità comune, come (re)interpretato a seguito del *Berlin Mandate*, il Protocollo ha stabilito che gli Stati industrializzati (o in transizione verso una economia di mercato), dovessero ridurre le loro emissioni di gas serra di almeno il 5% rispetto ai livelli del 1990, nel periodo 2008-2012, e mostrare progressi significativi entro il 2005<sup>32</sup>. Per raggiungere questi obiettivi con il minor costo economico complessivo e sfruttando le disuguaglianze fra i Paesi coinvolti<sup>33</sup>, il Protocollo ha introdotto tre meccanismi di mercato flessibili per gli Stati<sup>34</sup>, aventi la finalità di raggiungere gli obiettivi prefissati: a) *Joint Implementation*, attraverso cui gli Stati industrializzati (o in transizione verso una economia di mercato) possono tra loro trasferire o acquistare unità di riduzione (*Certified Emission Reductions* – CERs) risultanti da processi finaliz-

<sup>29</sup> La seconda Conferenza delle Parti (COP 2) si tenne a Ginevra nel 1996. In tale occasione, per la prima volta, fu ufficialmente affermata l'influenza delle attività umane sui cambiamenti climatici. Sul punto e, più in generale, sulle misure assunte in occasione delle annuali Conferenze delle Parti, v. R. Leal-Arcas, *Kyoto and the COPs: Lessons Learned and Looking Ahead*, in *Hague Yearbook of International Law*, 2010, 23, 17 ss.

<sup>30</sup> Su cui W.Th. Douma, L. Massai, M. Montini (a cura di), *The Kyoto protocol and beyond: legal and policy challenges of climate change*, The Hague, 2007; S. Alaimo, *Protocollo di Kyoto*, Firenze, 2005; D. Freestone, C. Streck (a cura di), *Legal aspects of implementing the Kyoto protocol mechanism: making Kyoto work*, Oxford, 2005; M. Faure, J. Gupta, A. Nentjes (a cura di), *Climate change and the Kyoto protocol: the role of institutions and instruments to control global change*, Cheltenham, 2003; J. Depledge, *Tracing the Origins of the Kyoto Protocol: An Article-By-Article Textual History*, in *unfccc.int*, 2000. Sul Protocollo di Kyoto, si veda, inoltre, il n. 1 del 2005 della *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, ad esso interamente dedicato.

<sup>31</sup> Così, A.M. Halvorsen, *UNFCCC, the Kyoto Protocol, and the WTO. Brewing Conflicts or are They Mutually Supportive?*, in *Denver Journal of International Law & Policy*, 2008, 36, 3/4, 373, la quale osserva come «these targets are expressed in terms of assigned amounts or allowed emission, which can be divided into assigned amount units (AAUs) similar to pollution permits or allowances».

<sup>32</sup> Cfr. art. 3, par. 1, Protocollo di Kyoto.

<sup>33</sup> In tal senso, A. Colosimo, M. Della Costa, *Emission trading, joint implementation, clean development mechanism. Glossario ragionato dei termini principali*, in G. Tosato, P. Mennea (a cura di), *Il processo di attuazione del Protocollo di Kyoto in Italia: metodi, scenari e valutazione di politiche e misure*, ENEA, 2020.

<sup>34</sup> Su cui, diffusamente, V. Jacometti, *I Tradable Pollution Rights: nozioni, origine e caratteristiche*, in B. Pozzo (a cura di), *La nuova direttiva sullo scambio di quote di emissione. La prima attuazione europea dei meccanismi previsti dal Protocollo di Kyoto*, Milano, 2003, 13 ss., ma anche M. Wara, *Measuring the Clean Development Mechanism's Performance and Potential*, in *UCLA Law Review*, 2008, 1759 ss.

zati alla riduzione o all'assorbimento di gas serra<sup>35</sup>; b) *Clean Development Mechanism*, che prevede la possibilità per gli stessi Stati di ottenere unità di riduzione derivanti da attività di progettazione dei Paesi industrializzati o in transizione verso un'economia di mercato, finalizzate alla realizzazione di progetti di riduzione delle emissioni di gas serra in cooperazione e nell'assistenza ai Paesi in via di sviluppo<sup>36</sup>; c) *International Emission Trading*, attraverso cui quei Paesi, che abbiano prodotto quote di emissione in eccesso, possono scambiarle con altri Paesi bisognosi di ulteriori quote di emissione<sup>37</sup>. Questi tre strumenti, fra loro certamente differenti, hanno, tuttavia, il medesimo campo di applicazione sovranazionale e sono tutti finalizzati al raggiungimento di obiettivi globali<sup>38</sup>.

Con il Protocollo di Kyoto, per quel che qui interessa di più, l'energia sostenibile ha via via acquisito un autonomo rilievo quale mezzo di contrasto ai cambiamenti climatici<sup>39</sup>. A dimostrazione di ciò, è utile richiamare l'art. 2 in cui è stabilito che, per promuovere lo sviluppo sostenibile, ogni Paese industrializzato (o in transizione verso una economia di mercato) deve elaborare misure volte al «miglioramento dell'efficacia energetica in settori rilevanti dell'economia nazionale», nonché implementare la ricerca, la promozione, lo sviluppo e la maggiore utilizzazione di forme energetiche rinnovabili.

Ai sensi dell'art. 25, l'entrata in vigore del Protocollo era subordinata alla ratifica di almeno 55 Stati, tra cui un numero di Paesi industrializzati che rappresentassero almeno il 55% delle emissioni totali di CO<sub>2</sub> al 1990. I negoziati per raggiungere tale soglia furono avviati durante la quarta Conferenza delle Parti (COP 4), svolta a Buenos Aires nel 1998. Durante i lavori della COP emerse con particolare evidenza la difficoltà di raggiungere un accordo e l'approvazione di un «Piano di azioni» (c.d. *Buenos Aires Plan of Action*) biennale fu soltanto l'anticamera di quanto avvenne in occasione della COP 6, che si svolse a L'Aja nel novembre del 2000<sup>40</sup>, ove i lavori furono sospesi senza il raggiungimento di alcun

---

<sup>35</sup> Cfr. art. 6, Protocollo di Kyoto.

<sup>36</sup> Cfr. art. 12, Protocollo di Kyoto.

<sup>37</sup> Cfr. art. 17, Protocollo di Kyoto.

<sup>38</sup> Cfr. M. D. Auria, *Il Protocollo di Kyoto*, in F. Fracchia, A. Marcovecchio (a cura di), *Climate Change: la risposta del diritto*, Napoli, 2010, 25.

<sup>39</sup> Così, F. Guella, *Modelli di disciplina delle energie rinnovabili a livello sovrastatale*, in F. Cortese, F. Guella, G. Postal (a cura di), *La regolamentazione della produzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile. Sistemi giuridici comparati, dal livello sovrastatale al locale*, Padova, 2013, 28.

<sup>40</sup> Quanto alla data, gli Stati Uniti denunciarono la difficoltà di condurre dei negoziati efficaci nel mese immediatamente successivo alle elezioni presidenziali che si tennero proprio quell'anno, ma gli Stati europei ignorarono tali avvertimenti, generandosi così già un primo punto di «scontro», che si rivelò premonitore di quanto avvenne successivamente nel corso della Conferenza.

accordo con conseguente rischio di compromissione del Protocollo<sup>41</sup>. Il rischio fu evitato e il processo negoziale proseguì<sup>42</sup>, nonostante le resistenze.

Nella successiva COP 7, convocata a Marrakech dal 29 ottobre al 9 novembre 2001, gli Stati lavorarono per trovare una intesa sui dettagli operativi del Protocollo e sull'attuazione dell'UNFCCC istituendo tre fondi: *a*) il Fondo per i Paesi Meno Avanzati (*Least Developed Countries Fund*), finalizzato alla promozione dello sviluppo sostenibile dei Paesi meno sviluppati; *b*) il Fondo per il Cambiamento Climatico (*Climate Change Fund*), per i Paesi in via di sviluppo più minacciati dagli effetti dei cambiamenti climatici; *c*) il Fondo per l'Adattamento (*Adaptation Fund*), volto a promuovere misure di adattamento ai cambiamenti climatici.

L'importanza di questi accordi<sup>43</sup> è da ravvisare nel fatto che essi mettono in evidenza l'importanza di un sistema di controllo<sup>44</sup> sul mantenimento degli impegni assunti e, in sostanza, sul raggiungimento degli obiettivi nella lotta ai cambiamenti climatici.

Infine, nel novembre del 2004 la Russia ha ratificato il Protocollo di Kyoto, determinando il raggiungimento della soglia del 55% necessaria per la relativa entrata in vigore. Infatti, come anticipato, il Protocollo è vigente dal 16 febbraio 2005.

<sup>41</sup> Così, M. Grubb, F. Yamin, *Climatic collapse at The Hague: what happened, why, and where do we go from here?*, in *International Affairs*, 2001, 77, 2, 262.

<sup>42</sup> J.W. Anderson, *Climate Change Diplomacy: The Next Step*, in *Resources*, Winter 2001 issue, 142, 11. Nella «*Note by the President of COP-6*», detta anche «*Pronk paper*», ricompresa nella Decision I/CP.6, Jan Pronk, Ministro dell'ambiente olandese e Presidente della Conferenza, indicò quattro punti cruciali su cui i negoziati si arenarono: *a*) il trasferimento di finanziamenti e di tecnologie *green* ai paesi in via di sviluppo, ed in particolare la preoccupazione degli Stati sviluppati di conoscere la quantità dei finanziamenti e come tali finanziamenti sarebbero stati utilizzati; *b*) la questione dei c.d. *sinks* (pozzi di assorbimento), ritenuti fondamentali dagli Stati Uniti per ratificare il Protocollo; *c*) i meccanismi flessibili di mercato, e in particolare la misura in cui un Paese potesse acquistare permessi all'estero per integrare la propria azione interna di riduzione delle emissioni (lo scontro fu tra gli Stati europei, secondo cui, in linea di principio, nessun Paese dovesse essere autorizzato ad acquistare permessi per coprire la maggior parte delle riduzioni richieste, e gli Stati Uniti, i quali sostenevano che, se le riduzioni fossero più economiche all'estero, un paese dovesse poterne acquistare in un numero indefinito); *d*) le misure di *compliance*, ossia come accertarsi che gli Stati adempissero ai loro obblighi e come farli rispettare. Per approfondire i negoziati condotti durante la COP 6, v. H.E. Ott, *Climate change: an important foreign policy issue*, in *International Affairs*, 2001, 77, 2, 277 ss., nonché R.E. Benedick, *Striking a New Deal on Climate Change*, in *Issues in Science and Technology*, 2001, 18, 1.

<sup>43</sup> Cfr. Decisione 24/CP.7. In occasione degli Accordi di Marrakech fu, peraltro, previsto che, oltre alla sospensione dalla partecipazione all'*emission trading* fino al perdurare del proprio inadempimento, lo Stato parte che avesse sforato il valore limite nel primo periodo, avrebbe dovuto fare i conti con un valore limite del secondo periodo ridotto della quantità di emissioni in eccesso nel primo periodo, da sommare con una ulteriore riduzione del 30%.

<sup>44</sup> La cui fondamentale importanza è stata messa in luce da R.B. Stewart, J.B. Wiener, *Reconstructing Climate Policy: Beyond Kyoto*, Washington D.C., 2003. In argomento è utile ricordare che, a seguito della COP 11 di Montreal, fu istituito il Comitato per l'Ottemperanza (*Compliance Committee*), composto da due rami: un *facilitate branch*, finalizzato a fornire consulenza e assistenza agli Stati per favorire l'ottemperanza al Protocollo, ed un *enforcement branch*, che si occupava delle conseguenze di una eventuale inottemperanza degli impegni assunti.

Il Protocollo di Kyoto è apparso, fin dall'inizio, un «faticoso compromesso»<sup>45</sup>, dall'elevato costo economico per i Paesi sviluppati<sup>46</sup> e, comunque, per lo più inidoneo a perseguire obiettivi di lungo termine sul fronte della lotta ai cambiamenti climatici<sup>47</sup>. Inoltre, la mancata ratifica del Protocollo da parte degli Stati Uniti<sup>48</sup>, allora il maggior produttore mondiale di emissioni di gas serra, ha inciso negativamente sulla sua concreta efficacia, e l'assenza di obblighi in capo ai Paesi in via di sviluppo (tra cui erano incluse la Cina e l'India), ha fatto sì che le Parti obbligate a ridurre le proprie emissioni rappresentassero nel 2012 soltanto il 14% circa delle emissioni globali<sup>49</sup>. Queste strutturali problematiche del Protocollo ne hanno determinato il pressoché inevitabile fallimento, confermato dall'aumento delle emissioni all'esito del periodo 2008-2012.

I negoziati relativi al *post-Kyoto* furono formalmente avviati con la COP 13, svoltasi a Bali dal 3 al 15 dicembre 2007 e conclusa con l'adozione del *Bali action Plan*<sup>50</sup>. Con quest'ultimo atto ha preso avvio il c.d. *Bali Road Map*, ossia un processo di durata biennale, finalizzato all'attuazione della Convenzione Quadro (da cui abbiamo preso le mosse) tramite il raggiungimento di un accordo globale vincolante sulla lotta ai cambiamenti climatici, che avrebbe dovuto rappresentare la seconda fase degli impegni assunti per attuare la Convenzione e coprire quindi il periodo successivo al 2012.

Una ulteriore tappa significativa sul fronte della lotta ai cambiamenti climatici ricade nel 2009, anno in cui è stata istituita, a Bonn il 26 gennaio, l'Agenzia Internazionale per le Energie Rinnovabili (IRENA) ed è stato approvato il relativo Statuto<sup>51</sup>, finalizzato a promuovere la diffusione dell'energia rinnovabile in una prospettiva di sviluppo sostenibile per la risoluzione e la graduale mitigazione dei problemi relativi alla sicurezza energetica e alla volatilità dei prezzi dell'energia, ma anche per agevolare la riduzione delle concentrazioni di gas a effetto ser-

---

<sup>45</sup> Così, S. Nespor, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal Protocollo di Kyoto all'Accordo di Parigi*, cit., 91, il quale aggiunge come esso si rivelasse da subito «inidoneo a raccordare le diverse esigenze dei Paesi che hanno partecipato ai negoziati».

<sup>46</sup> Cfr. W. Antholis, S. Talbott, *Fast Forward: Ethics and Politics in the Age of Global Warming*, Washington D.C., 2010, 114.

<sup>47</sup> R.E. Benedick, *How Workable is the Kyoto Protocol? How to Salvage the Kyoto Protocol*, in *Resources for the Future's - Weatherane*, 1998.

<sup>48</sup> A cui va aggiunto il ritiro dagli impegni di Canada, Russia e Giappone,

<sup>49</sup> Sui limiti strutturali del Protocollo di Kyoto, v. J.M. Arbour, S. Lavallée, H. Trudeau, J. Sohnle, *Droit international de l'environnement*, Montreal, 2016, 368 ss. e J. Aldy, R. Stavins, *Architectures for Agreement. Global Climate Change in the Post-Kyoto World*, Cambridge, 2007. Sul ruolo dei Paesi in via di sviluppo nella normativa climatica e sulle sfide giuridiche e politiche legate all'implementazione delle politiche climatiche, v. B.J. Richardson, Y. Le Bouthillier, H. McLeod-Kilmurray, S. Wood (a cura di), *Climate Law and Developing Countries. Legal and Policy Challenges for the World Economy*, Cheltenham, 2009.

<sup>50</sup> Cfr. Decision 1/CP.13.

<sup>51</sup> Ratificato in Italia con l. 5 aprile 2012, n. 48.



ra nell'atmosfera<sup>52</sup>. La rilevanza di questa Agenzia consiste nel carattere pressoché monotematico delle attività, connesse in modo particolare alla promozione delle forme di energia rinnovabile, e, ancora, nel fatto che essa lancia un iniziale approccio integrato clima-energia che, come si vedrà, sarà poi condiviso e valorizzato dall'Unione europea.

Una (ulteriore) pietra d'inciampo nella scalata verso l'auspicata lotta ai cambiamenti climatici è emersa con la COP 15, tenutasi a Copenaghen dal 7 al 18 dicembre 2009. Nonostante le grandi aspettative, che puntavano a conseguire la sottoscrizione del Protocollo di Kyoto da parte di Stati Uniti e Cina<sup>53</sup>, quella Conferenza si è rivelata un nuovo fallimento poiché nessun accordo globale vincolante è stata raggiunto. All'esito della Conferenza è stato, infatti, stipulato il c.d. *Copenhagen Accord*, vale a dire un accordo meramente politico, privo di qualsiasi valore legale o vincolante<sup>54</sup>. Ciò nonostante, qualche elemento positivo, soprattutto ai nostri fini (ossia nella lotta ai cambiamenti climatici), è emerso ed è consistito nell'abbandono dell'approccio rigidamente differenziato fra Stati sviluppati e non, nonché nella contestuale promozione di una partecipazione attiva di tutta la comunità internazionale<sup>55</sup>, ma anche nel cambio di paradigma, con il passaggio da un approccio *top-down*, proprio del Protocollo di Kyoto, che prevedeva obblighi vincolanti di riduzione delle emissioni in capo ai soli Stati industrializzati, ad uno *bottom-up*, caratterizzato da impegni assunti volontariamente dalle singole parti contraenti<sup>56</sup>. Degna di nota fu anche la partecipazione come gruppo a sé stante<sup>57</sup> dei Paesi economicamente emergenti, i quali accettarono di elaborare volontariamente piani di contrasto ai cambiamenti climatici. Proprio

<sup>52</sup> Cfr. Preambolo, Statuto dell'Agenzia Internazionale per le Energie Rinnovabili.

<sup>53</sup> In tal senso, J. Werksman, K. Herbertson, *The Legal Character of National Actions and Commitments In a Copenhagen Agreement: Options and Implications*, in *World Resources Institute*, November 2009.

<sup>54</sup> Cfr. J. Stiglitz, *Overcoming the Copenhagen Failure with Flexible Commitments*, in *Economics of Energy & Environmental Policy*, 4, 2015, 29 ss. e W. Boyd, *Climate Change, Fragmentation, and the Challenges of Global Environmental Law: Elements of a Post-Copenhagen Assemblage*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2010, 32, 2, 457 ss., il quale ha definito il tentativo di adottare un nuovo accordo in occasione della COP 15 un «*dramatic failure*», rilevando come le difficoltà della politica internazionale sul clima derivino da un approccio «*top-down*» irrealistico al problema, con una conseguente mancanza di attenzione alla pluralità e alla frammentarietà del contesto giuridico e politico internazionale (548).

<sup>55</sup> Secondo D. Bodansky, *The Paris Climate Change Agreement: A New Hope?*, cit., 299, l'Accordo di Copenaghen «*began to break down the firewall between developed and developing countries*».

<sup>56</sup> Cfr. M. Montini, *Riflessioni critiche sull'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici*, in *Riv. dir. int.*, 2017, 3, 722-723, secondo cui tale cambio di paradigma avrebbe poi costituito una delle caratteristiche più importanti del successivo Accordo di Parigi e il maggior elemento differenziale fra quest'ultimo e il Protocollo di Kyoto.

<sup>57</sup> Come osservato da B. Tonoletti, *Da Kyoto a Durban. Il cambiamento climatico nel quadro internazionale*, in G.F. Cartei (a cura di), *Cambiamento Climatico e Sviluppo Sostenibile*, Torino, 2013, 47, questo segna l'ingresso ufficiale della distinzione, all'interno della categoria dei paesi in via di sviluppo, dei paesi emergenti (come Cina, India e Brasile), dai paesi più poveri (*Least Developed States* – LDC) e dagli Stati costituiti da piccole isole (*Alliance of small-island States* – AOSIS). Osserva, inoltre, S. Nespors, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal Protocollo di Kyoto all'Accordo di Parigi*, cit., 94-95, come questo incrinò l'unità dei paesi in

quest'ultimo profilo è apparso di interesse perché è stata la leva per avviare strumenti di contrasto ai cambiamenti climatici, su base nazionale e, quindi, mossi prevalentemente dai moti sociali e culturali propri dei singoli Paesi.

Il che, naturalmente, mette in evidenza due costanti del diritto dell'ambiente su scala internazionale: la stretta connessione tra ambiente, diritto e società, da una parte, e dall'altra, la mancanza, ancora una volta, di un impegno vincolante (e coercibile) degli Stati firmatari.

Quei tre profili, inoltre, hanno rappresentato le basi teoriche del successivo Accordo di Parigi<sup>58</sup> e sono stati ripresi e ulteriormente sviluppati durante i lavori della COP 16, svoltasi a Cancún dal 29 novembre al 10 dicembre 2010, ove furono assunti ulteriori impegni per contenere il livello di emissioni.

Oltre al *Copenhagen Accord*, la seconda premessa fondamentale per l'Accordo di Parigi è da individuarsi nella c.d. *Durban Platform*, adottata nell'ambito della COP 17, tenutasi a Durban nel dicembre 2011. Nel corso di questa Conferenza, le Parti hanno istituito un organismo denominato «*Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action*», al quale è stata affidata la gestione delle trattative necessarie alla predisposizione entro il 2015 di «*a protocol, another legal instrument or an agreed outcome with legal force under the Convention applicable to all Parties*». I negoziati per il raggiungimento di questo accordo hanno interessato l'intera comunità internazionale, senza alcuna distinzione fra Paesi sviluppati e Paesi in via di sviluppo: il che ha segnato il superamento definitivo del Protocollo di Kyoto e di qualsivoglia forma di responsabilità differenziata<sup>59</sup>.

Gli impegni assunti a Durban e, soprattutto, la volontà di raggiungere un accordo universale sul clima entro il 2015 sono stati confermati nelle successive

---

via di sviluppo e segni l'inizio dello «sfaldamento della muraglia eretta dal *Berlin Mandate* e del sistema previsto dal Protocollo di Kyoto».

<sup>58</sup> In tal senso, S. Nespors, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal Protocollo di Kyoto all'Accordo di Parigi*, cit., 93; lo stesso Autore, in Id., *La conferenza di Copenhagen: un accordo fallimentare o la base di un nuovo ordine internazionale per il contenimento del cambiamento climatico?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 467 ss., individuava già tre aspetti positivi dell'accordo: a) il superamento della semplicistica divisione del mondo in due blocchi, i paesi industrializzati (inclusi nell'Allegato I del Protocollo di Kyoto) e tutti gli altri paesi; b) un ripensamento degli strumenti per affrontare una tema complesso come i cambiamenti climatici, organizzando trattative su temi specifici; c) l'indicazione di un percorso per definire un comune modo di procedere per il futuro (471-473). Analogamente, D. Bodansky, *The Copenhagen Conference: A Post-Mortem*, in *American Journal of International Law*, 2010, 230 ss., il quale però sottolinea anche la differenza fra le aspettative, testimoniate dalla presenza di più di quattromila persone «*which made one of the largest environmental meetings in history*», e il carattere soltanto politico dell'accordo raggiunto; Z. Savaşan, *Paris Climate Agreement: A Deal for Better Compliance?*, Cham, 2019, il quale osserva come l'Accordo di Parigi si basi su «*mutually agreed compromises that evolved as a result of the Copenhagen Accord*» (222).

<sup>59</sup> Così, S. Nespors, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal Protocollo di Kyoto all'Accordo di Parigi*, cit., 99. Sulla Durban Platform, si vedano inoltre D. Bodansky, *The Durban Platform: Issues and Options for a 2015 Agreement*, in *Center for Climate and Energy Solutions*, 2012 e L. Rajamani, *The Durban Platform for enhanced action and the future of the climate regime*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2012, 61, 2, 501 ss.

COP 18 di Doha, 19 di Varsavia e 20 di Lima. All'esito di queste Conferenze sono state poste le basi strutturali del nuovo accordo e sono stati invitati gli Stati membri a presentare i loro piani (*Intended Nationally Determined Contributions – INDCs*) in vista della successiva COP di Parigi. Fino al 2015 e nel corso del 2015 gli Stati, inclusi Stati Uniti e Cina<sup>60</sup>, inviarono i loro INDCs, che ammontarono ad oltre 180 all'apertura dei lavori della COP 21: i tempi per un nuovo accordo globale sul clima sembravano maturi.

Il 12 dicembre del 2015 è stato allora siglato l'Accordo di Parigi sul clima (*Paris Outcome*), da subito considerato un passo storico<sup>61</sup>. L'Accordo deve essere reputato attuativo della Convenzione Quadro<sup>62</sup> ed è costituito da due distinti documenti, aventi natura ed efficacia differenti, ma le cui disposizioni si integrano reciprocamente: la Decisione (*Decision*) e l'Accordo di Parigi (*Paris Agreement*), il quale rappresenta un allegato della Decisione<sup>63</sup>. Solo il secondo ha efficacia vincolante per gli Stati e assume natura di trattato internazionale<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> White House Press Release, *U.S. – China Joint Presidential Statement on Climate Change*, 12 novembre 2015, ufficializzato nel successivo White House Press Release, *U.S. – China Joint Presidential Statement on Climate Change*, 25 settembre 2014, in *whitehouse.gov*.

<sup>61</sup> Così definite dall'allora Segretario Generale delle Nazioni Unite, Ban Ki Moon e da gran parte della comunità internazionale. Sul punto, v. F. Scalia, *Energia sostenibile e cambiamento climatico*, cit., 99, il quale sottolinea la portata storica dell'intesa raggiunta, peraltro fondata sulla consapevolezza diffusa che il pianeta è minacciato dal cambiamento climatico e dal riscaldamento globale; ma anche A. Clò, *Energia e clima. L'altra faccia della medaglia*, Bologna, 2017, 112, che, pur con qualche riserva, sottolinea il valore storico dell'accordo. Per un'analisi approfondita dell'Accordo di Parigi, v. D. Klein, M.P. Carazo, M. Doelle, J. Bulmer, A. Higham (a cura di), *The Paris Agreement on Climate Change: Analysis and Commentary*, Oxford, 2017.

<sup>62</sup> In tal senso, M. Montini, *Riflessioni critiche sull'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici*, cit., 728, il quale ritiene che non vi sia «alcun dubbio che esso costituisca un accordo attuativo della Convenzione», e ciò è confermato dall'art. 2, par. 1, dell'Accordo, «che enfatizza il ruolo delle parti nell'attuazione degli obiettivi della Convenzione-quadro», ma anche dall'art. 20, par. 1, il quale «riserva la possibilità di aderire allo stesso alle sole parti contraenti della Convenzione». Secondo L. Aristei, *L'Accordo di Parigi: obiettivi e disciplina*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2017, 3, 77, «nonostante l'utilizzo del termine "accordo" piuttosto che "protocollo", il carattere obbligatorio e vincolante di alcune disposizioni, la forma e il contenuto lo rendono di fatto un vero e proprio Protocollo della Convenzione sul clima». La stessa A. sottolinea, inoltre, come «la Decisione della COP non è uno strumento giuridico adottato in esecuzione della Convenzione sul clima e di conseguenza non è giuridicamente vincolante e non deve essere ratificato da parte degli Stati. La decisione contiene una serie di iniziative che gli Stati dovranno porre in essere prima del 2020 per prepararsi all'entrata in vigore dell'Accordo e per migliorare gli obiettivi statali» (nota 12).

<sup>63</sup> In questo senso, il *Paris Outcome* è stato definito un «documento complesso», dato dalla combinazione della *Decision* con il *Paris Agreement*. Cfr. S. Nespors, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal Protocollo di Kyoto all'Accordo di Parigi*, cit., 103.

<sup>64</sup> Così, D. Bodansky, *The Legal Character of the Paris Agreement*, in *Review of European, Comparative, and International Environmental Law*, *Forthcoming*, 25, 2, 147, secondo cui «the Paris conference would need to adopt an instrument that constituted a treaty within the meaning of the Vienna Convention on the Law of Treaties – that is, an agreement between States in written form governed by international law», ma anche H. van Asselt, *International Climate Change Law in a Bottom-Up World*, in *Questions of International Law*, *Zomm-in*, 2016, 26, 5-6, il quale rileva come «it is also undisputable that the agreement is a treaty under the Vienna Convention on the Law of Treaties and that it puts in place legally binding obligations». Secondo C. Voigt, *The Paris Agreement: What Is the Standard of Conduct for Parties?*, in *Questions of International Law*, *Zomm-in*, 2016, 26, 18-19, oltre alle misure vincolanti, l'accordo contiene «other provisions express an expectation that Parties act in a particular

L'Accordo ha promosso una interpretazione – ben più elastica e funzionale – del contributo che ciascuna Parte avrebbe dovuto rendere nella sua fase attuativa per soddisfare in misura più impattante le esigenze della comunità internazionale e, comunque, per assicurare maggiore coerenza con la Convenzione Quadro.

L'art. 2 dell'Accordo ha individuato tre obiettivi: la mitigazione dei cambiamenti climatici, contenendo l'aumento della temperatura media mondiale ben al di sotto dei 2 °C rispetto ai livelli preindustriali e cercando, allo stesso tempo, di limitare tale aumento a 1,5 °C; l'adattamento ai cambiamenti climatici, impegnando le Parti a cooperare per migliorare la capacità dei singoli Stati di far fronte ai cambiamenti climatici e ridurre la loro vulnerabilità agli effetti negativi da essi prodotti<sup>65</sup>; l'indirizzo degli investimenti e dei flussi finanziari verso un percorso che conduca ad uno sviluppo a basse emissioni di gas a effetto serra.

L'entrata in vigore (anche) dell'Accordo di Parigi era subordinata alla ratifica di almeno 55 Stati, che rappresentassero almeno il 55% del totale delle emissioni globali di gas serra. Questa soglia è stata raggiunta con la ratifica, sopraggiunta il 4 ottobre del 2016, da parte dell'Unione europea. L'Accordo è, dunque, vigente dal 4 novembre del 2016.

## 2.1. *Gli sviluppi più recenti: dall'Accordo di Parigi alla COP 28*

Nonostante i buoni propositi, (anche) riguardo all'Accordo di Parigi sono emerse alcune criticità<sup>66</sup>: prima di tutto, l'avvio delle azioni indicate nell'Accordo stesso è stato prorogato più volte per il timore che la prima revisione degli obiettivi nazionali al 2018-2023 fosse troppo vicina; non era prevista una scansione temporale che portasse al progressivo azzeramento delle emissioni attraverso la sostituzione delle fonti energetiche fossili; molto potere era stato riconosciuto ai produttori di petrolio che in sede di accordo avevano ottenuto che non si specificasse una data per la decarbonizzazione dell'economia; era contemplata l'auto-certificazione dei controlli, il che, sebbene in linea con l'autoresponsabilità del-

---

*manner or according to agreed guidance*», le quali nel diritto internazionale possono essere definite «*as a best effort standard or 'due diligence'*».

<sup>65</sup> Cfr. art. 7, Accordo di Parigi. Sul punto si è rilevato come le misure di adattamento, rispetto a quelle di mitigazione, sembrerebbero assumere un carattere meramente formale e caratterizzarsi per una scarsa incisività, come confermato dall'utilizzo di un linguaggio esortativo (*should*) piuttosto che da uno assertivo (*shall*). In tal senso, M. Montini, *Riflessioni critiche sull'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici*, cit., 742, ma anche M. Gervasi, *Rilievi critici sull'accordo di Parigi: le sue potenzialità e il suo ruolo nell'evoluzione dell'azione internazionale di contrasto al cambiamento climatico*, in *La comunità internazionale*, 2016, 71, 1, 32.

<sup>66</sup> Sull'accordo di Parigi v. M. Montini, *Riflessioni critiche sull'accordo di Parigi sui cambiamenti climatici*, cit., 719 ss.; S. Nespore, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal Protocollo di Kyoto all'Accordo di Parigi*, cit., 81 ss.; M. Montini, F. Volpe, *Sustainable development goals: molto rumore per nulla?*, in *Riv. giur. amb.*, 2015, 489 ss.

lo Stato, non dà certezza sul rispetto dei contenuti dell'accordo; non era prevista alcuna misura sui gas di scarico prodotti da aerei e navi, i quali rimanevano così sottratti a qualsivoglia controllo.

In occasione della riunione del G20 tenutasi ad Amburgo l'8 luglio 2017, i Paesi firmatari hanno confermato l'implementazione dell'Accordo di Parigi, facendo peraltro scudo nei confronti delle resistenze degli Stati Uniti. La riunione di Amburgo si è conclusa, comunque, con un documento dedicato al clima e all'energia e con l'impegno anche degli Stati Uniti a ridurre le emissioni. I lavori delle istituzioni internazionali hanno confermato sia la gravità delle criticità ambientali sia il progressivo impegno degli Stati a trovare un bilanciamento fra crescita economica, protezione dell'ambiente e, più in generale, sviluppo della Comunità.

Da ultimo, dopo la deludente COP 27 di Sharm El Sheikh del 2022, la COP 28, si è conclusa il 12 dicembre 2023, a Dubai, con l'approvazione di un documento<sup>67</sup>, con il quale si riconosce la necessità di riduzioni profonde, rapide e durature delle emissioni di gas serra e si invitano le Parti a contribuire a una serie significativa di impegni globali: *a*) triplicare la capacità di energia rinnovabile a livello globale e raddoppiare il tasso medio annuo globale di miglioramento dell'efficienza energetica entro il 2030<sup>68</sup>; *b*) accelerare gli sforzi verso sistemi energetici a zero emissioni nette e verso l'eliminazione graduale dell'energia prodotta dal carbone; *c*) abbandonare tutti i combustibili fossili, inclusi petrolio e gas, oltre al carbone, nei sistemi energetici, in modo ordinato ed equo, accelerando l'azione in questo decennio critico, in modo da raggiungere lo zero netto entro il 2050; *d*) accelerare le tecnologie a zero e a basse emissioni, comprese, tra l'altro, le energie rinnovabili, il nucleare, l'idrogeno, e le tecnologie di abbattimento e rimozione come la cattura, l'utilizzo e lo stoccaggio del carbonio, in particolare nei c.d. settori *hard-to-abate*; *e*) accelerare la riduzione delle emissioni derivanti dal trasporto stradale; *f*) accelerare la riduzione delle emissioni diverse dal CO<sub>2</sub> a livello globale, comprese in particolare le emissioni di metano entro il 2030; *g*) eliminare gradualmente, il prima possibile, i sussidi inefficienti ai combustibili fossili.

Particolarmente criticata già in partenza a causa del potenziale conflitto d'interessi del Paese ospitante, gli Emirati Arabi Uniti, e delle delegazioni degli altri Paesi produttori di idrocarburi, la COP 28 non è stata determinante per la fine dell'utilizzo di combustibili fossili, ma è di assoluta importanza per la *transition away*. Sebbene, infatti, non sia sopravvenuto l'impegno per una netta chiusura verso gli idrocarburi, almeno ne è stato sancito il ruolo transitorio. Il che è un

<sup>67</sup> Cfr. *Outcome of the first global stocktake. Draft decision -/CMA.5. Proposal by the President*, del 13 dicembre 2023, consultabile in *unfccc.int*.

<sup>68</sup> Il che, secondo l'Agenzia internazionale per l'Energia, significa che gli investimenti dovranno essere più che raddoppiati rispetto al 2022.

risultato, seppure minimo, fondamentale soprattutto in questa fase storica in cui le tensioni internazionali impattano in misura significativa sul processo di transizione energetica (e, come si vedrà, anche ecologica).

## 2.2. *Una strada in salita: tra resistenze e nuove leve*

Fin qui, nonostante le resistenze messe in risalto, sono stati raggiunti i seguenti risultati a livello internazionale: primo fra tutti, l'emersione di un diritto dell'ambiente e di una particolare attenzione per il cambiamento climatico<sup>69</sup>, ma anche l'elaborazione di un sistema di regole *ad hoc* e la previsione di una serie di obblighi di risultato che inducono gli Stati ad essere virtuosi.

La difficoltà nel raggiungere i risultati fissati è da individuarsi nel carattere pressoché assertivo<sup>70</sup> ed esortativo, anziché dispositivo<sup>71</sup> degli atti di diritto internazionale.

Sicché, i primi risultati sono dipesi, piuttosto, da una sorta di *moral suasion*, ossia di condizionamento derivante dalla singolarità e dall'importanza del bene (ambiente) leso, nonché dall'autorevolezza degli organismi da cui quelle regole, pur non vincolanti, promanano.

Il diritto internazionale dell'ambiente punta a creare una rete di protezione uniforme a livello globale e, a questo scopo, a definire un corpo di regole e un assetto organizzativo condivisi, che non siano appiattiti sulle problematiche prevalenti, ma che tengano conto delle specificità del territorio e degli ordinamenti.

---

<sup>69</sup> Addirittura, il cambiamento climatico ha via via acquisito autonomia nell'ambito del diritto ambientale; sicché, una parte della dottrina lo reputa una branca a sé, ossia *climate change law*. Cfr. F. Gallarati, *Tutela costituzionale dell'ambiente e cambiamento climatico: esperienze comparate e prospettive interne*, in *DPCE online*, 2022, 1089. Così anche K.S. Coplan, S.D. Green, K. Fisher Kuh, S. Naruta, K.R. Rabago, R. Valova, *Climate Change Law: An Introduction*, Cheltenham, 2021, 3.

<sup>70</sup> Spesso di carattere non *self-executing* i trattati, gli accordi e le convenzioni stipulate a livello internazionale individuano obblighi di cooperazione ovvero di risultato per i soggetti firmatari, ma non impongono condotte specifiche sanzionate. Invero, pur prendendo le mosse dagli 'insuccessi' del Protocollo di Kyoto citato, la dottrina ha evidenziato che «la sensazione che si ha ripercorrendo i principali tentativi giuridici e negoziali posti in essere dalla comunità internazionale allo scopo di elaborare una strategia comune in tema di lotta al cambiamento climatico è che, alla fine, nulla sia mai cambiato nonostante siano passati più di venti anni dal vertice di Rio de Janeiro e che ci si trovi di fronte ad una sostanziale immobilità degli Stati, impegnati a fare promesse piuttosto che a compiere azioni». Cfr. B. Fenni, *Politiche internazionali contro il cambiamento climatico: tutto da rifare?*, in F. Lorenzotti, B. Fenni (a cura di), *I Principi del diritto dell'ambiente e la loro applicazione*, Napoli, 2015, 187 ss., spec. 206.

<sup>71</sup> Quindi, s'è detto, «sono state politicamente rilevanti solo per i paesi che all'aspetto politico hanno voluto riconoscere un adeguato peso»: il che è dipeso principalmente dalle modalità «con cui sono venute formando le istituzioni preposte alla ricerca di soluzioni e alla composizione dei conflitti. Si tratta infatti di istituzioni non responsabili politicamente in quanto non elette e che hanno enormi difficoltà di funzionamento, specie quando si tratta di far rispettare gli obblighi contratti mediante un accordo». Entrambe le citazioni sono tratte da A. Lanza, *Lo sviluppo sostenibile*, Bologna, 2006, 70.

In questo modo, del resto, la disseminazione di buone pratiche e il perseguimento di elevati *standards* di tutela sono agevolati ed è resa possibile una ‘contaminazione’ a livello politico, socioeconomico e culturale tra i singoli Paesi. Tuttavia, come dimostra l’esito della COP 28, si tratta probabilmente del risultato più difficile da raggiungere, dal momento che ogni Paese è portatore di istanze e di interessi molto diversi e, spesso, persino confliggenti. Sul punto è calzante il monito di Papa Francesco per gli aderenti alla COP 28 secondo cui l’inversione di rotta è ostacolata dalle posizioni rigide, a tratti inflessibili, di Paesi che privilegiano i propri interessi nazionali rispetto al bene comune globale, «talvolta giustificandosi in base a quanto fatto da altri in passato, con periodici rimpalli di responsabilità. Ma il compito a cui siamo chiamati oggi non è nei confronti di ieri, ma nei riguardi di domani; di un domani che, volenti o nolenti, o sarà di tutti o non sarà»<sup>72</sup>.

Al netto di questi rilievi, la proliferazione di Accordi quadro, di Convenzioni, Patti *et similia*, l’impegno profuso dagli Stati nelle adunanze per discutere, argomentare e, semmai, gestire l’emergenza climatica hanno rappresentato elementi di particolare rilievo per la ricerca svolta.

La cura dedicata all’ambiente in senso ampio e al surriscaldamento del pianeta in senso stretto ha imposto una riflessione ulteriore, di carattere certamente (ma non soltanto) teorico, che riguarda lo Stato: avanza, infatti, in dottrina la riflessione sulle qualità dello Stato ‘ambientale’, che valica le coordinate geografiche e temporali tradizionali perché ogni questione – tanto più quella climatica – non è confinabile entro il territorio di uno Stato e tantomeno al tempo dell’attuale generazione<sup>73</sup>. Il che è agevolmente ricavabile dalla singolare attenzione dedicata alla tutela delle generazioni future sia nella legislazione<sup>74</sup> sia, in particolare, nella giurisprudenza.

Il contenzioso climatico, in particolare, è ormai molto diffuso e anche sfaccettato: nel senso che sono ricorrenti sia ipotesi di *private law actions*, ossia di azioni volte a tutelare l’ambiente e la salute promosse da privati contro altri privati, basate sulla violazione del principio del *neminem ledere* e strumentali, di regola, a ottenere una rimodulazione in chiave *green* delle strategie imprenditoria-

<sup>72</sup> Discorso del Santo Padre alla Conferenza degli Stati parte alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (COP 28), in *vatican.va*.

<sup>73</sup> Cfr. R. Louvin, *Democrazia ambientale e accesso alla giustizia*, in *Dpce online*, 2023, 2, 187.

<sup>74</sup> In Italia, per esempio, la tutela delle generazioni future ha trovato spazio nell’art. 9 della Costituzione. Sull’argomento si tornerà appresso. Qui può anticiparsi che numerosi contributi si occupano della revisione costituzionale dell’art. 9, tra gli altri, v. G. Azzariti, *Appunto per l’audizione presso la Commissione affari costituzionali del Senato della Repubblica del 16 gennaio 2020 – Modifica articolo 9 Costituzione*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 1, 2020; M. Cecchetti, L. Ronchetti, E. Brutti Liberati, *Tutela dell’ambiente: diritti e politiche*, Napoli 2021, *passim*; T.E. Frosini, *La Costituzione in senso ambientale, Una critica*, in *Federalismi.it*, 2021, 16; I.A. Nicotra, *L’ingresso dell’ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, in *Federalismi.it*, 2021, 16; L. Bartolucci, *Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2021, 4.

li<sup>75</sup>, sia ipotesi di *public law actions*, promosse nei confronti di governi e autorità *pubbliche*<sup>76</sup> per conseguire la condanna degli Stati ad adempiere agli impegni assunti a livello internazionale, europeo oppure nazionale.

La cifra del contenzioso è agevolmente ricavabile da alcuni esempi<sup>77</sup>: in Germania, con sentenza del 24 marzo 2021<sup>78</sup>, il Tribunale costituzionale federale ha ritenuto incostituzionale la legge nazionale sul clima nella parte in cui non forniva una adeguata tutela delle generazioni future<sup>79</sup>; in Olanda, con la sentenza del dicembre del 2019, la Suprema Corte ha condannato lo Stato a modificare la riduzione delle emissioni climalteranti dal 17% al 25%; in Francia, con sentenza del 3 febbraio 2021, la Corte di Parigi ha condannato lo Stato francese per non avere contribuito alla lotta contro il cambiamento climatico.

Ancora: il 29 marzo del 2023, oltre 130 Stati hanno votato un'iniziativa promossa dalla Repubblica di Vanuatu affinché la Corte internazionale di giustizia fornisca ai Governi il proprio parere sugli obblighi climatici (quindi sulla responsabilità) che i Paesi del mondo sono tenuti a rispettare, con l'obiettivo di proteggere le generazioni future<sup>80</sup>. Ciò per portare anche i Paesi più recalcitranti verso posizioni compatibili con gli obiettivi climatici globali. Più di recente, anche la Corte europea dei Diritti dell'Uomo si è pronunciata sull'argomento<sup>81</sup>, con una sentenza di sicura rilevanza anzitutto perché ha riconosciuto il diritto al clima come un diritto umano, ancorandolo nello specifico al diritto alla vita (art. 2 della CEDU), al diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), e ritenendolo rivendicabile nelle ipotesi in cui lo Stato nazionale sia inerte oppure non

---

<sup>75</sup> Si v. le statuizioni racchiuse in Cass. civ., Sez. Un., ord. 23 aprile 2020, n. 8092, con nota di G. Ceccherini, *Danno ambientale e tutela di situazioni giuridiche esclusive: l'inibitoria del giudice ordinario*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020, 1284 ss.

<sup>76</sup> In argomento v. S. Vincere, A. Henke, *Il contenzioso "climatico": problemi e prospettive*, in *Rivista di BioDiritto*, 2023, 2, 137 e ss.; v. anche M. Ramajoli, *Il cambiamento climatico tra Green Deal e Climate Change Litigation*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2021, 53 ss.

<sup>77</sup> Per un adeguato approfondimento del numero e della tipologia di ricorso alla giustizia climatica è utile ricorrere al database realizzato dal Sabin Center della Columbia University, che raccoglie tutti i casi di *climate change litigation in open access* all'indirizzo [climatecasechart.com/](https://climatecasechart.com/).

<sup>78</sup> Cfr. BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18, Rn. 1-270, pubblicata il 29 aprile 2021.

<sup>79</sup> Secondo, M. Carducci, *Libertà "climaticamente" condizionate e governo del tempo nella sentenza del BVerfG del 24 marzo 2021*, in [lacostituzione.info](https://lacostituzione.info/), 2021, la pronuncia tedesca è davvero significativa e si distingue dalle altre richiamate perché «a determinare la condanna dello Stato non è l'insorgenza attuale di un danno (come affermato con la sentenza del Tribunale amministrativo di Parigi) né la mancata protezione preventiva del diritto alla vita di fronte alla minaccia climatica (come impresso dal celebre caso olandese "Urgenda"). È la illegittima gestione statale del "tempo" quale variabile determinante della termodinamica del clima nella "determinata zona" di ciascuno Stato ed elemento costitutivo dei "benefici" delle libertà presenti e future dentro quello Stato. Su queste basi, la Corte tedesca può concludere che il cambiamento climatico è una questione di permanenza nel tempo delle libertà».

<sup>80</sup> Cfr. Risoluzione A/77/L.58 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

<sup>81</sup> In causa Verein *Klimaseniorinnen Schweiz et autres c/Suisse* n. 53600/20.



agisca in maniera adeguata per contrastare l'emissione di gas climalteranti e preservare le generazioni future.

Quest'ultima pronuncia, in particolare, è rilevante anche perché capace di produrre un effetto a cascata e ciò per almeno tre ordini di considerazioni.

La prima: la pronuncia ha teorizzato una sorta di test, utile per la valutazione della conformità dell'esercizio dei pubblici poteri al rispetto degli impegni («*positive obligations*») assunti in sede internazionale, basato sul criterio del calcolo del *carbon budget* residuo. In pratica, la Corte ha ritenuto che, nonostante l'ampio potere discrezionale nell'adozione delle misure di lotta al cambiamento climatico, comunque ciascuno Stato deve calcolare il '*Carbon budget*' ovvero essere in grado di quantificare le limitazioni nazionali di emissioni climalteranti allo scopo di agire in tempo e in modo adeguato, senza potersi limitare all'adozione di atti di mero indirizzo politico, privi di seria coerenza.

La seconda: la decisione conferma e cristallizza le condizioni di accesso alla Corte da parte delle associazioni di protezione ambientale e rimanda al criterio della vicinanza alla fonte del problema per agevolare la prova del nesso causale tra condotta e illecito e ottenere tutela.

La terza: essa dimostra che la lotta ai cambiamenti climatici ancorata ai diritti umani è la via di diritto più efficace, solcando quella intrapresa dalla nota pronuncia della Corte olandese citata sul caso Urgenda.

Ciò nondimeno, è chiaro che l'esito favorevole di una pronuncia della Corte Edu non serve a ottenere immediatamente il risultato auspicato, poiché quella decisione è destinata allo Stato piuttosto che al privato, agendo nei rapporti verticali. Sicché, è necessario che le Autorità nazionali prendano 'sul serio' la lotta ai cambiamenti climatici e perseverino nel raggiungimento della neutralità climatica.

È indubbio, del resto, che la diffusione del contenzioso climatico sia un sintomo della contenuta, nei limiti innanzi detti, efficacia delle misure internazionali nella prevenzione e gestione dei fenomeni naturali e sociali connessi ai cambiamenti climatici e nel perseguimento della neutralità climatica.

Lungi, però, dal rappresentare una sorta di battuta d'arresto, la crescita esponenziale di questo tipo di contenzioso funge da leva per smuovere le autorità statali a ripensare il rapporto tra sviluppo socio-economico e tutela dell'ambiente nelle politiche interne e, di riflesso, il proprio contributo su scala globale. Da questo angolo visuale, il contenzioso climatico è diventato una sorta di catalizzatore di movimenti culturali, sociali e politici finalizzati a rinforzare le misure di tutela e, in definitiva, a spingere verso l'assunzione di impegni che siano vincolanti e cogenti nel rispetto – ha statuito la Corte EDU – di un diritto umano.

### 3. *La lotta al cambiamento climatico nel diritto dell'Unione europea*

Al livello europeo, l'angolo visuale di approfondimento è stato il binomio clima-energia, in ragione del convincimento che la transizione energetica è una componente fondamentale della transizione ecologica e della lotta ai cambiamenti climatici. L'Unione europea, infatti, ha tentato nel tempo di assumere un ruolo di *leadership* nella lotta ai cambiamenti climatici e nel passaggio da una produzione di energia da fonti fossili ad una da fonti rinnovabili, reputando queste ultime il vero volano della transizione e la misura più efficace per conseguire la neutralità climatica.

Con la ratifica del Protocollo di Kyoto<sup>82</sup>, l'allora Comunità europea aveva assunto l'impegno di ridurre le proprie emissioni di gas serra dell'8% rispetto ai livelli del 1990, nel quinquennio 2008-2012, ripartendo l'obiettivo fra i suoi Stati membri<sup>83</sup>. Le prime misure di contrasto ai cambiamenti climatici adottate a livello europeo erano volte all'adozione dei meccanismi di mercato previsti dal Protocollo di Kyoto: la direttiva 2003/97/CE, che ha introdotto una disciplina dell'*Emission Trading System*, e la direttiva 2004/101/CE, con la quale furono adottati la *Joint Implementation* e il *Clean Development Mechanism*.

A differenza di quanto avvenuto a livello internazionale, sin dal 2007, l'Unione europea, consapevole del rapporto diretto fra il modo in cui si produce l'energia e l'emissione dei gas serra, e quindi dell'impatto che la produzione dell'energia elettrica ha sui cambiamenti climatici, ha posto alla base delle sue politiche di contrasto a questi ultimi, come anticipato, un «approccio integrato clima-energia»<sup>84</sup>.

Le tre misure, o pacchetti di misure, fondamentali in cui si articola la normativa eurolunitaria in materia di lotta ai cambiamenti climatici e di neutralità climatica (e su cui, perciò, si concentrerà il prosieguo della trattazione) sono da individuarsi nello *European Union Emission Trading System* (noto anche come sistema EU ETS), nel c.d. *Clean Energy Package* (o *Winter Package*) e nel *Green deal* europeo.

<sup>82</sup> Avvenuta il 2 giugno 2002. Cfr. Decisione 2002/358/CE del Consiglio, in data 25 aprile 2002.

<sup>83</sup> Ripartizione consentita ai sensi dell'art. 4 del Protocollo di Kyoto, il quale prevedeva che le organizzazioni regionali integrate economicamente potessero redistribuire gli obiettivi di riduzione fra i propri Stati membri, a condizione di mantenere invariato il risultato finale di riduzioni globali delle emissioni. L'accordo politico interno sulla ripartizione delle riduzioni (c.d. *Burden Sharing Agreement*), peraltro, fu raggiunto già con il Documento 9702/98 del 19 giugno 1998 del Consiglio dell'Unione europea, e le quote assegnate a ciascun Stato membro furono riportate nell'Allegato 1 della COM(1999) 230 final, del 19 maggio 1999.

<sup>84</sup> Cfr. F. Vetrò, *Prefazione*, in Id. (a cura di), *Il mercato dell'energia elettrica a venti anni dalla liberalizzazione*, Venezia, 2021, 10; v. anche A. Colavecchio, *La materia «energia» tra «nuovo» e «nuovissimo» Titolo V della Costituzione*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016, 358 ss. L'importanza delle politiche dell'Unione europea nella disciplina pubblicistica dell'energia è sottolineata da M. Clarich, *Energia*, in *Enc. dir., I tematici*, II, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 438 ss., spec. 441 ss. Sulle politiche climatiche dell'UE, con specifico riguardo a temi come la riduzione delle emissioni, l'energia sostenibile e l'adattamento ai cambiamenti climatici, v. E. Morgera, K. Kulovesi (a cura di), *Research Handbook on International Law and Natural Resources*, Cheltenham, 2016.

### 3.1. *Il sistema ETS europeo*

L'Unione europea ha introdotto lo *European Union Emission Trading System* (EU ETS), ossia un sistema per lo scambio di quote di emissioni tra imprese all'interno dell'Unione, con la direttiva 2003/87/CE<sup>85</sup>, prima dell'entrata in vigore del Protocollo di Kyoto<sup>86</sup>. Il fatto che questo sistema, reputato lo strumento principale adottato dall'Unione per la riduzione delle emissioni<sup>87</sup>, sia stato adottato prima del Protocollo è già significativo della sensibilità e dell'impegno europei sull'argomento.

Venendo ai dettagli: il sistema consiste in un mercato artificiale per lo scambio di quote di emissioni di gas serra all'interno del territorio europeo<sup>88</sup>. Il funzionamento è basato sul principio *cap and trade*, secondo il quale l'Autorità di regolazione fissa un tetto massimo totale per le emissioni di gas serra che le imprese possono produrre in un anno (*cap*). Tale tetto massimo viene poi suddiviso in quote, con la assegnazione di un corrispondente numero di permessi di emissione ai singoli soggetti autorizzati, i quali, al termine del periodo annuale, dovranno restituire un numero di permessi pari alle emissioni prodotte. Qualora, durante l'anno, le imprese abbiano prodotto un quantitativo di emissioni superiore a quanto loro autorizzato, potranno vendere le quote in eccesso; invece, nel caso in cui queste abbiano prodotto emissioni in eccedenza, dovranno acquistare sul

<sup>85</sup> Alla quale è stata data attuazione in Italia inizialmente (in modo incompleto ed in ritardo rispetto al termine fissato del 31 dicembre 2003) con il d.l. 12 novembre 2004, n. 273, convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 30 dicembre 2004, n. 316. Successivamente, a seguito dell'apertura di una procedura di infrazione da parte della Commissione nei confronti dell'Italia, l'attuazione definitiva della direttiva è avvenuta con il d.l. 4 aprile 2006, n. 216, recante «Attuazione delle direttive 2003/87/CE e 2004/101/CE in materia di scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità, con riferimento ai meccanismi di progetto del Protocollo di Kyoto». Sul punto, v. B. Pozzo, *La nuova direttiva (2003/87/Ce) sullo scambio di quote di emissione: prime osservazioni*, in *Riv. giur. amb.*, 2004, 11 ss. e M. D'Auria, *La direttiva europea "emissions trading" e la sua attuazione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 455 ss. Più in generale, sull'istituzione e il funzionamento dell'EU ETS, le sue origini, la sua struttura e i suoi impatti economici, v. A. Denny Ellerman, F.J. Convery, C. De Perthuis, *Pricing Carbon. The European Union Emissions Trading Scheme*, Cambridge, 2011.

<sup>86</sup> Il percorso verso l'introduzione della misura in esame prende avvio con il «Libro verde sullo scambio dei diritti di emissione di gas ad effetto serra all'interno dell'Unione europea», presentato dalla Commissione europea l'8 marzo 2000. Cfr. COM(2000) 87 final.

<sup>87</sup> Cfr. *considerando* 2, decisione 2015/1814 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 ottobre 2015.

<sup>88</sup> Così, M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007, 425. L'Autore, peraltro, riprende il concetto di «mercati artificiali», ossia mercati nei quali la mano pubblica non si limita a correggere, ma crea di nuovi. V. anche M. Bresso, *Per un'economia ecologica*, Roma, 2002, 229 ss. Il meccanismo in commento si fonda sul c.d. *SO<sub>2</sub> program*, introdotto nel 1990 negli Stati Uniti con un emendamento al *Clean Air Act*, secondo il quale ogni anno l'Agenzia per la protezione dell'ambiente (EPA) rilasciava alle singole imprese una quota di permessi di emissione di SO<sub>2</sub>, la quale poteva essere utilizzata direttamente sul mercato oppure venduta a quelle imprese che sforavano la quota massima di permessi loro rilasciati. Sul punto, v. W.K. Reilly, *The New Clean Air Act: An Environmental Milestone*, in *EPA Journal*, 1991, 1.

mercato i permessi di emissione mancanti<sup>89</sup>. È evidente in quest'ultimo passaggio, come l'EU ETS sia ispirato al principio europeo «chi inquina paga»<sup>90</sup>, individuato all'art. 191, par. 2, TFUE.

L'assegnazione delle quote può avvenire mediante asta o a titolo gratuito. La direttiva 2003/87/CE sancisce che, a decorrere dal 2021, il 57% delle quote di emissione è messo all'asta. Di tale quantitativo, tra il 2021 e il 2030, il 2% è vincolato al finanziamento del Fondo per la modernizzazione, finalizzato ad una migliore efficienza energetica e alla modernizzazione dei sistemi energetici di determinati Stati membri, mentre la parte restante è così suddivisa: il 90% è distribuito tra gli Stati membri in misura corrispondente alla rispettiva percentuale di emissioni; il 10% è distribuito tra alcuni Stati membri all'insegna della solidarietà, ai fini della crescita e delle interconnessioni nell'Unione<sup>91</sup>. Quanto all'uso dei proventi derivanti dalla vendita all'asta delle quote, gli Stati devono vincolarne almeno il 50% ad uno o più scopi elencati dall'art. 10 della direttiva 2003/87/CE, fra cui: *a*) ridurre le emissioni dei gas a effetto serra; *b*) sviluppare le energie rinnovabili e altre tecnologie che contribuiscano alla transizione verso un'economia a basse emissioni di carbonio, sicura e sostenibile; *c*) incoraggiare il passaggio a modalità di trasporto pubblico a basse emissioni; *d*) favorire misure intese a migliorare l'efficienza energetica, i sistemi di teleriscaldamento e l'isolamento delle abitazioni o a fornire un sostegno finanziario per affrontare le problematiche sociali dei nuclei a reddito medio-basso<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup> Cfr. «Libro verde», cit., par. 3, 9, secondo cui «lo scambio dei diritti di emissione è un meccanismo in base al quale alle imprese vengono assegnate delle quote per le emissioni di gas ad effetto serra in base ad obiettivi ambientali generali fissati dai rispettivi governi. Tali quote possono essere successivamente scambiate (comprate e vendute) tra le varie imprese. [...] Il totale delle quote assegnate alle imprese che partecipano al sistema rappresenta il limite massimo consentito per le emissioni. [...] Lo scambio dei diritti di emissione consente alle imprese di superare la propria quota di emissioni a condizione che vi sia un'altra impresa che ha prodotto una quantità di emissioni inferiore alla soglia massima consentita e che sia disposta a cedere la propria quota "inutilizzata"».

<sup>90</sup> In argomento, v. F. Goisis, *Caratteri e rilevanza del principio comunitario "chi inquina paga" nell'ordinamento nazionale*, in *Foro amministrativo – C.d.S.*, 8, 11, 2009, 2727 ss. e M. Renna, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2012, 1-2, 82-83.

<sup>91</sup> Cfr. art. 10, par. 1, direttiva 2003/87/CE.

<sup>92</sup> Oltre ad essi, il par. 3 dell'art. 10 citato prevede: favorire misure atte ad evitare la deforestazione e ad accrescere la forestazione e la riforestazione nei paesi in via di sviluppo che avranno ratificato l'accordo internazionale sui cambiamenti climatici; trasferire tecnologie e favorire l'adattamento agli effetti avversi del cambiamento climatico in tali paesi; favorire il sequestro mediante silvicoltura nell'Unione; incentivare la cattura e lo stoccaggio geologico ambientalmente sicuri di CO<sub>2</sub>; finanziare la ricerca e lo sviluppo dell'efficienza energetica e delle tecnologie pulite nei settori che rientrano nella presente direttiva; coprire le spese amministrative connesse alla gestione dell'EU ETS; finanziare attività a favore del clima in paesi terzi vulnerabili, tra cui l'adattamento agli impatti dei cambiamenti climatici; promuovere la creazione di competenze e il ricollocamento dei lavoratori al fine di contribuire a una transizione equa verso un'economia a basse emissioni di carbonio, in particolare nelle regioni maggiormente interessate dalla transizione occupazionale, in stretto coordinamento con le parti sociali.

Le piattaforme d'asta sono individuate con procedura d'appalto congiunta tra la Commissione e gli Stati membri partecipanti all'azione comune<sup>93</sup>, lasciando la possibilità per gli Stati membri non partecipanti all'azione comune di designare la propria piattaforma indipendente tramite una procedura di selezione conforme alla normativa nazionale e dell'Unione in materia di appalti<sup>94</sup>. I soggetti legittimati a presentare domanda di partecipazione diretta alle aste sono i gestori di impianti, gli operatori aerei, le società di navigazione e i soggetti regolamentati titolari di un conto di gestione nel registro dell'Unione attivato a norma del regolamento delegato 2019/1122/UE, i loro raggruppamenti e gli organismi pubblici o enti di proprietà pubblica che li controllano, nonché le imprese d'investimento autorizzate ai sensi della direttiva 2014/65/UE che presentano un'offerta per conto proprio o per conto dei loro clienti, e gli enti creditizi autorizzati ai sensi della direttiva 2013/36/UE che presentano un'offerta per conto proprio o per conto dei loro clienti<sup>95</sup>. Se l'assegnazione delle quote di emissione mediante asta pubblica è la regola, l'assegnazione a titolo gratuito è l'eccezione e l'individuazione degli impianti che ne possono usufruire deve avvenire in modo rigoroso e per l'effetto di un'interpretazione restrittiva della norma contenente i parametri di riferimento<sup>96</sup>. A tal riguardo, l'art. 10-*bis* della direttiva 2003/87/CE attribuisce alla Commissione il potere di adottare misure che definiscano i parametri di riferimento per garantire che l'assegnazione avvenga in modo da incentivare riduzioni delle emissioni di gas a effetto serra e tecniche efficienti sotto il profilo energetico<sup>97</sup>. Tali misure sono state adottate dapprima con la decisione 2011/278/UE e poi, con riferimento al periodo 2021-2030, con il regolamento delegato 2019/331/UE. L'art. 10-*bis* citato prevede inoltre un divieto di assegnazione di quote gratuite agli impianti di produzione di elettricità<sup>98</sup>, ad eccezione di quegli impianti che producano elettricità finalizzata al teleriscaldamento e alla cogenerazione ad alto rendimento, in caso di domanda economicamente giustificabile, rispetto alla generazione di energia termica o frigorifera, e agli impianti di cattura, trasporto e stoccaggio di CO<sub>2</sub>. Per poter beneficiare dell'assegnazione di quote gratuite, il gestore di un impianto doveva presentare la domanda prima del 30 maggio 2019 per il primo periodo di assegnazione e, successivamente, ogni cin-

<sup>93</sup> Cfr. art. 26, regolamento 2023/2830/UE.

<sup>94</sup> Cfr. art. 29, regolamento 2023/2830/UE.

<sup>95</sup> Cfr. art. 18, regolamento 2023/2830/UE.

<sup>96</sup> Cfr. F. Scalia, *Energia sostenibile e cambiamento climatico*, cit., 405.

<sup>97</sup> Ai sensi dell'art. 10-*bis*, par. 2, per il calcolo di tali parametri, il punto di partenza è il livello medio delle prestazioni del 10% degli impianti più efficienti di un settore o sottosettore nel periodo 2007-2008.

<sup>98</sup> Ai sensi dell'art. 10-*quater*, in deroga all'art. 10-*bis*, par. 1-5, possono assegnare quote a titolo gratuito per un periodo transitorio agli impianti per la produzione di energia elettrica ai fini della modernizzazione, diversificazione e trasformazione sostenibile del settore energetico, gli Stati membri che nel 2013 presentavano un PIL pro capite inferiore al 60% della media dell'Unione.

que anni, all'autorità nazionale competente, che in Italia è il Comitato nazionale per la gestione della direttiva 2003/87/CE e per la gestione delle attività di progetto del Protocollo di Kyoto (Comitato ETS)<sup>99</sup>.

La disciplina dell'EU ETS, contenuta nella direttiva 2003/87/CE, è stata modificata e integrata nel corso degli anni<sup>100</sup>; tale stratificazione normativa consente al riguardo di individuare quattro fasi.

Nella prima (2005-2007) e nella seconda fase (2008-2012) i tetti massimi di emissione erano fissati a livello nazionale in base al *National Allocation Plan* (NAP) elaborato dal singolo Stato membro, che veniva approvato dalla Commissione<sup>101</sup>, e le quote assegnate a titolo gratuito sulla base delle emissioni storiche di ogni impianto, secondo il metodo del c.d. *grandfathering*<sup>102</sup>. L'art. 10 della direttiva prevedeva, infatti, che almeno il 95% delle quote fosse assegnata a titolo gratuito nella prima fase e almeno il 90% nella seconda. Nella seconda fase, tuttavia, gli Stati membri potevano optare per una allocazione delle quote a titolo oneroso tramite procedure d'asta, ma limitatamente ad un massimo del 10% delle quote nazionali. L'aspetto più critico di queste prime due fasi, causato dall'assegnazione mediante il *grandfathering*, è stato quello della sovra-allocazione delle quote, le quali superavano le emissioni europee di CO<sub>2</sub>, facendone in tal modo 'crollare' il prezzo, vanificando l'effetto incentivante che si sarebbe dovuto produrre.

La terza fase (2013-2020) ha preso avvio con la direttiva 2009/29/CE, recepita in Italia con il d.lgs. 13 marzo 2013, n. 30, la quale rappresenta una delle quattro misure principali di cui si compone il Pacchetto 20-20-20<sup>103</sup>. Essa ha eli-

---

<sup>99</sup> Cfr. art. 4, regolamento delegato 2019/331/UE. Tale domanda deve essere corredata da tre documenti: *a*) la relazione sui dati di riferimento, contenente i dati relativi all'impianto e ai suoi sottoimpianti; *b*) il piano della metodologia di monitoraggio, che ha costituito la base della relazione sui dati di riferimento; *c*) la relazione di verifica, sulla relazione sui dati di riferimento e, a meno che non sia già stato approvato dall'autorità competente, sul piano della metodologia di monitoraggio.

<sup>100</sup> Tale direttiva è stata integrata già nel 2004 con la direttiva 2004/101/CE (c.d. direttiva *linking*), finalizzata ad estendere il sistema europeo di scambio di quote di emissione ance al *Clean Development Mechanism* e alla *Joint Implementation*, i quali si basavano sul sistema *baseline and credit*, ossia un sistema in cui, per ogni progetto finalizzato all'abbattimento delle emissioni, l'autorità di regolazione fissava la quantità di emissioni che si sarebbero prodotte in assenza del relativo progetto (*baseline*), calcolando successivamente, una volta realizzato il progetto, la riduzione di emissioni rispetto alla *baseline*, convertendola in *carbon credit*.

<sup>101</sup> Cfr. art. 9, direttiva 2003/87/CE.

<sup>102</sup> Il quale si contrappone al metodo c.d. *auctioning*, avviato nel 2013 e basato sulla vendita all'asta delle quote al migliore offerente. In argomento, v. P. Crampton, S. Kerr, *Tradeable carbon permit auctions. How and why to auction not grandfather*, in *Energy Policy*, 2002, 30, 333 ss.

<sup>103</sup> Il quale fissa tre obiettivi da conseguire entro il 2020: *a*) la riduzione di almeno il 20% delle emissioni di gas serra derivanti dal consumo di energia nell'UE rispetto ai livelli del 1990; *b*) l'aumento del 20% della quota di energia prodotta da fonti rinnovabili (17% per l'Italia); *c*) l'aumento del 20% dei livelli di efficienza energetica. Oltre alla direttiva 2009/29/CE, comprendeva la Decisione 2009/406/CE, concernente gli sforzi degli Stati membri per ridurre le emissioni dei gas a effetto serra al fine di adempiere agli impegni della Comunità in materia di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra, la direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili e la direttiva 2009/31/CE, finalizzata alla creazione di un quadro normativo sulla cattura e lo stoccaggio della CO<sub>2</sub>.

minato i NAP e ha introdotto un tetto unico di emissioni a livello europeo, fissato ogni anno e destinato a ridursi dell'1,74% annuo fino al 2025, al fine di raggiungere l'obiettivo globale di riduzione delle emissioni di gas serra del 20% rispetto alle emissioni del 1990. Inoltre, durante la terza fase è stato previsto il passaggio (integrale per alcuni settori e graduale per altri<sup>104</sup>) dall'assegnazione gratuita delle quote ad un sistema improntato all'assegnazione mediante asta e l'estensione dell'ambito di applicazione del sistema ad alcuni settori nuovi e ad altri due gas<sup>105</sup>.

Infine, l'attuale quarta fase (2021-2030) ha preso avvio con la direttiva 2018/410/UE, la quale ha confermato il tetto unico europeo, aumentandone il fattore di riduzione lineare al 2,2% annuo, al fine di raggiungere l'obiettivo fissato al 2030 di riduzione delle quote di emissione del 55% rispetto ai livelli del 1990 (e quindi del 43% rispetto a quelli del 2005) relativamente a tutti i settori interessati dal meccanismo ETS<sup>106</sup>. Quest'ultima direttiva ha previsto, inoltre, la revisione delle modalità di assegnazione gratuita delle quote di emissioni, ora principalmente incentrata sui settori industriali a rischio più elevato di rilocalizzazione delle emissioni prodotte e la riduzione (a circa 60 rispetto alle precedenti 177) delle imprese beneficiarie dell'assegnazione integrale delle quote a titolo gratuito, prevedendosi invece un'assegnazione gratuita iniziale al 30% per i settori meno esposti, destinata a ridursi progressivamente dopo il 2026, fino ad azzerarsi nel 2030.

Ma il legislatore europeo, nell'ambito del pacchetto *Fit for 55%*, è nuovamente intervenuto in materia con la direttiva 2023/959/UE e il regolamento 2023/957/UE<sup>107</sup>. Il nuovo obiettivo, fissato al 2030, è quello di ridurre le

---

<sup>104</sup> Ai sensi dell'art. 10-*bis* della direttiva 2003/87/CE, come modificata dalla direttiva 2009/29/CE, la messa all'asta integrale delle quote è prevista per la cattura e lo stoccaggio di CO<sub>2</sub> e per il settore dell'energia elettrica (ad eccezione dei produttori c.d. "derogati"), mentre per tutti gli altri settori è stato previsto un sistema transitorio in cui l'assegnazione gratuita riguarda l'80% delle quote, per poi diminuire gradualmente ogni anno fino a raggiungere il 30% nel 2020 e cessare completamente nel 2027. L'assegnazione gratuita al 100% è prevista soltanto per gli impianti che operano nei settori di cui al successivo art. 10-*ter*, i quali, a causa della forte concorrenza internazionale, potrebbero essere spinti a rilocalizzare la produzione in Paesi in cui non sarebbero soggetti a vincoli analoghi.

<sup>105</sup> Si tratta delle emissioni di CO<sub>2</sub> derivanti dall'industria petrolchimica, dell'ammoniaca e dell'alluminio e delle emissioni di N<sub>2</sub>O derivanti dalla produzione di acido nitrico, adipico e gliosilico e dei fluorocarburi emessi dal settore dell'alluminio. Peraltro, a partire dal 1° gennaio 2012, la direttiva 2008/101/CE ha incluso nel sistema ETS anche le emissioni di CO<sub>2</sub> derivanti dal trasporto aereo.

<sup>106</sup> Sono stati anche adottati il regolamento 2018/842/UE (c.d. regolamento *Effort Sharing*), il quale ha fissato obiettivi vincolanti di riduzione delle emissioni da parte degli Stati membri relativamente a quei settori esclusi da sistema ETS europeo, e il regolamento 2018/841/UE (c.d. regolamento *LULUCF*), finalizzato al miglioramento della tutela e della gestione dei terreni e delle foreste sul territorio.

<sup>107</sup> Ai quali si aggiunge la direttiva 2023/958/UE, la quale modifica la direttiva 2003/87/CE relativamente al trasporto aereo, prevedendo, fra le altre cose, la graduale eliminazione delle quote assegnate a titolo gratuito in tale settore. La percentuale di quote assegnate gratuitamente corrisponderà, infatti, a circa il 60% nel 2024, a circa il 40% nel 2025, e sarà completamente azzerata dal 2026, quando si passerà alla vendita all'asta integrale delle quote (art. 3-*quinqüies*, direttiva 2003/87/UE, come modificato dall'art. 1, par. 3, direttiva 2023/958/UE). Tuttavia, tra il 1° gennaio 2024 e il 31 dicembre 2030, al fine di incentivare l'utilizzo di combustibili sostenibili e la decarbonizzazione del trasporto aereo commerciale, si prevede l'assegnazione a titolo

emissioni derivanti dai settori ETS del 62% rispetto al 2005, con una corrispondente riduzione quantitativa di quote a livello europeo<sup>108</sup>. A tal fine, il fattore di riduzione lineare è aumentato al 4,3% a partire dal 2024 e al 4,4% dal 2028. Non solo: è stato ampliato l'ambito di applicazione del sistema EU ETS, includendovi gradualmente le emissioni prodotte dal trasporto marittimo<sup>109</sup>. In particolare, dal 2024 il sistema ETS sarà esteso alle emissioni di gas a effetto serra rilasciate dalle navi di stazza lorda pari o superiore a 5.000 tonnellate durante le tratte finalizzate al trasporto di passeggeri o merci a fini commerciali, le quali dal 2025 saranno anche soggette agli obblighi di restituzione. Saranno, invece, incluse dal 2027 e soggette agli obblighi di restituzione dal 2028 le emissioni rilasciate dalle navi *offshore* di stazza lorda pari o superiore a 5.000 tonnellate. Infine, la Commissione valuterà la possibile inclusione delle emissioni rilasciate dalle navi da carico e dalle navi *offshore*, di stazza lorda inferiore a 5.000 tonnellate ma non inferiore a 400 tonnellate, durante le tratte finalizzate al trasporto di merci a fini commerciali, dalla fine del 2026<sup>110</sup>.

L'importanza di questo sistema e la sua strumentalità al raggiungimento degli obiettivi di neutralità climatica si ricavano poi anche dalla previsione, racchiusa nella direttiva più recente 2023/959/UE, di estenderne la portata – ancorché con peculiarità disciplinatorie connesse ai settori di ricaduta applicativa – anche alle emissioni prodotte nell'edilizia e nel trasporto stradale, nonché nelle industrie energetiche e manifatturiere, non già ricomprese nell'ambito di applicazione del vigente EU ETS. Questo ulteriore sistema ETS prenderà avvio nel 2025 con un'assegnazione integrale delle quote tramite asta. Entro il 1° gennaio del 2025 i soggetti regolamentati dovranno essere in possesso dell'autorizzazione ad emettere gas a effetto serra ed entro il 30 aprile 2025 gli stessi dovranno comunicare le emissioni storiche dell'anno 2024. Infine, dal 2027 avverrà la messa all'asta delle quote di emissione, la cui restituzione è prevista entro il 31 maggio 2028.

---

gratuito di 20 milioni di quote agli operatori aerei commerciali che utilizzano carburanti sostenibili per l'aviazione e altri carburanti per l'aviazione che non derivano da combustibili fossili.

<sup>108</sup> Si prevede che il quantitativo totale di quote sia ridotto di 90 milioni di EUA nel 2024 e di 27 milioni di EUA nel 2026.

<sup>109</sup> Cfr. Capo II, direttiva 2003/87/CE, come sostituito dall'art. 1, par. 4, direttiva 2023/959/UE.

<sup>110</sup> Cfr. art. 2, par. 1-*bis*, regolamento 2015/757/UE, aggiunto dall'art. 1, par. 4, regolamento 2023/957/UE. Da precisare che l'assegnazione delle quote, la quale può avvenire soltanto mediante asta limitata al settore marittimo, e gli obblighi di restituzione si applicano integralmente alle emissioni delle navi che effettuano tratte in partenza da un porto di scalo sotto la giurisdizione di uno Stato membro e in arrivo in un porto di scalo sotto la giurisdizione di uno Stato membro, e delle navi all'interno di un porto di scalo sotto la giurisdizione di uno Stato membro. Mentre le emissioni delle navi che effettuano tratte tra un porto sotto la giurisdizione di uno Stato membro e un porto al di fuori della giurisdizione di uno Stato membro, si conteggiano solo al 50%. Su quest'ultimo punto cfr. art. 3-*octies bis*, direttiva 2003/87/CE, aggiunto dall'art. 1, par. 7, direttiva 2023/959/UE.



### 3.2. *Il Clean Energy Package*

Il 30 novembre 2016, con la Comunicazione n. 860, la Commissione europea ha annunciato l'adozione di un pacchetto di misure in materia energetica e climatica, il quale persegue tre obiettivi principali: *a)* mettere l'efficienza energetica al primo posto; *b)* conseguire la *leadership* mondiale nel campo delle energie rinnovabili; *c)* garantire un trattamento equo ai consumatori<sup>111</sup>. Questo pacchetto di misure, denominato *Clean Energy Package*, si compone di otto provvedimenti: il regolamento 2018/1999/UE, sulla *governance* dell'Unione dell'energia; la direttiva 2018/2002/UE, sull'efficienza energetica; la direttiva 2018/2001/UE, sulla promozione delle energie rinnovabili (c.d. Red II); la direttiva 2018/844/UE, sulle prestazioni energetiche nell'edilizia; il regolamento 2019/943/UE, sul mercato interno dell'energia elettrica; la direttiva 2019/944/UE, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica; il regolamento 2019/941/UE, sulla preparazione ai rischi nel settore dell'energia elettrica; ed, infine, il regolamento 2019/942/UE, sull'istituzione di una Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione tra i regolatori nazionali dell'energia. Tali misure sono finalizzate a condurre il settore energetico verso gli obiettivi europei sulla neutralità climatica, divenuti obbligatori con la c.d. Legge europea sul clima<sup>112</sup>, ma anche a dare attuazione concreta al principio dello sviluppo sostenibile nella sua accezione di neutralità climatica<sup>113</sup>.

Degli atti che compongono il c.d. *Clean Energy Package*, coerentemente con l'angolo visuale della ricerca, ci si soffermerà sul primo, il regolamento 2018/1999/UE, e il terzo, la direttiva 2018/2001/UE, allo scopo di delineare il sistema di *governance* unionale in materia energetica, ma anche di approfondire le misure che l'Unione ha via via adottato per assicurare la più ampia diffusione della produzione di energia da fonti rinnovabili. Ciò proprio per cercare di fare emergere sia l'intreccio tra energia e clima tanto accentuato al livello europeo, sia la cifra dei risultati raggiunti.

---

<sup>111</sup> Cfr. COM(2016) 860, 4.

<sup>112</sup> Regolamento 2021/1119/UE.

<sup>113</sup> Cfr. F. Vetrò, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica. Profili di governance: efficienza energetica ed energie rinnovabili nel "nuovo ordinamento" dell'energia*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2022, 1, 69.

### 3.2.1. *Il regolamento 2018/1999/UE: gli interventi sulla governance dell'Unione dell'energia*

Quella dell'Unione dell'energia è una *governance* multilivello, che si caratterizza per una competenza concorrente fra Unione europea e Stati membri<sup>114</sup>, ma anche per una potestà legislativa concorrente fra Stato e Regioni<sup>115</sup>. A ciò si aggiunge una complessità amministrativa, che vede una ripartizione di competenze esclusive articolate nei diversi livelli di governo (Stato, Regioni ed enti locali) e funzioni esercitate dal Governo e dall'Autorità di regolazione indipendente, ma anche da altri organismi, fra cui il Gestore dei Servizi Energetici (GSE), il Gestore dei Mercati Energetici (GME), l'Acquirente Unico (AU) e i gestori delle reti (Terna e Snam)<sup>116</sup>.

Il regolamento 2018/1999/UE interviene sulla *governance* dell'Unione dell'energia<sup>117</sup>, introducendo una duplice logica cooperativa<sup>118</sup>, incentrata sui *Piani Nazionali Integrati per l'Energia e il Clima* (PNIEC) e sulle *Strategie a lungo termine per la riduzione dei gas a effetto serra*. Oltre ad una cooperazione fra Stati membri e Commissione europea, che possono agire sinergicamente per la individuazione delle misure migliori da attuare, è, infatti, prevista anche una coopera-

<sup>114</sup> Ai sensi dell'art. 4, par. 2, lett. i), TFUE, l'Unione ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri nel settore dell'energia, e ciò è confermato dal successivo art. 194, secondo il quale la politica dell'Unione nel settore energetico è ispirata ad uno spirito di solidarietà fra gli Stati membri. Sulla *governance* multilivello dell'Unione europea, v.: R. Miccù, *Regolazione e governo multilivello del mercato europeo dell'energia*, in Id. (a cura di), *Multilevel regulation and government. Implementation of the «Third Package» and promotion of renewable energy*, Napoli, 2016, 3 ss.; N. Bassi, E. Bruti Liberati, F. Donati, *La «Governance dell'energia». Rapporto per l'Osservatorio sulla politica energetica*, Roma, 20 novembre 2012; *Italiadecide, Rapporto 2011-2012. Il governo dell'energia per lo sviluppo del Paese*, Bologna, 2012. Sullo spirito di solidarietà fra gli Stati membri, v. Y. Petit, *La solidarité énergétique entre les Etats membres de l'Union européenne: une chimère?*, in *Revue des affaires européennes*, 2010, 4, 771 ss.; M. Marletta, *Energia. Integrazione europea e cooperazione internazionale*, Torino, 2011, 55 ss. Più di recente, sulla divisione dei poteri nel settore energetico in ambito europeo, alla luce della sentenza Aquind, v. K. Huhta, *Case T-295/20 Aquind: Clarifying the Division Of Powers in the EU Energy Sector*, in *Eur. Energy Environ. Law Rev.*, 2023, 32, 1 ss.

<sup>115</sup> L'art. 117, comma 3, Cost., prevede, infatti, fra le materie di legislazione concorrente quella di «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia». Sul punto, v. A. Colavecchio, *La materia «energia» tra «nuovo» e «nuovissimo» Titolo V della Costituzione*, cit., 358 ss.

<sup>116</sup> In argomento si veda F. Vetrò, *Evoluzioni del diritto europeo dell'energia, transizione energetica e sistema istituzionale: il ruolo del GSE S.p.A.*, in *Dir. econ.*, 2020, 1, 516.

<sup>117</sup> Sulla nuova *governance* dell'Unione europea, finalizzata alla lotta ai cambiamenti climatici e al perseguimento degli obiettivi della transizione energetica, v. L. Ammannati, *Una nuova governance per la transizione energetica dell'Unione europea: soluzioni ambigue in un contesto conflittuale*, in Id. (a cura di), *La Transizione energetica*, Torino, 2018, 3 ss., ma anche M. Ringel, M. Knodt, *The governance of the European Energy Union: Efficiency, effectiveness and acceptance of the Winter Package 2016*, in *Energy Policy*, 2018, 112, 219 ss., e V. Termini, *Regionalizzazione dei mercati e governance istituzionale*, in E. Bruti Liberati, M. De Focatiis, A. Travi (a cura di), *La transizione energetica e il Winter Package. Politiche pubbliche e regolazione dei mercati*, Milano, 2017, 57 ss.

<sup>118</sup> Cfr. F. Vetrò, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica. Profili di governance: efficienza energetica ed energie rinnovabili nel «nuovo ordinamento» dell'energia*, cit., 70-71.

zione fra Stati membri<sup>119</sup>, i quali possono presentare osservazioni sui Piani nazionali integrati per l'energia e il clima predisposti dagli altri Stati membri, in modo che nessuno di essi possa compromettere o rendere più difficoltoso il raggiungimento degli obiettivi comuni<sup>120</sup>.

Quanto agli strumenti di cooperazione, pur in mancanza di una definizione espressa, dal *considerando* 25 e dagli artt. 3 e 4 del regolamento 2018/1999/UE, i PNIEC si compongono di una parte ricognitiva, volta a fornire una panoramica del sistema energetico e dell'assetto programmatico correnti nello Stato membro<sup>121</sup> e sulla procedura seguita per definire il piano stesso<sup>122</sup>, di una parte pianificatoria, ove si descrivono gli obiettivi, i traguardi e i contributi nazionali relativi alle cinque dimensioni<sup>123</sup> dell'Unione dell'energia<sup>124</sup>, ed una parte programmatica, contenente una descrizione delle politiche e delle misure relative agli obiettivi da perseguire e dell'investimento necessario<sup>125</sup>. Si tratta di piani da estendersi su periodi di dieci anni, che ciascun Stato membro, a seguito di una consultazione pubblica<sup>126</sup>, ha trasmesso in forma provvisoria alla Commissione europea entro il 31 dicembre 2018<sup>127</sup>, la quale ha compiuto le proprie valutazioni e trasmesso le eventuali raccomandazioni al più tardi entro sei mesi prima della scadenza del termine per la presentazione della versione definitiva<sup>128</sup>. Gli Stati membri devono tenere conto delle raccomandazioni fornite dalla Commissione, motivando qualora se ne volessero discostare<sup>129</sup>, così come delle osservazioni fornite dagli altri Stati membri. Entro il 31 dicembre 2019, quindi entro il 1° gennaio 2029 e successivamente ogni dieci anni, ogni Stato membro notifica alla Commissione la versione definitiva del proprio piano, potendo presentare una proposta di aggior-

---

<sup>119</sup> Ai sensi dell'art. 2, punto 21, regolamento 2018/1999/UE è definita «cooperazione regionale» la «cooperazione tra due o più Stati membri impegnati in un partenariato comprendente una o più delle cinque dimensioni dell'Unione dell'energia».

<sup>120</sup> Cfr. art. 12, regolamento 2018/1999/UE.

<sup>121</sup> Cfr. *considerando* 25, regolamento 2018/1999/UE.

<sup>122</sup> Cfr. art. 2, lett. a), regolamento 2018/1999/UE.

<sup>123</sup> Individuate nell'art. 1, par. 2, regolamento 2018/1999/UE: a) sicurezza energetica; b) mercato interno dell'energia; c) efficienza energetica; d) decarbonizzazione; e) ricerca, innovazione e competitività.

<sup>124</sup> Cfr. art. 2, lett. b), regolamento 2018/1999/UE.

<sup>125</sup> Cfr. art. 2, lett. c), regolamento 2018/1999/UE.

<sup>126</sup> Cfr. art. 10, regolamento 2018/1999/UE.

<sup>127</sup> Quindi il 1° gennaio 2028 e successivamente ogni dieci anni. Cfr. art. 9, par. 1, regolamento 2018/1999/UE.

<sup>128</sup> Cfr. art. 9, par. 2, regolamento 2018/1999/UE.

<sup>129</sup> Cfr. art. 9, par. 3, regolamento 2018/1999/UE.

namento entro il 30 giugno 2023<sup>130</sup> e la versione definitiva dell'aggiornamento entro il 30 giugno 2024<sup>131</sup>.

Ai PNIEC, come anticipato, si affiancano le *Strategie a lungo termine per la riduzione dei gas a effetto serra*, ritenute fondamentali per contribuire alla trasformazione economica, alla realizzazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile e al conseguimento degli impegni assunti ai sensi dell'UNFCCC e all'Accordo di Parigi<sup>132</sup>. Gli Stati membri elaborano e comunicano alla Commissione europea, entro il 1° gennaio 2020, e quindi, come per i PNIEC, entro il 1° gennaio 2029 e successivamente ogni dieci anni, la propria Strategia a lungo termine, la quale ha un orizzonte temporale di almeno trent'anni<sup>133</sup>. Le Strategie a lungo termine degli Stati membri e quella dell'Unione contengono le misure e gli strumenti volti a favorire: la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra e l'aumento degli assorbimenti delle stesse; la riduzione delle emissioni e l'aumento dell'assorbimento nei singoli settori; i progressi nella transizione verso un'economia a basse emissioni di gas a effetto serra e gli effetti socioeconomici previsti dalle misure di decarbonizzazione; i collegamenti con altri programmi e obiettivi nazionali a lungo termine<sup>134</sup>.

La logica cooperativa che sta alla base di entrambi gli strumenti è assicurata dalle disposizioni contenute nel Capo IV del regolamento 2018/1999/UE, ove è previsto che gli Stati membri hanno l'obbligo di comunicare alla Commissione le proprie *Relazioni intermedie biennali* e le proprie *Relazioni annuali*, per il tramite di una piattaforma *online*, finalizzata a rendere effettiva la cooperazione tra Stati membri e tra questi ultimi e la Commissione, oltretutto a facilitare l'accesso del pubblico alle informazioni<sup>135</sup>. Tra le Relazioni intermedie biennali, assumono particolare rilevanza le *Relazioni intermedie nazionali integrate sull'energia e il clima*, da notificare alla Commissione entro il 15 marzo 2023 e successivamente ogni due anni<sup>136</sup>, e al cui interno sono ricomprese le *Comunicazioni integrate relative all'energia rinnovabile*, la *Comunicazione integrata sull'efficienza energetica*, la *Comunicazione integrata sulla sicurezza energetica*, la *Comunicazione integrata sul mercato interno dell'energia*, la *Comunicazione integrata sulla povertà energetica* e la *Comunicazione integrata su ricerca, innovazione e competitività*. Per il tramite di questi strumenti, la Commissione esercita una funzione di monitoraggio

---

<sup>130</sup> Quindi entro il 1° gennaio 2033 e successivamente ogni dieci anni, oppure fornisce alla Commissione le ragioni che giustificano perché il piano non necessita di aggiornamenti. Cfr. art. 14, par. 1, regolamento 2018/1999/UE.

<sup>131</sup> Quindi entro il 1° gennaio 2034 e successivamente ogni dieci anni. Cfr. art. 14, par. 2, regolamento 2018/1999/UE.

<sup>132</sup> Cfr. *considerando* 35 e 36, regolamento 2018/1999/UE.

<sup>133</sup> Cfr. art. 15, par. 1, regolamento 2018/1999/UE.

<sup>134</sup> Cfr. art. 15, par. 4, regolamento 2018/1999/UE.

<sup>135</sup> Cfr. art. 28, par. 1, regolamento 2018/1999/UE.

<sup>136</sup> Cfr. art. 17, par. 1, regolamento 2018/1999/UE.

sull'attività dei singoli Stati membri, compiendo valutazioni sui PNIEC e, più in generale, sul raggiungimento degli obiettivi della transizione energetica, potendo eventualmente formulare raccomandazioni specifiche.

Un sistema di *governance*, dunque, oltre che multilivello, basato sulla cooperazione tra Autorità nazionali ed europee sulla base del ragionevole convincimento che le sfide della neutralità climatica non possono essere perseguite singolarmente dagli Stati, ma esigono – pur con le ‘fatiche’ e le numerose pietre d’inciampo derivanti dalle diversità strutturali e ambientali dei singoli Paesi membri – un’azione sinergica e congiunta per solcare la strada della transizione ed evitare che questa resti e/o sia un mero slogan, conquistando invece margini sempre più spessi di concretezza.

La portata dei PNIEC e la loro strumentalità rispetto al raggiungimento degli obiettivi europei in ordine al clima possono più agevolmente ricavarsi dall’analisi dei singoli Piani. Per questa ragione, passando più avanti all’esame della normativa interna si è scelto di lasciare spazio proprio ai contenuti del piano.

### 3.2.2. *La direttiva 2018/2001/UE: le misure di promozione dell’energia da fonti rinnovabili*

La direttiva 2018/2001/UE (c.d. Red II) ha introdotto misure finalizzate alla promozione delle forme di energia da fonti rinnovabili, obiettivo che, oltre a rappresentare una componente fondamentale del pacchetto di misure adottato dall’Unione europea per ridurre le emissioni di gas serra e per rispettare gli impegni presi dall’Unione stessa in occasione dell’Accordo di Parigi del 2015 sui cambiamenti climatici<sup>137</sup>, ai sensi dell’art. 194, par. 1, TFUE, rientra fra gli obiettivi dell’Unione.

La direttiva in argomento mira a fornire un quadro comune per la promozione dell’energia da fonti rinnovabili<sup>138</sup>, fissando al 32% la quota di energia prodotta da fonti rinnovabili nel consumo finale lordo di energia<sup>139</sup>, portato ad «almeno il 40%» dal pacchetto *Fit for 55*.

Fra le misure introdotte dalla direttiva Red II, se ne individuano essenzialmente tre: *a)* i regimi di sostegno per l’energia da fonti rinnovabili; *b)* le misure di razionalizzazione e semplificazione delle procedure; *c)* la disciplina degli autoconsumatori di energia rinnovabile e delle Comunità di energia rinnovabile.

<sup>137</sup> Cfr. *considerando* 2, direttiva 2018/2001/UE.

<sup>138</sup> Cfr. art. 1, direttiva 2018/2001/UE.

<sup>139</sup> Cfr. art. 3, par. 1, direttiva 2018/2001/UE.

Nel primo caso, si tratta di regimi di sostegno economico, che prevedono l'erogazione di incentivi per l'integrazione dell'energia elettrica da fonti rinnovabili nel mercato dell'energia elettrica basati su criteri di mercato, da concedere con modalità aperte, trasparenti, competitive, non discriminatorie ed efficaci sotto il profilo dei costi<sup>140</sup>. Gli Stati membri devono fornire una disciplina di tali regimi di sostegno sufficientemente stabile da non subire revisioni tali da incidere negativamente sui diritti conseguiti e minare la sostenibilità economica dei progetti che già beneficiano del sostegno<sup>141</sup> e hanno la possibilità di prevedere che il sostegno di una quota indicativa di nuova capacità, oppure del bilancio previsto per il regime di sostegno, in ciascun anno sia aperto ai produttori situati in altri Stati membri<sup>142</sup>.

La direttiva in esame ha, inoltre, previsto misure di razionalizzazione e semplificazione delle procedure amministrative per la realizzazione di impianti e di reti di trasmissione, distribuzione e produzione di energia elettrica, di calore o di freddo da fonti rinnovabili, di trasformazione della biomassa in biocarburanti, bioliquidi, combustibili da biomassa o altri prodotti energetici e ai carburanti liquidi e gassosi da fonti rinnovabili di origine non biologica per il trasporto. In particolare, gli Stati membri devono assicurare: *a)* la razionalizzazione e la accelerazione delle procedure amministrative; *b)* norme orientate ai criteri di oggettività, trasparenza, proporzionalità e non discriminatorietà; *c)* la trasparenza e la proporzionalità ai costi delle spese pagate dai consumatori ai professionisti; *d)* procedure di autorizzazione semplificate e meno gravose, anche attraverso una procedura di notifica; *e)* l'istituzione di uno o più sportelli che, su richiesta del richiedente, lo guidino e lo assistano per l'intera procedura amministrativa<sup>143</sup>.

Le misure più innovative, infine, sono quelle volte a disciplinare gli autoconsumatori di energia da fonti rinnovabili e le Comunità di energia rinnovabile. I primi sono un gruppo di almeno due autoconsumatori di energia rinnovabile che si trovano nello stesso edificio o condominio e agiscono collettivamente<sup>144</sup>, producendo energia elettrica rinnovabile per il proprio consumo, immagazzinandola oppure vendendola, purché tali attività non costituiscano la loro attività commerciale o professionale principale<sup>145</sup>. In relazione agli autoconsumatori di energia rinnovabile, gli Stati membri devono provvedere affinché i consu-

<sup>140</sup> Cfr. art. 4, direttiva 2018/2001/UE.

<sup>141</sup> Cfr. art. 6, direttiva 2018/2001/UE.

<sup>142</sup> Cfr. art. 5, direttiva 2018/2001/UE.

<sup>143</sup> Cfr. artt. 15-16, Direttiva 2018/2001/UE.

<sup>144</sup> Cfr. art. 2, punto 15), direttiva 2018/2001/UE. In tema di autoconsumo organizzato, un antecedente degno di nota è il documento SWD(2015) 141 final, *Commission Staff Working Document. Best practices on Renewable Energy Self-consumption* – Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Delivering a New Deal for Energy Consumers (COM(2015) 339 final), Brussels, del 15 luglio 2015, in *eur-lex.europa.eu*.

<sup>145</sup> Cfr. art. 2, punto 14), direttiva 2018/2001/UE.

matori finali possano essere autorizzati a produrre energia rinnovabile per il loro autoconsumo, ma anche ad immagazzinare o vendere l'eccedenza di produzione (anche tramite accordi di compravendita<sup>146</sup>), ad installare e gestire sistemi di stoccaggio a fini di autoconsumo e a ricevere una remunerazione (anche mediante regimi di sostegno) per l'energia rinnovabile autoprodotta e immessa in rete<sup>147</sup>. Quanto alle Comunità di energia rinnovabile<sup>148</sup>, esse sono un soggetto giuridico autonomo, basato sulla partecipazione aperta e volontaria e controllato da azionisti o membri (persone fisiche, piccole o medie imprese o amministrazioni locali), situati nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili di appartenenza della Comunità stessa o da essa sviluppati, e il cui obiettivo è quello di fornire benefici ambientali, economici o sociali ai suoi azionisti o alle aree locali in cui operano, piuttosto che conseguire profitti finanziari<sup>149</sup>. Gli Stati membri devono assicurare il diritto per i clienti finali di partecipare all'interno di comunità energetiche, alle quali, inoltre, devono garantire le attività di produzione, consumo, conservazione e vendita di energia rinnovabile, ma anche di poter scambiare, all'interno delle stesse, l'energia rinnovabile autoprodotta e di accedere a tutti i mercati dell'energia elettrica in modo non discriminatorio. Non solo, gli Stati membri devono anche valutare la possibilità che le Comunità possano beneficiare di regimi di sostegno, in modo da consentire l'abolizione di ogni ostacolo (formale e sostanziale) al loro sviluppo<sup>150</sup>.

<sup>146</sup> Ossia un contratto con il quale una persona fisica o giuridica si impegna ad acquistare energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili direttamente da un produttore di energia elettrica. Cfr. *considerando* 17, direttiva 2018/2001/UE.

<sup>147</sup> Cfr. art. 21, direttiva 2018/2001/UE.

<sup>148</sup> Sulla cui recente e vasta letteratura, si vedano, senza alcuna pretesa di esaustività: L. Cuocolo, P.P. Giampellegrini, O. Granato (a cura di), *Le comunità energetiche rinnovabili. Modelli, regole, profili applicativi*, Milano, 2023; R. Miccù, M. Bernardi, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in *Federalismi.it*, 2022, 4, 603 ss.; N. Brignoli, *The role of self-consumption and Renewable Energy Communities in the path towards the energy transition in Italy*, in *Ius Publicum*, 2022, 2; F. Tomasicchio, *L'avvento delle Comunità energetiche, quale prospettiva per l'Italia e l'Europa?*, in *Munus*, 2022, 3, 723 ss.; P. Novaro, *Le comunità energetiche nuova declinazione del paradigma sussidiario*, in *Nuove Autonomie*, 2022, 3, 1053 ss.

<sup>149</sup> Cfr. art. 2, comma 2, n. 16, direttiva 2018/2001/UE. Le Comunità di energia rinnovabile (CER) vanno tenute distinte dalle Comunità energetiche dei cittadini (CEC), introdotte dalla direttiva 2019/944/UE, le quali, benché il *considerando* 43 della direttiva citata, analogamente al *considerando* 67 della direttiva 2018/2001/UE, indichi come le CEC siano finalizzate ad aumentare «l'efficienza energetica dei consumatori civili e contribuire a combattere la povertà energetica riducendo i consumi e le tariffe di fornitura», esse non prevedono i principi di autonomia e prossimità (tipici delle CER) e possono gestire soltanto l'energia sotto forma di elettricità (a differenza delle CER, le quali possono gestire diverse forme di energia, purché siano prodotte da fonti rinnovabili), che sia generata non soltanto da fonti rinnovabili, ma anche fossili. Si consideri, peraltro, che il *considerando* 44 della direttiva 2019/944/UE, sancisce che «l'adesione a comunità energetiche di cittadini dovrebbe essere aperta a tutte le categorie di soggetti», differenziandole ulteriormente dalla Comunità di energia rinnovabile, ove la partecipazione alle stesse è limitata a persone fisiche, piccole o medie imprese e amministrazioni locali.

<sup>150</sup> Cfr. art. 22, direttiva 2018/2001/UE.

L'impatto delle misure relative all'autoconsumo in forma collettiva e organizzata sul mercato energetico è significativo e contribuisce ad una trasformazione verso un sistema più decentrato, sostenibile e partecipativo. Tale mutamento in atto nell'organizzazione del mercato dell'energia ha portato all'introduzione della figura del *prosumer*<sup>151</sup>, ossia un soggetto che possiede un impianto per la produzione di energia, la quale viene utilizzata primariamente per soddisfare il proprio fabbisogno energetico, immettendo in rete quella in eccedenza per venderla ad altri soggetti, oppure immagazzinandola attraverso sistemi di stoccaggio. In tal modo, si rende possibile lo scambio diretto di energia tra privati, i quali divengono partecipanti attivi nel mercato energetico, rendendosi più autonomi rispetto alle tariffe dei fornitori tradizionali e riducendo sensibilmente le proprie bollette energetiche. I benefici che l'autoconsumo collettivo e le comunità di energia rinnovabile possono apportare non sono quindi soltanto di stampo ambientale, tramite la produzione di energia pulita e contribuendo direttamente al raggiungimento degli obiettivi di decarbonizzazione del mercato energetico, ma anche economici e sociali, tanto ai membri della configurazione di autoconsumo prescelta, quanto alle comunità nelle quali si trovano ad operare, ponendosi come uno strumento di contrasto alla povertà energetica<sup>152</sup>.

---

<sup>151</sup> Si tratta dell'unione dei termini inglesi "producer" e "consumer", e sta ad indicare il soggetto che, oltre ad essere consumatore, è anche produttore di un certo bene. A suggerire la possibilità che il progresso tecnologico potesse rendere il consumatore anche produttore furono già M. McLuhan, B. Nevitt, *Take today: the executive as dropout*, New York, 1972, ma il termine «prosumer» è stato coniato da A. Toffler, *The third wave*, New York, 1980, il quale già nel 1970, in Id., *Future shock*, New York, 1970, aveva ipotizzato la fusione dei due ruoli del consumatore e del produttore. Sul ruolo del *prosumer* nel mercato dell'energia, fra i tanti, v.: R. May, P. Huang, *A multi-agent reinforcement learning approach for investigating and optimising peer-to-peer prosumer energy markets*, in *Applied energy*, 2023, 334; I. Campos, G. Pontes Luz, E. Marín-González, S. Gährs, S. Hall, L. Holstenkamp, *Regulatory challenges and opportunities for collective renewable energy prosumers in the EU*, in *Energy Policy*, 2020, 138; R. Leal-Arcas, F. Lesniewska, F. Proedrou, *Prosumers and New Energy Actors*, in M. Mpholo, D. Steuerwald, T. Kukeera (a cura di), *Africa-EU Renewable Energy Research and Innovation Symposium 2018 (RERIS 2018)*, 2018.

<sup>152</sup> La povertà energetica è sinteticamente definibile come la impossibilità o difficoltà ad accedere ai servizi energetici essenziali e a far fronte alle spese riguardanti il fabbisogno energetico proprio o della propria famiglia. Essa dipende principalmente dal reddito, da costi elevati dell'energia e da abitazioni inefficienti, che richiedono più energia per essere riscaldate o rinfrescate. Si tratta, in realtà, di un fenomeno complesso, che dipende da una molteplicità di fattori, e del quale non è possibile fornire una definizione univoca. Per definirla si utilizzano, infatti, differenti indicatori. Una prima definizione considerava la povertà energetica come una condizione che si realizza nel momento in cui si spende più del 10% del proprio reddito per il proprio fabbisogno energetico di base (B. Boardman, *Fuel poverty: from cold homes to affordable warmth*, Londra, 1991). Secondo il *Rapporto dell'Osservatorio Italiano sulla Povertà Energetica* (OIPE) del 2020, in [oipeosservatorio.it](http://oipeosservatorio.it), 9 ss., invece, si legge come a livello europeo siano due le principali fonti di informazione utilizzate per il monitoraggio della povertà energetica: l'Indagine sulle condizioni di vita (EU-SILC) che include gli indicatori di tipo consensuale; e le *Household Budget Surveys* (HBS), che consentono la costruzione di indicatori basati sulla spesa energetica. Il Terzo Rapporto dell'*European Energy Poverty Observatory* (EPOV) (S. Bouzarovski, H. Thomson, M. Cornelis, A. Varo, R. Guyet R, *Towards an inclusive energy transition in the European Union: Confronting energy poverty amidst a global crisis*, in *Publications Office of the European Union*, Luxembourg, 2020), utilizza 4 indicatori primari, due di tipo consensuale e due riguardanti il reddito e la spesa energetica, e 18 indicatori secondari. Tra gli



### 3.2.3. La direttiva 2023/2413/UE (c.d. direttiva Red III)

La direttiva 2023/2413/UE<sup>153</sup>, nota come direttiva Red III, è inserita nel contesto degli obiettivi di transizione ecologica ed energetica fissati con il *Green Deal* europeo e, in particolare, nel piano di misure previste con il *REPowerEU*<sup>154</sup>, ricompreso a sua volta nel pacchetto *Fit for 55%* e finanziato per ridurre la dipendenza dell'Unione nei confronti del gas russo, attraverso la diversificazione delle fonti di approvvigionamento energetico, l'aumento della quota di energia prodotta da fonti rinnovabili e dell'efficiamento energetico.

In particolare, la direttiva fissa un obiettivo di portata generale e alcuni *targets* differenziati per settore di intervento. Quanto al primo, la direttiva punta a elevare ulteriormente la quota di energia prodotta da fonti rinnovabili nel consumo finale lordo<sup>155</sup>, portandola da «almeno il 40%» al 42,5%, con l'impegno collettivo degli Stati ad aumentare tale quota al 45%<sup>156</sup>. Quanto ai *targets* settoriali, di particolare interesse è il contributo della direttiva nel settore dei trasporti. Per

---

indicatori consensuali rientrano le famiglie che dichiarano di non essere in grado di riscaldare adeguatamente la propria abitazione e quelle in ritardo nel pagamento delle bollette; tra gli indicatori del secondo tipo, invece, rientrano quello secondo cui una famiglia è in condizione di povertà energetica se ha una quota di spesa energetica sul reddito superiore a due volte il valore mediano e quello secondo cui una famiglia è povera dal punto di vista energetico se la sua spesa energetica in termini assoluti è inferiore alla metà del valore mediano. Quanto all'OIPE, per il proprio Rapporto, ha incluso anche il c.d. indicatore del 10%, secondo cui sono da considerare in condizione di povertà energetica le famiglie la cui spesa energetica è superiore al 10% del totale, e il c.d. indice Faiella-Lavecchia (I. Faiella, L. Lavecchia, *Energy poverty in Italy*, in *Politica economica*, 1, 2015, 27 ss.), secondo il quale una famiglia si trova in condizione di povertà economica sia se la quota di spesa per elettricità e riscaldamento è troppo elevata, sia in caso di condizioni di grave deprivazione e con spesa per riscaldamento pari a zero. Sul tema delle comunità di energia rinnovabile come strumento di contrasto alla povertà energetica, v. G. De Maio, *Povertà energetica e comunità energetiche. Criticità e prospettive per una transizione giusta*, Napoli, 2024.

<sup>153</sup> Approvata il 12 settembre 2023 dal Parlamento europea in prima lettura: Cfr. art. 3-*octies bis*, direttiva 2003/87/CE, aggiunto dall'art. 1, par. 7, direttiva 2023/959/UE.

<sup>154</sup> Cfr. COM(2022) 230 final, del 18 maggio 2022. Sulle modificazioni e integrazioni apportate ai Piani nazionali, previste dal regolamento 2023/435/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 febbraio 2023, v. L. Marin, M. Münchmeyer, *Recover and repower? REPowerEU, between crisis management, strategic autonomy, and constitutional constraints*, in *diritticomparati.it*, 2023 e N. LUPO, *L'aggiornamento e l'integrazione del PNRR, tra crisi energetica e (parziale) mutamento di indirizzo politico*, in *Quaderni Costituzionali*, 2023, 435 ss.

<sup>155</sup> Che, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. b) della direttiva Red III, volto a modificare il punto 4 dell'art. 2 della direttiva 2018/2001/UE, è rappresentato dai «prodotti energetici forniti a scopi energetici all'industria, ai trasporti, alle famiglie, ai servizi, compresi i servizi pubblici, all'agricoltura, alla silvicoltura e alla pesca, il consumo di energia elettrica e di calore del settore elettrico per la produzione di energia elettrica e di calore, e le perdite di energia elettrica e di calore con la distribuzione e la trasmissione».

<sup>156</sup> Cfr. art. 1, comma 2, direttiva Red III, che modifica l'art. 3 della direttiva 2018/2001/UE. La norma in esame fissa anche un obiettivo indicativo per la tecnologia innovativa per l'energia rinnovabile pari ad almeno il 5% della nuova capacità di energia rinnovabile installata entro il 2030. In altre parole, il 5% della nuova capacità di energia rinnovabile dovrà derivare da «una tecnologia per la generazione di energia rinnovabile che migliora, almeno in un modo, una tecnologia rinnovabile di punta comparabile o che rende sfruttabile una tecnologia per l'energia rinnovabile che non sia pienamente commercializzata o che comporta un chiaro livello di rischio (art. 1, comma 1, lett. d)).

questo settore, infatti, la direttiva prevede il raggiungimento entro il 2030 di una quota di (produzione di) energia rinnovabile pari ad «almeno il 29%»; rimette agli Stati membri sia il compito di assicurare che la quota combinata di biocarburanti avanzati, biogas e combustibili rinnovabili di origine non biologica, forniti nel settore sia pari ad almeno l'1% nel 2025 e al 5,5% nel 2030<sup>157</sup> sia l'introduzione di una disciplina che consenta ai fornitori di combustibili di scambiare crediti per la fornitura di energia rinnovabile al settore dei trasporti nel territorio di intervento.

Ulteriori *targets* fissati dalla direttiva sono: *a*) l'aumento del 2,2% della quota di energia da fonti rinnovabili e da calore e freddo di scarto nel teleriscaldamento e teleraffrescamento, quale media annua calcolata per il periodo dal 2021-2030<sup>158</sup>; *b*) il raggiungimento di una quota di energia rinnovabile nel settore dell'edilizia pari «almeno al 49%»<sup>159</sup>; *c*) l'aumento di almeno l'1,6% (come media annuale calcolata per i periodi dal 2021 al 2025 e dal 2026 al 2030) della quota di energia rinnovabile nel settore dell'industria<sup>160</sup>.

Per agevolare il raggiungimento dell'obiettivo generale e dei *targets* fissati, la direttiva contempla misure volte a semplificare e ad accelerare i procedimenti autorizzatori tramite il modello del provvedimento unico.

Sul fronte della semplificazione, la direttiva stabilisce, infatti, che il procedimento per il rilascio dell'autorizzazione racchiuda anche le valutazioni e gli accertamenti necessari per il rilascio dei titoli necessari per la costruzione dei relativi impianti, la revisione della potenza e l'esercizio stesso dell'impianto di produzione di energia rinnovabile<sup>161</sup>. Inoltre, essa prevede l'istituzione di «uno o più punti di contatto», sul modello dello sportello unico, che indirizzino e agevolino il richiedente durante l'intero procedimento e garantiscano il rispetto dei termini procedurali.

Sul fronte dell'accelerazione, la direttiva introduce una completa disciplina dei termini per il rilascio del provvedimento autorizzatorio dell'installazione di impianti di produzione di energia rinnovabile, differenziata in base alla colloca-

---

<sup>157</sup> Gli Stati UE con porti marittimi, come l'Italia, dovrebbero, inoltre, garantire che, a partire dal 2030, la quota di combustibili rinnovabili di origine non biologica sulla quantità totale di energia fornita al settore del trasporto navale sia almeno pari all'1,2%.

<sup>158</sup> Cfr. art. 1, comma 14, lett. b), direttiva Red III, che sostituisce i paragrafi 4, 5 e 6 dell'art. 24, direttiva 2018/2001/UE. In particolare, la direttiva vincola per la prima volta all'utilizzo di energia da fonti rinnovabili nel settore del riscaldamento e del raffrescamento. È previsto, infatti, che ogni Stato membro aumenti la quota di energia rinnovabile in tale settore di almeno lo 0,8% come media annuale, calcolata per il periodo dal 2021 al 2025, e di almeno l'1,1% come media annuale, calcolata per il periodo dal 2026 al 2030, partendo dalla quota di energia rinnovabile destinata al riscaldamento e al raffrescamento nel 2020. Sul punto specifico cfr. art. 1, comma 13, direttiva Red III, che modifica l'art. 23 della direttiva 2018/2001/UE.

<sup>159</sup> Cfr. art. 1, comma 6, direttiva Red III, che inserisce l'art. 15-*bis*, rubricato «Utilizzo dell'energia rinnovabile nell'edilizia», nella direttiva 2018/2001/UE.

<sup>160</sup> Cfr. art. 1, comma 12, direttiva Red III, che introduce l'art. 22-*bis*, rubricato «Utilizzo dell'energia rinnovabile nell'industria», alla direttiva 2018/2001/UE.

<sup>161</sup> Cfr. art. 1, comma 7, direttiva Red III, che inserisce l'art. 16 della direttiva 2018/2001/UE.

zione degli impianti stessi, in aree c.d. di accelerazione per le energie rinnovabili (o non) ovvero in base alla tipologia di energia e alla relativa potenza e, in definitiva, alla complessità delle valutazioni da svolgere a nel corpo del procedimento medesimo. La semplificazione e l'accelerazione sono contestualmente perseguite anche attraverso l'introduzione del meccanismo del silenzio significativo.

Di seguito, a scopo puramente esemplificativo, sono riportati alcuni esempi: la direttiva prevede che, entro 30 giorni dal ricevimento della domanda di autorizzazione per l'installazione di un impianto di produzione di energia rinnovabile ubicato nelle zone c.d. di accelerazione per le energie rinnovabili<sup>162</sup> oppure entro 45 giorni per l'impianto da ubicare al di fuori di quelle aree, l'Autorità competente accerta la completezza della domanda o ne chiede integrazione, se incompleta. Il momento di avvio del procedimento per il rilascio del titolo autorizzatorio coincide con il *dies* di conferma della completezza della domanda. Inoltre, il termine per la conclusione del procedimento relativo all'installazione di impianti in aree già dedicate è di dodici mesi<sup>163</sup>; il termine è esteso a due anni per gli impianti da ubicarsi in aree non rientranti tra quelle già reputate idonee e per i progetti in materia di energie rinnovabili *offshore*. Soltanto circostanze straordinarie, dipendenti ad esempio dal rispetto della normativa ambientale europea, possono giustificare una proroga, comunque nei limiti stabiliti a monte dal Legislatore. Ancora, il termine per la definizione del procedimento di revisione della potenza degli impianti di produzione di energia rinnovabile, per l'installazione di nuovi impianti di potenza elettrica inferiore a 150 kW, di impianti di stoccaggio co-ubicati, compresi gli impianti elettrici e termali, e per la loro connessione alla rete, qualora siano ubicati in zone di accelerazione per le energie rinnovabili, è di sei mesi, salvo che si tratti di progetti in materia di energia eolica *offshore*, il cui termine è di dodici mesi. Nelle ipotesi di impianti situati al di fuori delle zone di accelerazione per le energie rinnovabili il termine è di dodici mesi, salvo il caso di progetti in materia di energia rinnovabile *offshore*, soggetti al termine massimo di due anni.

Con riferimento specifico, poi, ai procedimenti per l'installazione di apparecchiature per l'energia solare con una capacità pari o inferiore a 100 kW, inclusi quelli avviati su istanza di gruppi di autoconsumatori o di comunità energeti-

---

<sup>162</sup> Cfr. art. 1, comma 6, direttiva Red III, laddove inserisce l'art. 15-*quater* alla direttiva 2018/2001/UE, rubricato «Zone accelerazione per le energie rinnovabili». Tali zone sono definite nell'art. 1 della direttiva in esame, che inserisce il punto 9-*bis* nell'art. 2, comma 2, della direttiva 2018/2001/UE, secondo cui esse sono un «luogo o zona specifici, terrestri o marini o delle acque interne, che uno Stato membro ha designato come particolarmente adatti per l'installazione di impianti di produzione di energia rinnovabile».

<sup>163</sup> Cfr. art. 1, comma 7, direttiva Red III, laddove inserisce il nuovo art. 16-*bis* nella direttiva 2018/2001/UE, rubricato «Procedura di rilascio delle autorizzazioni nelle zone di accelerazione per le energie rinnovabili».

che rinnovabile, il termine è ridotto a un mese. In questi ultimi casi, addirittura, la direttiva introduce una ipotesi di silenzio significativo, assenso<sup>164</sup>.

Un ulteriore impulso sia alla semplificazione innanzi detta sia, più in generale, alla diffusione degli impianti di produzione di energia rinnovabile si ricava dalla previsione secondo cui, nell'espletamento dei procedimenti innanzi detti, la produzione di energia rinnovabile è reputata coincidente con un interesse pubblico prevalente e nell'interesse della salute e della sicurezza pubblica rispetto alla pluralità di ulteriori interessi che, di volta in volta, il caso concreto potrebbe fare emergere<sup>165</sup>.

La direttiva, dunque, cristallizza una sorta di gerarchia degli interessi e introduce anche una forma nuova di semplificazione, che attiene proprio agli interessi coinvolti e alle relative attività valutative.

Ciò nondimeno, la direttiva apre alla previsione nella normativa nazionale di recepimento di una valutazione ulteriore e più complessa, soprattutto derogatoria rispetto a quella semplificata introdotta. La direttiva stabilisce, cioè, che gli Stati membri possono derogare alla regola della prevalenza dell'interesse alla diffusione di fonti di energia rinnovabili soltanto in ipotesi circoscritte, puntualmente rappresentate e giustificate dalle esigenze del territorio di ricaduta ovvero dalla peculiarità delle caratteristiche tecniche e/o tecnologiche degli impianti e dei progetti formulati e, comunque, in piena conformità alle priorità stabilite nel PNIEC. Ora, considerato il tenore contenutistico e la funzione del PNIEC, sopra anticipata, l'ultima puntualizzazione, inerente cioè alla conformità al piano, sembra una significativa misura di salvaguardia, capace cioè di frenare ogni ingiustificato e ultroneo tentativo di superare quella gerarchia di valori e di interessi stabilito dall'Unione europea e funzionale a reggere e a perseguire l'obiettivo della neutralità climatica.

### 3.3. *Il Green Deal europeo e la road map della nuova rivoluzione verde europea: tra sostenibilità, solidarietà, integrazione e nuove sfide della transizione energetica*

Fin dai primi mesi del 2020, l'Unione europea ha introdotto una nuova serie di misure, programmatiche e pianificatorie in primo luogo, finanziarie in secondo ordine, per assicurare uno sviluppo sostenibile dell'Unione e una coerente coesione sociale e territoriale.

---

<sup>164</sup> Cfr. art. 1, comma 7, direttiva Red III, laddove inserisce il nuovo art. 16-*quinquies* nella direttiva 2018/2001/UE, rubricato «Procedura di rilascio delle autorizzazioni per l'installazione di apparecchiature per l'energia solare».

<sup>165</sup> Cfr. art. 1, comma 7, direttiva Red III, che inserisce il nuovo art. 16-*septies* nella direttiva 2018/2001/UE, rubricato «Interesse pubblico prevalente».

In tale contesto si è inserita la Comunicazione della Commissione europea dell'11 dicembre 2019 sul *Green Deal* europeo<sup>166</sup>, in cui la stessa ha riformulato «su nuove basi l'impegno ad affrontare i problemi legati al clima e all'ambiente».

Il *Green Deal* europeo ha dato vita ad una nuova 'rivoluzione verde', il cui ambizioso obiettivo è quello di trasformare l'Unione europea in un'economia a zero emissioni nette di gas ad effetto serra entro il 2050. A tale obiettivo finale, sono stati affiancati alcuni obiettivi intermedi, fissati al 2030: la diminuzione delle emissioni di gas ad effetto serra del 55% rispetto al 1990; l'aumento al 32% della quota di fonti rinnovabili, aumentato ad «almeno il 40%» dal pacchetto *Fit for 55%* e al 45% dalla direttiva Red III; il miglioramento dell'efficienza energetica del 32,5%, aumentato al 36-39% sempre dal pacchetto *Fit for 55%*. Tali obiettivi sono perseguiti anticipando proposte legislative, piani d'azione e strumenti finanziari strumentali a rendere ecosostenibili settori chiave per lo sviluppo e la crescita coesa dell'Unione stessa, quali i trasporti, la produzione energetica, l'industria e, più in generale, lo stile di vita dei cittadini europei. Ciò in quanto – ad avviso della Commissione – una transizione verde e giusta deve trovare riscontro in tutte le politiche dell'Unione e degli Stati membri.

La *road map* tracciata dalla Commissione è articolata e ispirata ai principi cardine dell'ordinamento sovranazionale, vale a dire, tra tutti, alla sostenibilità ambientale, alla solidarietà (per cui occorre finanziare e incentivare la transizione verde senza lasciare nessun territorio indietro) e alla integrazione. Con un'aggiunta fondamentale: *do not significant harm*, «non arrecare un danno significativo»<sup>167</sup>. La Commissione chiarisce, infatti, che l'attuazione delle singole azioni non deve arrecare danno all'ambiente e, a garanzia, stabilisce che ogni proposta legislativa

<sup>166</sup> COM(2019) 640 final. Benché di *Green New Deal* si sia cominciato a parlare già nel 2008 con il rapporto del *Green New Deal Group*, *A Green New Deal: Joined-Up Policies to Solve the Triple Crunch of the Credit Crisis, Climate Change and High Oil Prices*, consultabile su *neweconomics.org*, al quale ha fatto seguito il rapporto dello *United Nations Environment Programme* (UNEP) del 2009, *Rethinking the Economic Recovery: A Global Green New Deal*, consultabile su *unep.org*. Sul punto, v. A. Moliterni, *Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 1, 2021, 4; J. Rifkin, *Un Green New Deal Globale. Il crollo della civiltà dei combustibili fossili entro il 2028 e l'audace piano economico per salvare la terra*, Milano, 2020. In generale, sul *Green Deal* europeo e sull'obiettivo del raggiungimento della neutralità climatica, v. D. Bevilacqua, E. Chiti, *Green Deal. Come costruire una nuova Europa*, Bologna, 2024.

<sup>167</sup> L'importanza del principio si ricava dal successivo regolamento tassonomia 2020/852/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento 2019/2088/UE. Il regolamento stabilisce i «criteri per determinare se un'attività economica possa considerarsi ecosostenibile, al fine di individuare il grado di ecosostenibilità di un investimento» (art. 1); individua inoltre sei obiettivi ambientali: ossia, la mitigazione dei cambiamenti climatici; l'adattamento ai cambiamenti climatici; l'uso sostenibile e la protezione delle acque e delle risorse marine; la transizione verso un'economia circolare; la prevenzione e la riduzione dell'inquinamento; la protezione e il ripristino della biodiversità e degli ecosistemi; introduce la tassonomia delle attività economiche ecocompatibili, che consiste in una classificazione delle attività che possono essere ritenute sostenibili per il contributo «sostanziale» offerto nel perseguimento di quegli obiettivi e perché non arrecano danno significativo all'ambiente.

debba contenere una sezione specifica, dedicata alla illustrazione delle modalità di attuazione di tale principio.

In questa cornice, sono state avviate iniziative rilevanti, tra cui: *a)* la *Legge europea sul clima*, con la quale è stato dato carattere vincolante all'obiettivo di ridurre entro il 2030 le emissioni di gas ad effetto serra di almeno il 55%<sup>168</sup>; *b)* il *Piano di azione per l'economia circolare*, diretto ad adottare misure per rendere i prodotti immessi sul mercato europeo riutilizzabili, riparabili e riciclabili<sup>169</sup>; *c)* la *Strategia per la biodiversità*, che contempla l'adozione di misure preordinate a porre rimedio all'uso incontrollato della superficie terrestre e del mare e allo sfruttamento eccessivo delle risorse naturali<sup>170</sup>; *d)* la *Strategia dal produttore al consumatore*, finalizzata a creare un sistema alimentare di prodotti che provengano da un Pianeta sano<sup>171</sup>; *e)* la *Strategia per l'integrazione del sistema energetico*, diretta a superare la compartimentazione dell'attuale sistema energetico<sup>172</sup>; *f)* la *Strategia per l'idrogeno*, che mirava a favorire l'installazione (tra il 2020-2021) di almeno 6 GW di elettrolizzatori per l'idrogeno rinnovabile, destinati a diventare 40 GW tra il 2025 e il 2030, sino a divenire una fonte energetica di larga diffusione tra il 2030 e il 2050<sup>173</sup>; *g)* la *Strategia energie rinnovabili offshore*, preordinata a portare la capacità eolica *offshore* a 300 GW entro il 2050<sup>174</sup>. Tutti questi atti puntano a rafforzare un approccio integrato, capace di coinvolgere nella sfida della neutralità climatica tutti i settori economici e produttivi, dal momento che l'applicazione di logiche settoriali, connotate da regole e dinamiche non sempre coincidenti, sarebbe risultata inadatta e controproducente.

Il perseguimento degli obiettivi fissati passa necessariamente, oltre che per la semplificazione del diritto ambientale europeo e lo snellimento delle procedure autorizzatorie<sup>175</sup>, per l'impiego di ingenti risorse economiche e pertanto, a tal fine, è stato istituito il *Meccanismo per una transizione giusta*, incentrato su tre strumenti: il *Fondo per una transizione giusta*, volto a sostenere economicamente le imprese e le persone<sup>176</sup>; il *Fondo InvestEU*, che opera tramite la concessione di garanzie per le operazioni di finanziamento e di investimento inerenti alle politiche interne

<sup>168</sup> Regolamento 2021/2119/UE.

<sup>169</sup> Il Piano è stato prestato dalla Commissione europea l'11 marzo 2020.

<sup>170</sup> La Strategia è stata presentata dalla Commissione europea il 20 maggio 2020.

<sup>171</sup> Anche tale Strategia è stata presentata dalla Commissione europea il 20 maggio 2020.

<sup>172</sup> Presentata dalla Commissione europea l'8 luglio 2020.

<sup>173</sup> *Ibidem*.

<sup>174</sup> Presentata dalla Commissione europea il 19 novembre 2020.

<sup>175</sup> Sul punto, v. R. Ruge, *The Reality Gap: Simplification of Environmental Law as Key for the Acceleration of Permit Procedures for Europe's Green Deal*, in *Eur. Energy Environ. Law Rev.*, 31, 4, 258 ss., secondo cui il «reality gap» tra gli ambiziosi obiettivi dell'Unione Europea in materia di clima e di energie rinnovabili e il fallimento dovuto alle gravose procedure di autorizzazione sta nel fatto che la legislazione ambientale europea possa essere o meno semplificata.

<sup>176</sup> Cfr. regolamento 2021/1056/UE.

dell'Unione europea<sup>177</sup>; lo *Strumento di prestito per il settore pubblico*, finalizzato a veicolare ed incrementare gli investimenti pubblici per una transizione giusta<sup>178</sup>.

Dal collegamento tra le misure contenute nel *Clean Energy Package* e quelle del *Green deal* europeo, emerge il rapporto di strumentalità bidirezionale<sup>179</sup> tra gli obiettivi energetici e l'obiettivo della neutralità climatica, destinati a proseguire all'unisono lungo la stessa strada.

Il ritmo della 'rivoluzione verde' europea è stato però condizionato dall'emergenza pandemica da Covid-19 che ha colpito (anche) il vecchio continente. Così, per far fronte alle difficoltà da essa generate, nel maggio del 2020, in continuità rispetto al *Green Deal*, la Commissione ha proposto *Next Generation EU*<sup>180</sup>, un piano di ripresa col quale l'Unione ha stanziato risorse consistenti a vantaggio dei Paesi membri che avessero presentato un piano di ripresa e resilienza serio, strutturale e coerente con gli obiettivi europei, tra cui quelli ambientali. Il programma è incentrato sulla coesione economica, sociale e territoriale dell'Unione, da conseguire attenuando l'impatto sociale ed economico della crisi provocata dalla pandemia da Covid-19 e contribuendo col massimo sforzo all'attuazione del pilastro dei diritti sociali, della transizione verde, perseverando quindi sulla strada della neutralità climatica entro il 2050. Il messaggio veicolato dal programma è quello di accelerare la transizione verde attraverso una ripresa collettiva e coesa dalla crisi determinata dalla pandemia per rafforzare la competitività e la resilienza dell'Unione europea.

Pertanto, nel solco di quanto già affermato nel *Green Deal*, durante la pandemia, con il *NextGenerationEU*, l'Unione ha confermato la sua scelta solidaristica, perseguendo una ripresa equa e inclusiva, che affronta le disuguaglianze acute dalla crisi e promuove la coesione territoriale. A garanzia del risultato, a più riprese, l'Unione europea ha invocato la stretta collaborazione con gli Stati membri, le parti sociali, la società civile e i soggetti interessati.

Uno dei pilastri del programma anzidetto è il *Recovery and Resilience Facility*, vale a dire il Dispositivo europeo per la ripresa e la resilienza, istituito dal regolamento 2021/241/UE, che racchiude una dotazione di 672,5 miliardi di euro spartiti fra 360 miliardi di prestiti e sovvenzioni. Questo regolamento muove dal presupposto che un mercato interno funzionante e investimenti nella ricerca e nelle tecnologie verdi, nella transizione verso l'energia pulita e nella promozione dell'efficienza energetica in settori economici fondamentali sono requisiti essenziali per una crescita giusta, inclusiva e sostenibile. E l'obiettivo del regolamen-

<sup>177</sup> Cfr. regolamento 2021/523/UE.

<sup>178</sup> Cfr. regolamento 2021/1229/UE.

<sup>179</sup> Cfr. F. Vetrò, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica. Profili di governance: efficienza energetica ed energie rinnovabili nel "nuovo ordinamento" dell'energia*, cit., 70.

<sup>180</sup> Cfr. COM(2020) 442 final, del 27 maggio 2020.

to è proprio quello di promuovere la coesione sociale, territoriale ed economica dell'Unione attraverso il miglioramento della capacità di resilienza, di preparazione alla crisi nonché il sostegno alla transizione verde e al raggiungimento dell'obiettivo della neutralità climatica entro il 2050<sup>181</sup>.

Questo regolamento stimola considerazioni sul carattere integrato delle politiche europee, nella parte in cui stabilisce che i piani nazionali devono definire programmi di riforme e investimenti pubblici, coerenti con l'azione europea; per ottenere i contributi finanziari richiesti i Piani devono rispettare il principio «non arrecare danno significativo all'ambiente». In particolare, i piani devono racchiudere una descrizione delle misure previste per affrontare la situazione socio economica in cui versa lo Stato membro e delle misure di partecipazione attiva per la soddisfazione di «tutti» i pilastri del *NextGenerationEU*, ossia la transizione verde, la trasformazione digitale, la crescita sostenibile e inclusiva del mercato, la coesione sociale e territoriale, la salute e la resilienza economica, sociale e istituzionale, le politiche per la prossima generazione, l'infanzia e i giovani, come l'istruzione e le competenze<sup>182</sup>.

Più in dettaglio, poi, il regolamento invoca il principio del «*do not significant harm*», stabilendo in pratica che nessuna misura per l'attuazione delle riforme e degli investimenti inclusi nel piano deve arrecare un danno significativo agli obiettivi ambientali ai sensi dell'articolo 17 del regolamento 2020/852/UE citato<sup>183</sup>; ancora, impone allo Stato membro di indicare nel dettaglio se le misure dedicate alla transizione verde rappresentano almeno il 37% della dotazione totale del piano per la ripresa e la resilienza. Insomma, il regolamento introduce due vincoli significativi per gli Stati membri nella formulazione del piano nazionale: l'osservanza del principio *do not significant harm*; la previsione di misure e risorse almeno pari al 37% da destinare alla transizione verde<sup>184</sup>. Sul piano nazionale italiano si formuleranno puntuali considerazioni appresso.

Oltre all'impiego di ingenti risorse, il perseguimento degli obiettivi della 'transizione verde' europea richiede un costante sforzo dell'Unione nel monitoraggio degli interventi e delle strategie nazionali. Il che spiega le ragioni per cui, già nel regolamento, l'Unione si è curata di vincolare gli Stati membri ad adottare riforme non nocive dell'ambiente e, nel regolamento Tassonomia, si è preoccupata di vincolare (anche) i privati ad adottare concrete politiche imprenditoriali sostenibili. Il tutto in una irrinunciabile ottica di integrazione sia delle politiche europee, energia e clima come visto, sia degli interventi pubblici e privati.

---

<sup>181</sup> Cfr. art. 4, regolamento 2021/240/UE.

<sup>182</sup> Cfr. art. 3, regolamento 2021/241/UE.

<sup>183</sup> Cfr. art. 2, par. 1, punto 6), regolamento 2021/241/UE.

<sup>184</sup> Cfr. art. 16, par. 2, regolamento 2021/241/UE.



Salva l'assoluta rilevanza delle politiche fin qui menzionate, occorre registrare un ulteriore, recente accadimento, che ha sconvolto la strategia europea (e non solo): l'aggressione russa a danno dell'Ucraina<sup>185</sup>. La crisi energetica che ne è derivata ha messo in evidenza la debolezza dell'Europa sul fronte dell'approvvigionamento energetico e la sua estrema dipendenza dalle importazioni estere. Questa situazione ha, ancora una volta, rischiato di compromettere la strategia europea di crescita sostenibile, basata, come visto, (anche) sulla transizione energetica e, in particolare, sul progressivo abbandono delle fonti fossili di energia. Sennonché, per far fronte a tali difficoltà, la Commissione europea ha annunciato l'adozione di un piano di azione comune per un'energia più sicura, più sostenibile e a prezzi più accessibili<sup>186</sup>, finalizzato a ridurre nel minor tempo possibile la dipendenza energetica dell'Europa dai combustibili russi, diversificando l'approvvigionamento energetico, con una accelerazione nella realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili e un maggiore incremento dell'efficienza energetica. Il piano, denominato *REPowerEU*, è stato adottato nel maggio del 2022<sup>187</sup> e la sua attuazione ha richiesto agli Stati membri l'integrazione dei rispettivi piani per la ripresa e la resilienza con la previsione di capitoli specifici e dedicati: *a*) all'efficienza energetica e alla riduzione della domanda attraverso il miglioramento delle infrastrutture energetiche e operazioni di stoccaggio dell'energia elettrica; *b*) alla decarbonizzazione dell'industria; *c*) all'accelerazione della diffusione delle energie rinnovabili e all'aumento dell'uso di idrogeno ottenuto senza combustibili fossili; *d*) alla promozione del trasporto a zero emissioni; nonché *e*) alla riqualificazione formativa dei lavoratori e alla lotta alla povertà energetica.

Tuttavia, tali obiettivi si sono ben presto scontrati con le esigenze di imprese, comunità e famiglie e, quindi, con il fabbisogno energetico dello Stato, in aumento nei mesi invernali. Sicché, limitandosi all'Italia, ad esempio, con d.l. 17 maggio 2022, n. 50, il Governo ha approvato misure urgenti in materia di politica energetica, prevedendo l'incremento della capacità di rigassificazione nazionale mediante unità galleggianti di stoccaggio e rigassificazione da allacciare alla rete di trasporto esistente, «in considerazione della necessità di diversificare le fonti di approvvigionamento di gas ai fini della sicurezza energetica nazionale, fermi restando i programmi di decarbonizzazione del sistema energetico nazionale» (art. 5), nonché, addirittura, «tenuto conto della situazione di eccezionalità che giustifica la massimizzazione dell'impiego degli impianti» di quattro centrali a carbone: quelle di Brindisi, Civitavecchia, Fusina e Monfalcone (art. 12).

<sup>185</sup> Su cui, v. F. Vetrò, *Il ritorno dell'intervento pubblico al tempo della crisi energetica*, in W. Giulietti-F. Politi (a cura di), *Metamorfosi del diritto amministrativo. Liber amicorum per Nino Longobardi*, Napoli, 2023, 449 ss.

<sup>186</sup> Cfr. COM(2022) 108 final, dell'8 marzo 2022.

<sup>187</sup> Cfr. COM(2022) 230 final, del 18 maggio 2022.

Pertanto, nonostante i buoni propositi, l'impatto con le difficoltà concrete relative alla sicurezza e agli approvvigionamenti energetici ha richiesto la riapertura di centrali a carbone e la costruzione di rigassificatori e gasdotti per diversificare la domanda di gas, con la conseguenza che tali obiettivi si sono financo sovrapposti a quello della transizione ecologica (e, con essa, della transizione energetica)<sup>188</sup>. Non solo, il conflitto armato e la contestuale adozione di misure di ritorsione energetica da parte della Russia hanno dimostrato che i tempi e il costo della transizione sono più lunghi di quanto si auspicasse. Ciò perché, banalmente, l'Unione non dispone delle risorse e delle materie prime necessarie per garantire il soddisfacimento del fabbisogno energetico soltanto attraverso energia prodotta da fonti rinnovabili, né per raggiungere nel breve periodo una indipendenza nella loro produzione e raggiungere l'obiettivo fissato con il *Clean Energy Package* di conseguire la *leadership* mondiale nel campo delle energie rinnovabili<sup>189</sup>.

Di conseguenza, nel breve periodo, l'impegno assunto dall'Unione e, quindi, dagli Stati membri è quello di diversificare le fonti di energia, ricorrendo tanto a fonti rinnovabili quanto al gas e persino all'energia nucleare<sup>190</sup>, e di agevolare forme di utile integrazione tra produzione di energia e attività produttive e, allo

---

<sup>188</sup> In argomento si v. F. Vetrò, *Lotta ai cambiamenti climatici e 'Stato innovatore Impresa pubblica'*, in Aa. Vv., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, 5247 ss., spec. 5249. Secondo l'A., all'interno dell'ordinamento euro-unitario e di quello dei singoli Stati membri, il rapporto di strumentalità tra gli obiettivi energetici e l'obiettivo della neutralità climatica si traduce nella correlazione tra le misure del *Clean energy package* e quelle del *Green deal* europeo.

<sup>189</sup> Proprio per rafforzare la sicurezza e l'autonomia europee nella produzione di energia da fonti rinnovabili, in mancanza di un regime regolatorio comune e condiviso a livello internazionale, la Commissione, sulla base dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, ha recentemente adottato il *Critical Raw Material Act*, una proposta di regolamento (COM(2023) 160 final, del 16 marzo 2023) volta a migliorare il funzionamento del mercato interno istituendo un quadro atto a garantire l'accesso dell'Unione a un approvvigionamento sicuro e sostenibile di materie prime strategiche, ossia 34 materie prime critiche per l'industria europea, fra cui il litio, il manganese, il cobalto e le terre rare, che assumono una strategica importanza economica per la loro applicazione nel settore tecnologico e in quello industriale, risultando fondamentali, fra le altre cose, per l'eolico, la produzione di pannelli fotovoltaici e quella di batterie. La proposta di regolamento interviene fissando degli obiettivi puntuali al 2030 per raggiungere una maggiore autonomia: a) almeno il 10% del consumo annuale di ciascuna materia prima critica deve essere estratto in Europa; b) almeno il 40% deve provenire da raffinazione in Europa; c) almeno il 15% deve provenire da attività di riciclaggio; d) non più del 65% dell'importazione di ciascuna materia prima può provenire da un unico Paese. Il CRMA interviene, inoltre, sui procedimenti autorizzatori riguardanti i progetti strategici per la realizzazione di impianti di estrazione e raffinazione di tali materie prime. In particolare, l'intervento è finalizzato a ridurre gli oneri amministrativi per le imprese e a semplificare e velocizzare i procedimenti, i quali non dovranno superare i 24 mesi per i progetti strategici che prevedono l'estrazione e i 12 mesi per quelli che prevedono esclusivamente la trasformazione o il riciclaggio. Infine, fra gli interventi previsti con il CRMA, di particolare interesse è la creazione di catene di approvvigionamento interne all'Unione e il loro monitoraggio. L'esistenza di catene di approvvigionamento localizzate è, infatti, fondamentale per una sicurezza economica e strategica a lungo termine, dal momento che consente di mantenere il controllo delle risorse, senza dover dipendere da Stati terzi con il rischio di interruzioni nella catena e di manipolazioni del materiale, al contempo riducendo l'impatto ambientale, evitando i trasporti su lunghe distanze.

<sup>190</sup> A questo riguardo, 21 aprile 2021 con il regolamento delegato 2021/2139/UE la Commissione ha apportato una serie di modifiche al regolamento 2020/852/UE sulla tassonomia, includendovi l'energia nucleare.

stesso tempo, inquinanti. È esemplificativo il caso degli impianti agrivoltaici, che permettono al produttore di utilizzare il terreno sia per produrre energia fotovoltaica, tramite l'installazione di pannelli solari, sia per esercitare l'attività agropastorale. L'importanza dell'integrazione risiede nel fatto che proprio le irrinunciabili attività produttive sono climalteranti e, pertanto, il compromesso agevolato dalla ricerca tecnologica permette (almeno) di ridurre, fin da subito, l'impatto sul clima attraverso la produzione e l'utilizzo contestuali di energia pulita.

### 3.4. *La rivoluzione verde europea alla prova della crisi economica e della crisi energetica: tra principi vecchi e nuovi, nuovi assetti di interessi e di competenze*

I più recenti interventi europei sull'argomento fin qui illustrati, a partire dal *Green Deal*, hanno tracciato la via per una nuova rivoluzione verde, i cui punti saldi sono essenzialmente due: la tutela ambientale come leva per la ripresa del vecchio continente dopo l'emergenza sanitaria e la conseguente crisi economica, nonché come mezzo di contenimento del fenomeno del cambiamento climatico; l'autonomia dell'approvvigionamento energetico. L'Unione europea ha applicato, dunque, su larga scala l'approccio integrato, di cui s'è detto, clima-energia.

Si può persino ritenere che gli ultimi accadimenti geopolitici abbiano ulteriormente rafforzato quell'approccio, mettendo sotto i riflettori la transizione energetica come spinta acceleratrice della transizione ecologica. Il che ha avuto l'ulteriore, significativo effetto di delineare, per quel che importa di più, un assetto di interessi, tutela dell'ambiente, lotta al cambiamento climatico, approvvigionamento energetico, difesa del suolo, paesaggio *et similia*, non sempre equiordinati e neppure allineati. Nel tentativo di cercare una loro ordinazione, hanno particolare rilievo il principio di integrazione<sup>191</sup> e il principio *do not significant harm*<sup>192</sup>.

Il primo, infatti, ha via via determinato una sorta di integrazione tra le discipline degli interessi menzionati (in chiave esemplificativa, ma non tassativa); il secondo, invece, ha prodotto un salto di qualità della tutela ambientale che, pur

<sup>191</sup> In dottrina, v. L. Krämer, *The Genesis of EC Environmental Principles*, in R. Macrory (a cura di.), *Principles of European Environmental Law*, Groningen, 2004, 34 ss.; F. Rolando, *L'integrazione delle esigenze ambientali nelle altre politiche dell'Unione europea*, Napoli, 2021.

<sup>192</sup> In argomento, v. F. Spera, *Da valutazione "non arrecare un danno significativo" a "principio DNSH": la codificazione di un nuovo principio europeo e l'impatto di una analisi trasversale rivolto al futuro*, in *I Post di AISDUE, IV - Sezione "Atti convegni AISDUE"*, 2022, 34; A.S. Bruno, *Il PNRR e il principio del Do Not Significant Harm (DNHS) davanti alle sfide territoriali*, in *Federalismi.it*, 2022, 8; C. De Vincenti, *Il principio "do not significant harm": due possibili declinazioni*, in *Astrid Rassegna*, 2022, 2; R. Rota, *Riflessioni sul principio "Do Not Significant Harm" per le valutazioni di ecosostenibilità: prolegomeni per un nuovo diritto climatico-ambientale*, in *Astrid Rassegna*, 2021, 10.

non arrivando ad essere tiranna rispetto alle altre tutele, ha comunque significato una forte ascesa dei profili ambientali in tutte le politiche dell'azione amministrativa e privata. A tal punto da diventare, come anticipato, un limite interno a ciascuna politica, ossia una sorta di immanente campanello pronto a suonare ogni qualvolta l'opera dell'uomo, politico, amministrativo, economico, comune non sia conforme ai principi dell'azione sostenibile e neppure persegua gli obiettivi ambientali cristallizzati dal legislatore europeo nel regolamento tassonomia, cioè la mitigazione dei cambiamenti climatici; l'adattamento ai cambiamenti climatici; l'uso sostenibile e la protezione delle acque e delle risorse marine; la transizione verso un'economia circolare; la prevenzione e la riduzione dell'inquinamento; la protezione e il ripristino della biodiversità e degli ecosistemi.

Sebbene, infatti, il regolamento tassonomia soddisfi una ragione pratica precisa, vale a dire stabilire criteri uniformi per determinare se un'attività economica possa considerarsi ecosostenibile allo scopo di individuare il grado di ecocompatibilità di un investimento, è indubbio che esso accresce la cornice normativa di riferimento della transizione ecologica.

La sostenibilità e la transizione verso un'economia sicura, climaticamente neutra, resiliente ai cambiamenti climatici, più efficiente in termini di risorse e circolare sono aspetti fondamentali per garantire la competitività dell'economia dell'Unione nel lungo termine. Da molto tempo la sostenibilità è il perno del progetto unionale; i Trattati, così come via via integrati e modificati, ne rispecchiano la dimensione sociale e rimarcano un metodo sistemico basato, come visto, sull'ecosostenibilità per affrontare le esternalità negative del nostro tempo, il cambiamento climatico, appunto, la perdita di biodiversità, il consumo eccessivo di risorse a livello mondiale, la scarsità alimentare, la riduzione dello strato di ozono, l'acidificazione degli oceani, il deterioramento del sistema di acqua dolce e i cambiamenti di destinazione dei terreni, nonché l'emergere progressivamente di nuove minacce, come lo sfruttamento di sostanze chimiche pericolose etc.

Il secondo principio, *do not significant harm*, con cui nella sostanza le Istituzioni europee hanno vincolato gli Stati nazionali ad adottare riforme strutturali che collochino i Paesi europei a pieno titolo nel processo di transizione verde (e digitale), rispettando le regole minime di tutela ambientale, si è rivelato innovativo e importante per più ragioni: prima di tutto, rappresenta la volontà dell'Unione europea di concretizzare l'impegno per l'affermazione di una Unione sostenibile e per la tutela delle generazioni future; poi, produce il superamento del principio di integrazione nel senso che, oggi, tutte le politiche dell'Unione possono essere realizzate nei limiti in cui non producono danni all'ambiente; non è, dunque, sufficiente che le finalità di protezione ambientale si integrino con le altre politiche, ma occorre piuttosto assicurare che l'ambiente non sia in alcun modo compromesso.

L'importanza del principio si ricava altresì dal fatto che esso ha plurimi destinatari: è indirizzato, prima di tutto, allo Stato e agli attori pubblici del processo di transizione perseguito dall'Unione; nondimeno, ha ricadute concrete sugli attori privati, in quanto destinatari ultimi delle riforme avviate dagli Stati e, comunque, in quanto operatori economici interessati ad attrarre investimenti e contributi. Il principio è, dunque, multivettoriale oltre che trasversale perché interessa attori pubblici e privati. Questa multivettorialità, che coinvolge tutti gli attori dei processi politici, economici e sociali, garantisce altresì la non regressione<sup>193</sup> delle misure di protezione ambientale soprattutto nella contingente fase di crisi economica e di crisi energetica, in qualche maniera scatenate e aggravate dalla pandemia e, poi, dai conflitti bellici.

Il principio in argomento è la lente di ingrandimento del ruolo che, in questa particolare fase storica, l'Unione europea ha ritagliato per sé: quello di *leader* nei rapporti con il resto del Mondo, pur con le carenze strutturali di cui s'è anticipato, ma anche quello di demiurgo dei passi in avanti degli Stati membri. Nei rapporti con i Paesi dell'Unione, infatti, l'Europa sta conquistando posizioni di forza. Il che va ben oltre la nota cessione di sovranità accettata e condivisa dai Paesi membri (talvolta contestata) perché, a ben vedere, l'Unione europea sta progressivamente sfruttando la materia ambientale, peraltro concorrente, per contaminare anche tutte le altre politiche di interesse europeo. Il meccanismo messo a punto con il regolamento dispositivo e attuato per il tramite del principio *do not significant harm* determina un circolo vizioso per cui gli Stati membri interessati alle risorse devono assecondare le spinte europee verso la transizione, avviando un processo di riforma strutturale che sia confacente alle condizioni europee imposte.

L'argomento ha i caratteri della ragionevolezza perché la spendita delle risorse europee deve avvenire in coerenza con le regole e con le scelte dell'Unione medesima anche per evitare che proprio la circolazione di risorse all'interno degli Stati membri provochi un'alterazione e una deviazione dalle regole della concorrenza; ha i caratteri altresì dell'autorevolezza e del vincolo nella misura in cui il mancato rispetto delle condizioni europee preclude l'accesso alle risorse da parte dei Paesi richiedenti.

---

<sup>193</sup> Per un approfondimento del principio di non regressione v. M. Monteduro, *Crucialità, criticità e complessità del dibattito sul principio di non regressione ambientale*, in *Rivista quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2021, 2, 4 e ss.; Id., *Principi del diritto dell'ambiente e conformazione della discrezionalità amministrativa: sviluppo sostenibile e non regressione*, in F. Pubusa, D. Marongiu (a cura di), *Ambiente, paesaggio, territorio. Principi e vicende* Napoli, 2017, 149 ss; L. Colella, *Il principio di 'non regressione ambientale' al centro del Global Pact of Environment: il contributo dell'esperienza francese al diritto ambientale comparato*, in *Dir. giur. agr. alim. amb.*, 2019, 2, 1 ss.

Sicché la transizione sta innovando (anche) il rapporto tra Unione europea e Stati membri, assecondando una forte spinta accentratrice verso l'alto, ovvero verso l'Unione.

Agli Stati membri resta di riempire di contenuto gli spazi lasciati vuoti dall'Unione in ossequio, ormai solo formale, al principio di sussidiarietà, attraverso la pianificazione e la programmazione, capillare e puntuale, di riforme, interventi, azioni e investimenti mirati.

#### 4. *La lotta ai cambiamenti climatici nel diritto nazionale*

È emerso fin qui il crescente interesse, prima e più generale, per la tutela ambientale e, poi, più in particolare, per l'emergenza climatica. Quest'ultima ha catalizzato l'attenzione degli attori internazionali che, dagli anni '90 in poi, ossia dalla Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, hanno avviato il dibattito sull'argomento, dovendo tuttavia affrontare una serie di resistenze e di debolezze dovute alla specificità del tema, su cui la scienza si è sviluppata via via, e alla pluralità e allo spessore degli interessi coinvolti. Su quest'ultimo profilo, si rammentano le perplessità che hanno connotato l'ultima COP, accolta dal Paese maggior produttore di combustibili fossili.

Ciò nondimeno, come anticipato, il diritto internazionale è stato la culla delle prime tensioni e delle prime attenzioni sui cambiamenti climatici e ha fatto da sfondo all'esponentiale interesse e al crescente impegno assunto dall'Unione europea nel raggiungimento dell'obiettivo ambizioso della neutralità climatica, articolato nella miriade di comunicazioni, piani e programmi visti fin qui, tutti concentrati principalmente sull'imposizione di vincoli agli Stati membri per una svolta *green*, soprattutto – nella prospettiva della ricerca – nella produzione di energia elettrica.

I vincoli innanzi detti sono ben rappresentati, al livello nazionale, nel Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima<sup>194</sup> (da qui, anche PNIEC) e nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (da qui, anche PNRR).

Il primo è un documento di tipo programmatico con cui l'Italia, in piena condivisione dell'impegno europeo per la decarbonizzazione dei sistemi energetici ed economici e per il raggiungimento del ruolo di guida dell'Unione nella lotta ai cambiamenti climatici sulle altre economie mondiali, definisce la strategia di lungo termine per raggiungere gli obiettivi anzidetti.

---

<sup>194</sup> L'ultimo in ordine di tempo è stato presentato il 4 luglio 2023 dal Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica alla Commissione Europea.

Il piano è articolato in cinque dimensioni che tengono conto degli indirizzi europei e mettono in primo piano gli obiettivi specifici che dovranno essere realizzati entro il 2030. Tra questi è utile ricordare la riduzione delle emissioni di gas serra in base al pacchetto *Fit for 55%*, relativo alla riduzione delle emissioni di gas serra e alla transizione verso un'economia a basse emissioni di carbonio; la promozione di una produzione industriale a basse emissioni di carbonio con l'implementazione di tecnologie più sostenibili; la promozione dell'elettrificazione nel *mix* energetico; il potenziamento del mercato interno dell'energia e nella promozione, nello sviluppo e nell'uso di idrogeno verde.

Il piano formulato nell'ultimo anno aggiorna il precedente, risalente al 2019, prendendo atto dell'impatto della pandemia e del conflitto in Ucraina sul contesto geopolitico, economico ed energetico internazionale: sicché, esso persegue la decarbonizzazione con la riduzione delle emissioni e l'incremento delle energie rinnovabili nei settori elettrico, termico e dei trasporti; l'efficienza energetica con l'implementazione delle direttive in materia e la prestazione energetica degli edifici, focalizzandosi in particolare su ristrutturazione, elettrificazione, isolamento termico e automazione; la sicurezza energetica con una migliore gestione degli effetti degli eventi bellici, della volatilità dei mercati e dei prezzi del combustibile, ma anche con il potenziamento delle infrastrutture per la sicurezza degli approvvigionamenti energetici; il mercato interno con l'integrazione dei mercati energetici europei e il rafforzamento del ruolo dell'Italia come *hub* energetico europeo; la ricerca, l'innovazione e la competitività con lo sviluppo di nuove tecnologie e la promozione della competitività nel settore energetico.

Le parole chiave che contraddistinguono il piano sono diffusione, efficienza, sicurezza e ricerca e gli obiettivi generali perseguiti sono, pertanto, individuabili: *a)* nella riduzione delle emissioni inquinanti e climalteranti attraverso la disseminazione di sistemi di produzione di energia rinnovabile; *b)* nel miglioramento del livello di sicurezza energetica; *c)* nella decarbonizzazione dell'economia. Senonché a questi scopi, il piano contempla il raggiungimento del 65% di energia da fonti rinnovabili nei consumi elettrici, del 40,5% di rinnovabili nei consumi finali lordi di energia, nonché una significativa riduzione delle emissioni complessive di gas serra (-62% rispetto al 2021), soprattutto in quei settori – come i trasporti e, in particolare, gli spostamenti lunghi su gomma – che incidono in misura significativa sulla produzione di emissioni climalteranti. Prevede altresì lo sviluppo dell'energia principalmente fotovoltaica (utilizzando superfici già costruite o comunque non idonee ad altri usi, anche mediante grandi impianti fotovoltaici a terra) ed eolica, in specie *offshore*; la promozione di sistemi di accumulo di lungo termine delle fonti rinnovabili (*recte*, dell'energia prodotta) per evitare l'*over-generation*, ossia situazioni in cui la produzione di energia è eccessiva rispetto al

bisogno al fine sia di consentirne poi sia l'impiego in orari in cui la produzione è inferiore sia di ridurne il costo.

Il che dimostra che il PNIEC segue la strada solcata dall'Unione europea, contribuendo a guidare il nostro Paese nel processo di transizione verso un sistema di vita, di produzione e di consumo sostenibili.

Il PNIEC è, in buona sostanza, uno strumento pianificatorio di indirizzo. Diversamente, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza è un piano che contiene prescrizioni e *deadline* vincolanti.

Inoltre, nella presente indagine, quest'ultimo piano ha rappresentato la cartina tornasole perché esso recepisce pienamente la strategia di crescita e di ripresa solidaristica dell'Unione europea, adeguandosi ai vincoli imposti a partire dal regolamento dispositivo (con cui, come ricordato, l'Unione ha stabilito che, per ottenere le risorse richieste, gli Stati membri devono adottare riforme innovative e, soprattutto, verdi, dedicando alla transizione verde (almeno) il 37% delle somme), e, veicolandoli all'interno delle politiche nazionali, influenzando in via derivata, ma non meno decisiva, anche l'azione degli operatori privati e della comunità civile sulla base del convincimento che l'attuazione del piano stesso necessiti del coinvolgimento del sistema privato. Del resto, sia sufficiente considerare che per le Amministrazioni pubbliche è già risultato difficile stare al passo del piano; sicché, la partecipazione dei privati è indefettibile. Per questa ragione, il piano è diventato uno strumento di attrazione di progettualità, *know how* e competenze del sistema privato, nonché veicolo di promozione di forme di partenariato innovativo e/o sociale che soddisfino le pretese di rilievo pubblico con il contributo privato.

Con specifico riferimento alla Missione Rivoluzione verde e Transizione Ecologica, il piano nazionale persegue l'obiettivo di accelerare il processo di transizione ambientale, equa e inclusiva. La Missione in parola è articolata in quattro sub-missioni: *a)* economia circolare e agricoltura sostenibile; *b)* energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile; *c)* efficienza energetica e riqualificazione degli edifici; *d)* tutela del territorio e della risorsa idrica. Tutte puntano sulla crescita di energia prodotta da fonti rinnovabili, sullo sviluppo di impianti di produzione di biometano, sulla semplificazione delle procedure per gli impianti *onshore* e *offshore*, sul potenziamento delle infrastrutture di rete e *smart grids* e sulla promozione dell'utilizzo dell'idrogeno verde; promuovono altresì, come anticipato, il coinvolgimento privato attraverso una sorta di 'sussidiarietà energetica'<sup>195</sup>, incentivando l'istituzione di comunità energetiche. Si tratta di obiettivi

---

<sup>195</sup> S. Amorosino, *La conversione energetica delle centrali elettriche quale misura di attuazione del Pniec e del Pnrr*, in G.F. Cartei (a cura di), *Energie rinnovabili e Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, Napoli, 2022, 39. In argomento v. anche P. Novaro, *Le comunità energetiche nuova declinazione del paradigma sussidiario*, cit.; R. Miccù, M. Bernardi, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, cit.



ambiziosi, ma allo stesso tempo necessari e, comunque, necessitati per consentire via via lo svincolo delle risorse europee.

Finora gli ostacoli frapposti all'implementazione della transizione sono stati numerosi e significativi<sup>196</sup>: a titolo esemplificativo la pluralità di centri decisionali, non inclini alla collaborazione, la continua e ipertrofica produzione normativa, la rigidità di vincoli, ambientali, paesaggistici e culturali, concepiti dalle Amministrazioni preposte alla loro tutela in maniera settoriale a tal punto da impedire una visione d'insieme<sup>197</sup>. Sicché, per assicurare il raggiungimento degli obiettivi prefissati, il piano è, prima di tutto, esteso a tutto il territorio nazionale; esso realizza una visione di lungo raggio, contemplando obiettivi, riforme e investimenti da applicare su scala nazionale e introducendo misure di semplificazione e di omogeneizzazione che permettano in qualche maniera di allineare la base su cui il piano medesimo è destinato a incidere.

Il quadro degli interventi rimessi alle risorse (europee) del PNRR è oltremodo variegato e penetrante nelle maglie del sistema Paese e del sistema comunità<sup>198</sup>: esso include, soltanto a titolo d'esempio, l'infrastrutturazione urbana, l'efficienza energetica e l'integrazione funzionale di impianti e reti, lo sviluppo sostenibile delle attività produttive, incluse quelle connesse alla filiera agroalimentare.

In tutti questi settori, nevalgici sia, in generale, per la ripresa del Paese sia, in particolare, per mettere a punto la transizione ecologia, il piglio della pianificazione è di assoluta evidenza e si muove in due direzioni.

La prima direzione è quella che parte dal centro, cioè dallo Stato; individua riforme, stabilisce missioni e pianifica interventi; la seconda è quella che muove dalle periferie, ossia dalle Regioni e dalle autonomie locali su cui ricade il processo – che resta principalmente pianificatorio, nel senso che è sviluppato secondo logiche, ancora una volta, pianificatorie – di messa a terra di quanto è contemplato nel Piano nazionale.

Tenendo in conto l'angolo visuale della ricerca, ossia l'energia pulita come strumento di prevenzione e di gestione dell'emergenza climatica, è stata individuata nel piano una significativa attenzione per lo sviluppo sostenibile delle atti-

<sup>196</sup> Nondimeno, secondo G.F. Cartei, *Transizione energetica ed energie rinnovabili: una introduzione*, in G.F. Cartei (a cura di), *Energie rinnovabile e Piano nazionale di Ripresa e Resilienza*, Napoli, 2022, 16, il piano «rappresenta al contempo il punto di arrivo di un percorso tanto ricco di enunciazioni, quanto talora povero di applicazioni, e l'occasione per fare chiarezza sugli ostacoli che si frappongono alla piena realizzazione di una disciplina fondamentale per raggiungere la neutralità climatica».

<sup>197</sup> V. G.F. Cartei, *Transizione energetica ed energie rinnovabili: una introduzione*, cit., 16, il quale aggiunge «il perdurante *gold-plating*, cioè l'introduzione, in sede di recepimento della normativa dell'Unione Europea, di ulteriori adempimenti non previsti da tale normativa».

<sup>198</sup> Secondo N. Lupo, *Il divieto di invertire la marcia (c.d. reversal) nelle riforme PNRR già adottate: si chiarisce un altro elemento essenziale del nuovo "metodo di governo"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2023, 4 ss., è indubbio che il PNRR «impegna almeno l'intero Stato-ordinamento, se non quello che si usa definire come il "sistema Paese"» (16).

ività produttive<sup>199</sup>. Su questo solco, in particolare, di assoluto rilievo è l'impronta verde lasciata dal piano sulla produzione di energia da fonti rinnovabili<sup>200</sup> con l'attenzione riservata alla logistica dei settori agroalimentare, della pesca e dell'acquacoltura, della silvicoltura, della floricoltura e del vivaismo, oppure alla realizzazione di parchi agricoli<sup>201</sup>, di Comunità energetiche per la realizzazione di impianti di produzione di energia rinnovabile anche accoppiati a sistemi di accumulo di energia (autoproduzione e autoconsumo).

Con riferimento specifico all'installazione degli impianti di produzione di energia rinnovabile, il piano introduce, ancora, prescrizioni c.d. di semplificazione delle procedure autorizzative, strumentali all'installazione dei predetti impianti, nonché di individuazione delle aree idonee e non idonee all'installazione degli stessi impianti. Il piano contempla, cioè, la creazione di un quadro normativo semplificato e accessibile per la realizzazione di impianti di produzione di fonte rinnovabile, l'adozione di una disciplina condivisa con le Regioni e le Amministrazioni statali interessate per la messa a punto di criteri di individuazione delle aree in cui installare gli impianti in parola.

---

<sup>199</sup> Sussistono naturalmente ulteriori profili di attenzione e di interesse all'interno del piano, sui quali, tuttavia, occorre soprassedere in questa sede. Solo per completezza espositiva si rinvia all'ammodernamento della infrastrutturazione, che passa attraverso la previsione di piani per la mobilità sostenibile che agevolino la diffusione delle reti ciclabili in ambito urbano e metropolitano ovvero che diano slancio al trasporto rapido di massa in ambito urbano (all'esito anche del rinnovo di bus e treni verdi, utili a ridurre il trasporto su gomma, reputato particolarmente climalterante); alla previsione sia di interventi diffusi per l'efficienza energetica dell'illuminazione pubblica e dell'edilizia residenziale pubblica e privata sia di aree verdi per il miglioramento della qualità dell'aria, nonché alla progettazione territoriale degli investimenti destinati alle zone economiche speciali (c.d. z.e.s., utili per la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria, nonché per creare reti di collegamento con strade e ferrovie, porti e aree industriali), sempre nell'ottica della sostenibilità dei trasporti e della logistica e, dunque, dell'abbattimento delle emissioni climalteranti.

<sup>200</sup> E ancora: sullo sviluppo del biometano, sulla tutela del territorio e della risorsa idrica attraverso interventi inerenti alla gestione del rischio di alluvioni e alla riduzione del rischio idrogeologico grazie a un programma di interventi strutturali e non strutturali; sullo sviluppo di boschi periurbani ai fini della tutela della qualità dell'aria e della biodiversità; sulla gestione dei parchi nazionali e delle aree marine protette con l'applicazione dell'approccio ecosistemico e del principio di precauzione; sul ripristino ambientale di territori compromessi dai più recenti eventi climatici, sulla gestione delle risorse idriche delle acque interne con garanzia della sicurezza dell'approvvigionamento idrico, della riduzione delle perdite di rete e dell'efficienza dell'agroecosistema irriguo.

<sup>201</sup> Attraverso l'installazione di pannelli ad energia solare sui tetti di edifici a uso produttivo nei settori, agricolo, zootecnico e agroindustriale. È ormai noto che il settore agricolo è responsabile del 10 per cento delle emissioni di gas serra in Europa. L'investimento previsto nel Piano si propone in particolare di migliorare le prestazioni climatico-ambientali e di rendere, allo stesso tempo, l'agricoltura più competitiva, riducendo i costi di approvvigionamento energetico attraverso la diffusione di impianti agro-voltaici di medie e grandi dimensioni. In questo settore particolare rilievo avrà il monitoraggio delle realizzazioni e della loro efficacia, con la raccolta dei dati sia sugli impianti fotovoltaici sia sulla produzione e attività agricola sottostante, perché permetterà di valutare il microclima, il risparmio idrico, il recupero della fertilità del suolo, la resilienza ai cambiamenti climatici e la produttività agricola per i diversi tipi di colture.

Nonostante le buone intenzioni racchiuse nel piano, il decreto di individuazione delle aree<sup>202</sup> del 21 giugno 2024 solleva alcuni dubbi.

Il decreto avrebbe dovuto introdurre regole e criteri specifici per individuare superfici e aree idonee ad accogliere gli impianti di produzione di energia rinnovabile, rimettendo poi alle Regioni l'individuazione puntuale sia di quelle aree, tenendo in conto e le peculiarità locali e le esigenze della comunità di riferimento, sia di una fascia di rispetto dal perimetro degli impianti, nonché il perseguimento di un obiettivo di potenza da raggiungere entro il 2030.

Invece, il decreto attribuisce alle Amministrazioni regionali una significativa discrezionalità nell'individuazione sia delle aree idonee in mancanza di una disciplina statale puntuale in argomento sia della fascia di rispetto quando gli impianti sono ubicati in zone vincolate. A ben vedere, infatti, il decreto fornisce un solo criterio, comunque flessibile, vale a dire la preferenza per la superficie di strutture edificate, limitandosi per il resto a ribadire la necessità di 'massimizzare' le aree e ad esonerare, come era già prevedibile, quelle vincolate<sup>203</sup>. Ancora, il decreto fa salvo l'art. 5 del decreto legge 15 maggio 2024, n. 63<sup>204</sup> che ha limitato in misura consistente l'ubicazione degli impianti nelle aree destinate ad attività agricole dai vigenti piani urbanistici. Questi profili della disciplina – com'è agevole dedurre – limitano fortemente l'installazione e, in definitiva, la disseminazione di siffatti impianti se solo si considera la significativa estensione delle aree vincolate e delle aree agricole sul territorio nazionale.

Dall'analisi del decreto possono dedursi ulteriori profili di interesse: in disparte l'attenzione riconosciuta alle tutele differenziate (ambiente, paesaggio *et similia*), il decreto non si premura di assicurare l'aggiornamento della pianificazione energetica e tantomeno dei piani di tutela ambientale, paesaggistica e urbanistica al fine, in questa maniera, di presidiare il corretto inserimento degli impianti nel territorio. Al contrario, come visto, adeguandosi alle prescrizioni racchiuse nel decreto n. 63 citato riconosce che le vigenti previsioni degli strumenti di piano possano ostare all'inserimento di nuovi impianti sui territori. Ancorché al dichiarato scopo di assicurare il raggiungimento degli obiettivi di sviluppo e di disseminazione delle energie rinnovabili su tutto il territorio nazionale, il decreto contempla l'esercizio del potere sostitutivo da parte del Governo in ipotesi di

---

<sup>202</sup> Recante «*Disciplina per l'individuazione di superfici e aree idonee per l'installazione di impianti a fonti rinnovabili*». (24A03360) (GU Serie Generale n. 153 del 2 luglio 2024).

<sup>203</sup> V. art. 7, comma 2 del decreto.

<sup>204</sup> Secondo cui «all'articolo 20 del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199, dopo il comma 1 è aggiunto il seguente: "1-bis. L'installazione degli impianti fotovoltaici con moduli collocati a terra di cui all'articolo 6-bis, lettera b), del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, in zone classificate agricole dai piani urbanistici vigenti, è consentita esclusivamente nelle aree di cui alle lettere a), limitatamente agli interventi per modifica, rifacimento, potenziamento o integrale ricostruzione degli impianti già installati, a condizione che non comportino incremento dell'area occupata, c), c-bis), c-bis.1), e c-ter) n. 2) e n. 3) del comma 8"» (comma 1).

mancato adeguamento da parte delle Amministrazioni regionali agli obiettivi stabiliti; stabilisce altresì che – prima dell'intervento sostitutivo – sia accordato alle Regioni un arco di tempo non inferiore a 6 mesi per intervenire. Il che, all'evidenza, allunga in misura considerevole i tempi per l'inserimento degli impianti e, in definitiva, per il perseguimento degli obiettivi europei.

Infine, il decreto risulta persino equivoco nella parte in cui invoca il principio di neutralità tecnologica<sup>205</sup>, dal momento che questo appare l'espedito per legittimare, ancora una volta, il ricorso a tecnologie fossili o, comunque, non rinnovabili, come accaduto in seguito all'aggressione russa all'Ucraina con il decreto n. 50 del 2022 citato.

Di conseguenza, la semplificazione sia del procedimento di individuazione delle aree idonee sia, a valle, del procedimento di autorizzazione degli stessi si è rivelato tutt'altro che semplificato. E tutt'altro che strumentale alla più ampia diffusione delle fonti di energia rinnovabile sul territorio.

Ciò, in definitiva, dimostra che esistono, nell'ordinamento nazionale, forti incrostazioni di tutela attorno alle tutele differenziate tradizionali (ambiente e paesaggio, in primo luogo) e, dunque, significative resistenze – nonostante il PNRR – a innovare l'ordine delle priorità in quella ipotetica scala di interessi in cui, per impulso dell'Unione, è entrata con forza la transizione energetica.

Dunque, la pietra d'inciampo nella diffusione di queste forme di energia – sollecitata, come visto, a tutti i livelli di governo, fin dalle adunanze internazionali – è principalmente il loro rapporto con il territorio perché, come visto, «la fruibilità delle FER, inclusa l'energia solare ed eolica, non è libera, ma è condizionata dalla localizzazione degli impianti di trasformazione, è subordinata a diversi livelli di piani regionali e locali, è assoggettata a diverse modalità di consenso amministrativo, a complesse prescrizioni conformative dell'esercizio, a controlli sempre più penetranti sull'erogazione degli incentivi statali. In ultima analisi, il rapporto dell'energia con il territorio ne influenza lo *status* giuridico, convertendolo da un regime potenzialmente libero ad un regime “amministrato” sotto tutti i punti di vista applicativi»<sup>206</sup>. Soprattutto, la messa a terra di questi impianti presuppone una meticolosa e complessa ponderazione di interessi, tra tutela dell'ambiente e del paesaggio, difesa del clima, iniziativa economica.

---

<sup>205</sup> L'art. 1, comma 1° del decreto stabilisce: «il presente decreto, in attuazione dell'articolo 20, commi 1 e 2, del decreto legislativo n.199 del 2021, ha la finalità di: [...] b) stabilire principi e criteri omogenei per l'individuazione da parte delle Regioni e delle Province autonome delle superfici e delle aree idonee e non idonee all'installazione di impianti a fonti rinnovabili funzionali al raggiungimento degli obiettivi di cui alla lettera a), in linea con il principio della neutralità tecnologica».

<sup>206</sup> P. Dell'Anno, *Fonti rinnovabili di energia e piano nazionale di ripresa e resilienza 2021*, in G.F. Carrei (a cura di), *Energie rinnovabili e Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., 28-29.

Da qui discende che il conflitto non sorge (soltanto) tra clima e economia, ma anche tra ambiente, paesaggio e clima: il che rivela una singolarità dell'argomento. La continuità degli interessi, ambiente, paesaggio e clima, è apparente e non (sempre) effettiva.

Tanto emerge agevolmente, ora, dal decreto n. 63 citato, ma era già ricavabile dalla casistica giurisprudenziale relativa alla collocazione di impianti di produzione di energia rinnovabili su porzioni di territorio vincolate ovvero destinate ad attività economiche di rilievo per il territorio come quelle agricole, nonché dalle più recenti pronunce della Corte costituzionale.

Sovviene in particolare una recente decisione della Consulta<sup>207</sup>: qui, all'esito di una meticolosa ricostruzione normativa, la Consulta ha stabilito che «l'atto di pianificazione [regionale di individuazione delle aree idonee: n.d.A.] opera una valutazione di "primo livello", «con finalità acceleratorie» (sentenza n. 77 del 2022; nello stesso senso, sentenze n. 11 del 2022 e n. 177 del 2021), ma non può «creare preclusioni assolute e aprioristiche che inibiscano ogni accertamento in concreto da effettuare in sede autorizzativa (sentenze n. 106 del 2020 e n. 286 del 2019)» perché ciò si porrebbe in aperto contrasto anche con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'obiettivo di garantire la massima diffusione degli impianti da fonti di energia rinnovabili, perseguito dal diritto europeo. Ha chiarito, inoltre, sia il ruolo delle Amministrazioni comunali alle quali spetta, nella cornice pianificatoria regionale<sup>208</sup>, rilasciare i titoli abilitativi all'esito del procedimento amministrativo all'uopo svolto; sia l'essenzialità (del principio) della riserva di procedimento come sede naturale di ponderazione degli interessi coinvolti a valle.

Secondo la Corte, in particolare, occorre tenere ben fermo il monito, internazionale, europeo e nazionale, a garantire la massima diffusione degli impianti da fonti di energia rinnovabili<sup>209</sup> «nel comune intento "di ridurre le emissioni

<sup>207</sup> Corte Cost., 23 febbraio 2023, n. 27, in *www.giurcost.it*.

<sup>208</sup> Il che ha la funzione di sottrarre la diffusione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili a ogni possibile rischio di miopia proprio degli enti di prossimità. In dottrina, secondo M. Renna, *L'allocatione delle funzioni normative e amministrative*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2022, 151: «applicare il principio di sussidiarietà, invero, non significa affatto privilegiare incondizionatamente i livelli di governo locali nella distribuzione delle competenze. [...] poiché, a seconda dell'ampiezza e della consistenza delle funzioni che devono essere conferite, la sua applicazione può sospingere dette funzioni sia "verso il basso" che "verso l'alto". [...] In materia ambientale, quindi, è proprio una rigorosa applicazione del principio di sussidiarietà che, per le ragioni sopra esposte, dovrebbe portare all'allocatione di funzioni di tutela a un livello mediamente "alto"». V. anche M. Immordino, *La dimensione "forte" della esclusività della potestà legislativa statale sulla tutela del paesaggio nella sentenza della Corte costituzionale n. 367 del 2007*, in *Aedon*, 2008, 1.

<sup>209</sup> Sul principio di massima diffusione delle fonti di energia rinnovabile si v. G. Vivoli, *Transizione energetica e fonti rinnovabili: vecchi contenziosi, nuovo quadro normativo, riforma costituzionale e attuale scenario ambientale e geopolitico*, in *Cammino diritto*, 2022, 8, 1 ss., spec. 24-25. Secondo l'A. «l'installazione di impianti FER rappresenta forse l'esempio più evidente del possibile realizzarsi di un endoconflitto ecologico tra protezione dell'ambiente e tutela del paesaggio che la recente modifica dell'art. 9 della Costituzione, con la sua proliferazione terminologica, pone in maggior evidenza. A conferma del maggior peso che il legislatore statale vuo-

di gas ad effetto serra” [...], onde contrastare il riscaldamento globale e i cambiamenti climatici (sentenza n. 77 del 2022)» (sentenze n. 216 e n. 121 del 2022)».

La pronuncia è esemplificativa (anche) perché rivela la complessità di attuazione di politiche lontane dai territori e destinate, però, a garantire la tenuta e l'attuazione di plurimi interessi pubblici, fra questi la lotta ai cambiamenti climatici, e perché descrive quali forme assuma il dissenso istituzionale, vale a dire l'introduzione di vincoli ulteriori, e la resistenza locale alle sirene della transizione.

Si tratta, a ben vedere, di una lotta tra titani dal momento che, peraltro, proprio la difesa del clima, rispetto alla quale la diffusione di forme di energia rinnovabile è servente, rappresenta un interesse che, più di ogni altro, oltrepassa i confini locali, regionali, nazionali e persino europei. Da questo dato di fatto discende, del resto, tutta la normativa europea illustrata e, a cascata, quella nazionale di recepimento e d'attuazione. Da esso deriva altresì la ragionevole avocazione ai livelli più alti di governo del territorio, le Regioni e lo Stato, dell'attività di perimetrazione delle aree idonee alla collocazione degli impianti in parola, salva, sempre, la facoltà degli Enti di prossimità di apporre, a valle, nel provvedimento autorizzatorio eventuali limiti e condizioni che non siano impeditivi, ma piuttosto utili ad agevolare la contestualizzazione dell'impianto<sup>210</sup>.

Non può, tuttavia, non registrarsi, ancora una volta, una sorta di scollamento tra diritto, che riconosce l'emergenza climatica e l'importanza delle relati-

---

le attribuire all'installazione di impianti FER rispetto agli altri interessi merita infine di essere segnalato l'art. 6 del recente d.l. 50/2022 convertito in L. n. 91 del 15 luglio 2022 dove si preannuncia apposito atto della Direzione generale del MIC che stabilisca “criteri uniformi di valutazione dei progetti di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, idonei a facilitare la conclusione dei procedimenti, assicurando che la motivazione delle eventuali valutazioni negative dia adeguata evidenza della sussistenza di stringenti, comprovate e puntuali esigenze di tutela degli interessi culturali o paesaggistici, nel rispetto della specificità delle caratteristiche dei diversi territori”».

<sup>210</sup> E, infatti, con riferimento puntuale all'installazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, anche la giurisprudenza di merito ha ribadito che la disciplina relativa all'autorizzazione di questi impianti soggiace al principio di riserva di procedimento amministrativo. Ciò al fine di agevolare sia la valutazione sincronica degli interessi meritevoli di tutela, strettamente aderenti alla specificità dei luoghi sia la migliore valorizzazione di tutti gli interessi pubblici implicati sia la massima diffusione degli impianti da fonti di energia rinnovabili. Sicché, il Giudice amministrativo (v. Tar Sicilia, Sez. II, 2 febbraio 2023, n. 299) ha puntualizzato che l'atto di pianificazione regionale della Regione che individua le aree non idonee non frappone un divieto assoluto alla relativa ubicazione, ma segnala «una elevata probabilità di esito negativo delle valutazioni, in sede di autorizzazione» e, dunque, ha la funzione di «accelerare» la procedura. Proprio nella disciplina relativa all'autorizzazione di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili, infatti, il principio di riserva del procedimento assurge a principio guida perché assicura il bilanciamento in concreto degli interessi coinvolti e la loro migliore valorizzazione, pur nella consapevolezza che, secondo il diritto dell'Unione europea «la pianificazione, la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, la loro connessione alla rete, la rete stessa, gli impianti di stoccaggio sono considerati d'interesse pubblico prevalente e d'interesse per la sanità e la sicurezza pubblica nella ponderazione degli interessi giuridici nei singoli casi [...]. Gli Stati membri possono limitare l'applicazione di tali disposizioni a determinate parti del loro territorio nonché a determinati tipi di tecnologie o a progetti con determinate caratteristiche tecniche, conformemente alle priorità stabilite nei rispettivi piani nazionali integrati per l'energia e il clima» (art. 3 del regolamento UE del Consiglio che istituisce il quadro per accelerare la diffusione delle energie rinnovabili 2022/2677).

ve misure di gestione, e realtà empirica, ancora resistente ad allentare la presa delle tutele differenziate del territorio di prossimità.

## 5. *Considerazioni conclusive*

La prima impressione è che il PNRR non tenga adeguatamente conto della frattura tra diritto e realtà empirica, salvo poi considerare, all'esito della ricostruzione normativa svolta e, in particolare, di una lettura combinata del PNIEC e del PNRR, che la soluzione offerta a quel divario consiste proprio nella scelta pianificatoria, quasi dirigistica secondo due linee direttrici.

La prima linea direttrice: vincolando alla formulazione di un piano (di riforma) l'erogazione delle risorse, l'Unione europea ha reputato di allineare gli Stati membri; elaborando come anticipato quel piano, lo Stato ha ritenuto di superare il dissenso e la frammentazione territoriale, esercitando un potere di indirizzo e di controllo attraverso uno strumento impositivo e fortemente contaminato dall'impronta ambientale e solidaristica dell'Unione europea.

Da qui discende, infatti, la qualificazione dell'interesse nazionale alla sollecitata realizzazione degli interventi contemplati nel PNRR come «preminente», ovvero sottratto a una seria forma di ponderazione di interessi, quasi una sorta di invocazione dell'«interesse nazionale» e dell'«interesse unitario» che negli anni '70 aveva giustificato la pressoché totalizzante legislazione statale<sup>211</sup>.

La previsione di quell'interesse nazionale e della sua preminenza hanno costituito la 'regola di prevalenza'<sup>212</sup> per imporre interventi diversificati, peraltro trasversali rispetto anche al rapporto di competenze tra Stato e Regioni<sup>213</sup>, e per

<sup>211</sup> In argomento sono note le considerazioni di A. Barbera, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, 1973, secondo cui, in quegli anni, alcune pronunce della Consulta (nn. 138, 139, 140, 141 e 142 del 1973) e alcune decisioni del Governo avevano stretto le Regioni in una morsa dalla quale sarebbero uscite a fatica: l'interesse nazionale in forza del quale era giustificato il «ritaglio» delle competenze regionali, da un lato, e l'interesse locale dall'altro.

<sup>212</sup> Secondo P. Stella Richter, *Diritto urbanistico*, Milano, 2012, 12, «il profilo di maggiore rilevanza generato dalla pluralità di piani destinati a disciplinare il medesimo territorio è costituito dalla individuazione della regola di prevalenza delle rispettive previsioni». All'esame odierno sovengono non una pluralità di piani, ma una pluralità di interessi convergenti sullo stesso territorio. Sicché si profila un'analogia regola di prevalenza.

<sup>213</sup> In argomento v. E. Rinaldi, *L'accentramento del potere amministrativo nel Purr tra esigenze di uniformità e istanze di differenziazione*, in *Osservatoriosullefonti.it*, secondo cui il piano nazionale «in altri tempi sarebbe stato ribattezzato 'pianificazione globale nazionale'; un atto a portata generale di durata pluriennale impiegato come strumento di orientamento finalistico dell'azione pubblica di regolazione economica». L'A. rimanda, in particolare, al significato costituzionale di una 'pianificazione economica globale' sviluppato da A. Predieri, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, 42-43, secondo cui «la trasformazione della società – più che l'affermazione dell'uguaglianza – è la norma fondamentale, il principio primo costituzionale del nostro ordinamento: o se si vuole, lo è l'affermazione di una uguaglianza nella società (cioè non di uguaglianza per lo Stato di situazioni giuridiche fondate su disuguaglianza sociali) che implica la trasformazione dei dati sociali nel momento attuale non egualitari».

superare una visione di tipo ‘sommatorio’, cioè meramente cumulativa, di interventi circoscritti e separati e fortemente esposto ai rischi della frammentazione territoriale, rappresentando al contrario un progetto complesso, ma unitario<sup>214</sup>.

Sempre da quella direttrice deriva l'introduzione di una puntuale disciplina del potere sostitutivo dello Stato ovvero del superamento del dissenso, racchiusa negli articoli 12<sup>215</sup> e 13<sup>216</sup> del decreto n. 77 citato.

La posta in gioco è alta: è il raggiungimento degli obiettivi di ripresa, nonché, in ossequio alle prescrizioni racchiuse nel regolamento dispositivo e nel *Reco-*

---

<sup>214</sup> Secondo D. De Pretis, *Interventi pubblici e opere pubbliche tra obiettivi e priorità*, in *corteconti.it*, 2021, 3, «Il Pnrr ha portata per sua stessa natura estesa a tutto il territorio nazionale: tratteggia un disegno che ha carattere necessariamente unitario e integrato; si pone obiettivi che non possono che avere portata statale, a maggior ragione per le trasversali finalità di riequilibrio e perequazione che lo ispirano; corrisponde a un impegno che chiama in campo la responsabilità dello Stato nei confronti dell'Unione europea».

<sup>215</sup> Secondo cui «in caso di mancato rispetto da parte delle regioni, delle province autonome di Trento e di Bolzano, delle città metropolitane, delle province e dei comuni degli obblighi e impegni finalizzati all'attuazione del PNRR e assunti in qualità di soggetti attuatori, consistenti anche nella mancata adozione di atti e provvedimenti necessari all'avvio dei progetti del piano, ovvero nel ritardo, inerzia o difformità nell'esecuzione dei progetti, il Presidente del Consiglio dei ministri, ove sia messo a rischio il conseguimento degli obiettivi intermedi e finali del PNRR e su proposta della Cabina di regia o del Ministro competente, assegna al soggetto attuatore interessato un termine per provvedere non superiore a trenta giorni. In caso di perdurante inerzia, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro competente, sentito il soggetto attuatore, il Consiglio dei ministri individua l'amministrazione, l'ente, l'organo o l'ufficio, ovvero in alternativa nomina uno o più commissari *ad acta*, ai quali attribuisce, in via sostitutiva, il potere di adottare gli atti o provvedimenti necessari ovvero di provvedere all'esecuzione ai progetti, anche avvalendosi di società di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 o di altre amministrazioni specificamente indicate. [...] Nel caso in cui l'inadempimento, il ritardo, l'inerzia o la difformità di cui al comma 1 sia ascrivibile a un soggetto attuatore diverso dalle regioni, dalle province autonome di Trento e di Bolzano, dalle città metropolitane, dalle province o dai comuni, all'assegnazione del termine non superiore a trenta giorni e al successivo esercizio del potere sostitutivo con le stesse modalità previste dal secondo periodo del comma 1 provvede direttamente il Ministro competente. [...] Ove il Ministro competente non adotti i provvedimenti di cui al comma 3 e in tutti i casi in cui situazioni o eventi ostativi alla realizzazione dei progetti rientranti nel piano non risultino altrimenti superabili con celerità, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri o della Cabina di regia, il Consiglio dei ministri esercita i poteri sostitutivi con le modalità previste dal comma 1».

<sup>216</sup> Secondo cui «in caso di dissenso, diniego, opposizione o altro atto equivalente proveniente da un organo statale che, secondo la legislazione vigente, sia idoneo a precludere, in tutto o in parte, la realizzazione di un intervento rientrante nel PNRR, la Segreteria tecnica di cui all'articolo 4, anche su impulso del Servizio centrale per il PNRR, ove un meccanismo di superamento del dissenso non sia già previsto dalle vigenti disposizioni, propone al Presidente del Consiglio dei ministri, entro i successivi cinque giorni, di sottoporre la questione all'esame del Consiglio dei ministri per le conseguenti determinazioni. Ove il dissenso, diniego, opposizione o altro atto equivalente provenga da un organo della regione, o della provincia autonoma di Trento o di Bolzano o di un ente locale, la Segreteria tecnica di cui all'articolo 4, anche su impulso del Servizio centrale per il PNRR, qualora un meccanismo di superamento del dissenso non sia già previsto dalle vigenti disposizioni, propone al Presidente del Consiglio dei ministri o al Ministro per gli affari regionali e le autonomie, entro i successivi cinque giorni, di sottoporre la questione alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano per concordare le iniziative da assumere, che devono essere definite entro il termine di quindici giorni dalla data di convocazione della Conferenza. Decorso tale termine, in mancanza di soluzioni condivise che consentano la sollecita realizzazione dell'intervento, il Presidente del Consiglio dei ministri, ovvero il Ministro per gli affari regionali e le autonomie nei pertinenti casi, propone al Consiglio dei ministri le opportune iniziative ai fini dell'esercizio dei poteri sostitutivi di cui agli articoli 117, quinto comma, e 120, secondo comma, della Costituzione, ai sensi delle disposizioni vigenti in materia».



*very Facility*, lo svincolo delle risorse europee destinate all'Italia. Sono queste le ragioni che hanno determinato una accentratrice presa di posizione dello Stato rispetto alle periferie. In questa prospettiva, il PNIEC programma, senza ancora declinarle in strumenti operativi concreti, una serie di indirizzi e di obiettivi che consentano sicurezza energetica, tutela dell'ambiente e accessibilità dei costi dell'energia, contribuendo agli obiettivi europei in materia di energia e ambiente.

Il PNRR, invece, lungi dall'essere meramente programmatico, si rivela un singolare strumento di pianificazione, un'occasione per rivedere strategie (ambientali, paesaggistiche, urbanistiche, infrastrutturali, energetiche, sociali, sanitarie *etc.*) spesso condizionate, come visto, dall'obiettivo difficoltà di attuare scelte non comuni oppure frammentate dalla settorialità degli interessi coinvolti e dalla specificità dei territori di ricaduta.

La predisposizione pressoché unilaterale di quest'ultimo piano ha comportato, però, l'imposizione a valle di obiettivi e misure precostituiti e privi dello slancio partecipativo che un serio ripensamento delle strategie di ripresa e di crescita avrebbe probabilmente necessitato.

Profili, questi, prevedibili e non trascurabili da cui, infatti, è dipesa – e veniamo alla seconda linea direttrice – la peculiarità della *governance* del piano, disciplinata dal d.lgs. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con legge 29 luglio 2021, n. 108, e articolata in tre livelli<sup>217</sup>. Il primo livello è costituito dalla «Cabina di regia»<sup>218</sup> che, con il supporto della «Segreteria tecnica», esercita poteri di indirizzo, di impulso e di coordinamento generale sull'attuazione degli interventi del PNRR. Sempre al primo livello si colloca il «Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale», con funzioni consultive, nonché la «Unità per la razionalizzazione e il miglioramento dell'efficacia della regolazione», con il compito di individuare e proporre soluzioni agli ostacoli normativi, regolamentari e burocratici alla realizzazione degli investimenti. Il secondo livello è invece

<sup>217</sup> La rilevanza del decreto, tuttavia, non è circoscritta all'assetto della *governance*. Infatti, come puntualmente osservato in dottrina, il Decreto ha sortito l'effetto di rendere il PNRR vincolante, nonostante la forma di piano, assurgendo a «norma sostanziale di riconoscimento del "preminente interesse nazionale" della corretta attuazione del PNRR. Da qui un vincolo per le pubbliche amministrazioni a non adottare provvedimenti in contrasto con gli obiettivi del piano, e perfino la possibilità che norme antecedenti incompatibili con esso siano considerate tacitamente abrogate». V. M. Libertini, *Per una ripresa della cultura della programmazione. A proposito di PNRR e problemi di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 2023, 5, 4-5. V. anche I.A. Nicotra, *Le tendenze della produzione normativa alla luce di pandemia, crisi economica, guerra e cambiamento climatico*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2022, 2, 874 ss.

<sup>218</sup> Composta, come regola, dai Ministri e dai Sottosegretari di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri competenti in ragione delle tematiche affrontate in ciascuna seduta, dai Presidenti delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano quando sono esaminate questioni di competenza regionale o locale, nonché dal Presidente della Conferenza, su questioni d'interesse di più Regioni o Province autonome; soltanto in via d'eccezione, ovvero facoltativamente, a seconda della tematica affrontata, dai rappresentanti dei soggetti attuatori e dei rispettivi organismi associativi e dai referenti o dai rappresentanti del partenariato economico e sociale.

costituito da un Ufficio dirigenziale denominato «Servizio centrale per il PNRR» del MEF, con compiti di coordinamento operativo, di monitoraggio, di rendicontazione e di controllo del PNRR, nonché da un Ufficio dirigenziale istituito presso la Ragioneria generale dello Stato – Ispettorato Generale per i Rapporti finanziari con l’Unione Europea, con funzioni di *audit* del PNRR e di anticorruzione. Infine, il terzo livello si articola in un Ufficio dirigenziale, istituito presso ciascuna amministrazione centrale, con compiti di raccordo con il Servizio Centrale del PNRR, nonché in Uffici delle Amministrazioni centrali, delle Regioni, degli Enti locali e (eventualmente) delle società a prevalente partecipazione pubblica, con il compito di dare attuazione agli investimenti del piano.

La complessa articolazione del sistema di *governance* rimette fortemente al centro le attività di implementazione e di monitoraggio dell’attuazione del PNRR con pregiudizio della coesione e del raccordo tra centro e periferie.

Anche da questo angolo visuale il decreto n. 77 racchiude una scelta politica netta, riassumibile così: centralizzare per allineare; centralizzare per semplificare; centralizzare per raggiungere traguardi e obiettivi stabiliti dal PNRR, dal Piano nazionale per gli investimenti complementari di cui al d.l. 6 maggio 2021, n. 59 nonché dal PNIEC.

Gli interessi su cui, in generale, le politiche nazionali in materia di energia e clima, e, in particolare, gli interventi specifici previsti dal piano impattano sono plurimi; molteplici sono anche i centri d’interesse, le Amministrazioni a vario titolo coinvolte, Stato, Regioni, autonomie locali, comunità e impresa. La sintesi è rimessa al piano che, per un verso, appare uno strumento, per necessità, a maglie larghe, mirato a tenere sotto controllo problemi vecchi e nuovi che potrebbero ostacolare la messa a terra delle riforme pretese dall’Unione europea e irrinunciabili per il conseguimento delle risorse e persino *‘autarchico’*, ossia volto a misurare da sé il fabbisogno di ogni frammentazione territoriale; per altro verso, quel piano appare uno strumento di maggiore dettaglio quando passa a individuare le misure da adottare in concreto e a fotografare più da vicino le Autorità coinvolte nella gestione e nel monitoraggio delle riforme applicate.

La scelta pianificatoria sottesa al PNRR non è, però, un caso isolato nel contesto (normativo) descritto fin qui: anzitutto perché il piano è uno strumento voluto dal Legislatore europeo e imposto a tutti gli Stati membri (che volessero accedere a una fetta di risorse europee); poi, perché la stessa normativa europea ha fatto sovente ricorso ai concetti di pianificazione e di programmazione<sup>219</sup>.

---

<sup>219</sup> Sul ricorso allo strumento di piano per ricostruire si v. M. D’Alberti, *Il PNRR nel contesto delle pianificazioni*, in *Federalismi.it*, 2023, 5, 2. L’A. osserva che i piani hanno sempre rappresentato «uno strumento essenziale – certo non l’unico – per la ricostruzione. Lo è il PNRR» e, a titolo d’esempio, ricorda «i piani statunitensi degli anni Trenta del Novecento voluti da Franklin Delano Roosevelt per uscire dalla crisi di Wall Street; i pia-

I due ordinamenti, sovranazionale e nazionale, hanno rivelato una nuova forma della loro integrazione<sup>220</sup>, attraverso meccanismi programmatori delle riforme da avviare e pianificatori degli interventi da concretizzare all'interno dei singoli Stati membri, nonché delle risorse da impiegare.

Da qui sono derivati due effetti di sicura rilevanza: uno, sul piano formale della legislazione e delle fonti, consistente nella limitazione della discrezionalità legislativa degli Stati membri, fortemente condizionata, come visto, dall'indirizzo e dalle previsioni europee<sup>221</sup>; l'altro, sul piano sostanziale e contenutistico, coincidente con l'accostamento del tema della transizione energetica a quello della tutela ambientale (e della transizione ecologica) con conseguente innesto sistematico di entrambi i temi in ogni politica di sviluppo europeo<sup>222</sup>.

Sul piano formale, è significativo il fatto che, su impulso del diritto europeo, il Legislatore interno abbia avviato questa fase di ripresa post pandemica, nonché di transizione ecologica e energetica attraverso il recupero della più tradizionale funzione pubblica, la pianificazione, del territorio, del paesaggio e delle risorse ambientali, del rischio idrogeologico, della prevenzione dei rischi stessi *et similia*<sup>223</sup>.

---

ni francesi da Monnet in avanti per la ripresa dopo la Seconda Guerra Mondiale; i piani britannici dei laburisti e dei conservatori per la crescita economica nel dopoguerra e negli anni Sessanta e Settanta dello scorso secolo».

<sup>220</sup> In argomento, più in generale, v. M. Forlivesi, *Next Generation EU: una nuova frontiera dell'integrazione europea*, in *Lavoro e diritto*, 2023, 2, 211 ss.; N. LUPO, *Next Generation EU e sviluppi costituzionali dell'integrazione europea: verso un nuovo metodo di governo*, in *Dir. pubbl.*, 2022, 3, 729 ss.; R. Cisotta, *Rigidità e flessibilità del sistema delle competenze dell'UE alla luce della prassi recente*, in *Dir. pubbl.*, 2022, 3, 702 ss.; P. De Pasquale, *L'Unione europea e le nuove forme di integrazione*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2017, 3, 671-686. Nello specifico del tema trattato v. F. Fracchia, P. Pantalone, *Decider(ci) per la morte: crisi, sostenibilità, energie rinnovabili e semplificazioni procedurali*, Napoli, 2022, secondo cui «sullo sfondo di una drammatica crisi geopolitica ancora in atto, energia, tutela dell'ambiente (anche attraverso la lotta ai cambiamenti climatici) e autonomia degli approvvigionamenti energetici paiono saldarsi in una logica di piena integrazione nelle attuali politiche pubbliche degli Stati membri dell'U.E» (17). Per un approfondimento del processo di integrazione europea in relazione alla materia energetica si v. M. Marletta, *Energia. Integrazione europea e cooperazione internazionale*, Torino, 2011.

<sup>221</sup> V. A. Sciortino, *PNNR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico "normativo"?*, in *Federalismi.it*, 2021, 18, 234 ss.; E. Catelani, *Profili costituzionali del PNRR*, in *Rivista AIC*, 2022, 5.

<sup>222</sup> In argomento v. F. von Malmborg, *Exploring advocacy coalitions for energy efficiency: Policy change through internal shock and learning in the European Union*, in *Energy Research & Social Science*, 2021, 8.

<sup>223</sup> In argomento v. M. S. Giannini, *Pianificazione*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 629 ss.; P. Stella Richter, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984; G. Morbidelli, *Piano territoriale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1983, 710 ss. Per una definizione tanto essenziale quanto imprescindibile di pianificazione e di piano, più recente si v. G. Pagliari, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2019, 50 ss., secondo cui «sul piano giuridico, si può definire la pianificazione come l'attività finalizzata alla predisposizione e alla approvazione di un piano, mentre il piano è il complesso delle norme che disciplinano un'attività o l'uso di un determinato bene nel tempo e/o nello spazio. [...] sia la pianificazione sia il piano presuppongono uno scopo da perseguire: nel concetto di entrambi è insita, infatti, l'esigenza di assoggettare a disciplina una finalità da perseguire, posto che, diversamente, risulta anche difficile prefigurare le regole». L'Autore precisa poi che «con attenzione al campo pubblicistico, va sottolineato che la pianificazione è un'attività procedimentalizzata, esercizio di un potere discrezionale e vincolata al perseguimento di un dato fine pubblico. Questo consente di comprendere con più immedia-

Del resto, come anticipato, già a livello internazionale sono emerse le prime esortazioni a implementare le tutele ambientali e con esse la lotta ai cambiamenti climatici; al livello europeo sono state adottate prescrizioni di tutela vincolanti e puntuali; al livello nazionale, è spettato al Legislatore interno agire per garantirne la più coerente e uniforme concretizzazione.

È tornato in auge il monito «in principio sono le funzioni»<sup>224</sup>.

Qualche considerazione sulle ragioni e sulle ricadute di questa scelta possono ricavarsi dall'analisi della relativa funzione. La pianificazione riconosce i connotati distintivi e le potenzialità del territorio di riferimento; disciplina le relative possibilità di sviluppo e/o di utilizzo di porzioni di territorio, individuando con diverso grado di dettaglio strategie percorribili sia sotto il profilo fisico sia sotto il profilo temporale<sup>225</sup>. La pianificazione è l'altra faccia del potere discrezionale delle pubbliche Amministrazioni di ponderare gli interessi coinvolti, pubblici e privati<sup>226</sup>, nonché di individuare gli strumenti ritenuti più adeguati per la tutela e per il perseguimento degli stessi. La funzione è significativa perché ha ricadute concrete su una serie di sistemi, morfologici, ambientali, infrastrutturali, politici e culturali, rendendo un unico articolato sistema attraverso un'analisi integrata del contesto in cui si deve intervenire. Non a caso in dottrina è stato osservato che la pianificazione ha una singolare «capacità di traenza»<sup>227</sup>, ossia di attrazione di tutta quella serie di sistemi, come detto, morfologici, ambientali, infrastrutturali, politici e culturali, che connotano il territorio. È per questa ragione, del resto, che il piano è, di regola, omnicomprensivo, capace, cioè, di contenere in maniera organica, ancorché articolata, tutte le scelte rilevanti per la cura dell'interesse pubblico specifico di cui l'Amministrazione pianificatrice è, per legge, depositaria.

Nell'attuale assetto dei rapporti tra Unione europea e Paesi membri potrebbe dirsi che il piano è la sede naturale per l'inclusione di tutte le scelte rilevanti per la cura dell'interesse pubblico specifico di cui l'Autorità pianificatrice nazionale è depositaria per volontà dell'Unione europea.

---

tezza perché si senta parlare di pianificazione urbanistica, come di pianificazione economica e di altre ancora: è l'interesse pubblico perseguito che qualifica la singola funzione pianificatoria, attribuita alla p.A. dalla legge».

<sup>224</sup> M. S. Giannini, *In principio sono le funzioni*, in *Amministrazione civile*, 1, 1957, 11 ss. (e poi in Id., *Scritti*, IV, Milano, 2004, 719 ss.). Così il Maestro Massimo Severo Giannini indicava quale fosse la priorità nell'esame dei rapporti giuridici organizzativi tra i pubblici poteri. E sebbene quel monito fosse riferito a rapporti organizzativi complessi, è qui evocato per evidenziare che il corretto esercizio della funzione resta il punto di coagulo di interessi (e dei rispettivi centri di potere) diversi.

<sup>225</sup> Cfr. G. Morbidelli, *Piano territoriale*, cit., 1983, 710.

<sup>226</sup> Infatti, secondo il piano insegnamento giurisprudenziale «il potere di pianificazione urbanistica non è funzionale solo all'interesse pubblico all'ordinato sviluppo edilizio del territorio in considerazione delle diverse tipologie di edificazione distinte per finalità (civile abitazione, uffici pubblici, opifici industriali e artigianali etc.), ma esso è funzionalmente rivolto alla realizzazione contemporanea di una pluralità di interessi pubblici, che trovano il proprio fondamento in valori costituzionalmente garantiti» (v. Cons. Stato, 10 maggio 2012, n. 2710).

<sup>227</sup> P.L. Portaluri, *Contro il prossimalismo nel governo del territorio*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2021.

A tanto deve aggiungersi che il piano realizza una sorta di «metodo di governo»<sup>228</sup>, soltanto in parte nuovo<sup>229</sup>, che consente di impiegare ingenti risorse economiche, prelevate peraltro anche a debito, per promuovere riforme nazionali le quali, tuttavia, devono essere coerenti con gli obiettivi fissati a livello europeo e che permette altresì di superare il percorso a ostacoli delle riforme nazionali, spesso naufragate sotto la scure dell'instabilità governativa.

La logica della programmazione e della pianificazione, impressa già dal diritto dell'Unione, sortisce, invece, proprio l'effetto di superare il rischio di frenata nel cammino delle riforme strutturali, pretendendo uno sforzo di attuazione di lungo periodo.

Sul piano sostanziale e contenutistico, il PNRR, da una parte, conserva un carattere generale perché include plurimi interessi specifici e coinvolge plurimi centri di aggregazione del potere; è, dunque, caratterizzato dalla pluralità degli attori coinvolti e dalla necessità del dialogo tra di essi. Il piano costituisce, in pratica, una sorta di evoluzione 'intelligente' e, come detto, a maglie larghe e multi-settoriali della pianificazione. Il che gli permette di servirsi e applicare una comprensione complessiva del territorio nazionale, valutando l'opportunità delle scelte da assumere senza condizionamenti di prossimità<sup>230</sup>.

Nel contesto descritto, le politiche di contrasto alle emissioni climalteranti potranno giovare di questa visione d'insieme fornita dallo strumento di piano per puntare a una generale presa di consapevolezza del problema, nel tentativo di superare le «“tradizionali” criticità che contraddistinguono le strategie già in essere, quali, ad esempio, la frammentazione dei centri decisionali e la difficoltà di monitorare i risultati conseguiti, fermo restando che le misure adottate, ancorché inevitabilmente frutto di scelte “politiche”, debbono trovare fondamento nei dati tecnico-scientifici, pure nella piena consapevolezza dei limiti della scienza»<sup>231</sup>.

<sup>228</sup> Così N. Lupo, *Il divieto di invertire la marcia (c.d. reversal) nelle riforme PNRR già adottate: si chiarisce un altro elemento essenziale del nuovo “metodo di governo”*, cit., 23-24.

<sup>229</sup> In realtà, come visto, collaudato in varie fasi storiche per agevolare l'uscita da una profonda crisi e la ripresa. Si v., sul punto, nota n. 213.

<sup>230</sup> In argomento sono calzanti le riflessioni di P. Stella Richter, *Diritto urbanistico*, cit., 12, secondo cui, con riferimento alla funzione pianificatoria, «si tratta di conciliare due contrastanti esigenze: quella di dare al piano una dimensione geografica ampia, perché solo ampliandone l'orizzonte è possibile valutare tutte le implicazioni delle scelte da effettuare e quella di non allontanarsi eccessivamente dalle dettagliate specificità di ciascuna porzione del terreno. Secondo gli urbanisti, infatti, la capacità di comprensione complessiva del pianificatore diminuisce via via che scende di livello e con essa diminuisce la possibilità di collegare un tema al suo contesto, mentre aumenta ovviamente la conoscenza delle particolarità. In sostanza, quindi, passando dall'uno all'altro livello, ciò che si acquista in dettaglio si perde in generalità».

<sup>231</sup> Così S. Vernile, *L'ambiente come “opportunità”. Una riflessione sul contributo alla tutela ambientale da parte del “secondo” e del “quarto settore” tra greenwashing, economia circolare e nudge regulation*, in *Dir. econ.*, 2022, 3, 11 ss., spec. 38-39, secondo cui «è proprio la programmazione lo strumento più utilizzato a livello europeo per promuovere il raggiungimento di obiettivi ambientali di lungo periodo e, di conseguenza, lo strumento che presenta maggiori potenzialità per l'affermazione del paradigma della circolarità. Non a caso, come

Resta, infatti, essenziale l'approfondimento conoscitivo dei processi fisici che, poi, contribuiscono alla formazione e alla conservazione del capitale naturale.

Ora, il rilievo di questi processi, le relative vulnerabilità oppure potenzialità unitamente all'individuazione, come detto, delle strategie d'azione possibili sono compiti spettanti al pianificatore nell'ambito di un rinnovato esercizio della funzione, più in generale, di governo del territorio nella prospettiva di una ripresa sostenibile e dal punto di vista ambientale e dal punto di vista sociale e, non in ultimo, dal punto di vista economico in considerazione delle esternalità, come detto, anche negative prodotte dalla tutela ambientale. Il che significa, in definitiva, che in questo contesto spetta all'Autorità pianificatrice di vertice la responsabilità di governare, nello spazio e nel tempo (considerate, in particolare, le *deadlines* del PNRR), i processi di trasformazione del territorio, sviluppando processi decisionali unitari per le politiche strutturali del Paese.

A tanto deve aggiungersi, infatti, un ulteriore aspetto che, dalle origini, affianca ogni riflessione sullo stato dell'ambiente, ossia la sua dimensione sociale: è importante, infatti, che la cifra dell'emergenza ambientale e, nello specifico, climatica sia colta dalla comunità per agevolare una sorta di avvicinamento delle finalità ambientali delle anzidette politiche a quelle sociali, così come, peraltro, prevede, oggi, la Costituzione<sup>232</sup>. Ciò anche nella prospettiva di superare le anzidette resistenze politiche e, prima ancora, sociali (anche) alla diffusione di impianti di produzione di energia rinnovabile.

---

anticipato, un primo importante riferimento, a livello europeo, al concetto di economia circolare (non certo nuovo in economia, ma che ha assunto negli ultimi anni particolare rilievo) si è avuto con il Settimo Programma di Azione. Anche a livello nazionale, dunque, ancor più alla luce della revisione dell'art. 41, co. 3, Cost., occorre promuovere una programmazione verde che miri al raggiungimento degli obiettivi di circolarità». L'A., nello specifico, connette il tema della programmazione a un altro profilo di particolare interesse e meritevole di autonoma trattazione: la circolarità e l'economia sostenibile.

<sup>232</sup> Non può sfuggire, infatti, che il vigente articolo 41 della Costituzione (secondo cui «la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali») esorta il Legislatore a individuare «programmi e controlli» che assicurino la funzionalità delle attività economiche, pubbliche e private, rispetto a finalità sociali e ambientali, insieme. Come ritenuto da S. Vernile, *L'ambiente come "opportunità"*, cit., secondo cui «le esigenze ambientali dovranno sempre essere coordinate con le istanze sociali: "avvicinando" i fini ambientali a quelli sociali tramite la congiunzione "e", la nuova formulazione dell'art. 41, co. 3, conferma la compresenza e la conseguente doverosa armonizzazione tra interessi ambientali e sociali, in una prospettiva imprescindibilmente sistemica». Sulla novella costituzionale il dibattito è intenso: v. 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.it*, 2022; Y. Guerra, R. Mazza, *La proposta di modifica degli artt. 9 e 41 Cost: una prima lettura, in Forum quaderni costituzionali*, 2021, 4, 139 ss.; G. Santini, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum quaderni costituzionali*, 2021, 473 ss.; M. Cecchetti, *La revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum quaderni costituzionali*, 2021, 285 ss.; Id., *Osservazioni e ipotesi per un intervento di revisione dell'art. 9 della Costituzione avente ad oggetto l'introduzione di una disciplina essenziale della tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale*, in *Dir. pubbl. eur., Rassegna online*, 2020, 1, 17 ss.; F. Rescigno, *Quale riforma per l'art. 9*, in *Federalismi.it*, 2021, 16.

Nei fatti deve essere considerato che la massima diffusione dell'importanza degli impianti di produzione di energia rinnovabile sul territorio è quanto mai necessaria per almeno due ordini di considerazioni. La prima: la lotta ai cambiamenti climatici attraverso l'energia pulita e rinnovabile passa attraverso anche il contenimento dei consumi, l'efficientamento energetico, la riconversione dei precedenti impianti, infrastrutture fisiche in senso ampio. Il che dimostra ancora una volta che non c'è spazio per una transizione ecologica senza una transizione energetica e che, tuttavia, nonostante il carattere prevalente, anch'essa deve passare per un meticoloso bilanciamento degli interessi di volta in volta coinvolti. La sostenibilità non è soltanto ambientale, ma anche sociale perché rappresenta (anche) un costo per la comunità e, dunque, deve essere condivisa in quanto reputata la scelta migliore per le generazioni presenti e future<sup>233</sup>. La seconda considerazione: come ricavabile dal diritto internazionale, europeo e nazionale, la transizione energetica può rappresentare l'elemento chiave per il perseguimento di società economicamente e socialmente sostenibili.

In questo contesto l'opera di pianificazione svolta dal PNRR non svuota (né potrebbe) l'attività di pianificazione di prossimità, soprattutto territoriale, proprio

---

<sup>233</sup> In maniera ragionevole e condivisibile osserva R. Menotti, *Tassonomia delle fonti energetiche e consumi elettrici: strumento di policy, non esercizio ontologico*, in *aspeniaonline.it*, 2022, che «se un effetto della transizione verde è di tipo inflattivo, si pone immediatamente una delicata questione politica, oltre che economica: il consenso per le politiche orientate alla sostenibilità dipende dalla volontà dei cittadini di sostenerne gli eventuali costi. In mancanza di un consenso diffuso e durevole, si crea un cortocircuito tra mercati e dinamiche politiche, visto che i produttori scaricano sui consumatori finali i costi aggiuntivi, e quei consumatori si fanno valere, presto o tardi, nella loro veste di elettori». Sono, inoltre, calzanti rispetto al tema della sostenibilità per le generazioni future delle attuali politiche le statuizioni racchiuse nelle richiamate pronunce delle Corti europee relative alla c.d. giustizia climatica. In particolare, la Germania con la recente sentenza della Corte costituzionale tedesca del 24 marzo 2021 ha ritenuto incostituzionale la legge sul clima nella parte in cui non forniva una adeguata tutela delle generazioni future. Secondo la Corte di Karlsruhe «ogni tipo di libertà potrebbe essere condizionata dalle future riduzioni obbligatorie, perché quasi tutti gli aspetti della vita umana sono ancora associati all'emissione di gas serra e quindi sono minacciati dalle restrizioni drastiche che si dovranno attuare dopo il 2030»; in questa prospettiva a una generazione non dovrebbe essere consentito di «consumare buona parte del bilancio di anidride carbonica sostenendo un onere relativamente leggero, laddove ciò comporti per le successive generazioni il dover sopportare un onere più radicale ed esporre le loro vite a una più ampia perdita di libertà». Dunque, secondo la Corte tedesca il legislatore avrebbe dovuto mitigare questi oneri per salvaguardare le libertà fondamentali delle generazioni future con misure più restrittive; ed è obbligato a riformare la legge sul clima del 2019 e regolare, entro il 31 dicembre 2022, in maniera dettagliata un aggiornamento rigido degli obiettivi di riduzione delle emissioni inquinanti. Sull'argomento v. R. Bifulco, *Perché la storica sentenza tedesca impone una riflessione sulla responsabilità intergenerazionale*, in *open.luiss.it*, 2021; M. Carducci, *Libertà "climaticamente" condizionate e governo del tempo nella sentenza del BVerfG del 24 marzo 2021*, cit. Per l'Autore la pronuncia tedesca è davvero significativa e si distingue dalle altre richiamate perché «a determinare la condanna dello Stato non è l'insorgenza attuale di un danno (come affermato con la sentenza del Tribunale amministrativo di Parigi) né la mancata protezione preventiva del diritto alla vita di fronte alla minaccia climatica (come impresso dal celebre caso olandese "Urgenda"). È la illegittima gestione statale del "tempo" quale variabile determinante della termodinamica del clima nella "determinata zona" di ciascuno Stato ed elemento costitutivo dei "benefici" delle libertà presenti e future dentro quello Stato. Su queste basi, la Corte tedesca può concludere che il cambiamento climatico è una questione di permanenza nel tempo delle libertà».

perché, alla fine, soltanto questa può consentire la piena attuazione del piano nazionale, assicurandone la coerenza e la sintonia con il tessuto anche sociale ed economico dei territori e, quindi, la adattabilità, evitando il collasso dei sistemi ambientali e attenuandone l'impatto sui servizi ecosistemici e, dunque, riprendendo la sua originaria funzione «ordinatrice»<sup>234</sup> e tantomeno dequata, secondo il diritto giurisprudenziale, il contributo delle Autonomie locali, deputate ad autorizzare, a valle di ogni attribuzione legislativa e valutazione pianificatoria, gli interventi concreti<sup>235</sup>. E infatti tra le misure previste dal PNRR per assicurare la compatibilità tra gli obiettivi energetici e climatici e le finalità di tutela delle aree agricole e forestali, del patrimonio culturale e del paesaggio, di qualità dell'aria e dei corpi idrici, di salvaguardia della biodiversità e di tutela del suolo, sono inclusi l'adozione di un Testo unico per l'autorizzazione degli impianti di produzione energetica da fonti rinnovabili<sup>236</sup>, in cui siano riunite tutte le norme che disciplinano la realizzazione di impianti di produzione energetica da fonti rinnovabili, di un piano regionale per l'individuazione delle aree idonee e non idonee per l'installazione di impianti a fonti rinnovabili, il rispetto dei tempi fissati dalla normativa vigente, la realizzazione di procedure autorizzative più semplici e veloci, la condivisione a livello regionale di un piano di identificazione e sviluppo di aree adatte a fonti rinnovabili.

Il processo di transizione ecologica ed energetica, unitariamente inteso alla luce delle considerazioni che precedono, esige sicuramente un cambio di rotta al livello internazionale, ma ha richiesto via via anche un cambio di rotta europeo e, di conseguenza, nazionale.

---

<sup>234</sup> Ai fini della reciproca compatibilità, degli usi e delle trasformazioni del suolo nella dimensione spaziale considerata e nei tempi ordinatori previsti. Così Corte cost., sentenza n. 151 del 1986; nonché sentenze nn. 183/1987 e 382/1999, richiamate da A. Simonati, *Urbanistica, edilizia e governo del territorio: nozioni e principi*, in Id. (a cura di), *Diritto urbanistico e delle opere pubbliche*, Torino, 2021, 3.

<sup>235</sup> Secondo TAR Puglia-Lecce, Sez. III, 1° settembre 2022, n. 1376, «la circostanza che il PNIEC e il PNRR abbiano riconosciuto all'agrivoltaico un ruolo importante per il raggiungimento degli obiettivi di decarbonizzazione, non esclude che ne sia valutata la sostenibilità ambientale e i pregiudizi all'agricoltura, dato che l'implementazione di «sistemi ibridi agricoltura-produzione di energia che non compromettano l'utilizzo dei terreni dedicati all'agricoltura, ma contribuiscano alla sostenibilità ambientale ed economica delle aziende coinvolte [...]», non può ragionevolmente comportare il depauperamento e la distruzione di superfici agrarie fertili e votate a colture come quelle che l'Ente regionale ha ritenuto di qualità e identitarie». La valenza 'procedimentale', cioè, del principio di integrazione – bene esemplificata dall'art. 12, comma 10, del d.lgs. n. 387 del 2003 dove si prevede che «linee guida sono volte, in particolare, ad assicurare un corretto inserimento degli impianti, con specifico riguardo agli impianti eolici, nel paesaggio», escludendo per ciò stesso una incompatibilità di principio di essi con la tutela del paesaggio stesso – implica che il procedimento sia la *sedes materiae* in cui devono contestualmente e dialetticamente avvenire le operazioni di comparazione, bilanciamento e gestione dei diversi interessi configgenti».

<sup>236</sup> In sintonia sia con il principio di matrice europea di massima diffusione delle fonti di energia rinnovabili sia con la l. 5 agosto 2022, n. 118 (c.d. legge concorrenza 2021) che ha introdotto disposizioni in materia di riordino e semplificazione della normativa sulle Fonti di Energie Rinnovabili e persegue la finalità di ridurre oneri regolatori a carico dei cittadini e delle imprese. L'obiettivo del Testo Unico è, prima di tutto, quello di fare sintesi e recuperare certezza nei processi autorizzativi, la cui fisionomia, al momento, è causa di incertezza, rallentamenti ed è ulteriore causa di limitazioni all'implementazione e allo sfruttamento delle fonti rinnovabili.



Questo moto evolutivo, per restare ai rapporti tra Unione europea e Stato nazionale, ha inciso prima di tutto sull'assetto dei rapporti tra ordinamenti e tra centro e periferie negli Stati membri nella prospettiva, però, di una integrazione seria e duratura.

Gli eventi più recenti, la pandemia, la crisi economica, l'invasione russa dell'Ucraina, l'aumento dei prezzi dell'energia hanno messo in chiaro che esiste una significativa, ma vulnerabile, connessione tra ambiente, società, economia, energia. Di tanto la comunità internazionale, pur con le resistenze tipiche di un sistema a più voci, ha preso consapevolezza in maniera e in misura sempre più significativa, come si ricava dagli impegni assunti nella più recente COP 28.

Scendendo di livello, assestandoci cioè al livello dei rapporti e delle politiche unionali e nazionali, è emerso che è sempre più urgente un approccio integrato, che pur coordinato dall'alto, sia attuabile dal basso e che superi la logica dell'instabilità governativa e dell'incertezza politica.

La strada che l'Unione europea sta solcando, ormai da anni, con la più recente accelerazione dipesa dal conflitto russo-ucraino, è proprio quella dell'integrazione delle politiche ambientali con quelle energetiche; in questa prospettiva, è indubbio che la transizione richieda una visione di lungo raggio e, soprattutto, di lungo periodo per assicurare sia che i territori di caduta delle riforme siano allineati e pronti, dal punto di vista e sociale e economico, sia che quelle riforme possano effettivamente conseguire il risultato auspicato. Per questi scopi la scelta pianificatoria appare risolutiva.

Il nuovo assetto delle competenze e degli interessi coinvolti dalla materia ambientale e, più nello specifico, dalla comune lotta ai cambiamenti climatici supera i tradizionali concetti di spazio e di tempo ed esige un 'atto di fede' di tutti i soggetti coinvolti, incluso il singolo cittadino, l'impresa, l'Ente di prossimità e via via gli altri Enti e le Amministrazioni coinvolte perché nessuno può ritenersi esonerato dal dovere di 'partecipare' al processo in atto.

*Michela Petrachi, Nicola Brignoli - Abstract*

*Energia pulita: misura di prevenzione della lotta ai cambiamenti climatici e presidio di tutela ambientale*

Il contributo illustra una ricerca condotta sui temi del cambiamento climatico e dell'energia pulita, mettendoli in connessione fra loro. La premessa teorica consiste nel convincimento che i cambiamenti climatici non sono un pericolo futuro, ma una emergenza attuale da cui dipende il verificarsi di plurimi eventi naturali e sociali capaci di incidere su economia e politica, nonché sulle relazioni tra istituzioni e comunità. Svoltata una preliminare ricostruzione della copiosa produzione normativa che a tutti i livelli di governo si occupa di cambiamenti climatici e di energia sono stati selezionati e approfonditi i profili normativi strumentali a indagare la ragion pratica della transizione energetica e della transizione ecologica, facendo emergere via via anche l'assetto delle competenze e delle interferenze tra ordinamenti, fonti e interessi.

*Clean energy: climate change prevention measure and environmental protection device*

The work presents research conducted on the topics of climate change and clean energy, connecting them with each other. The theoretical premise is based on the belief that climate change is not a future threat but a current emergency, upon which the occurrence of multiple natural and social events depends, capable of affecting the economy, politics, and the relationship between institutions and communities. After a preliminary reconstruction of the extensive regulatory production at all levels of government concerning climate change and energy, the normative aspects instrumental in investigating the practical rationale of the energy transition and ecological transition were selected and examined, gradually revealing the structure of competences and the interferences between legal systems, sources, and interests.

## I rapporti tra finanza e settore ICT nella resilienza operativa digitale per il settore finanziario

Matteo Pignatti

SOMMARIO: 1. La digitalizzazione nel settore finanziario. La resilienza del Mercato Unico e le sfide della globalizzazione. – 2. I rischi nell'affidamento a soggetti terzi di servizi ICT nel settore finanziario e la loro gestione. – 3. I contratti con i soggetti terzi fornitori di servizi ICT e l'attività di vigilanza nella resilienza operativa digitale per il settore finanziario. – 4. La resilienza operativa digitale per il settore finanziario nei rapporti di dipendenza con il settore ICT.

### 1. *La digitalizzazione nel settore finanziario. La resilienza del Mercato Unico e le sfide della globalizzazione*

L'utilizzo diffuso dei servizi ICT nel settore finanziario<sup>1</sup> ha cambiato le caratteristiche dell'attività finanziaria. Si è eliminata la dimensione territoriale dei mercati<sup>2</sup> e i rapporti giuridici sono stati slegati dalla individualità dei soggetti che ne sono parte, consentendo agli operatori del settore di realizzare rapporti giuridici complessi a cui prendono parte più soggetti, alcuni dei quali non entrano in diretto contatto tra loro<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Il valore del mercato delle ICT era stimato nel 2019 sopra ai cinquemila miliardi di dollari USA. La sua crescita conferma la sempre maggiore diffusione e importanza della tecnologia nella società odierna e «il settore finanziario rappresenta il principale utilizzatore di ICT al mondo, con una quota pari al 20 % della spesa totale per le TIC». Cfr. Comitato economico e sociale europeo, *Parere sulla comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni relativa a una strategia in materia di finanza digitale per l'UE*, 24 febbraio 2021.

<sup>2</sup> Tale circostanza ha consentito di ampliare i confini delle attività delle organizzazioni finanziarie per competere nel mercato globalizzato e ridurre i costi di gestione. N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2003, 21. Il mercato, che oggi non coincide con il territorio di uno o più stati, ma risulta come uno spazio slegato da un ambito territoriale definito, estendendo i rapporti giuridici ed economici tra le parti coinvolte.

<sup>3</sup> A. M. Pancallo, *Il digital lending: la «disumanizzazione» della filiera del credito*, in *Riv. trim. dir. dell'economia*, 2021, 398 e s., in cui sono analizzati riflessi dell'innovazione tecnologica con particolare riferimento al fenomeno del *digital lending* riprendendo il lavoro di G. Oppo, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 525 e s.

La transizione digitale nel settore finanziario si inserisce in un contesto in cui la necessità di adeguare e rendere competitivo il Mercato Unico a livello internazionale deve essere bilanciata con la sana e prudente gestione nell'attività finanziaria e la tutela del risparmio, contribuendo a definire un mercato unico digitale dei servizi finanziari<sup>4</sup>. Si è così creata una co-dipendenza tra settore finanziario e ICT<sup>5</sup> che ha generato differenti fenomeni rilevanti per il diritto dell'economia<sup>6</sup> conferendo al *FinTech* un'autonoma rilevanza<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Circa la necessità di sostenere il progresso tecnologico nell'economia europea nel settore finanziario, si v.: Commissione UE, *Comunicazione relativa a una strategia in materia di finanza digitale per l'UE*, 24 settembre 2020 COM(2020) 591 final. Per una descrizione dell'evoluzione si v. A. Bronzetti, *Il diritto europeo della banca e della finanza tra passato e futuribile*, in *Riv. trim. dir. dell'economia*, 2023, 6 e s.; C. Ruocco, *Finanza digitale: opportunità, profili di attenzione e ruolo della supervisione finanziaria*, in D. Rossano (a cura di) *La supervisione finanziaria dopo due crisi. Quali prospettive*, Padova, 2023, 181 e s. In relazione alla sovranità tecnologica si v.: Commissione UE, *Relazione di previsione strategica 2021*, 8 settembre 2021, 4; European Innovation Council, *Statement to accompany the launch of the full EIC*, allegato I, *Statement on Technological Sovereignty*, 18 marzo 2021. In dottrina: F. Capriglione, *Diritto ed economia. La sfida dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. eco.*, 2021, 3, 4 e s.; B. Celati, *La sostenibilità della trasformazione digitale: tra tutela della concorrenza e «sovranità tecnologica europea»*, in *Riv. trim. dir. eco.*, 2021, 3, 252 e s.; G. Finocchiaro, *La sovranità digitale*, in *Dir. pub.*, 2022, 809 e s.

<sup>5</sup> Già oggi le banche europee dichiarano che il 65% di esse ha *partnership* contrattuale con le aziende *BigTech*. Si v.: J.M. Campa, *Operational resilience in EU financial services*, keynote speech at the 14th Financial meeting organised by Expansion, 10 ottobre 2023, accessibile in [https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document\\_library/Calendar/EBA%20Official%20Meetings/2023/Jos%C3%A9%20Manuel%20Campa%20keynote%20speech%20at%20the%2014th%20Financial%20meeting%20organised%20by%20Expansion/1063659/JM%20Campa%20speech%20on%20digitalisation%20and%20DORA%20at%2010-10-2023.pdf](https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Calendar/EBA%20Official%20Meetings/2023/Jos%C3%A9%20Manuel%20Campa%20keynote%20speech%20at%20the%2014th%20Financial%20meeting%20organised%20by%20Expansion/1063659/JM%20Campa%20speech%20on%20digitalisation%20and%20DORA%20at%2010-10-2023.pdf). Cfr. anche: Financial Stability Board, *FinTech and market structure in financial services: Market developments and potential financial stability implications*, 14 febbraio 2019; Id., *BigTech Firms in Finance in Emerging Market and Developing Economies Market developments and potential financial stability implications*, 12 ottobre 2020. Cfr. anche: European Supervisory Authorities, *ESAs Joint European Supervisory Authority response to the European Commission's February 2021 Call for Advice on digital finance and related issues: regulation and supervision of more fragmented or non-integrated value chains, platforms and bundling of various financial services, and risks of groups combining different activities*, 31 gennaio 2022, ove sono affrontati alcune problematiche della digitalizzazione del settore finanziario: catene di valore (*value chains*) sempre più frammentate e non integrate; piattaforme e offerta di prodotti finanziari; rischi per i gruppi che operano in diversi settori integrando differenti attività. Il p.to 4, all'interno della raccomandazione n. 1, pone l'attenzione sui possibili rapporti di dipendenza. Si v. anche European Banking Authority, *Report on the use of digital platforms in the eu banking and payments sector*, 2021, 33 e s., ove ci si riferisce ai rapporti di dipendenza da fornitori terzi di servizi ICT.

<sup>6</sup> Tali fenomeni non solo hanno semplificato le attività nel settore finanziario (ove correttamente utilizzati), ma hanno anche inciso sulla diffusione nel mercato degli effetti economici (positivi o negativi) derivanti da essi.

<sup>7</sup> *Ex multis*: V. Lemma, *FinTech Regulation: Exploring New Challenges of the Capital Markets Union*, Palgrave Macmillan, Cham, 2020; Id., *Solidarietà e regolazione dell'innovazione finanziaria*, in *Riv. trim. dir. dell'economia*, 2023, 83 e s.; F. Annunziata, *La disciplina europea del mercato delle cripto-attività (MiCAR)*, in *Riv. Soc.*, 2023, 923 e s.; L. Ammannati, *Regolatori e supervisori nell'era digitale: ripensare la regolazione*, in *Giur. Cost.*, 2023, 1453; F. Annunziata, A. Minto, *Il nuovo Regolamento UE in materia di Distributed Ledger Technology*, in *Riv. Dir. Bancario*, 2022; P. Mazzarisi, A. Ravagnani, P. Deriu, F. Lillo, F. Medda, A. Russo, *Metodi sperimentali di machine learning per supportare le decisioni nella detection degli abusi di mercato*, in *Quaderni FinTech - Consob*, n. 11, 2022; F. Annunziata, *Verso una disciplina europea delle cripto-attività. Riflessioni a margine della recente proposta della Commissione UE*, in *Riv. Dir. Bancario*, 2020; A. Sciarone Alibrandi, G. Borello, R. Ferretti, F. Lenoci, E. Macchiavello, F. Mattassoglio, F. Panisi, *Marketplace lending Verso nuove forme di intermediazione finanziaria?*, in *Quaderni FinTech - Consob*, n. 5, luglio 2019.

Eventi macroeconomici tra loro interconnessi hanno posto nuovi rischi<sup>8</sup>, evidenziando l'importanza della resilienza quale elemento su cui si fonda la fiducia nel settore finanziario europeo (e la sua stabilità)<sup>9</sup>.

Ecco come l'utilizzo e la costante evoluzione di strumenti ICT<sup>10</sup> si riflette sugli interessi che l'ordinamento giuridico è chiamato a tutelare mediante la definizione di una disciplina capace di rispondere in maniera efficace alle esigenze del settore finanziario<sup>11</sup>.

Le recenti crisi hanno inoltre evidenziato come l'utilizzo di sistemi ICT abbia la capacità di moltiplicare e far propagare gli effetti evolvendosi in una crisi sistemica.

---

<sup>8</sup> Si v. Banca d'Italia, *La cybersicurezza del settore finanziario: ruolo delle autorità e valore della cooperazione*, intervento di apertura di Paolo Angelini - Vice Direttore Generale della Banca d'Italia al convegno "La cooperazione pubblico-privato per la resilienza cyber del settore finanziario italiano - Le opportunità per gli operatori e il ruolo del CERTFin", Roma, 4 luglio 2024, in cui si riporta come le segnalazioni inviate alla Banca d'Italia dalle banche e dai prestatori di servizi di pagamento confermano "la forte accelerazione del numero di incidenti cyber l'anno scorso: 30 segnalazioni di attacchi, contro 13 nel 2022. I casi più frequenti hanno riguardato la disponibilità di servizi offerti alla clientela (cosiddetti attacchi *Denial Of Service*), talvolta attuati da soggetti che appaiono riconducibili a governi di paesi Extraeuropei; Parlamento UE, *Relazione recante raccomandazioni alla Commissione sulla finanza digitale: rischi emergenti legati alle cryptoattività - sfide a livello della regolamentazione e della vigilanza nel settore dei servizi, degli istituti e dei mercati finanziari*, 2020; Banca d'Italia, *Comunicazione in materia di tecnologie decentralizzate nella finanza e crypto-attività*, 15 giugno 2022. In dottrina: M. Rabiti, *Le regole di supervisione nel mercato digitale: considerazioni intorno alla comunicazione Banca d'Italia in materia di tecnologie decentralizzate nella finanza e crypto-attività*, D. Rossano (a cura di) *La supervisione finanziaria dopo due crisi. Quali prospettive*, cit., 345. Cfr. a titolo esemplificativo il caso connesso alla negligenza contabile della società di servizi finanziari *Wirecard*. D. McCrum, *Wirecard made this short seller right but not rich*, in *Financial Times*, 15 luglio 2020.

<sup>9</sup> Sulla nozione di «resilienza operativa digitale», si v. Regolamento UE, 2554/2022, art. 3, par. I, p.to 1), ove è definita come «la capacità dell'entità finanziaria di costruire, assicurare e riesaminare la propria integrità e affidabilità operativa, garantendo, direttamente o indirettamente tramite il ricorso ai servizi offerti da fornitori terzi di servizi TIC, l'intera gamma delle capacità connesse alle TIC necessarie per garantire la sicurezza dei sistemi informatici e di rete utilizzati dall'entità finanziaria, su cui si fondano la costante offerta dei servizi finanziari e la loro qualità, anche in occasione di perturbazioni»; Commissione UE, relazione alla direttiva che modifica le direttive 2006/43/EC, 2009/65/EC, 2009/138/EU, 2011/61/EU, EU/2013/36, 2014/65/EU, (EU) 2015/2366 and EU/2016/2341, COM(2020) 596 final, 24 settembre 2020.

<sup>10</sup> «Around half of EU banks (covering both corporate and retail segments) have reported that most of their customers (75%-100%) primarily use digital channels for daily banking activities. (...) In the area of Artificial Intelligence (AI), more than 70% of EU banks use AI at least in some areas of activities. Its use is more widespread in creditworthiness assessment and credit scoring, fraud detection, commercial profiling and clustering of clients or transactions, AML/CFT being more wide-spread. An increased use of chatbots or similar solutions is being noticed. We also see that many financial entities focus on optimisation of internal processes and introducing digitalisation in order to increase efficiencies and cut their operating costs» si v. J. M. Campa, *Operational resilience in EU financial services*, keynote speech at the 14th Financial meeting organised by Expansion, cit.

<sup>11</sup> *Ex multis*: N. Casalino, *La digitalizzazione del settore finanziario*, in M. Pellegrini (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2023, 337 e s.; R. Baskerville, F. Capriglione, N. Casalino, *Impacts, Challenges and trends of Digital Transformation in the Banking Sector*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2020, 341 e s.; G. Alpa, *Fintech: un laboratorio per i giuristi*, in *Contratto e Impresa*, 2019, 377 e s. e quale Premessa in G. Finocchiaro, V. Falce (diretto da), *Fintech: diritti, concorrenza, regole*, Bologna, 2019; A. Miglionico, *Innovazione tecnologica e digitalizzazione dei rapporti finanziari*, in *Contratto e Impresa*, 2019, 1376 e s.

L'externalizzazione a soggetti terzi di funzioni tecniche e l'interdipendenza dei sistemi ICT incide sulla fiducia nel settore finanziario assumendo rilevanza sotto diversi profili<sup>12</sup>. Se da un lato può consentire di conseguire obiettivi all'interno del mercato (mediante l'acquisizione di un *know-how* specifico), è altresì possibile creare distorsioni (attraverso un erroneo o distorto utilizzo degli strumenti o a causa di interferenze esterne).

La disciplina europea in tema di resilienza operativa digitale per il settore finanziario (*digital operational resilience for the financial sector - DORA*)<sup>13</sup> si inserisce tra le misure volte all'armonizzazione della finanza digitale<sup>14</sup>, proponendosi di

<sup>12</sup> Sul tema si v. Basel committee on banking supervision, *The joint forum, outsourcing in financial services*, 2005; EBA, *Guidelines on outsourcing*, 14 dicembre 2006; EBA, *Orientamenti in materia di externalizzazioni*, 25 febbraio 2019; ESMA, *Orientamenti in materia di externalizzazione dei servizi cloud*, 10 maggio 2021. In dottrina: L. Spitaleri, *L'outsourcing nei servizi bancari e finanziari, profili di governance e prospettive di vigilanza*, in *Riv. trim. dir. dell'economia*, 2023, 111 e s.; A. Sacco Ginevri, *Externalizzazione (outsourcing)*, in Aa.Vv., *Fin-tech: diritti concorrenza, regole*, a cura di G. Finocchiaro e V. Falce, Bologna, 2019, 205 e s.; G. Falcone, *Profili problematici dell'externalizzazione di funzioni ed attività «tipiche» da parte degli intermediari del mercato finanziario*, in R. Lener, G. Luchena, C. Robustella (a cura di), *Mercati regolati e nuove filiere di valore*, Torino, 2021, 275 e s.; G. FALCONE, *Profili problematici del cloud computing nella prestazione di servizi bancari e finanziari: il contratto come strumento «vicario» di regolazione*, in A. Antonucci, M. De Poli, A. Urbani (a cura di), *I luoghi dell'economia. Le dimensioni della sovranità*, Torino, 2019, 229 e s.

<sup>13</sup> La disciplina del regolamento UE, 2554/2022 troverà applicazione dal 17 gennaio 2025. Si v.: Comitato economico e sociale europeo, *Parere sulla comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni relativa a una strategia in materia di finanza digitale per l'UE*, cit., p.to 2.4, definisce la «resilienza operativa digitale» come la «capacità delle imprese di garantire di poter resistere ad ogni tipo di perturbazione e minaccia collegata alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC). La dipendenza sempre più elevata del settore finanziario dai software e dai processi digitali comporta che i rischi collegati alle TIC siano ormai intrinseci all'attività delle imprese del settore. Le imprese finanziarie sono diventate il bersaglio di attacchi informatici che possono causare gravi danni finanziari o alla reputazione per i consumatori e le imprese. Tali rischi devono essere ben compresi e gestiti, soprattutto in periodi di stress». Sullo stato di implementazione del regolamento DORA, cfr.: European Banking Authority, in [https://tools.eba.europa.eu/interactive-tools/2024/powerbi/dora\\_visualisation.html](https://tools.eba.europa.eu/interactive-tools/2024/powerbi/dora_visualisation.html).

<sup>14</sup> Circa il *Digital Finance Package* si v. Commissione UE, *Comunicazione relativa a una strategia in materia di finanza digitale per l'UE*, 24 settembre 2020; Commissione UE, *Comunicazione relativa a una strategia in materia di pagamenti al dettaglio per l'UE*, 24 settembre 2020. La strategia europea si compone di quattro atti normativi in tema di: cripto-attività (regolamento UE 1114 del 2023, sui mercati delle cripto-attività – MiCA, quali rappresentazioni digitali di valori o di diritti che possono essere trasferiti o memorizzati elettronicamente attraverso una tecnologia che supporta la registrazione distribuita di dati cifrati – tecnologia di registro distribuito, *distributed ledger technology – DLT* su cui si v. Regolamento UE n. 858 del 2022); l'armonizzazione delle principali prescrizioni sulla resilienza operativa digitale (modificando altresì le direttive vigenti in materia di servizi finanziari, per lo più per necessità di adeguare la disciplina concernente i requisiti in materia di rischio operativo e di gestione del rischio al nuovo regolamento DORA, e per aggiornare la definizione di «strumento finanziario» includendo gli strumenti emessi utilizzando la tecnologia DLT (Direttiva UE 2022/2556, che modifica le direttive 2009/65/CE, 2009/138/CE, 2011/61/UE, 2013/36/UE, 2014/59/UE, 2014/65/UE, (UE) 2015/2366 e (UE) 2016/2341 per quanto riguarda la resilienza operativa digitale per il settore finanziario). A tali atti si aggiunge la disciplina relativa a mercati equi e contendibili nel settore digitale (Regolamento, n. 1925 del 2022, *Digital Markets Act - DMA*), e la proposta di regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (*Artificial Intelligence Act*), di una direttiva relativa sull'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale (*AI Liability Directive*), riguardante il regime di responsabilità per danni causati con il coinvolgimento di sistemi di intelligenza artificiale. In dottrina: F. Capriglione, *Industria finanziaria, innovazione tecnologica, mercato*, in *Riv. trim. dir. dell'economia*, 2019, 374 e s.;

regolare in maniera uniforme e integrata le misure per la prevenzione e gestione dei rischi relativi all'interconnessione tra settore finanziario e ICT<sup>15</sup>.

In questo contesto, la necessità, per gli operatori del mercato finanziario, di ricorrere a soggetti esterni per lo sviluppo e la gestione dei servizi ICT (da cui ormai dipende o co-dipende il settore) è individuata come una autonoma categoria di rischio<sup>16</sup>. La disciplina europea si propone di bilanciare i differenti interessi e riequilibrare i rapporti di forza tra i due settori mediante la previsione di vincoli contrattuali e in termini di sorveglianza<sup>17</sup>, in particolare ove i fornitori di servizi ICT siano qualificati come «critici»<sup>18</sup> o risultino stabiliti in paesi terzi<sup>19</sup>.

---

M. Sepe, *Innovazione tecnologica, algoritmi e Intelligenza Artificiale nella prestazione dei servizi finanziari*, in *Riv. trim. dir. dell'economia*, 2021, 186 e s.; A. Canepa, *Big tech e mercati finanziari: «sbarco pacifico» o «invasione»?* Analisi di un «approdo» con offerta «à la carte», in *Riv. trim. dir. dell'economia*, 2021, 465 e s.; F. Urbani, *Rassegna dei principali interventi legislativi, istituzionali e di policy a livello europeo in ambito societario, bancario e dei mercati finanziari*, in *Riv. delle società*, 2022, 985 ss. La Banca Centrale Europea e la Commissione UE stanno inoltre proseguendo le attività dei tavoli di lavoro incaricati dello studio di fattibilità del cd. *digital euro project*, ossia dell'istituzione, regolazione ed emissione di una *central bank digital currency* (CBDC) da parte delle Istituzioni europee. Cfr. BCE, *Progress on the investigation phase of a digital euro*, 14 luglio 2023; BCE, *The case for a digital euro: key objectives and design considerations*, luglio 2022.

<sup>15</sup> Mediante ad es.: la definizione e il costante aggiornamento di sistemi, protocolli per gestire rischi informatici (Regolamento UE, 2554/2022, art. 7), l'identificazione dei ruoli e responsabilità nelle funzioni svolte dall'operatore finanziario mediante strumenti ICT (Regolamento UE, 2554/2022, art. 8), il controllo costante la gestione dei dati (per prevenire la loro corruzione, perdita e garantirne la riservatezza, Regolamento UE, 2554/2022, art. 9), l'individuazione di punti di vulnerabilità (Regolamento UE, 2554/2022, art. 10), anche mediante test di resilienza operativa digitale (Regolamento UE, 2554/2022, artt. 24-27) e la gestione di eventi di rischio per garantire la continuità mediante apposite piani e procedure di backup (Regolamento UE, 2554/2022, artt. 11 e 12) è coniugata e collegata con l'attività gestione degli incidenti informatici in collaborazione e coordinamento con le Autorità di Vigilanza (europee e nazionali, Regolamento UE, 2554/2022, artt. 17-23. In ambito europeo il riferimento è all'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati - ESMA, all'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali o professionali - EIOPA e all'Autorità bancaria europea - EBA).

<sup>16</sup> Regolamento UE, 2554/2022, artt. 28-45.

<sup>17</sup> La disciplina europea non impone massimali rigidi o restrizioni rigorose circa il ricorso a fornitori di servizi ICT al fine di non incidere negativamente sull'attività economica del settore limitandone la libertà contrattuale, piuttosto cerca di individuare strumenti, quali l'analisi e gestione dei rischi, la realizzazione di stress test, l'attività di vigilanza, l'attenzione ai contenuti contrattuali con i fornitori terzi di servizi ICT ed i regimi di responsabilità, per equilibrare i rapporti di forza e di dipendenza tra i due settori al fine di tutelare gli interessi degli investitori e del sistema europeo. Tali strumenti, applicati al settore finanziario sulla base di una proporzionalità declinata in termini generali (Regolamento UE, 2554/2022, art. 4, par. I, ove, la disciplina in materia a resilienza operativa digitale per il settore finanziario, trova applicazione «tenendo conto delle (...) dimensioni [degli operatori del settore finanziario] e del loro profilo di rischio complessivo, nonché della natura, della portata e della complessità dei loro servizi, delle loro attività e della loro operatività») e in termini specifici in relazione ai rapporti giuridici con i terzi fornitori di servizi ICT (Regolamento UE, 2554/2022, art. 28, par. I, lett. b), ove la gestione dei rischi informatici derivanti da terzi da parte delle entità finanziarie, tiene conto: «i: della natura, della portata, della complessità e dell'importanza delle dipendenze connesse alle TIC; ii) dei rischi derivanti dagli accordi contrattuali per l'utilizzo di servizi TIC conclusi con fornitori terzi di servizi TIC, tenendo conto della criticità o dell'importanza dei rispettivi servizi, processi o funzioni e del potenziale impatto sulla continuità e la disponibilità delle attività e dei servizi finanziari a livello individuale e di gruppo»).

<sup>18</sup> Regolamento UE, 2554/2022, art. 3, par. I, p.to 23.

<sup>19</sup> Regolamento UE, 2554/2022, art. 3, par. I, p.to 24.

L'articolo si propone di analizzare la disciplina europea sulla resilienza operativa digitale per il settore finanziario, approfondendo i rischi nei rapporti con i fornitori terzi che prestano servizi ICT e la loro gestione mediante previsioni che incidono sulle relazioni contrattuali e sull'attività di sorveglianza.

L'analisi intende evidenziare le criticità connesse a tali rapporti giuridici valutando l'idoneità e l'efficacia delle misure previste in tema di resilienza operativa digitale a bilanciare i rapporti di forza tra operatori finanziari e fornitori di servizi ICT, in considerazione della dipendenza che i primi hanno dall'utilizzo di strumenti tecnologici e degli sviluppi che la transizione digitale può comportare nel Mercato Unico. Il testo cercherà altresì di proporre alcune possibili soluzioni evolutive della disciplina, volte a favorire l'integrazione europea dell'attività di sorveglianza.

## 2. *I rischi nell'affidamento a soggetti terzi di servizi ICT nel settore finanziario e la loro gestione*

La dipendenza del settore finanziario da quello tecnologico ha portato la disciplina europea a prevedere strumenti per riequilibrare esternamente tale rapporto.

Sulla scorta delle esperienze di altri settori (es. in relazione alla disciplina sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica<sup>20</sup>), l'attività di analisi dei rischi (*risk based approach*)<sup>21</sup> è volta a ridurre l'asimmetria informativa tra le parti, cercando di prevenire la possibilità che questa influisca sull'equilibrio contrattuale (comportando un *lock in* tecnologico ed una «cattura» dei soggetti che svolgono la propria attività nel settore finanziario) e prevedere preliminarmente, mediante la gestione dei rischi, i meccanismi e le misure (organizzative e gestionali) da adottare per ridurre l'incidenza di un rischio informatico sull'attività finanziaria.

In questo risulta peculiare rilevare come tali rischi risiedano o trovino il proprio fondamento al di fuori dell'ambito finanziario e richiedano professionalità specifiche.

I rischi connessi alla sicurezza informatica ed alla sua vulnerabilità possono tuttavia assumere differente natura.

I rischi legati alla disciplina normativa costituiscono una categoria generale (che va quindi oltre i servizi resi da fornitori terzi e al settore finanziario), ma assumono peculiarità proprie in un contesto in cui interessi economici nazionali si frappongono a quelli europei in un quadro economico in cui il «Mercato Uni-

<sup>20</sup> D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

<sup>21</sup> Regolamento UE, 2554/2022, artt. 5-16.



co» è solo uno degli attori coinvolti nel più ampio mercato globale e all'interno di una pluralità di ordinamenti giuridici. L'armonizzazione di concetti rilevanti e regole tecniche può costituire elemento di sviluppo del mercato europeo e ridurre possibili distorsioni opportunistiche al suo interno (ad es. derivanti da *bias*<sup>22</sup>), anche in relazione alla frammentazione dei servizi finanziari (che rende complessa la *compliance* per gli operatori finanziari), e tutelare i consumatori (nel corretto utilizzo di servizi finanziari digitali)<sup>23</sup>.

Le differenze tra norme nazionali (di cui il regolamento UE DORA costituisce un primo passo per l'armonizzazione) nella prevenzione e gestione dei rischi informatici rappresenta un ostacolo per il funzionamento del mercato europeo dei servizi finanziari che incide sull'attività transfrontaliera<sup>24</sup>. Se molti dei principi, requisiti e regole tecniche sono già contenuti all'interno di norme, orientamenti e atti di *soft law* di settore<sup>25</sup>, risulta tuttavia necessario garantire la loro armonizzazione e la coerenza con concetti definiti in altri settori (quale ad es. quello bancario<sup>26</sup>) o negli atti normativi UE (come ad es. il regolamento UE in materia di Intelligenza artificiale, che individua nel livello di «rischio» un fattore distintivo all'interno della disciplina)<sup>27</sup>, al fine di pervenire ad una completa

<sup>22</sup> A. Davola, *Bias cognitivi e contrattazione standardizzata: quali tutele per i consumatori?*, in *Contratto e impresa*, 2017, 637 e s.

<sup>23</sup> F. Capriglione, *Le crypto attività tra innovazione tecnologica ed esigenze regolamentari*, in *Riv. trim. dir. eco.*, 2022, 254.

<sup>24</sup> Comitato economico e sociale europeo, *Parere sulla comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni relativa a una strategia in materia di finanza digitale per l'UE*, cit., 24 febbraio 2021, p.to 3.7; Comitato economico e sociale europeo, *Parere sulla «Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla resilienza operativa digitale per il settore finanziario e che modifica i regolamenti (CE) n. 1060/2009, (UE) n. 648/2012, (UE) n. 600/2014 e (UE) n. 909/2014»*, 24 febbraio 2021, p.to 4.1.2, in cui per garantire «chiarezza per le imprese, in particolare per quelle attive a livello transfrontaliero» richiede di assicurare «la coerenza delle definizioni e dei termini ed evitando duplicazioni, sovrapposizioni e interpretazioni divergenti su come soddisfare aspettative simili in termini di normative in giurisdizioni diverse». Per questi motivi il Comitato economico e sociale europeo invitava i responsabili politici europei a modificare la definizione di resilienza operativa al fine di garantire la coerenza con la definizione del Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria (CBVB) e di assicurare che tale resilienza operativa costituisca il sistema principale applicabile agli istituti finanziari dell'UE, onde evitare il rischio che entri in contraddizione con altri sistemi.

<sup>25</sup> Come quelli elaborati dall'ABE e dall'EIOPA, nonché il progetto di orientamenti dell'ESMA, oggetto di consultazione. In materia di esternalizzazione di servizi, si v. la dicotomia, in termini di ambito di applicazione, tra «esternalizzazione» e «servizio di terzi». La resilienza operativa digitale si riferisce unicamente ai «servizi TIC di terzi» per quanto riguarda i principi fondamentali per la gestione corretta dei rischi relativi alle TIC derivanti da terzi (capo V), mentre l'ambito di applicazione degli orientamenti dell'ABE in materia di esternalizzazione si basa su una definizione di esternalizzazione che implica che l'attività sia eseguita in modo ricorrente o continuativo (par. 26). Gli orientamenti dell'ABE forniscono inoltre un elenco di eccezioni che non sono considerate come rientranti nell'ambito dell'esternalizzazione (par. 28).

<sup>26</sup> Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, *Principles for operational resilience* (Principi di resilienza operativa), 6 novembre 2020.

<sup>27</sup> Proposta di Regolamento UE, *harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts - Analysis of the final compromise text with a view to agreement*, il testo

armonizzazione (tra settori economici e ordinamenti giuridici) ed evitare comportamenti opportunistici all'interno dell'Unione Europea.

Gli atti che la Commissione UE sarà chiamata ad approvare (nel 2024), possono costituire un importante elemento di armonizzazione di concetti, regole tecniche<sup>28</sup> e documenti<sup>29</sup> nel mercato europeo, che pare assumere carattere di omogeneizzazione dell'attività finanziaria mediante strumenti ICT e di cui oggi si può solo evidenziarne l'opportunità.

Tale auspicio metodologico parrebbe ulteriormente giustificato dall'approccio orizzontale di gestione dei rischi adottato nella disciplina in materia di resilienza operativa digitale per il settore finanziario e compatibile con la necessità di evitare sovrapposizioni di concetti, duplicazioni e problemi di coordinamento tra norme europee relative a nuove tecnologie rilevanti anche nell'ambito dell'esternalizzazione di prestazioni rilevanti<sup>30</sup> che potrebbero generare ostacoli al funzionamento del mercato unico, a danno degli operatori del mercato e della stabilità finanziaria<sup>31</sup>.

La necessità di rendere omogenea l'attività finanziaria mediante strumenti ICT (se non a livello internazionale quantomeno nel Mercato Unico) deve essere bilanciata con l'esigenza di garantire flessibilità ad una disciplina che concerne un settore in continua evoluzione ed in cui il diritto adeguarsi all'utilizzo di applicazioni tecniche nei rapporti economici in cui operano anche soggetti terzi.

La possibile esternalizzazione a «fornitori terzi di servizi ICT», in virtù di ragioni tecniche, contempera la libertà di iniziativa economica (Cost. It., art. 41) con vincoli e controlli di natura pubblica derivanti dalla necessità di tutelare il rispar-

---

approvato dal Parlamento UE nel mese di marzo è accessibile in [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0188-AM-808-808\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0188-AM-808-808_IT.pdf).

<sup>28</sup> Regolamento UE, 2554/2022, art. 15, con riferimento all'armonizzazione di strumenti, metodi, processi e politiche di gestione del rischio informatico (entro il 17 gennaio 2024); art. 18, relativo alla classificazione degli incidenti connessi alle TIC e delle minacce informatiche (entro il 17 gennaio 2024); art. 26, con riferimento ai test avanzati di strumenti, sistemi e processi di TIC basati su test di penetrazione guidati dalla minaccia (entro il 17 luglio 2024); art. 28, in relazione alla politica per l'utilizzo dei servizi ICT a supporto di funzioni essenziali o importanti prestati da fornitori terzi, nell'ambito della strategia per i rischi informatici derivanti da terzi (entro il 17 gennaio 2024); art. 30, par. V, con riferimento alle regole tecniche connesse alle funzioni ICT inserite nei contratti tra operatori del settore finanziario e terzi fornitori di servizi ICT (entro il 17 luglio 2024); art. 41, in relazione all'armonizzazione delle condizioni che consentono lo svolgimento delle attività di sorveglianza (entro il 17 luglio 2024).

<sup>29</sup> Regolamento UE, 2554/2022, art. 20, con riferimento all'armonizzazione dei modelli e dei contenuti per la segnalazione (entro il 17 luglio 2024); art. 28, in relazione a modelli standard registro di informazioni sugli accordi contrattuali per l'utilizzo di servizi ICT prestati da fornitori terzi, comprese le informazioni comuni a tutti gli accordi contrattuali per l'utilizzo di servizi TIC (entro il 17 gennaio 2024).

<sup>30</sup> G. Schneider, *La proposta di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale alla prova dei mercati finanziari: limiti e prospettive (di vigilanza)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2023, 1014 e s.; K. Trautmann, *EU-DORA regulation as a result of cloud computing adoption by the financial services industry*, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2023, 155-161; Arner-Buckley-Zetsche, *Open Banking, Open Data e Open Finance: Lessons from the European Union*, in Jeng (a cura di), *Open Banking*, Oxford, 2022, 147 e s.

<sup>31</sup> Regolamento UE, 2554/2022, considerando n. 9.

mio e garantire la stabilità finanziaria (Cost. It., art. 47) e costituisce un elemento di rischio che incide in maniera autonoma e differenziata sul settore finanziario.

La circostanza per cui la dipendenza dallo strumento ICT si trasforma in dipendenza da soggetti terzi, la cui maggiore conoscenza delle dinamiche tecnologiche può comportare distorsioni e alterazioni del mercato finanziario, costituisce fondamento dell'analisi e gestione dei rischi.

Ecco come la fase preliminare all'instaurazione di rapporti contrattuali con soggetti terzi diviene fase fondamentale. Una meticolosa analisi precontrattuale dovrebbe concentrarsi sui rischi connessi all'utilizzo di strumenti ICT gestiti da fornitori terzi (l'individuazione delle funzioni essenziali o importanti, l'analisi dei rapporti societari di tali soggetti ed i possibili conflitti di interesse, la gestione e la sicurezza dei dati e dei possibili rischi informatici, la realizzazione di test adeguati per verificare la funzionalità e resistenza dei sistemi adottati)<sup>32</sup>, che, unitamente alla collaborazione ed al costante rapporto con le autorità di vigilanza costituiscono elementi prodromici e che fondano la diligente gestione dell'attività da parte degli operatori del mercato finanziario e delle loro responsabilità.

La disciplina europea suddivide i rischi connessi ai rapporti contrattuali con soggetti terzi, operando una prima distinzione sulla base delle caratteristiche del fornitore del servizio ICT, dell'oggetto delle prestazioni contrattuali e le modalità con cui sono prestate (per poter valutare altresì gli effetti conseguenti gli automatismi degli strumenti ICT). Sulla base del rapporto soggettivo sono quindi distinti i soggetti terzi fornitori di servizi ICT<sup>33</sup> dai terzi fornitori «critici»<sup>34</sup>. Questi ulteriormente classificabili, ove ne ricorrano le condizioni, tra terzi che prestano l'attività nell'ambito di rapporti di controllo societario e in gruppi di imprese<sup>35</sup>.

La distinzione assume una ulteriore rilevanza ove il fornitore (o subappaltatore<sup>36</sup>) «critico» sia stabilito in uno Stato esterno all'Unione Europea<sup>37</sup>.

---

<sup>32</sup> Regolamento UE 2554/2022, art. 3, par. I, p.to 5, in cui i «rischi informatici» sono definiti come «qualunque circostanza ragionevolmente identificabile in relazione all'uso dei sistemi informatici e di rete che, qualora si concretizzi, può compromettere la sicurezza dei sistemi informatici e di rete, di eventuali strumenti o processi dipendenti dalle tecnologie, di operazioni e processi, oppure della fornitura dei servizi causando effetti avversi nell'ambiente digitale o fisico». Financial Stability Board, *Enhancing Third-Party Risk Management and Oversight. A toolkit for financial institutions and financial authorities*, 4 December 2023, 15.

<sup>33</sup> Regolamento UE 2554/2022, art. 3, par. I, p.to 19.

<sup>34</sup> Regolamento UE 2554/2022, art. 3, par. I, p.to 23 e 31 e s.

<sup>35</sup> Regolamento UE 2554/2022, art. 3, par. I, p.ti 25, 26 e 27 in cui si distinguono le nozioni di «impresa figlia» e «impresa madre» e di «gruppo» rimandando alla disciplina relativa ai bilanci d'esercizio, ai bilanci consolidati e alle relative relazioni di talune tipologie di imprese (Direttiva UE 2013/34).

<sup>36</sup> Regolamento UE 2554/2022, art. 3, par. I, p.to 28, in cui viene definito il subappaltatore stabilito in un paese terzo.

<sup>37</sup> Regolamento UE 2554/2022, art. 3, par. I, p.to 24. L'attenzione per i fattori che determinano la dipendenza da fornitori terzi ICT stabiliti fuori dall'UE o con evidenti collegamenti societari esteri all'UE non paiono limitati alla tutela di interessi direttamente connessi al settore finanziario, ma pongono l'attenzione sugli ulteriori interventi Europei volti a garantire una sovranità tecnologica europea (che paiono costituire un inte-

La declinazione data ai criteri individuati per qualificare un fornitore come «critico» è sintomo di una preoccupazione che la dipendenza degli operatori del settore finanziario da imprese ICT sia amplificato da «concentrazioni» di fornitori ICT<sup>38</sup> e che tali situazioni (non consentendo all'organismo che opera nel mercato finanziario di svolgere le proprie funzioni essenziali o assorbire effetti finanziari conseguenti) si riflettano negativamente sulla stabilità del sistema finanziario europeo<sup>39</sup>. L'impatto delle eventuali disfunzioni connesse all'utilizzo di strumenti ICT, il carattere sistemico delle entità finanziarie, il livello di dipendenza dai servizi ICT forniti in relazione alle funzioni essenziali e il grado di sostituibilità del fornitore terzo evidenziano l'attenzione alla continuità delle attività del settore finanziario e alla necessità di particolari accortezze al fine di evitare che disfunzioni di un fornitore si propaghino sull'intero sistema finanziario europeo.

Ecco come la circostanza che un fornitore «critico» sia stabilito presso un paese terzo, e la dipendenza del settore finanziario non sia più solo verso il settore ICT (o un singolo operatore economico) ma verso le economie che controllano quest'ultimo, comporta ulteriori precauzioni insite nella volontà di garantire una autonomia e indipendenza al sistema finanziario europeo da soggetti esterni (in stretta connessione alle misure in materia di sicurezza economica europea).

Le caratteristiche dei singoli mercati di riferimento dei servizi ICT rilevano nella definizione dei rischi<sup>40</sup>.

La circostanza per cui la maggior parte degli operatori finanziari sistemici europei ricorre ai servizi di tecnologia finanziaria forniti da società di paesi terzi (Stati Uniti e Cina)<sup>41</sup> che hanno una posizione dominante in alcuni servizi ICT

---

resse superiore che va oltre un singolo settore, comunque complementare ad esso). L'evoluzione del progetto Gaia-X (<https://gaia-x.eu/>), volto a realizzare una governance dei dati dell'UE attraverso una rete cloud con sede nell'Unione Europea, potrebbe garantire l'indipendenza dai fornitori esterni di servizi cloud rafforzando le modalità di gestione dei dati e delle informazioni del settore finanziario, nonché la sovranità economica, tecnologica e politica europea. La realizzazione di una piattaforma dell'UE per i dati potrebbe consentire l'accesso a fornitori di servizi cloud alternativi, anche nel settore finanziario. La Commissione ha chiesto all'Agenzia dell'Unione europea per la cibersicurezza (ENISA) di sviluppare un regime di certificazione della cibersicurezza per i servizi cloud, in conformità del regolamento sulla cibersicurezza, che contribuirà ad aumentare la fiducia nell'utilizzo del *cloud*, in particolare da parte dei servizi finanziari e degli organismi di regolamentazione. Parere del Comitato economico e sociale europeo sulla comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni relativa a una strategia in materia di finanza digitale per l'UE, 24 febbraio 2021, in cui si ritiene che una rete cloud europea faciliterebbe inoltre i flussi di dati tra gli Stati UE.

<sup>38</sup> Regolamento UE 2554/2022, art. 3, par. I, p.to 29, in cui si definisce il rischio di concentrazione delle TIC e art. 29, sulla valutazione preliminare del rischio di concentrazione.

<sup>39</sup> Regolamento UE 2554/2022, art. 31, par. II.

<sup>40</sup> I settori di servizi ICT che comunemente rientrano tra le funzioni critiche e importanti del settore finanziario ricomprendono: i servizi di infrastruttura di rete, i servizi di data center.

<sup>41</sup> R. Masera, *L'Europa, l'unione europea e l'eurozona: crisi e proposte di soluzione*, in *Riv. trim. dir. dell'economia*, 167, in cui si evidenzia come la Cina, con alcune delle più importanti Fintech Companies del mondo, pone una sfida alla leadership degli US nella Finanza Digitale e al ruolo del dollaro al centro del sistema finanziario internazionale. Per una analisi del contesto italiano: Consob, *FINTECH: Profili di attenzione e opportuni-*

(quale il *cloud*) espone il Mercato Unico ad una dipendenza che non è solo più tecnologica, ma che genera effetti sulle operazioni finanziarie e nei rapporti politici. La disciplina europea sulla resilienza operativa digitale (DORA) può rivelarsi insufficiente in situazioni in cui le caratteristiche del mercato dei fornitori di servizi ICT sia tale da vincolare il settore finanziario (es. in caso di un numero limitato fornitori di servizi, esterni all'Unione Europea, in presenza di accordi commerciali, vincoli societari o situazioni di controllo e collegamento tra i possibili fornitori).

L'esternalizzazione di servizi ICT comporta inoltre l'accesso alle informazioni sensibili e dati finanziari da parte di soggetti terzi. Possibili violazioni della sicurezza possono incidere sulla stabilità del settore, anche indirettamente (quale conseguenza della limitata affidabilità del sistema europeo). L'incremento dei rapporti contrattuali tra operatori finanziari e aziende ICT, potrebbero creare un'ulteriore complessità dove i fornitori terzi sfruttino le loro infrastrutture e la superiorità nella raccolta dei dati mediante forme di interconnessione.

I rischi operativi, connessi a problemi tecnici o interruzioni nei servizi forniti dai terzi fornitori e la necessità di sostituire un fornitore di servizi ICT, possono incidere direttamente sulle attività delle istituzioni finanziarie (causando ritardi nelle transazioni, perdite di dati o interruzioni dei servizi ai clienti) condizionando la continuità dell'attività. L'allineamento degli strumenti di risposta e recupero dei dati a seguito di incidenti informatici con le previsioni del Consiglio per la stabilità finanziaria (*Cyber Incident Response and Recovery* – CIRR – del *Financial Stability Board* - FSB) pare essenziale per garantire una omogeneità nelle misure.

La costante evoluzione tecnologica e la necessità di correggere, aggiornare strumenti, metodologie e *software* incrementano tali rischi.

I rischi di dipendenza, di concentrazione o di *lock-in* da uno (non facilmente sostituibile) o più fornitori terzi (tra loro strettamente connessi) per i servizi rilevanti e per la continuità operativa dell'istituzione finanziaria possono riflettersi negativamente sulla stabilità del sistema finanziario<sup>42</sup>. Il ricorso al medesi-

---

*tà per gli emittenti e il risparmio nazionale*, 6 luglio 2021. Si v. anche: K. Trautmann, *EU-DORA regulation as a result of cloud computing adoption by the financial services industry*, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2023, 38(5), 155-161.

<sup>42</sup> European Supervisory Authorities, *ESAs Report on the landscape of ICT third-party providers in the EU*, 19 settembre 2023, la cui analisi evidenzia un mercato rilevante composto da circa 15.000 fornitori che prestano servizi ICT a circa 1.600 entità finanziarie incluse nel campione d'indagine (tra cui le imprese di assicurazione). Secondo l'analisi, i fornitori più richiesti sono anche quelli che tendono a fornire servizi a supporto del maggior numero di funzioni essenziali o importanti e la difficile sostituibilità dei fornitori ICT che prestano attività in relazione a funzioni essenziali. Si v. anche European Supervisory Authorities, *Joint European Supervisory Authority response to a request for technical advice on digital finance and related issues*, ESA 2022 01, 31 gennaio 2022; European Banking Authority, *Report on the use of digital platforms in the EU banking and payments sector*, 21 settembre 2021; E. Palmerini, G. Aiello, V. Cappelli, G. Morgante, N. Amore, G. Di Vetta, G. Fiorinelli, M. Galli, *Il FinTech e l'economia dei dati. Considerazioni su alcuni profili civilistici e penalistici. Le soluzioni del diritto vigente ai rischi per la clientela e gli operatori*, 2018, 35 e s.; J.M. Campa, *Operational resilience in EU financial services*, cit., 4.

mo fornitore per più tipologie di servizi accresce gli effetti di dipendenza dell'operatore finanziario dal fornitore stesso ponendo quest'ultimo in posizione dominante nel mercato (rendendo altresì possibile, in presenza di un numero limitato di fornitori ICT per specifiche prestazioni contrattuali, la realizzazione di accordi per la suddivisione del mercato rilevante). Ove più operatori del settore finanziario ricorrano al medesimo fornitore o sussistano interdipendenze societarie tra questi, si possono generare conflitti di interesse riducendo la capacità di prevedere condizioni contrattuali proporzionate alla tipologia di prestazione e rischio. Una particolare attenzione concerne anche la possibile partecipazione di uno o più operatori del settore finanziario al capitale sociale del fornitore di servizi ICT o il ricorso a società che rientrano in gruppi di imprese.

Ulteriori fattori di rischio riguardano i possibili accordi di subappalto e le catene di subappalti, che rendono complessa l'attività di sorveglianza (anche in termini di analisi dei rapporti societari), soprattutto quando siano conclusi con fornitori terzi di servizi ICT stabiliti in un paese terzo<sup>43</sup>.

La possibilità che tali eventi si verifichino genera un autonomo rischio che concerne la reputazione dell'operatore finanziario e dell'intero sistema europeo incidendo negativamente sulla fiducia degli investitori. Qualsiasi problema legato alla sicurezza dei dati o alle prestazioni dei servizi ICT da parte di terzi può danneggiare gravemente la reputazione di un'istituzione finanziaria.

L'attività di analisi e gestione del rischio è imputata all'organo di governo dell'operatore finanziario che, nell'ambito dei suoi compiti connessi alla gestione sana e prudente dell'attività, è chiamato ad approvare il «quadro per la gestione dei rischi informatici»<sup>44</sup> che contiene la politica dell'operatore per l'uso di servizi ICT prestati da un fornitore terzo e la predisposizione di canali di comunicazione aziendali idonei ad ottenere informazioni sui rapporti contrattuali con i fornitori terzi e le relative modifiche<sup>45</sup>. Si definisce in questo modo una «strategia per i rischi informatici derivanti da terzi» fondata sulla differenziazione dei fornitori (non solo per ridurre l'incidenza di singoli rischi, ma anche il rapporto di forza sotteso alla dipendenza dall'ICT) e revisioni periodiche dei rischi da parte dell'organo di gestione dell'operatore finanziario<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> EBA, *Raccomandazioni in materia di esternalizzazione a fornitori di servizi cloud*, 28 marzo 2018, 11 e s.

<sup>44</sup> Regolamento UE, 2554/2022, art. 5, par. II. Il quadro per la gestione dei rischi informatici trova disciplina specifica nel successivo art. 6. Nel caso in cui ricorrano le circostanze, si v. anche l'art. 16 relativo al quadro semplificato.

<sup>45</sup> Regolamento UE, 2554/2022, art. 5, par. II, lett. h) e i).

<sup>46</sup> Regolamento UE 2554/2022, art. 28, par. II. La strategia per i rischi informatici derivanti da terzi comporta, per l'organo di gestione, un controllo costante e periodico rischi individuati in relazione agli accordi contrattuali per l'utilizzo di servizi ICT a supporto di funzioni essenziali o importanti.

L'analisi e la ponderazione preventiva, equilibrata e precauzionale consentono agli operatori del settore di organizzare e migliorare la propria conoscenza delle attività ICT, è temperata ed integrata da previsioni contrattuali e di sorveglianza idonee.

### 3. *I contratti con i soggetti terzi fornitori di servizi ICT e l'attività di sorveglianza nella resilienza operativa digitale per il settore finanziario*

La disciplina europea sulla resilienza operativa digitale nel settore finanziario individua nel contratto con terzi fornitori di servizi ICT (in relazione a funzioni «essenziali e importanti») e nell'attività di sorveglianza (sull'attività dei fornitori terzi «critici») i due strumenti con cui bilanciare i molteplici interessi in rapporto e riequilibrare la dipendenza del settore finanziario da quello tecnologico.

Il contratto (inteso quale atto volto a disciplinare l'interazione giuridica tra le parti<sup>47</sup>), di cui è richiesta la forma scritta, in ragione della maggiore capacità di adattamento (rispetto alla norma) è lo strumento a cui è demandata la gestione della condizione di dipendenza del settore finanziario<sup>48</sup>. Al suo interno si individuano le condizioni contrattuali e gli obblighi minimi<sup>49</sup>, per garantire la proporzionalità e la ragionevolezza nel bilanciamento tra i differenti interessi in gioco<sup>50</sup>.

La definizione delle clausole contrattuali, quale conseguenza dell'analisi dei rischi (e in particolare quello di concentrazione<sup>51</sup>), è limitata dai requisiti

---

<sup>47</sup> European Supervisory Authorities, *ESAs Joint European Supervisory Authority response to the European Commission's February 2021 Call for Advice on digital finance and related issues: regulation and supervision of more fragmented or non-integrated value chains, platforms and bundling of various financial services, and risks of groups combining different activities*, cit., p. 40, in cui si richiamano le tipologie di atti con cui sono disciplinati i rapporti nella collaborazione tra settore finanziario e ICT: «partnerships, joint ventures, outsourcing and sub-contracting, mergers and acquisitions».

<sup>48</sup> Il contratto trova nella preliminare analisi dei rischi e definizione delle modalità di gestione il momento centrale di definizione di ruoli e attività. In un contesto caratterizzato da rischi esterni all'attività finanziaria e ad una attività di sorveglianza che mette in connessione in maniera diretta i fornitori terzi ICT e le autorità di sorveglianza, le responsabilità si incentrano sul soggetto giuridico che svolge attività finanziaria. La responsabilità dell'organo di gestione dell'operatore finanziario costituisce infatti il «principio guida» (quale valutazione circa l'adeguatezza delle previsioni contenuto nella strategia per i rischi informatici derivanti da terzi e delle clausole contrattuali che disciplinano i rapporti con i terzi fornitori di servizi ICT - Regolamento UE, 2554/2022, considerando n. 45 e art. 5, par. II -) della resilienza operativa digitale per il settore finanziario. A questo si aggiungono anche le responsabilità dei collaboratori dell'organo di gestione ed a cui quest'ultimo ha conferito un ruolo nell'ambito della governance di resilienza digitale oltre che le responsabilità di natura contrattuale del soggetto terzo fornitore di servizi ICT.

<sup>49</sup> Regolamento UE 2554/2022, art. 30.

<sup>50</sup> M. Rabitti, *Due diligence sulla sostenibilità e digitalizzazione della catena del valore: l'apporto di blockchain e smart contracts*, in *Riv. trim. dir. dell'economia*, 2023, 172.

<sup>51</sup> Regolamento UE 2554/2022, art. 29.

del regolamento DORA<sup>52</sup>. Sulla base del principio di proporzionalità, elementi essenziali minimi del contratto e vincoli prestazionali connessi alla fornitura di servizi a supporto di funzioni essenziali o importanti sono definiti dalla disciplina UE, vincolando l'autonomia contrattuale delle parti<sup>53</sup>.

Gli elementi essenziali dei contratti con i fornitori terzi di servizi ICT sono strettamente collegati alla necessità di garantire all'operatore finanziario un controllo sulla sicurezza e la corretta gestione operativa dell'attività finanziaria<sup>54</sup>. Obblighi aggiuntivi sono quindi previsti in relazione ai fornitori che prestano funzioni valutate come essenziali o importanti. L'incidenza di tali attività sui risultati finanziari, e sulla solidità e continuità dei servizi finanziari dell'operatore giustifica un regime «aggravato» che impone previsioni contrattuali volte a rafforzare i vincoli posti in capo al terzo fornitore di servizi ICT, che culminano nell'obbligo di garantire un periodo di transizione nell'ambito della strategia di uscita dal rapporto contrattuale<sup>55</sup>.

Un profilo di attenzione concerne il contratto di subappalto che, ove autorizzato e inerente a funzioni essenziali o importanti, richiede un'analisi specifica dei benefici e dei rischi che possono derivare da tale rapporto (in particolare nel caso di un subappaltatore di ICT stabilito in un paese terzo) e da catene di tali contratti<sup>56</sup>.

L'attività di sorveglianza interviene a supporto dell'analisi e gestione rischi (in chiave di prevenzione e mitigazione degli eventi)<sup>57</sup> e dell'attività contrattuale con terzi fornitori di servizi ICT (quale strumento istituzionale di garanzia da asimmetrie informative e a tutela del risparmio),

---

<sup>52</sup> Regolamento UE 2554/2022, art. 28, par. IV.

<sup>53</sup> Regolamento UE 2554/2022, art. 30, par. III.

<sup>54</sup> Rilevano quindi la descrizione chiara delle prestazioni oggetto del contratto, i livelli di servizio, ed il luogo della sua esecuzione (anche in un contesto di gestione e conservazione delle informazioni nell'UE), le condizioni di eventuali contratti di subappalto, la gestione delle informazioni e dei dati (anche in relazione ai casi in cui il fornitore terzo risulti impossibilitato a fornire la prestazione).

<sup>55</sup> Regolamento UE 2554/2022, art. 30, si v. il rapporto tra il par. II e il par. III. Ad es. a obblighi di assistenza all'operatore finanziario, di operare con le autorità pubbliche e diritti di risoluzione, si aggiungono obblighi di segnalazione per il fornitore terzo, di attuare e testare piani operativi di emergenza, di partecipare e cooperare con l'operatore finanziario ai test TLPT, di diritti incondizionati di accesso e cooperazione nelle ispezioni e audit e definire contrattualmente strategie di uscita mediante la definizione di un periodo di transizione obbligatorio.

<sup>56</sup> Regolamento UE 2554/2022, art. 29, II, in cui sono individuati quali particolari elementi di attenzione le disposizioni del diritto fallimentare applicabili in caso di fallimento del fornitore terzo di servizi ICT come pure eventuali restrizioni relative all'urgente ripristino dei dati dell'entità finanziaria e, in caso il fornitore o subappaltatore sia stabilito in un paese terzo, del rispetto della disciplina UE sulla protezione dei dati.

<sup>57</sup> M. Rabitti, *Le regole di supervisione nel mercato digitale: considerazioni intorno alla comunicazione Banca d'Italia in materia di tecnologie decentralizzate nella finanza e crypto-attività*, D. Rossano (a cura di) *La supervisione finanziaria dopo due crisi. Quali prospettive*, cit., 343 e s.



Mentre la sorveglianza interna garantisce un livello di autonomia minimo (anche di carattere tecnico) dell'operatore finanziario, rispetto ai fornitori ICT<sup>58</sup>, la sorveglianza esterna rende i fornitori di servizi ICT (che in linea generale non esercitano attività di natura finanziaria), soggetti alla vigilanza di Autorità che viceversa svolgono il proprio ruolo nell'ambito finanziario, bancario e assicurativo<sup>59</sup>. Tale attività assume un ruolo particolarmente incisivo in relazione ai fornitori terzi «critici»<sup>60</sup>, con i quali le Autorità Europee di Vigilanza – AEV (e quella individuata come capofila), istituiscono un rapporto diretto<sup>61</sup>. Le autorità di sorveglianza capofila, individuate direttamente dalle AEV<sup>62</sup> sulla base di criteri aventi ad oggetto i servizi ICT prestati dal fornitore terzo (quali l'impatto sistemico, l'importanza delle entità finanziarie, la dipendenza dai servizi prestati dal fornitore terzo e il grado di sostituibilità)<sup>63</sup>, si propongono di acquisire una conoscenza approfondita e completa delle relazioni nei singoli settori della fornitura di servizi ICT<sup>64</sup>.

---

<sup>58</sup> Regolamento UE 2554/2022, art. 6, IV.

<sup>59</sup> J.M. Campa, *Operational resilience in EU financial services*, cit., 5.

<sup>60</sup> Regolamento UE 2554/2022, artt. 31-44. Joint European Supervisory Authority, *Discussion paper on the joint ESAs advice to the European Commission on two delegated acts specifying further criteria for critical ICT third-party service providers (CTPPs) and determining oversight fees levied on such providers, under Articles 31 and 43 of Regulation (EU) 2022/2554 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 on digital operation resilience for the financial sector and amending Regulations (EC) No 1060/2009, (EU) No 648/2012, (EU) No 600/2014, (EU) No 909/2014 and (EU) 2016/1011*, 26 maggio 2023.

<sup>61</sup> Si v.: l'art. 31, par V, in cui si prevede la notifica diretta al fornitore terzo della sua qualificazione come «critico» (il quale a sua volta deve informare l'operatore finanziario a cui presta servizi ICT); l'art. 31, par. XIII, in cui il fornitore terzo critico è chiamato a notificare direttamente all'autorità di sorveglianza capofila gli eventuali cambiamenti sulla struttura gestionale dell'impresa figlia istituita nell'UE; art. 33, par. I, in relazione ai compiti dell'autorità di sorveglianza capofila, si individua quest'ultima quale «principale punto di contatto per i fornitori terzi critici di servizi ICT»; art. 35, in relazione all'esercizio diretto dei poteri dell'autorità di sorveglianza capofila sul fornitore terzo critico.

<sup>62</sup> Su proposta del comitato congiunto delle AEV (per la funzione di coordinamento nell'ambito del Sistema europeo di vigilanza finanziaria) e su raccomandazione del forum di sorveglianza (organo di supporto del comitato congiunto e delle AEV individuate come capofila per il singolo operatore finanziario sulla base della quota principale delle proprie attività).

<sup>63</sup> Regolamento UE 2554/2022, art. 31, par. II. Criteri che potranno essere ulteriormente integrati dalla Commissione UE entro il 17 luglio 2024 (si v. il par. VI).

<sup>64</sup> In questo contesto sono di interesse (quale anticipazione dei criteri che potranno essere integrati dalla Commissione UE) gli indicatori quantitativi e qualitativi proposti dalle AEV riferiti ad undici criteri di criticità suggeriti ed ai rispettivi livelli di rilevanza. European Supervisory Authorities, *Joint European Supervisory Authorities' Technical Advice to the European Commission's December 2022 Call for Advice on two delegated acts specifying further criteria for critical ICT thirdparty service providers (CTPPs) and determining oversight fees levied on such providers*, 29 settembre 2023, dove, in relazione agli indicatori quantitativi, sono proposte alcune soglie minime di rilevanza. Tali soglie di rilevanza minima costituiscono un requisito minimo al di sopra del quale deve essere effettuata la valutazione sulla criticità.

La cooperazione<sup>65</sup> e il coordinamento<sup>66</sup> dell'attività delle Autorità di Vigilanza Europee nell'ambito di una rete comune, costituisce fattore determinante per individuare i possibili soggetti terzi critici e garantire l'effettività della sorveglianza nel Mercato Unico<sup>67</sup>. La necessità di garantire l'efficacia dell'attività di sorveglianza anche dei fornitori terzi critici con sede in un paese terzo<sup>68</sup> e la possibile assenza di rapporti di cooperazione con le autorità di vigilanza finanziaria nei paesi terzi comporta (per il fornitore terzo) l'obbligo di assicurare una presenza commerciale nell'UE mediante l'istituzione di un'impresa figlia entro 12 mesi dalla sua designazione come «critico»<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> Ex art. 16 dei regolamenti (UE) n. 1093/2010, (UE) n. 1094/2010 e (UE) n. 1095/2010. Cfr. il Regolamento UE 2554/2022, art. 32, c. VII, in cui si prevede il compito per le AEV di formulare (entro il 17 luglio 2024) «orientamenti sulla cooperazione tra le AEV e le autorità competenti concernenti le procedure e le condizioni dettagliate per la ripartizione e l'esecuzione dei compiti tra le autorità competenti e le AEV, nonché forniscono dettagli sugli scambi di informazioni necessari alle autorità competenti per garantire il seguito da dare alle raccomandazioni a norma dell'articolo 35, paragrafo 1, lettera d) rivolte ai fornitori terzi critici di servizi TIC». Si v. anche gli artt. 48 e 49 in relazione, rispettivamente, alla cooperazione tra l'autorità di sorveglianza capofila e le Autorità Europee di Vigilanza con le competenti autorità amministrative indipendenti nazionali.

<sup>66</sup> Regolamento UE 2554/2022, art. 34. Cfr. anche art. 35, par. II e IV in relazione al coordinamento dell'autorità di sorveglianza capofila con la rete di sorveglianza comune.

<sup>67</sup> Le AEV raccolgono i dati sui contratti conclusi dagli operatori finanziari con fornitori terzi di servizi ICT, potendo anche accedere al registro informazioni completo (art. 28, par. III), li trasmettono al forum di sorveglianza (art. 31, par. X). G. Schneider, *La proposta di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale alla prova dei mercati finanziari: limiti e prospettive (di vigilanza)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2023, 1014 e s., in cui si prospetta un coordinamento dell'attività di vigilanza anche con IA. In questo contesto sono di interesse (quale anticipazione dei criteri che potranno essere integrati dalla Commissione UE) gli indicatori quantitativi e qualitativi proposti dalle AEV riferiti ad undici criteri di criticità suggeriti ed ai rispettivi livelli di rilevanza. Cfr. il rapporto tra l'art. 33, par. IV e l'art. 34.

<sup>68</sup> Rendendo ad es. difficili le attività ispettive e l'irrogazione di eventuali sanzioni (es. in materia di trasparenza e accesso). Si v. il combinato tra Regolamento UE 2554/2022, art. 35, par. I e VI.

<sup>69</sup> Regolamento UE 2554/2022, art. 31, par. XII e XIII. Tale misura, tuttavia, può non essere sufficiente per garantire gli obiettivi dell'attività di sorveglianza richiedendo la conclusione (da parte delle AEV) di appositi accordi di cooperazione con le autorità dei paesi terzi al fine di rendere possibile l'acquisizione di informazioni e l'esercizio delle funzioni ispettive. Sul punto si v. Regolamento UE 2554/2022, art. 36, ove sono altresì disciplinati i limiti dei poteri delle AEV e il contenuto minimo degli accordi di cooperazione amministrativa. Per assolvere alle funzioni previste dal regolamento DORA, le autorità di vigilanza capofila sono dotate di poteri di indagine, ispettivi e di raccomandazione il cui inadempimento può comportare l'adozione di sanzioni amministrative (penalità di mora quantificate su base giornaliera e parametrata al fatturato medio quotidiano realizzato a livello mondiale dal fornitore terzo), anche a seguito di un contraddittorio con i rappresentanti del fornitore terzo critico. Sanzioni amministrative di natura economica, si sommano a sanzioni reputazionali (la comunicazione al pubblico delle penalità inflitte – Regolamento UE 2554/2022, art. 35, par. X – o nel caso di mancata risposta alle raccomandazioni formulate – Regolamento UE 2554/2022, art. 42, par. II -) ed a sanzioni contrattuali imposte dalla disciplina europea (alle autorità amministrative indipendenti nazionali è riconosciuto il potere di imporre di richiedere ad un operatore finanziario di sospendere temporaneamente o la risoluzione del contratto con un fornitore terzo critico ICT fino a quando non si sia posto rimedio ai rischi individuati nelle raccomandazioni rese ad un fornitore terzo critico – Regolamento UE 2554/2022, art. 42, par. VI. Circa il dovere degli Stati membri di conferire i poteri alle autorità amministrative nazionali si v. l'art. 50 -).

#### 4. *La resilienza operativa digitale per il settore finanziario nei rapporti di dipendenza con il settore ICT*

L'analisi della disciplina sulla resilienza operativa digitale per il settore finanziario rende di interesse valutare quanto le previsioni del regolamento DORA consentano di riequilibrare il rapporto di dipendenza con il settore ICT e quanto possano risultare efficaci nel perseguimento degli obiettivi cui sono preposte.

In un contesto in cui gli operatori finanziari possono avere difficoltà ad imporre determinate clausole all'interno del contratto, rilevano quelli che sono veri e propri obblighi che la disciplina europea pone in capo ai fornitori terzi. Se la previsione normativa di vincoli contrattuali obbligatori per i fornitori terzi di servizi ICT rende ulteriormente percepibile la necessità di tutelare gli operatori finanziari (dalla posizione di forza contrattuale del settore ICT), la possibilità di ricorrere a clausole contrattuali standard definite da «autorità pubbliche per servizi specifici»<sup>70</sup> è sintomo di come la dipendenza del settore finanziario dalle imprese ICT possa risultare (in alcune circostanze dettate dalle caratteristiche del mercato) difficilmente gestibile anche contrattualmente da parte dei singoli operatori finanziari<sup>71</sup>.

Elementi armonizzati (standard e strumenti tecnici<sup>72</sup>, clausole contrattuali, previsioni normative) possono costituire utile strumento comune volto a superare comportamenti opportunistici, ma al contempo non pare possibile escludere che la forza contrattuale delle aziende ICT (specialmente per servizi i cui mercati sono caratterizzati da una ridotta concorrenza) possa riflettersi, più che sulla conclusione dei relativi contratti con gli operatori finanziari, sull'effettiva e corretta esecuzione di prestazioni contrattuali di cui detengono un *know how* specifico. Ecco come la descrizione del dettaglio dei livelli di servizio, termini di preavviso e obblighi di segnalazione possono risultare previsioni non idonee a prevenire

---

<sup>70</sup> Regolamento UE, 2554/2022, art. 30 par. IV.

<sup>71</sup> Regolamento UE 2554/2022, art. 41.

<sup>72</sup> European Banking Authority, *Operational resilience*, accessibile in <https://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/operational-resilience>; European Supervisory Authorities, *First set of rules under DORA for ICT and third-party risk management and incident classification*, 17 gennaio 2024, accessibili in: <https://www.eba.europa.eu/publications-and-media/press-releases/esas-publish-first-set-rules-under-dora-ict-and-third-party>. Le bozze tecniche finali congiunte comprendono: – standard tecnici di regolamentazione sul quadro di gestione del rischio ICT e sul quadro di gestione del rischio ICT semplificato; criteri standard per la classificazione degli incidenti legati agli strumenti ICT; e standard tecnici per specificare la politica sui servizi ICT che supportano funzioni critiche o importanti forniti da fornitori di servizi ICT di terze parti; e standard tecnici di attuazione per stabilire i modelli per il registro delle informazioni; European Supervisory Authorities, *Second batch of policy products under DORA*, 17 luglio 2024, accessibile in: <https://www.eba.europa.eu/publications-and-media/press-releases/esas-published-second-batch-policy-products-under-dora>, le misure intervengono sul sistema di segnalazione degli incidenti legati alle ICT (chiarezza delle segnalazioni, modelli) e sui test basati sulle minacce, introducendo anche alcuni requisiti sulla progettazione del quadro di supervisione, che rafforzano la resilienza operativa digitale del settore finanziario dell'UE, garantendo così anche la continuità operativa dei servizi finanziari ai clienti e la sicurezza dei dati.

in maniera effettiva eventuali rischi ove l'ineffettività delle previsioni contrattuali può realizzarsi nei casi in cui la disciplina europea impone direttamente al fornitore terzo critico obblighi di cooperazione. Esempi in tale senso sono l'obbligo del fornitore di «attuare e testare i piani operativi di emergenza»<sup>73</sup> o i doveri di cooperazione nell'ambito di *audit* o in occasione del periodo di transizione nella gestione della strategia di uscita<sup>74</sup>.

La necessità di un'adeguata competenza tecnica da parte degli operatori finanziari, anche mediante un rafforzamento del ruolo della sorveglianza interna, si estende ricomprendendo la gestione dell'evoluzione tecnologica<sup>75</sup>. La costante innovazione delle tecnologie ICT comporta la capacità di pronto adeguamento degli operatori finanziari.

La previsione nel contratto di clausole e procedure che consentano agli operatori finanziari di apportare effettive modifiche alle prestazioni dei fornitori terzi, e garantiscano (al contempo) la corretta e ordinata gestione delle modifiche tecniche, rischia di risultare priva di effetti reali ove non accompagnata da adeguate competenze che devono essere ricercate nell'attività di sorveglianza (interna ed esterna). In questo senso devono essere letti gli obblighi di prestare assistenza («senza costi aggiuntivi o a un costo stabilito *ex ante*») in relazione ad incidenti ICT connessi al servizio prestato, di cooperare («senza riserve») con le Autorità competenti e con quelle di risoluzione dell'operatore finanziario.

Eventuali inadempimenti e violazioni dei vincoli contrattuali da parte di un fornitore terzo critico possono comportare una immediata cessazione dei rapporti contrattuali, ma il possibile impatto negativo che la cessazione del servizio avrebbe per gli operatori finanziari che utilizzano tale specifico fornitore terzo critico<sup>76</sup>, richiede di valutare possibili misure correttive, considerando che la possibile mancanza di alternative nel settore ICT limita l'esercizio della risoluzione del contratto.

Nello stesso modo, dato che la definizione di un adeguato livello di sicurezza e la mancanza di alternative reali, costituiscono criteri per la qualificazione di for-

---

<sup>73</sup> Regolamento UE 2554/2022, art. 30, par. III, lett. c).

<sup>74</sup> Regolamento UE 2554/2022, art. 30, par. III, lett. e), p.to iii; lett. f).

<sup>75</sup> Ecco come la necessità di garantire un'adeguata conoscenza tecnologica al settore finanziario (riducendo asimmetrie informative), si rinviene innanzitutto nella possibilità di ricorrere a revisori (anche esterni) per garantire che la complessità tecnica di alcune prestazioni non vada a detrimento dell'attività finanziaria. Cfr. Regolamento UE 2554/2022, art. 28, par. VI, ove si prevede un dovere dell'entità finanziaria di «verificare» che i revisori siano titolari di competenze e conoscenze adeguate.

<sup>76</sup> Uno dei criteri per designare un fornitore di ICT come fornitore critico sarebbe il grado di sostituibilità, tenendo conto della mancanza di alternative reali o della difficoltà di migrare i servizi, in parte o totalmente (articolo 28, par. II). Se così fosse, sarebbe difficile per gli istituti finanziari trasferire il servizio a un altro fornitore. Inoltre, chiedere che gli istituti finanziari esposti passino a un diverso fornitore di servizi contribuirebbe in ultima analisi a una maggiore concentrazione sul mercato europeo, contraria allo spirito del regolamento in esame.

nitore «critico»<sup>77</sup>, un errore di valutazione dell'operatore finanziario sulla criticità di un fornitore può ridurre la sorveglianza delle AEV. Tale circostanza potrebbe risultare anche conseguenza di un tentativo di nascondere alcune criticità per evitare effetti sul mercato finanziario (o ritorsioni commerciali dal settore ICT).

La previsione di sanzioni quantificate sul fatturato globale e sanzioni reputazionali può altresì comportare una riduzione dell'interesse (per i prestatori internazionali di servizi ICT) dei rapporti contrattuali con operatori finanziari europei. Questo potrebbe ridurre ulteriormente il novero di possibili fornitori di servizi ICT (aumentando i rischi di concentrazione).

Se quindi la definizione di vincoli contrattuali a livello normativo è sentore di preoccupazione circa la difficoltà per gli operatori finanziari di imporre autonomamente determinate prestazioni, parte del rapporto di dipendenza potrebbe essere colmato mediante le competenze tecniche dell'attività di sorveglianza.

L'attività di sorveglianza e la cooperazione tra le autorità di vigilanza risulta strumento essenziale ma non necessariamente sufficiente per prevenire e ridurre eventuali distorsioni nel settore finanziario (che trovano tuttavia origine al di fuori di esso) capaci di incidere negativamente sul rapporto di fiducia con gli investitori.

La complessità che consegue a possibili catene di subappalto (che contraddistinguono la fornitura di alcuni servizi ICT)<sup>78</sup> pur comportando la previa valutazione dell'operatore finanziario, rende difficilmente monitorabili i rapporti giuridici tra i subappaltatori (ad es. in relazione a controlli volti ad evitare possibili conflitti di interesse tra i terzi fornitori), contribuendo ad incidere sull'equilibrio contrattuale, sul possibile utilizzo distorto di dati e informazioni e sui rapporti di dipendenza. L'attività di sorveglianza è resa ulteriormente complessa dalla cooperazione diretta richiesta al fornitore terzo che, nell'ambito dei propri doveri di buona fede e cooperazione, è tenuto a comunicare determinati eventi all'Autorità di sorveglianza capofila<sup>79</sup> (è questo il caso dei contratti di subappalto, in cui l'Autorità di sorveglianza può raccomandare la rinuncia a stipulare il subcontratto<sup>80</sup>).

Gli stessi meccanismi di funzionamento dell'attività di sorveglianza e i tempi richiesti per gestire le comunicazioni tra le Autorità (europee e nazionali) coinvolte può non consentire una pronta risposta ad un evento che, attraverso gli strumenti tecnologici, genera effetti considerevoli in un limitato intervallo di tempo. La disciplina dei rapporti tra operatori finanziari e fornitori terzi di servizi ICT prevista dal regolamento DORA pare quindi contemplare i principali problemi connessi alla dipendenza del settore finanziario dalla tecnologia e sicuramente,

<sup>77</sup> Regolamento UE, 2554/2022, art 31, par. 2, lett. c) e d).

<sup>78</sup> Rese possibili dalla circostanza che 9000 subappaltatori supportano fornitori terzi critici. Cfr. European Supervisory Authorities, *ESAs Report on the landscape of ICT third-party providers in the EU*, cit., p.to 13.

<sup>79</sup> Regolamento UE 2554/2022, art. 35, par. I e V.

<sup>80</sup> Regolamento UE 2554/2022, art. 30.

inserendosi in un quadro giuridico più ampio, costituisce una presa di coscienza degli interessi coinvolti dal rapporto di dipendenza dell'attività finanziaria dal settore ICT e come solo l'effettività della resilienza operativa digitale per il settore finanziario possa contribuire al perseguimento degli obiettivi prefissati.

La definizione di norme, concetti, infrastrutture e strumenti comuni costituisce un passo importante nella definizione di una più ampia sovranità europea che punta ad assicurare un ruolo al settore finanziario europeo nella globalizzazione economica.

Permangono tuttavia perplessità sulla efficacia delle misure europee sulla resilienza operativa digitale per il settore finanziario, su cui influisce in vario modo il rapporto di dipendenza rispetto al settore ICT. Paiono infatti necessari investimenti infrastrutture ICT UE, volte a superare i limiti derivanti dall'eventuale numero limitato di fornitori terzi nonché dalla circostanza che molti di essi sono stabiliti in paesi terzi (non risultando sufficiente l'obbligo di istituire un'impresa figlia nell'UE entro 12 mesi dalla designazione quale «fornitore critico»<sup>81</sup>, rispetto ai possibili rischi connessi all'utilizzo distorto delle informazioni e agli eventuali effetti conseguenti ad inadempimenti contrattuali).

Se infrastrutture ICT realizzate nell'UE possono ridurre la condizione di dipendenza del settore finanziario nella definizione delle condizioni contrattuali con eventuali fornitori terzi, una attenta revisione dell'attività di vigilanza parrebbe necessaria per superare i limiti derivanti dalla conoscenza tecnica (di autorità con specifiche competenze nell'attività bancaria, finanziaria ed assicurativa) e dalla limitata integrazione dei rapporti tra livelli di governo (nazionale ed europeo), indirizzata al perseguimento di una sovranità europea che pare necessaria nei rapporti economici con i mercati internazionali.

---

<sup>81</sup> Regolamento UE 2554/2022, art. 31, XII.

*I rapporti tra finanza e settore ICT nella resilienza operativa digitale per il settore finanziario*

L'innovazione tecnologica è un fattore che influenza l'economia e assume caratteristiche particolari nel settore finanziario. Il rapporto di co-dipendenza con il settore delle TIC comporta rischi per la stabilità finanziaria del sistema europeo e per la stessa sovranità europea. La resilienza operativa digitale per il settore finanziario è un mezzo per proteggere gli interessi giuridico-economici sottostanti.

L'analisi e la gestione dei rischi, i regimi contrattuali vincolati e le attività di supervisione mirano a garantire il settore finanziario nelle sue relazioni contrattuali con il settore delle TIC, in particolare in relazione alle funzioni essenziali o importanti e ai fornitori terzi "critici", soprattutto se stabiliti in Paesi terzi.

Il testo si propone di condurre un'analisi del quadro di resilienza operativa digitale per il settore finanziario e di come esso cerchi di bilanciare le relazioni di dipendenza del settore finanziario dal settore ICT. L'analisi mira a verificare l'efficacia delle istituzioni introdotte nel perseguimento degli interessi economici europei, sviluppando alcune considerazioni sulle possibili evoluzioni.

*The relationship between finance and ICT in digital operational resilience for the financial sector*

Technological innovation is a factor affecting the economy and takes on special characteristics in the financial sector. The co-dependent relationship with the ICT sector entails risks for the financial stability of the European system and for European sovereignty itself. Digital operational resilience for the financial sector is a means of protecting the underlying legal-economic interests.

Risk analysis and risk management, constrained contractual regimes and oversight activities are intended to secure the financial sector in its contractual relationship with the ICT sector, in particular in relation to essential or important functions and 'critical' third-party providers, especially where established in third countries.

The text aims to conduct an analysis of the digital operational resilience framework for the financial sector and how it seeks to balance the dependency relationships of the financial sector on the ICT sector. The analysis aims to verify the effectiveness of the introduced institutions in the pursuit of European economic interests by developing some considerations on possible evolutions.

## Le *Smart Cities* nella prospettiva del potere pubblico\*

Gianmarco Poli

SOMMARIO. 1. La nozione di *Smart City*. – 2. *Smart cities* e ruolo del potere pubblico. Le peculiarità del modello italiano. – 3. L'intervento pubblico attivo. – 4. L'intervento privato sostitutivo. – 5. È possibile qualificare giuridicamente la *Smart city*?

### 1. *La nozione di Smart City*

Il termine *Smart city* ha fatto la sua iniziale comparsa soprattutto negli studi sociologici, economici e urbanistici.

L'interessamento da parte del mondo giuridico è stato una diretta conseguenza; soprattutto in ragione di alcuni interventi del legislatore, nazionale ed europeo, che hanno utilizzato per la prima volta il termine in un testo normativo<sup>1</sup>. Si allude, in particolare, alla Strategia Europa 2020 (adottata con Comunicazione della Commissione, 3 marzo 2010, n. 2020) e alla legge di bilancio 2020 (art. 1, c. 437) dove è presente la locuzione “*Smart city*” ma senza contestualmente offrire una definizione del fenomeno.

Dalla normativa citata, quindi, si possono evincere solo alcuni e limitati aspetti della c.d. *smart city* (delle finalità complessive, considerabili come “macro-principi”); e cioè, che si tratta di un modello di crescita «intelligente, sostenibile e inclusiva», da ritenere il più indicato per l'innovazione urbana nelle città del futuro.

La mancanza di una definizione giuridica del fenomeno (dovuta, probabilmente, al suo essere nozione essenzialmente vaga ed eterogenea), allora, ha indotto a ricercare al di fuori dalle norme dedicate elementi per comprendere e provare a definire il concetto. Soprattutto, ricavando dati utili dal confronto con concetti

---

\* Il testo costituisce una rielaborazione, con l'aggiunta di note, della relazione tenuta il 26 maggio 2022 presso l'Università Suor Orsola Benincasa, nell'ambito del dottorato di ricerca in *Humanities and Technologies: an integrated research path* - Profilo Giuridico.

<sup>1</sup> Trasformandolo in un fenomeno «amministrativamente rilevante» per E. Carloni, *Città intelligenti e agenda urbana: le città del futuro, il futuro della città*, in *Munus*, 2016, 239 ss.



similari, dotati di una chiara identità normativa, e grazie ai quali provare a superare, ora per assimilazione ora per contrasto, le difficoltà dovute alla lacuna definitoria<sup>2</sup>.

In questo senso, il primo termine di confronto è stato proprio la nozione di Comune, che con quello di “città” evoca un’istintiva associazione di idee ma a cui, sul piano istituzionale, non appare riconducibile.

Il Comune, infatti, tanto nella Costituzione quanto nel TUEL, è rappresentato come un livello di governo del territorio, delimitato rigidamente sul piano spaziale, laddove il concetto di città – e quindi, *a fortiori*, di *smart city* –, all’opposto, risulta privo di una valenza istituzionale (nel TUEL, ad es., il titolo di “città” è attribuito solo come onorificenza, senza risvolti pratici significativi) e non viene necessariamente ancorato a una dimensione di territorialità, potendo anche superare i confini della tradizionale cornice giuridico-amministrativa comunale<sup>3</sup>.

Ragion per cui, il concetto di *smart city* neppure è stato associato a quello di Città metropolitana che, al pari del Comune, è un livello (ancorché sovracomunale) di governo del territorio.

Un secondo e più proficuo confronto, poi, si è presentato con la nozione di “comunità intelligente”, concetto simile evocato dall’art. 20 d.l. n. 179/2012 (conv. con l. n. 221/2012) – per taluni corrispettivo italiano della locuzione *smart city* – e definito nelle linee guida pubblicate dall’AgID nel 2012 (a cui l’art. 20 demandava in origine l’attuazione), come «quel luogo e/o contesto territoriale ove l’utilizzo pianificato e sapiente delle risorse umane e naturali, opportunamente gestite e integrate mediante le numerose tecnologie i.c.t. [dell’informazione e della comunicazione] già disponibili, consente la creazione di un ecosistema capace di utilizzare al meglio le risorse e di fornire servizi integrati e sempre più intelligenti (cioè il cui valore è maggiore della somma dei valori delle parti che li compongono)».

In ogni caso, entrambi i raffronti hanno contribuito a mettere in evidenza alcuni caratteri della città intelligente, che paiono renderne meno evanescenti e più riconoscibili le fattezze. Raccogliendo i dati finora emersi, infatti, la *smart city* inizia a delinearci come un’aspirazione (*rectius*, un obiettivo di politica generale) a che un contesto territoriale (più o meno vasto)<sup>4</sup>, attraverso l’interconnessione tecnologica i.c.t., viaggia verso un modello di crescita sostenibile e inclusivo, fina-

<sup>2</sup> Sulle difficoltà di inquadramento del fenomeno sotto il profilo normativo, F. Gaspari, *Città intelligenti e intervento pubblico*, in *Dir. econ.*, 2019, 73 ss.

<sup>3</sup> Soprattutto dopo la legge n. 56/2014 e i processi di aggregazione comunale – unioni e fusioni di Comuni su tutti – indotti dalla numerosa “legislazione della crisi” (dal 2010 in poi, sino alla “riforma Delrio”), che ha finito per affermare un paradigma di strutturale labilità delle delimitazioni cittadine.

<sup>4</sup> Ad assumere rilevanza, infatti, non è l’ente locale nei suoi confini amministrativi predefiniti, bensì il «luogo e/o contesto territoriale».

lizzato a una miglior qualità della vita collettiva (anche in termini di erogazione di servizi o sfruttamento delle opportunità).

Postulato implicito – ricavabile dalle norme esaminate (che parlano di “*obiettivi politici*”, mediante utilizzo “*pianificato*” delle risorse, opportunamente “*gestite*” e integrate) – di una tale acquisizione è che lo strumento ordinamentale per realizzare il modello di convivenza descritto sia necessariamente l’intervento del pubblico (si vedrà di qui a poco con che ruolo e peso).

Sul piano dell’inquadramento giuridico, allora, è possibile sostenere che la *Smart city*, piuttosto che un luogo (un ambito territoriale) o un livello delle istituzioni, vada considerata – assecondando il carattere meramente ottativo delle norme che la contemplano – una finalità (di realizzare un modello di crescita intelligente, sostenibile e inclusiva) verso cui devono tendere tutta una serie di politiche pubbliche (normative e amministrative, locali e nazionali), le quali, attraverso la loro operatività congiunta, convergano su un obiettivo unitario da raggiungere: migliorare, nel suo complesso, la qualità della vita dei cittadini, servendosi – quale momento indefettibile – di nuove tecnologie che consentano l’interconnessione, la condivisione e una crescita sostenibile. In una parola, realizzare un modello di città ideale, scommettendo sull’azione catalizzatrice delle nuove tecnologie<sup>5</sup>.

## 2. Smart cities e ruolo del potere pubblico. Le peculiarità del modello italiano

Per realizzare questo disegno di città del futuro, dunque, appare a questo punto coesenziale stabilire quale sia il ruolo giocato dal potere pubblico.

Sul piano internazionale, due sono i modelli di riferimento a cui le scienze sociologiche hanno guardato per spiegare l’intervento pubblico nella realizzazione di una *smart city*.

Quello statunitense (cd. *bottom-up*), che propende per un sostanziale arretramento delle autorità pubbliche (e delle sue funzioni) a fronte di quei fenomeni sorti spontaneamente dalla collettività che, attraverso l’uso tecnologia, coniugano inclusione, sostenibilità e crescita (è il caso di Uber e della mobilità condivisa). In questo modello (dello Stato facilitatore), il potere deve lasciare liberi i fenomeni di svilupparsi e, al più, rimuovere (su sollecitazione del mercato) gli ostacoli normativi sfavorevoli allo sfruttamento delle nuove tecnologie<sup>6</sup>.

E quello europeo (cd. *top-down*) che, all’opposto, presuppone l’intervento attivo delle politiche pubbliche, attraverso investimenti (soprattutto di rafforzamento infrastrutturale) e/o un’attività di indirizzo da parte degli organi di gover-

<sup>5</sup> Cfr. E. Carloni, *Città intelligenti e agenda urbana*, cit., 239.

<sup>6</sup> E. Ferrero, *Le smart cities nell’ordinamento giuridico*, in *Foro amm.*, 2015, 1272.

no<sup>7</sup>. Nel modello in parola, dunque, si assiste a un'individuazione dall'alto delle misure da adottare per raggiungere lo scopo della *smart city*, accompagnata da un uso combinato e sinergico di diversi strumenti amministrativi, per lo più riconducibili – specialmente nell'attività di indirizzo – allo schema della *governance*<sup>8</sup> e che si muovono sul terreno del *soft law* (in particolare, con l'adozione di linee guida e raccomandazioni)<sup>9</sup>. Si tratterebbe, cioè, di indirizzare i comportamenti delle parti attraverso prescrizioni sfornite di efficacia vincolante diretta (non essendo direttamente sanzionata l'eventuale violazione), favorendone l'osservanza in via spontanea<sup>10</sup>.

Il sistema italiano, la cui filosofia si ispira al modello di derivazione europea (in cui i poteri pubblici hanno un ruolo attivo nella realizzazione della *smart city*), presenta tuttavia delle peculiarità. In questo senso, esso incarna una sorta di *tertium genus* nel modo di realizzare la città intelligente<sup>11</sup>.

La disciplina nazionale, infatti, si è caratterizzata per una maggior incidenza dell'intervento pubblico propedeutico al raggiungimento dello scopo. Tale intervento è stato realizzato sia attraverso misure di sostegno economico all'imprenditoria (legata all'i.c.t.), sia, soprattutto, reindirizzando – nel segno degli obiettivi di cui alla *smart city* – l'esercizio di funzioni amministrative tradizionali (come tali destinate a imporre regole precettive e vincolanti), quali, ad es., quelle di pianificazione territoriale (quella urbanistica in cima) e di programmazione strategica<sup>12</sup>.

Ma non sono mancati – e in ciò si apprezza la particolarità del modello – fenomeni riconducibili a misure *bottom-up*, i quali, favoriti da una lettura in chiave evolutiva del principio di sussidiarietà orizzontale (*ex art. 118 Cost.*), hanno finito per affiancarsi – e talvolta sostituirsi – all'intervento diretto della mano pubblica<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> E. Ferrero, *Le smart cities nell'ordinamento giuridico*, cit., 1271 ss.; M. Caporale, *L'intelligenza si ripartisce o si condivide? A proposito di smartness, livelli di governo e una certa idea di città*, in *Istit. fed.*, 2015, 861.

<sup>8</sup> Nella sua accezione di «sistema complesso di moduli e modelli di azione e di comportamento che, essendo caratterizzati da un'elevata flessibilità, consentono alle istituzioni di interagire attivamente con i poteri privati», secondo la definizione che ne dà E. Ferrero, *Le smart cities nell'ordinamento giuridico*, cit., 1273. Sul concetto di *governance*, cfr. R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Roma-Bari, 2014, 228 ss. e 265 ss.

<sup>9</sup> Così, E. Ferrero, *Le smart cities nell'ordinamento giuridico*, cit., 1278.

<sup>10</sup> Sull'insufficienza delle misure di *soft law* o avente carattere premiale in assenza di concomitanti normative vincolanti, F. Gaspari, *Città intelligenti e intervento pubblico*, cit., 74 ss.; *contra*, C. Iaione, *La città come bene comune*, in *Aedon*, 2013, 1.

<sup>11</sup> In merito alla compatibilità di una soluzione che, per una miglior attuazione del fenomeno, attinga da entrambi i modelli di *smart city*, M. Caporale, *L'attuazione delle smart cities. Competenze e coordinamento tra livelli di governo*, in *Istit. fed.*, 2015, 958 ss.

<sup>12</sup> Cfr. G. Delle Cave, «Comunità intelligenti», *enti locali, mobilità sostenibile: le Smart City al cospetto del potere pubblico*, in *Dir. econ.*, 2021, 385 ss.

<sup>13</sup> Cfr. G. Urbano, *Le "Città intelligenti" alla luce del principio di sussidiarietà*, in *Istit. fed.*, 2019, 463 ss.

### 3. *L'intervento pubblico attivo*

Tra le misure nazionali di intervento pubblico volte alla realizzazione della *smart city*, un ruolo certamente significativo va assegnato alle politiche di sostegno economico alla infrastrutturazione del Paese<sup>14</sup>.

Più precisamente, l'attuazione delle politiche in materia di comunità intelligenti è avvenuta assegnando agli apparati amministrativi essenzialmente il ruolo di *public procurers*, chiamati a destinare parte della spesa pubblica alla realizzazione di strumenti e prodotti innovativi, orientando il mercato verso un'economia digitale.

Ne è un esempio l'attività svolta negli anni dal MIUR che, nel quadro delle indicazioni dell'agenda digitale europea e della progettazione strategica (promossa dall'AgID) in materia di ricerca e innovazione per lo sviluppo delle comunità intelligenti<sup>15</sup>, ha adottato – soprattutto in virtù della delega ricevuta in materia di innovazione tecnologica – bandi di ricerca e stanziato ingenti fondi pubblici atti a finanziare progetti e iniziative (soprattutto privati) finalizzati al raggiungimento degli obiettivi fissati nell'agenda.

Ma ne è un esempio altrettanto paradigmatico l'iniziativa analoga avviata dal CIPE che, anche in concomitanza con le ricostruzioni *post* sismiche degli anni 2009 e 2012, ha stanziato fondi affinché la ricostruzione delle aree colpite dalla calamità passasse prioritariamente attraverso l'incentivazione di «nuove attività imprenditoriali collegate alla realizzazione delle infrastrutture innovative per le smart-cities (mobilità, energia, telecomunicazioni, sicurezza e centri per il comando e controllo)»<sup>16</sup>.

Sotto questo profilo, dunque, la filosofia di fondo che ha accumulato le politiche nazionali di sostegno alla realizzazione delle *smart cities* è stata quella, anziché di erogare direttamente un servizio alla collettività, di incentivare economicamente il mercato a offrire servizi sostenibili (è il caso, ad es., della mobilità *smart* e con-

---

<sup>14</sup> Per S.A. Frego Luppi, *Note minime in tema di nuove forme di cittadinanza attiva tra demarchia e beni comuni nel contesto della smart city*, in *Amm. in Camm.*, 2016, 15 ss. le istituzioni pubbliche devono mantenere un ruolo primario, poiché le sole energie dei cittadini non sarebbero sufficienti.

<sup>15</sup> L'art. 20, co. 3-*bis* del d.l. n. 83/2012, recante misure urgenti per l'agenda digitale, aveva conferito all'AgID il compito di promuovere «la definizione e lo sviluppo di grandi progetti strategici di ricerca e innovazione connessi alla realizzazione dell'Agenda digitale italiana e in conformità al programma europeo Horizon2020, con l'obiettivo di favorire lo sviluppo delle comunità intelligenti, la produzione di beni pubblici rilevanti, la rete a banda ultralarga, fissa e mobile, tenendo conto delle singole specificità territoriali e della copertura delle aree a bassa densità abitativa, e i relativi servizi, la valorizzazione digitale dei beni culturali e paesaggistici, la sostenibilità ambientale, i trasporti e la mobilità, la difesa e la sicurezza, nonché al fine di mantenere e incrementare la presenza sul territorio nazionale di significative competenze di ricerca e innovazione industriale».

<sup>16</sup> Delibera CIPE del 21 dicembre 2012, n. 135, relativa alla ripartizione risorse del fondo per lo sviluppo e la coesione, periodo 2013-2015.

divisa), sfruttando le tecnologie digitali in essere o previa loro implementazione (realizzabile, proprio grazie al sostegno dei fondi pubblici messi a disposizione)<sup>17</sup>.

Accanto all'incoraggiamento dell'iniziativa privata innovativa, l'altro volto delle politiche pubbliche a sostegno del modello di *smart city* è rappresentato dalla programmazione strategica volta a incentivare le politiche infrastrutturali del Paese<sup>18</sup>.

Sul piano della strumentazione operativa, infatti, esse hanno trovato un sostegno e un fondamento normativo nel Codice dei contratti pubblici del 2016, che ha nel Piano Generale dei Trasporti e della Logistica (PGTL) e nel Documento Pluriennale di Pianificazione (DPP), gli strumenti per la pianificazione e la programmazione (artt. 200-201) e per la progettazione (art. 23) delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese<sup>19</sup>.

In quest'ottica, lo strumento della programmazione ha potuto favorire la nascita di quelle infrastrutture fisiche (reti di interconnessione territoriale per favorire la mobilità) e digitali (reti di comunicazione ad alta velocità) e la loro operatività congiunta. Un esempio è rappresentato dalla mobilità sostenibile, incentivata dalla Direttiva 2014/94/UE 99<sup>20</sup> e che richiede un'opera di raccordo – da programmare con sapienza – tra strutture fisiche e piattaforme digitali.

Non rimane, a questo punto, che attendere quali ripercussioni avrà sull'atteggiamento futuro delle amministrazioni il D.lgs. n. 36/2023 che, nel ridisegnare la materia degli appalti, ha impresso un deciso cambio di rotta al sistema del *public procurement*. Se è vero che il nuovo Codice è animato da un chiaro *favor* per la realizzazione delle opere pubbliche<sup>21</sup>, come strumento di implementazione delle infrastrutture e della competitività del Paese<sup>22</sup>, infatti, è altrettanto innegabile che, come contraltare di ciò, sono stati depotenziati – quando non del tutto rimossi (ne è un esempio l'istituto del PGTL, non riconfermato dal nuovo arti-

<sup>17</sup> Sull'implementazione infrastrutturale come condizione necessaria per realizzare città intelligenti, cfr. P. Sabatini, *La Cabina di regia: l'organo operativo dell'Agenda digitale italiana*, in *Dir. e prat. amm.*, 2014, 9, 33.

<sup>18</sup> In tal senso, G. Delle Cave, "Comunità intelligenti", cit., 391; S. Cafiero, *Il ruolo delle città per lo sviluppo*, in *Riv. econ. mezz.*, 2013, 9 ss. Sulla programmazione strategica e *smart city*, cfr. altresì, F. Fracchia, P. Pantalone, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, in *Federalismi.it*, 2015, 22, 23 ss.; E. Ferrero, *Le smart cities nell'ordinamento giuridico*, cit., 1283 ss.

<sup>19</sup> Così, F. Gaspari, *Città intelligenti e intervento pubblico*, cit., 85-86.

<sup>20</sup> Direttiva, recepita con d.lgs. n. 257/2016, che riguarda in modo particolare le città metropolitane, ed evidenzia un chiaro indirizzo per procedere verso una stagione di pianificazione della mobilità sostenibile metropolitana, attraverso l'adozione di Piani Urbani della Mobilità Sostenibile (PUMS).

<sup>21</sup> Si veda, S. Perongini, *Il principio del risultato*, cit., 5 ss. che, nell'individuare l'anima del principio del risultato, parla di «interesse pubblico alla realizzazione dell'opera».

<sup>22</sup> Così, ad es., G. Napolitano, *Committenza pubblica e principio del risultato*. Relazione al Convegno "Il Nuovo Codice degli Appalti". Avvocatura dello Stato, Roma, 27 gennaio 2023, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 2023.

colato codicistico<sup>23)</sup><sup>24</sup> – quegli strumenti di indirizzo e coordinamento pensati, nell'impianto precedente, per favorire uno sviluppo ordinato e sincronico delle reti di interconnessione.

Plausibile conseguenza del mutamento di prospettiva è che l'iniziativa lasciata alle singole P.A., e alla loro ampliata discrezionalità di scelta (quale mezzo reputato più idoneo per l'ottimale perseguimento dello scopo)<sup>25</sup>, possa rendere sì più celere, ma maggiormente eterogenea e disarmonica – e dunque, nel complesso meno efficace –, l'azione pubblica indispensabile a raggiungere gli obiettivi, di maggior respiro, che il modello della *smart city* pone.

Sotto l'aspetto dei finanziamenti alla realizzazione delle infrastrutture, invece, l'obiettivo della *smart city* ha trovato recentemente spazio tra i progetti finanziati dal PNRR, rientrando nelle tematiche di cui alle missioni 1 (in particolare la digitalizzazione, che promuove, tra le altre cose, progetti di *mobility*), 2 (la rivoluzione verde e la transizione ecologica) e 5 (l'inclusione e la coesione con investimenti in rigenerazione urbana). Molte delle soluzioni in cui le diverse missioni si articolano, infatti, sono ascrivibili, direttamente o indirettamente, alla rete di interventi indispensabili per la realizzazione delle *Smart cities*.

E veniamo, infine, allo strumento della pianificazione territoriale che, tra le politiche pubbliche a sostegno della città intelligente, riveste un ruolo tutt'altro che secondario<sup>26</sup>.

Proprio a tal riguardo, è possibile osservare come l'obiettivo della *smart city* assurga al rango di politica di governo del territorio, con l'effetto di direzionare l'intera pianificazione urbanistica (e la relativa funzione che, come ormai da tempo chiarito, ha acquisito una nuova anima più in asse con i valori della Costituzione)<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> Critico nei confronti di una tale scelta si è mostrato l'urbanista F. Karrer, *L'eliminazione del Piano Nazionale dei Trasporti e della Logistica (PGTL). Volontà esplicita o dimenticanza?*, in [www.apertacontrada.it](http://www.apertacontrada.it), 2023.

<sup>24</sup> Quanto ai documenti pluriennali di pianificazione, invece, pur rimasti in vigore per opera dell'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 228/2011, è scomparso dal nuovo codice ogni richiamo all'istituto, non essendo stato riproposto il testo dell'art. 201, d.lgs. n. 50/2016 e, con esso, il ruolo di traino degli insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese (da realizzarsi in coerenza con il PGTL), che in precedenza era stato assegnato al DPP.

<sup>25</sup> Cfr. A. Sandulli, *Il principio del risultato quale criterio interpretativo e applicativo*, in *Dir. pubbl.*, 2024, 351, che parla di «contesto di più estesa discrezionalità»; così anche R. Ursi, *La "Trappola della Fiducia" nel Codice dei Contratti pubblici*, in *Dir. & conti*, 2024, 12 ss. nonché, ancora, G. Napolitano, *Committenza pubblica e principio del risultato*, cit., 4: «l'amministrazione contraente non vive più in una camicia di forza regolamentare, ma può scegliere una molteplicità di modelli procedurali e normativi con un'ampia facoltà di selezionare la regola alla quale auto vincolarsi».

<sup>26</sup> Cfr. G. Delle Cave, *"Smart city", diritto alla città e pianificazione c.d. "intelligente"*, in *Federalismi.it*, 41 ss., che osserva come sia l'urbanistica, in particolare, a rappresentare il punto prospettico migliore da cui analizzare la questione della realizzabilità in concreto della *smart city*.

<sup>27</sup> Si allude a quella nuova concezione della funzione urbanistica, non più limitata a garantire un ordinato sviluppo del territorio ma volta a indirizzare la collettività locale verso un modello di sviluppo economico-sociale. In tal senso, Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2012, n. 2710, in *Foro amm.-CDS*, 2012, 1160 Cons. Stato, Sez. IV, 8 luglio 2013 n. 3606, in *Foro amm.-CDS*, 2013, 1950; Cons. Stato, sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5081, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. IV, 12 giugno 2017, n. 2861, ivi; Cons. Stato, sez.

e, con esso, lo sviluppo urbano della comunità, verso la condivisione – anche attraverso le potenzialità delle nuove tecnologie – degli spazi pubblici e dei beni comuni e, in ultima istanza, verso una società sempre più integrata e coesa<sup>28</sup>.

Sotto questo profilo, la *smart city* si intreccia con il tema della rigenerazione urbana – intesa come «un insieme coordinato di interventi sia pubblici che privati, urbanistici, edilizi, socio-economici, tecnologici, ambientali e culturali di iniziativa strategica contro il nuovo consumo di suolo»<sup>29</sup> – che, per intrinseca vocazione, appare essere uno strumento ideale per raggiungere gli obiettivi posti dalla città intelligente.

Oltretutto, è lo stesso legislatore ad aver instaurato un legame tra *smart city* e rigenerazione urbana, come si evince dall'art. 1, c. 437 della legge di bilancio 2020 che, nell'ambito delle politiche di rigenerazione, ha istituito un apposito programma (il programma innovativo nazionale per la qualità dell'abitare), finalizzato a «rigenerare il tessuto socio-economico, a incrementare l'accessibilità, la sicurezza dei luoghi e la rifunzionalizzazione di spazi e immobili pubblici, nonché a migliorare la coesione sociale e la qualità della vita dei cittadini, in un'ottica di sostenibilità e densificazione, senza consumo di nuovo suolo e secondo i principi e gli indirizzi adottati dall'Unione europea, secondo il modello urbano della città intelligente, inclusiva e sostenibile (Smart City)».

A ciò si aggiunga che, in relazione a quanto previsto dall'art. 20, co. 3-*bis* del d.l. n. 83/2012 (che promuove «la valorizzazione digitale dei beni culturali e paesaggistici»), la realizzazione della *smart city* deve passare anche attraverso una politica territoriale che vada verso l'interconnessione tra valori e beni oggetto di tutele differenziate (come il paesaggio e i beni culturali), affinché ne sia consentita la fruizione intelligente (non limitata a beni iconici ma estesa ai beni diffusi nella città) e in rete<sup>30</sup>.

#### 4. *L'intervento privato sostitutivo*

Come si è anticipato in precedenza, la peculiarità del modello italiano sta proprio nel fatto che, associate a iniziative pubbliche, non sono mancate forme di realizzazione della *smart city* ispirate a un modello di sostanziale ritrazione dell'autorità locale, sostituita o affiancata dall'iniziativa della cittadinanza.

IV, 29 aprile 2018, n. 2529, *ivi*; Cons. Giust. Amm., 30 gennaio 2020, n. 84, *ivi*. In dottrina, principalmente, P. Urbani, *Le nuove frontiere del diritto urbanistico: potere conformativo e proprietà privata*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 9 ss.; Id., *Conformazione dei suoli e finalità economico sociali*, in *Urb. e app.*, 2013, 59 ss.

<sup>28</sup> In questa prospettiva, F. Gaspari, *Città intelligenti e intervento pubblico*, cit., 88.

<sup>29</sup> Definizione su cui convergono le varie e più recenti iniziative legislative (cfr. P. Carpentieri, *Il "consumo" del territorio e le sue limitazioni. La "rigenerazione urbana"*, in *Federalismi.it*, n. 8/2020).

<sup>30</sup> In argomento, S. Amorosino, *Smart cities come human cities. Tre variazioni sul tema: beni culturali, paesaggio e settore alimentare*, in *Riv. giur. urb.*, 2019, 29 ss.

Si è, ad esempio, assistito al fiorire di forme locali di amministrazione condivisa. Con apposite previsioni contenute nei regolamenti comunali, in particolare, si è definito un vero e proprio sistema di co-amministrazione (o *governance* distribuita) nella cura e nella gestione dei beni comuni<sup>31</sup>. In questo modello<sup>32</sup>, il potere amministrativo non si limita a sostenere o incentivare (con politiche pubbliche) interventi a tutela dell'interesse generale, bensì cede ai cittadini parte delle proprie prerogative<sup>33</sup>.

Questi ultimi, infatti, in forma singola o associata (e anche in forma imprenditoriale), attraverso le piattaforme digitali (che li connettono tra di loro e con la P.A.), non solo partecipano al procedimento amministrativo (ad es. per la individuazione del bene o spazio urbano in questione), ma operano una vera e propria valutazione di tipo discrezionale, andando essi stessi a individuare uno specifico bene come funzionale al benessere individuale e collettivo e, conseguentemente, decidendo di assumersi direttamente la responsabilità della sua cura, della sua gestione o della sua rigenerazione al fine di migliorarne o di riacquisirne la fruizione a vantaggio dell'intera collettività<sup>34</sup>.

Tale forma di gestione – uno dei molteplici aspetti che può assumere il modello della *smart city* – troverebbe la sua legittimazione e il proprio ancoraggio costituzionale nel principio di sussidiarietà orizzontale che, grazie all'ausilio degli strumenti tecnologici e informatici, può raggiungere la sua massima attuazione, rendendo i cittadini parte integrante della *governance* della città<sup>35</sup>.

## 5. È possibile qualificare giuridicamente la Smart city?

In conclusione, l'interrogativo a cui si è cercato di dare una risposta è il seguente: si può rintracciare un'identità di tipo giuridico nel concetto di *smart city*?

Di certo, alla luce di quanto osservato, è possibile affermare che, dietro la locuzione "*smart city*", si celi un'espressione ellittica, attraverso cui trova una sin-

<sup>31</sup> Dovendosi intendere per tali, quei beni riconosciuti come rappresentativi da una comunità che si impegna a gestirli e ne ha cura non solo nel proprio interesse, ma anche in quello delle generazioni future. In tal senso, cfr. U. Mattei, *I beni comuni come istituzione giuridica*, in *Quest. giust.*, 2017. Sui beni comuni, per tutti, G. Fidone, *Il coinvolgimento del settore privato nell'amministrazione condivisa dei beni comuni: un "patto" tra parte pubblica, comunità e privati, fondato sulla fiducia e collaborazione*, in *Dir. econ.*, 2023, 373 ss.; Id., *Proprietà pubblica e beni comuni*, Pisa, 2017; V. Cerulli Irelli, *Proprietà, beni pubblici, beni comuni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 639 ss.

<sup>32</sup> Paradigmatico è il "*Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani*", approvato dal Comune di Bologna il 19 maggio 2014.

<sup>33</sup> F. Giglioni, *Il diritto creativo delle Città*, in *www.cittacreative.eu*, 728.

<sup>34</sup> In argomento, F. Giglioni, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, in *Munus*, 2016, 271 ss.

<sup>35</sup> G. Urbano, *Le "Città intelligenti"*, cit., 468 ss.



tesi quel complesso di finalità di natura “politica” che devono ispirare gli organi di governo nell’adozione dei tradizionali strumenti urbanistici o di atti di programmazione e regolazione, al fine ultimo di migliorare la qualità della vita dei cittadini. In questo senso, la *smart city* assume rilevanza come «tecnica di costruzione di politiche pubbliche intercomunali ad applicazione generalizzata»<sup>36</sup>.

Sussistono, perciò, margini per avanzare una suggestione, che ricostruisca il fenomeno enfatizzandone la rilevanza per il mondo giuridico. Soprattutto con riferimento ad alcune specifiche funzioni amministrative (come ad es., quella di pianificazione urbanistica), rispetto alle quali – lo si è visto – è rintracciabile nelle norme che concorrono a individuarne i fini o a regolarne lo svolgimento un espresso richiamo agli obiettivi propri della *smart city*, è possibile assegnare a tale concetto un’operatività in termini di vincolo alla discrezionalità amministrativa (nel *quid* e nel *quomodo*), che imponga al pianificatore locale di orientare le proprie scelte nella cornice di un certo modello di sviluppo.

Un vincolo in positivo, giuridicamente rilevante, che assumerebbe così un rilievo, tanto all’interno del circuito democratico-elettorale (che tiene insieme elettori ed eletti, secondo la logica della responsabilità politica), quanto davanti agli organi di giurisdizione amministrativa, chiamati a svolgere il controllo (sotto forma di ragionevolezza e proporzionalità) sul corretto esercizio della discrezionalità.

---

<sup>36</sup> Così, F. Gaspari, *Città intelligenti e intervento pubblico*, cit., 71 ss.

*Le Smart Cities nella prospettiva del potere pubblico*

Lo scritto, prendendo le mosse dalla nozione di *Smart city* rilevante per il diritto positivo, si interroga sulla possibilità di offrire un inquadramento giuridico del fenomeno.

La conclusione a cui si giunge, confortata dall'esame delle politiche e degli interventi (pubblici e privati) adottati per realizzare l'obiettivo della *smart city*, è che essa, soprattutto con riferimento ad alcune funzioni amministrative (come quella di pianificazione urbanistica), operi in termini di vincolo alla discrezionalità amministrativa.

*The Smart Cities from the perspective of public authorities*

The paper examines the concept of Smart city in relation to positive law and raises the question of whether it is feasible to establish a legal framework to address this phenomenon.

The response to the inquiry, based on the analysis of public policies and the interventions (both public and private) implemented to attain the goals associated with a smart city, indicates that the concept of a smart city can be regarded as a constraint on discretionary power, particularly in the realm of urban planning.

## La partecipazione alle decisioni di investimento: il caso del Pnrr\*

Klaudia Kurcani

SOMMARIO: 1. Perimetrazione dell'ambito di indagine: su partecipazione e PNRR. – 2. La partecipazione nel PNRR: dalla debolezza della fase ascendente... – 3. ... al progressivo “rafforzamento” in quella discendente: un tentativo (fallito) di coinvolgimento della società civile. – 3.1. Il dibattito pubblico come strumento partecipativo per antonomasia al crocevia tra potenzialità e criticità. – 4. Riflessioni conclusive sull'opportunità e sui limiti dello strumento partecipativo nelle politiche del PNRR.

### 1. *Perimetrazione dell'ambito di indagine: su partecipazione e PNRR*

Che la partecipazione abbia assunto, nel corso degli anni, sempre maggiore importanza nel contesto del diritto amministrativo e, più in generale, delle politiche pubbliche, è dato oramai assodato. Non volendo certamente ricostruire l'ampio dibattito sorto in dottrina sui contorni strutturali e funzionali dell'istituto<sup>1</sup> e muovendo dalle diverse forme declinatorie della partecipazione<sup>2</sup>, in questa sede si ritiene opportuno indugiare sul cambio di paradigma che il suo inserimento ha comportato. Mediante la partecipazione, infatti, si assiste al riconoscimento di

---

\* Lo scritto riprende e sviluppa la relazione svolta al convegno «Riforme amministrative e crescita economica: la sfida del Pnrr», organizzato nell'ambito del PRIN 2020 Re.S.To.R.E. il 24 novembre 2023 presso l'Università degli studi di Palermo, Dipartimento di Scienze Politiche e delle Relazioni Internazionali.

<sup>1</sup> Sulla partecipazione si rinvia, tra i tanti, a G. Barone, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1969; S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo. Una analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Arch. giur.*, 1970, 25 ss.; G. Berti, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Scritti in memoria di Enrico Gucciardi*, Padova, 1975, 779 ss.; M. Nigro, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 225 ss.; F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994; A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996 e, più recentemente, T. Bonetti, *La partecipazione strumentale*, Bologna, 2022.

<sup>2</sup> Per una ricostruzione delle tre tradizionali finalità della partecipazione (collaborativa, difensiva e democratica) si v. S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo. Una analisi della legislazione e della giurisprudenza*, cit., spec. 33 ss.

«poteri di intervento dei cittadini nell'ambito dell'esercizio delle funzioni»<sup>3</sup> ed in questo modo la società civile passa dall'essere contrapposta allo Stato e sovente da questo oppressa, a divenire parte attiva nell'esercizio del potere pubblico, acquisendo molte più possibilità di «farsi sentire»<sup>4</sup>. I principi di democrazia iniziano così ad informare anche l'azione amministrativa ed il coinvolgimento della collettività diviene una vera e propria forma di esercizio di funzioni amministrative<sup>5</sup>.

La centralità dell'istituto della partecipazione, segnatamente nella sua dimensione democratica e civica<sup>6</sup>, è emersa ancora più recentemente nel contesto

<sup>3</sup> Così F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, cit., 23, il quale aggiunge che «in realtà il problema del nuovo Stato e il problema del nuovo cittadino presuppongono una loro reciproca posizione dinamica e un reciproco avvicinarsi [...]»; Id., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, 6 ss.

<sup>4</sup> Pone in luce questo aspetto S. Cassese, *Una volta il futuro era migliore. Lezioni per invertire la rotta*, Milano, 2021, 41 ss., spec. 43. L'A. osserva che «la società civile, una volta contrapposta allo Stato, e spesso da questo oppressa, ha molte più possibilità di farsi sentire». Cfr. anche M. D'Alberici, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1 ss., spec. 34, per il quale, in presenza di alcuni fattori, come ad esempio il rafforzamento dell'expertise tecnica delle amministrazioni ed il potenziamento della «voce» degli amministrati anche in procedimenti di formazione di atti generali, «si affiancheranno garanzie maggiori per la 'visione' [...] il nesso fra partecipazione al procedimento e crescita della democraticità potrà acquisire una consistenza ben più cospicua di quella che oggi ci è consentito osservare» (34). Cfr. anche T. Bonetti, *La partecipazione strumentale*, cit., spec. 36-37, il quale rileva che «in concreto, del resto, l'ampliamento della sfera conoscitiva finisce per divenire strumentale non solo all'amministrazione precedente soggettivamente intesa, ma anche al risultato dell'azione amministrativa iscritto nella regola di diritto attraverso la quale sono stati predeterminati gli obiettivi e i fini di interesse pubblico da perseguire oltre che – per altro verso – nel raggiungimento della o delle verità amministrative».

<sup>5</sup> Sul punto si v. F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, cit., 23 ss., il quale osserva come il rafforzamento dell'istituto della partecipazione procedimentale potrebbe condurre alla *demarchia*, «caratterizzata dalla libertà attiva del cittadino, come singolo e come associato, di prender parte direttamente all'esercizio di funzioni dei pubblici poteri». L'A. prosegue osservando come «in realtà il problema del nuovo Stato e il problema del nuovo cittadino presuppongono una loro reciproca posizione dinamica e un reciproco avvicinarsi. [...] non basta più la difesa della libertà individuale ma occorre che l'individuo vada oltre e cooperi a costruire, insieme agli altri, la rete di relazioni che costituisce la base e il principio di una società aperta». Si v. anche U. Allegretti, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996, 101, il quale rileva come «i principi della democrazia non possono limitarsi a reggere la funzione legislativa, quella di indirizzo o di governo o la funzione giurisdizionale, ma devono informare anche la funzione amministrativa: infatti, la democrazia non può investire indivisibilmente tutto il potere (compresi i poteri privati)».

<sup>6</sup> Sulla partecipazione democratica si v. F. Ledda, *La partecipazione all'azione amministrativa*, in *Gli istituti della democrazia amministrativa*, a cura di G. Berti e G.C. De Martin, Milano, 1996, 29 ss.; U. Allegretti, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 2007, 779 ss. Sono interessanti le riflessioni di S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 ss., spec. 40, il quale rileva come «la consultazione dei privati da parte dell'amministrazione costituisce però un nucleo intorno al quale possono maturare scelte collettive autenticamente democratiche, che consentono cioè la partecipazione privata alle decisioni pubbliche». Cfr. anche T. Bonetti, *La partecipazione strumentale*, cit., che osserva come non sia un caso che «proprio alla dimensione democratica della partecipazione procedimentale la scienza giuridica italiana si sia dedicata con rinnovata attenzione [...] basti pensare, ad esempio, ai tentativi di collegare gli itinerari della partecipazione procedimentale – anche in funzione per l'appunto democratica – alle riforme amministrative partite da quelle relative al decentramento territoriale e alla ridefinizione strutturale del sistema autonomistico, quale ambito privilegiato in vista o comunque ai fini di una più compiuta affermazione dei diritti dei cittadini» (51).

del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)<sup>7</sup>, che rappresenta una previsione non riconducibile ad alcuna delle precedenti esperienze nell'ambito delle politiche europee di sviluppo e coesione sociale e territoriale<sup>8</sup>.

Il PNRR contiene una serie di investimenti volti a modernizzare ed innovare il Paese ed un pacchetto di riforme istituzionali che si articolano in riforme orizzontali, abilitanti e settoriali<sup>9</sup>. Il piano è un complesso atto di pianificazione strategica ed economica, attestandosi quale strumento destinato a modificare profondamente il sistema istituzionale non solo sul piano economico, ma anche su quello istituzionale ed amministrativo<sup>10</sup>, sulla base di un metodo che è stato definito

<sup>7</sup> Sul PNRR si v. G. Piperata, *Pnrr e pubblica amministrazione: attuazione, riforme, cambiamenti*, in *Ist. fed.*, 2022, 311 ss.; M. Dugato, *L'intervento pubblico per l'inclusione, la coesione, l'innovazione e la sostenibilità e il ruolo del servizio pubblico locale nel piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Munus*, 2022, 1 ss.; N. Lupo, *Il PNRR e i poteri dello Stato*, in *Astrid Rassegna*, 2022. Lo definisce uno strumento rivoluzionario B.G. Mattarella nel suo contributo *La pianificazione delle riforme in una prospettiva di ripresa e resilienza del sistema-Paese*, in *Riv. C. conti*, 2021, 15 ss., spec. 15, il quale osserva come sia uno strumento «abbastanza rivoluzionario, una cosa molto diversa da tutte le esperienze di programmazione che conosciamo». Cfr. anche M. Clarich, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Corr. giur.*, 2021, 1025 ss. Sugli effetti del piano si v. anche E. Catelani, *P.N.R.R. e ordinamento costituzionale. Un'introduzione*, in *Rivista AIC*, 2022; L. Fiorentino, *Il Piano di ripresa. Un'occasione per cambiare l'amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 689 ss. Più in generale, sul *Next generation EU*, v. L. Torchia, *Le crisi fanno bene all'Unione: il caso dei piani nazionali di ripresa e resilienza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 577 ss.; E. Chiti, *L'Unione e le conseguenze della pandemia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 436 ss. Si cfr. anche M. Clarich, *La riforma della pubblica amministrazione nello scenario post Covid-19: le condizioni per il successo del Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Scritti in onore di Maria Immordino*, a cura di G. Corso, F.G. Scoca, A. Ruggieri e G. Verde, Napoli, 2022, 731 ss. Sul carattere senza precedenti di tali previsioni v. F. Fabbri, *Next Generation EU. Il futuro di Europa e Italia dopo la pandemia*, Bologna, 2022, spec. 81 ss., il quale osserva che «il NGEU rappresenta un cambio di paradigma per l'UE».

<sup>8</sup> Sulle politiche di sviluppo e coesione, *Le politiche comunitarie di coesione economica e sociale. Nuovi strumenti di sviluppo territoriale in un approccio multidimensionale*, a cura di S. Cimini e M. D'Orsogna, Napoli, 2011.

<sup>9</sup> Le riforme orizzontali sono quelle trasversali a tutte le missioni del piano, le riforme abilitanti sono funzionali a garantire l'attuazione del piano e a migliorare la competitività, mentre quelle settoriali accompagnano gli investimenti delle singole missioni. Sul punto si vedano anche le riflessioni di M. Clarich, *La riforma della pubblica amministrazione nello scenario post Covid-19: le condizioni per il successo del Piano nazionale di ripresa e resilienza*, cit., spec. 731-732, il quale osserva come «il processo riformatore, se non ci fosse stata la pressione dell'Unione europea, non si sarebbe innescato per stimoli interni. Del resto, anche in casi precedenti, come in particolare l'adesione dell'Italia all'euro o il rischio di collasso finanziario nel 1992 o nel 2012, la pressione esterna dell'Europa e dei mercati finanziari hanno indotto l'Italia ad adottare alcune riforme strutturali, ma, raggiunto l'obiettivo, il processo si è arrestato». Cfr. anche Id., *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astrid Rassegna*, 2021, 12. e Id., *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 159 ss.

<sup>10</sup> Queste le parole di G. Piperata, *Pnrr e pubblica amministrazione: attuazione, riforme, cambiamenti*, cit., 311, il quale osserva, prendendo in prestito una metafora nautica, come il PNRR «sia già al suo secondo giro di boa». Sul punto si v. anche M. Dugato, *L'intervento pubblico per l'inclusione, la coesione, l'innovazione e la sostenibilità e il ruolo del servizio pubblico locale nel piano nazionale di ripresa e resilienza*, cit., 1 ss., il quale rileva che il PNRR «è un complesso atto di pianificazione strategica ed economica che non solo individua obiettivi da conseguire, lacune da colmare, carenze da correggere, ma, come ha lucidamente osservato Marco D'Alberici, disegna con razionale lucidità un percorso di azione pubblica degno di costituire un modello di governo dello sviluppo economico e sociale». Cfr. anche M. Clarich, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di*

come «apprenditivo ed evolutivo, in base al quale non è il PNRR a voler trasformare l'intero disegno delle nostre istituzioni, ma sono le nostre istituzioni che cambiano per effetto della sua attuazione»<sup>11</sup>.

Proprio in considerazione dei profili di strategicità ed al contempo opportunità che il piano presenta, essendo considerato uno strumento per il rilancio del sistema-Paese<sup>12</sup>, il coinvolgimento della società civile appare fondamentale ed imprescindibile, e questo tanto nella fase “ascendente”, ovvero di predisposizione dei contenuti del piano, quanto in quella “discendente”, coincidente con la sua concreta implementazione ed attuazione<sup>13</sup>. E questo, pur a fronte di una previsione nazionale, qual è quella contenuta all'art. 13 della l. 7 agosto 1990, n. 241, che pare, in linea di principio, non contemplare la partecipazione per la predisposizione di atti pianificatori e programmatori, qual è per l'appunto il PNRR. Sulla effettiva portata dell'art. 13 della l. n. 241/1990 si è però rilevato come questo non introduca in verità una deroga da intendersi come assoluta, ma dispensi piuttosto dall'applicazione delle previsioni di cui al capo III della l. n. 241/1990 in favore di previsioni settoriali<sup>14</sup>.

---

*inquadramento giuridico*, cit., che evidenzia come il piano rientri tra «gli strumenti di pianificazione per obiettivi a valenza principalmente politica».

<sup>11</sup> Usa questa espressione F. Cortese, *Gestione dei fondi “RRF” e diritto amministrativo: sguardo di sintesi e di contesto*, in *Ist. fed.*, 2022, 382. L'A. evidenzia che «il PNRR privilegia, viceversa, un metodo empirico, puntuale, che si esprime nell'immediato e si alimenta, non a caso, delle esigenze della transizione. Il Piano, in altre parole, non ambisce a cambiare programmaticamente la complessiva organizzazione istituzionale del Paese; i cambiamenti vengono indotti dalle esigenze di realizzazione del Piano, secondo un approccio che si potrebbe definire apprenditivo ed evolutivo». Sul punto si v. anche le riflessioni di G. Piperata, *Pnrr e pubblica amministrazione: attuazione, riforme, cambiamenti*, cit., spec. 320, il quale si pone una domanda: «quale amministrazione pubblica troveremo alla fine di questo percorso? Per rispondere, penso si possano formulare, al momento, soltanto mere ipotesi previsionali [...]» (320).

<sup>12</sup> Pone in luce questo aspetto A. Travi in *Pubblica amministrazione: burocrazia o servizio al cittadino*, Milano, 2022, spec. 213, per il quale «il Pnrr dovrebbe avviare e sostenere il rilancio del nostro Paese dopo la fase più acuta della pandemia, sulla base di risorse rese disponibili in ampia misura dall'Unione Europea».

<sup>13</sup> T. Treu, *Pnrr, politiche pubbliche e partecipazione sociale*, in *Lav. dir. eur.*, 2023, 4 ss., spec. 6. L'A. rileva come «la partecipazione incisiva in materie, come quelle affrontate nel Piano, di grande rilevanza per il benessere dei cittadini risponde a una necessaria e corretta applicazione del principio di sussidiarietà. Lo ha rilevato la Corte costituzionale, nella nota sentenza 131 del 2021, con riguardo ai rapporti fra attività degli enti locali e organizzazioni del terzo settore [...]».

<sup>14</sup> In questi termini G. della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000, spec. 268 ss. Non si può non dare conto delle perplessità espresse già da Mario Nigro sulla soppressione dell'inchiesta pubblica, inizialmente prevista nel testo presentato dalla Commissione quale strumento partecipativo «per l'adozione di strumenti urbanistici, di piani commerciali e di piani paesistici, la localizzazione di centrali energetiche e l'esecuzione di opere pubbliche potenzialmente incidenti in modo rilevante sull'economia e sull'assetto del territorio». L'adunanza generale del Consiglio di stato ha rilevato la *ratio* di tale eliminazione nella volontà di «sottrarre, per ragioni pratiche, atti di vasta portata e di applicazione generalizzata, alla troppo penetrante ingerenza di una molteplicità di interessati» (Cons. St., ad. gen., 19 febbraio 1987, n. 7). Sulla partecipazione nell'attività amministrativa generale si v. M. Cocconi, *Garanzie procedurali e atti amministrativi a contenuto generale*, in *Ist. fed.*, 2018, 129 ss., spec. 136, secondo la quale «la logica che impronta la disciplina procedurale di questa tipologia di atti non appare affatto quella di una preclusione assoluta di tali garanzie quanto, piuttosto, la necessità di una loro rispondenza alla specifica funzione che sono dirette a conseguire nell'attività amministrativa generale».

Pertanto, di fronte alle numerose sfide che il PNRR pone dinanzi, l'azione non può provenire solo dalla parte pubblica, ma anche dai cittadini, nei cui confronti devono essere predisposte procedure di partecipazione, anche considerato che «il dialogo con le parti sociali nell'approvazione e nell'attuazione del PNRR rappresenta una delle nuove forme di concertazione finalizzata a sostenere gli obiettivi di ripresa economica e di prosperità sociale»<sup>15</sup>. Eppure, anche stante la rilevanza dell'istituto partecipativo calato nel contesto del PNRR, il coinvolgimento della collettività, come si vedrà nei paragrafi che seguono, è stato del tutto marginale, con un considerevole affievolimento della sua portata, e questo pur considerate le sue plurime potenzialità, che sono rimaste per la maggior parte inesprese.

## 2. *La partecipazione nel PNRR: dalla debolezza della fase ascendente...*

Partendo quindi dal dato che il PNRR è intriso di decisioni di investimento, si pone ora la questione di comprendere se e quali siano stati gli strumenti delineati per garantire e rendere effettivo il coinvolgimento della collettività. E questo, tanto a monte, e, pertanto, nella scelta allocativa delle risorse e nell'individuazione degli investimenti da effettuare, quanto a valle, nella fase di effettiva e conseguente esecuzione dei suoi contenuti. Un coinvolgimento, quindi, che dovrebbe (o, almeno, avrebbe dovuto) ricoprire l'intero "ciclo di vita" dell'investimento, a partire dalla sua programmazione e giungendo sino alla allocazione ed effettiva spendita delle somme<sup>16</sup>.

Del resto, l'importanza di predisporre il piano improntandolo a logiche partecipative è stata segnalata in prima battuta a livello sovranazionale. La Commissione europea, nella sua comunicazione del 27 maggio 2020, ha posto in luce il fatto che la ripresa dell'Europa è subordinata ad un lavoro di squadra che presuppone il coinvolgimento anche della società civile<sup>17</sup>. Nello stesso senso si inserisce il reg. Ue n. 241/2021, che si è focalizzato sulla centralità dei momenti partecipativi: la disposizione ha precisato che tra gli elementi che ciascun PNRR deve presentare va ricompreso anche il fattore partecipativo<sup>18</sup>. Sul piano europeo viene

<sup>15</sup> Così M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e ripresa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 5 ss., spec. 8.

<sup>16</sup> Pone in luce la lacuna delle garanzie partecipative E. Profumi, *Il Recovery Plan? Una grande occasione in cui i cittadini solo relegati a semplici spettatori*, in *Economicircolare.com*, 9 giugno 2021, il quale osserva che quanto alla formulazione dei contenuti del PNRR «il coinvolgimento attivo della cittadinanza è stato fatto "uscire" dalla porta».

<sup>17</sup> Comunicazione della Commissione del 27 maggio 2020 recante «Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima Generazione».

<sup>18</sup> L'art. 18, comma 4, lett. q), reg. Ue n. 241/2021 ha previsto che la preparazione e l'attuazione dei PNRR nazionali avrebbero dovuto comprendere «una sintesi del processo di consultazione, condotto conformemente al quadro giuridico nazionale, delle autorità locali e regionali, delle parti sociali, delle organizzazioni della

così delineata una forma di partecipazione strumentale alla elaborazione dei contenuti del piano, di natura collaborativa e con finalità propositive<sup>19</sup>.

Nell'ordinamento italiano, però, tale forma inclusiva di partecipazione pensata per la predisposizione dei contenuti dei piani e, segnatamente, anche per l'individuazione degli investimenti da effettuare e per la allocazione delle rispettive risorse, è rimasto un impegno solo sulla carta e nei fatti inattuato<sup>20</sup>. Ciò non pare certamente essere dovuto a ragioni di tipo strutturale e ne è una prova il fatto che in altri paesi europei la partecipazione della società civile si è avuta, dato che in molti casi la predisposizione dei singoli piani è stato «il risultato di un ampio dibattito pubblico che ha coinvolto le istituzioni nazionali e la società»<sup>21</sup>.

Andando ad esaminare il contesto italiano, invece, la collettività ha svolto un ruolo del tutto marginale, si potrebbe dire di mera spettatrice, nella elaborazione del PNRR, considerato che questo è stato la risultante di scelte provenienti unicamente da decisioni della “parte pubblica” e, più in particolare, del governo. Tale deficit delle garanzie partecipative, infatti, non ha riguardato solo la società civile, ma ha investito anche gli enti territoriali, pur considerata l'imprescindibile presenza e la centralità del loro ruolo nel contesto del piano<sup>22</sup>. Il reg. n. 241/2021

---

società civile [...] e il modo con cui il piano per la ripresa e la resilienza tiene conto dei contributi dei portatori di interessi». Sul punto si v. anche la risoluzione del comitato economico e sociale europeo dal titolo «Coinvolgimento della società civile organizzata nei piani nazionali per la ripresa e la resilienza. Cosa funziona e cosa no?» 2021/C-155/01 del 21 febbraio 2021.

<sup>19</sup> La definisce così E. Frediani *Percorsi evolutivi della partecipazione civica al tempo del Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Dir. amm.*, 2023, 301 ss., spec. 312.

<sup>20</sup> La cornice entro cui inserire e rendere in concreto possibile un tale coinvolgimento vi era: basti pensare, ad esempio, alla piattaforma PartecIPA, dedicata ai processi di consultazione e partecipazione pubblica, che avrebbe potuto essere utilizzato come luogo (virtuale) di confronto della collettività alla predisposizione dei contenuti del piano.

<sup>21</sup> Per una disamina in chiave comparata dei piani adottati negli altri Paesi dell'Unione europea si veda il contributo di B.P. Amicarelli, P. Clarizia, M. Manocchio, P. Marconi, G. Mocavini, R. Morgante, G. Napolitano e A. Renzi, *I piani nazionali di ripresa e resilienza in prospettiva comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 1137 ss. Cfr. anche *I piani nazionali di ripresa e resilienza in prospettiva comparata*, a cura di G. Mocavini e G. Napolitano, in *Irpa.eu*, 30 aprile 2021, i quali rilevano, in chiave conclusiva, come «la predisposizione dei singoli piani, in alcune circostanze, è stata anche il risultato di un ampio dibattito pubblico che ha coinvolto le istituzioni nazionali e la società civile. Questo è evidente in Germania, dove un ruolo rilevante nell'elaborazione del piano è stato rivestito dalle parti sociali, e in Portogallo, dove l'ultima bozza del piano è stata sottoposta a una consultazione pubblica *online* della durata di due settimane, aperta ai suggerimenti e ai commenti di chiunque» (18). Anche in Irlanda il governo ha avviato una consultazione pubblica per accettare proposte dai cittadini che si è tenuta nel mese di febbraio.

<sup>22</sup> Sul ruolo degli enti territoriali in sede di predisposizione del piano si v. L. Ferraro, *Il ruolo del sistema delle autonomie territoriali e il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *I battelli del Reno*, 2022, 3 ss. Cfr. anche A. Zanardi, *Il ruolo degli enti territoriali nell'attuazione del Pnrr*, in *Rivista AIC*, 2022, 239 ss., spec. 240, il quale osserva come gli interventi programmati nel piano si concentrano soprattutto «negli ambiti di competenza degli Enti territoriali (in particolare sanità, servizi sociali, trasporto, gestione del territorio). Per esempio, l'88,5 per cento del totale delle risorse allocate sulla Missione 5 “Inclusione e coesione” dovrebbe essere attivato principalmente da Regioni ed Enti locali, rispettivamente impegnati negli interventi che riguardano le politiche del lavoro (riforma delle politiche attive, potenziamento dei centri per l'impiego e altro, per un totale di



ha sul punto precisato che «le autorità regionali possono essere partner importanti nell'attuazione delle riforme e degli investimenti» e che pertanto a tale riguardo «esse dovrebbero essere adeguatamente consultate e coinvolte conformemente al quadro giuridico nazionale»<sup>23</sup>.

Ma anche in questo caso la previsione è stata disattesa. In sede di predisposizione dei contenuti del piano, il coinvolgimento delle Regioni sarebbe dovuto avvenire principalmente in sede di conferenza Stato-Regioni. Eppure, è stata proprio questa la sede nella quale gli enti territoriali hanno lamentato il loro ruolo marginale, segnalando la necessità di procedere ad un approfondito confronto con il governo per condividere gli obiettivi e le declinazioni delle priorità contenute nel PNRR. Più in particolare, le Regioni hanno rilevato l'assenza «ed il rispetto effettivo del partenariato istituzionale, così come avvenuto in alcune realtà europee [...], nelle quali le autonomie territoriali hanno partecipato più attivamente alla stesura e all'implementazione del Piano nazionale». La marginalità del ruolo degli enti territoriali emerge anche dal piano e dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, di disciplina della sua *governance*, assumendo gli enti territoriali unicamente il ruolo di «interlocutori per effettuare materialmente ciò che il Piano prevede, con un "accentramento" assai spinto»<sup>24</sup>.

Il coinvolgimento della collettività nella fase ascendente non è così stato assicurato, anche a scapito dei profili di opportunità che tale partecipazione avrebbe invece comportato. Tale fase si è caratterizzata per un'impostazione accentrata, con un ruolo centrale del governo che ha lasciato poco spazio alla collettività ed alle autonomie territoriali e locali di partecipare. Questo dato rivela non pochi nodi di criticità, non fosse altro perché non solo gli enti territoriali rappresentano un indubitabile vettore mediante cui promuovere gli investimenti e fare riforme e che gran parte dell'attuazione del piano compete a loro<sup>25</sup>, ma anche considera-

---

5,6 miliardi) e le politiche sociali (rigenerazione urbana, piani urbani integrati, politiche abitative e altre varie iniziative, per un totale che oscilla tra 11,3 e 13 miliardi)» (240).

<sup>23</sup> Reg. Ue n. 241/2021, punto 34.

<sup>24</sup> L'art. 9, comma 1, d.l. n. 77/2021, prevede che «alla realizzazione operativa degli interventi previsti dal PNRR provvedono le Amministrazioni centrali, le Regioni, le Province autonome di Trento e di Bolzano e gli enti locali, sulla base delle specifiche competenze istituzionali, ovvero della diversa titolarità degli interventi definita nel PNRR, attraverso le proprie strutture, ovvero avvalendosi di soggetti attuatori esterni individuati nel PNRR, ovvero con le modalità previste dalla normativa nazionale ed europea vigente». Lo rileva anche F. Cortese nel suo contributo *Gestione dei fondi "RRF" e diritto amministrativo: sguardo di sintesi e di contesto*, cit., osservando «come si può facilmente vedere, questa impostazione considera le autonomie territoriali solo quali interlocutori per effettuare materialmente ciò che il Piano prevede, con un "accentramento" assai spinto» (370).

<sup>25</sup> Così G. Falcon, *Viaggio al centro del Pnrr*, in *Le Regioni*, 2021, 715 ss., spec. 719. L'A. sottolinea come «la rilevanza effettiva della presenza regionale nel coordinamento dell'attuazione del Piano potrà dipendere (oltre che dalla stessa disponibilità del Presidente della Conferenza ad un ruolo che comunque si somma ad altri gravosi) dall'ampiezza con cui verrà interpretato il criterio delle «questioni che riguardano più regioni o province autonome» (per la Cabina di regia) e delle «materie nelle quali le regioni e le province autonome vantano uno specifico interesse» (per i Comitati interministeriali)».

to che una parte considerevole degli interventi programmati ha come destinatari finali proprio la società civile, la cui “voce” non è stata però ascoltata<sup>26</sup>.

### 3. ... al progressivo “rafforzamento” in quella discendente: un tentativo (fallito) di coinvolgimento della società civile

Il deficit delle garanzie partecipative cui si è andati incontro nella fase ascendente si è pertanto dovuto controbilanciare con un suo necessario rafforzamento in quella discendente. Al fine quindi di scongiurare il rischio che tali criticità si riflettessero anche nella fase di attuazione del piano, sono state inserite delle previsioni volte a promuovere logiche partecipative<sup>27</sup>.

Invero, i fattori che incidono sulla buona “riuscita” del piano sono plurimi: si pensi, ad esempio, alla necessità di una dotazione idonea in materia di personale che si occupi di attuarne le previsioni e ed alla conseguente esigenza di selezionare personale competente<sup>28</sup>, oppure all’imprescindibile e necessario coordinamento dei vari attori coinvolti nella esecuzione dei contenuti del piano, dal cui armonioso o lacunoso dialogo dipende gran parte della riuscita degli obiettivi che si intendono raggiungere<sup>29</sup>. In questo quadro, un ruolo fondamentale vie-

<sup>26</sup> Sulle modalità con cui gli «amministrati» possono partecipare alle attività delle amministrazioni pubbliche si v. M. D’Alberti, *La “visione” e la “voce”: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1 ss. Si v. anche S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 ss.

<sup>27</sup> M. Midiri, *Il tempo delle funzioni pubbliche (a proposito del Piano nazionale di ripresa e resilienza)*, in *federalismi.it*, 2022, 148 ss., il quale osserva come «il metodo collaborativo è già presente nel disegno istituzionale delineato dal regolamento UE 2021/241, che richiede la “consultazione dei portatori di interessi nazionali”: le autonomie regionali e locali sono menzionate assieme alle parti sociali, alle organizzazioni della società civile, organizzazioni giovanili ed “altri portatori di interessi”. Questa inclusione nell’ampia schiera degli *stakeholder* sembra segnare la distanza dal modello partecipato delle politiche di coesione» (157-158).

<sup>28</sup> Sul punto si v. le considerazioni di L. Saltari, *Per l’attuazione del PNRR serve personale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 433 ss., il quale osserva come «per uscire da un’altra crisi, questa volta causata da una pandemia di una vastità e gravità inaudita, si chiede a quel sistema amministrativo deteriorato di realizzare, insieme alle forze sociali ed imprenditoriali, investimenti per circa 200 miliardi di euro entro la fine del 2026. Ne scaturisce una corsa per il recupero della capacità funzionale delle pubbliche amministrazioni» (433). Pone in luce lo stesso problema M. Clarich nel suo contributo *La riforma della pubblica amministrazione nello scenario post Covid-19*, cit., osservando, con riguardo alla buona riuscita della nuova spinta riformatrice, come sarà essenziale «all’itero del progetto il miglioramento del “capitale umano” anche attraverso un sistema di concorsi con procedure e tipi di prove che non siano più quelle tradizionali che privilegiano candidati con una preparazione nozionistica sui libri, senza una valutazione adeguata delle attitudini e delle motivazioni. In mancanza di un impegno su questo versante, anche le modifiche organizzative e le semplificazioni procedurali non saranno risolutive» (94). Più in generale, sulle strutture tecniche, si v. L. Saltari, *Che resta delle strutture tecniche nell’amministrazione pubblica italiana?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 249 ss.

<sup>29</sup> Sull’opportunità di utilizzo di figure ausiliarie alla pubblica amministrazione G. Mocavini, *L’assistenza delle società a partecipazione pubblica nell’attuazione del piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 728 ss.

ne indubbiamente svolto dalla società civile ed il piano sembra (tentare di) porre in luce questo profilo, nella parte in cui introduce strumenti *ad hoc* per assicurare un tale coinvolgimento, con l'obiettivo così di rafforzare la portata di istituti già presenti nel nostro ordinamento. La partecipazione civica appare infatti imprescindibile per l'attuazione del piano e si afferma come un modello «capace di tagliare trasversalmente le diverse missioni che costituiscono l'ossatura di base del PNRR»<sup>30</sup>.

Ed è proprio in questa traiettoria che si inserisce il d.l. n. 77/2021, relativo alla *governance* del piano<sup>31</sup>, il quale ha, tra le altre cose, istituito il tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale, espressamente prevedendo che «nel corso della fase di attuazione del Piano, sarà assicurata la cooperazione con il partenariato economico sociale e territoriale mediante un apposito tavolo permanente previsto nell'ambito della *governance* del Piano»<sup>32</sup>. Il tavolo rappresenta «la sede consultiva di raccordo con gli enti territoriali, le parti sociali, le imprese, la ricerca e la società civile»<sup>33</sup> ed è lo strumento mediante cui garantire la partecipazione nella fase di implementazione del piano.

Il d.l. pone così l'accento principalmente sulla funzione «consultiva» del tavolo, venendo lasciato in secondo piano il ruolo che lo stesso è chiamato a svolgere su un piano più inclusivo e propositivo<sup>34</sup>. L'art. 3, comma 2 del d.l., infatti, delineava, almeno sul piano della potenzialità, anche un suo potere di «segnalazione collaborativa», che avrebbe sicuramente comportato un più intenso coinvolgimento della società civile, potendo il tavolo divenire un luogo di vera e propria costruzione delle politiche di attuazione del piano. Questo profilo non è però stato valorizzato in modo adeguato ed è passato in secondo piano, venendo prediletta unicamente la sua funzione consultiva.

Sempre in questa logica collaborativa si pongono anche i tavoli settoriali previsti dall'art. 8, comma 5-*bis*, d.l. n. 77/2021. Il modello partecipativo che sottende a questi tavoli ha carattere più specifico e circostanziato, «che si ricondu-

---

<sup>30</sup> Così, E. Frediani, *Percorsi evolutivi della partecipazione civica al tempo del Piano nazionale di ripresa e resilienza*, cit., 307.

<sup>31</sup> Sulla *governance* del PNRR M. Macchia, *La governance del Piano di ripresa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 733 ss.

<sup>32</sup> Art. 3, d.l. n. 77/2021. Sul punto si vedano anche le riflessioni di T. Treu, *Pnrr, politiche pubbliche e partecipazione sociale*, cit., 4 ss.

<sup>33</sup> Così M. Macchia, *La governance del Piano di ripresa*, cit., 736. Cfr. anche F. Cortese, *Gestione dei fondi "RRF" e diritto amministrativo: sguardo di sintesi e di contesto*, cit., 361 ss.

<sup>34</sup> L'art. 3, comma 2, d.l. n. 77/2021 aveva previsto che il tavolo svolgesse «funzioni consultive nelle materie e per le questioni connesse all'attuazione del PNRR» e potesse al contempo «segnalare collaborativamente alla Cabina di regia di cui all'articolo 2 e al Servizio centrale per il PNRR di cui all'articolo 6 ogni profilo ritenuto rilevante per la realizzazione del PNRR anche al fine di favorire il superamento di circostanze ostative e agevolare l'efficace e celere attuazione degli interventi».

ce a ciascuna singola amministrazione ed è qualificato in termini concertativi»<sup>35</sup>. L'obiettivo del legislatore è parso essere quello di volere affiancare il tavolo permanente con figure più settoriali, la cui concreta predisposizione viene rimessa all'iniziativa delle singole amministrazioni titolari di interventi previsti nel contesto di attuazione del PNRR<sup>36</sup>.

L'istituto del tavolo permanente, se nella sua dimensione astratta avrebbe potuto rappresentare una forma partecipativa molto rilevante<sup>37</sup>, in quella concreta si è invero limitata ad un coinvolgimento sul mero piano della consultazione. Le potenzialità intrinse in tale strumento sono così rimaste per lo più inesprese, per venire del tutto soffocate e soppresse dal d.l. n. 24 febbraio 2023, n. 13, il quale, intervenendo sul d.l. di *governance* del piano, ne ha abrogato il relativo art. 3: in questo modo, la figura del tavolo permanente è stata superata. Tale previsione sembra quindi porsi nel senso di un vero e proprio arretramento rispetto al modello partecipativo che avrebbe all'opposto dovuto informare la fase attuativa del piano, con una tendenza all'affermazione di un modello di gestione accentrato.

Se, come si è detto in apertura di questo paragrafo, la reticenza dell'ordinamento italiano nell'assicurare il coinvolgimento della collettività alle decisioni di investimento riscontrata nella fase ascendente ha fatto emergere la necessità di delineare forme partecipative "rafforzate" in quella discendente, questa esigenza sul piano concreto non è stata soddisfatta ed il tentativo (fallito) di affermazione del tavolo permanente come strumento partecipativo ed effettivamente inclusivo ne è una prova. Lo sforzo iniziale che ha portato all'istituzione del tavolo è stato successivamente vanificato dalla previsione che ha portato alla sua soppressione e, quindi, anche nella fase discendente, seppure si sia in un primo momento tentato di coinvolgere la società civile mediante l'istituzione di un organismo *ad hoc*

<sup>35</sup> Pone in luce questo profilo E. Frediani nel suo contributo *Percorsi evolutivi della partecipazione civica al tempo del Piano nazionale di ripresa e resilienza*, cit., 319, il quale evidenzia come «le espressioni utilizzate consentivano di configurare un potere di semplice segnalazione finalizzato al superamento di circostanze che ostano alla corretta attuazione del Piano, senza valorizzare il contestuale riferimento alla collaborazione. Tuttavia – anche in considerazione dell'ampia platea di soggetti pubblici e privati chiamati a costituire il Tavolo – quest'ultimo avrebbe potuto essere configurato quale *sedes* ideale per progettare *usque ab initio* i percorsi di attuazione del PNRR, dando corso ad un modello di interlocuzione più marcatamente informale».

<sup>36</sup> La disposizione, inserita in sede di conversione, riconosce come «ciascuna amministrazione titolare di interventi previsti nel PNRR prevede lo svolgimento di periodici tavoli di settore e territoriali finalizzati e continui sui progetti di investimento e sulle ricadute economiche e sociali sulle filiere produttive e industriali nonché sull'impatto diretto e indiretto anche nei singoli ambiti territoriali e sulle riforme settoriali e assicura un confronto preventivo sulle ricadute dirette o indirette sul lavoro dei suddetti progetti». La attuazione di questi tavoli è stata disciplinata nel Protocollo d'intesa per la partecipazione e il confronto nell'ambito del PNRR e del Piano nazionale per gli investimenti complementari (PNC) del 29 dicembre 2021 tra Presidenza del Consiglio dei Ministri e organizzazioni sindacali.

<sup>37</sup> Sul punto si rinvia ad A. Albanese, *Partecipazione organica e democrazia partecipativa*, in *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, 345 ss.

(pur con la limitatezza della forma inclusiva scelta, quella consultiva<sup>38</sup>), ciò non pare essere stato sufficiente allo scopo. Questo elemento, del resto, rivela una più generale difficoltà dell'ordinamento di introdurre una strumentazione idonea ad assicurare il coinvolgimento della collettività, che si riscontra non solo nella fase ascendente, ma si riflette e permane anche in quella successiva ed attuativa dei contenuti del piano.

### 3.1. *Il dibattito pubblico come strumento partecipativo per antonomasia al crocevia tra potenzialità e criticità*

Un altro strumento che si pone nel senso di assicurare la partecipazione nella fase di attuazione del piano e, più in particolare, nella scelta sul *se* e come realizzare un determinato intervento e, quindi, sul *se* e *come* investire, è il dibattito pubblico<sup>39</sup>. Anche tale forma partecipativa, però, assume una dimensione più collaborativa che effettivamente inclusiva e costruttiva.

Il dibattito pubblico delinea un modello partecipativo diffuso della collettività, con finalità di de-conflittualità, chiamato a «colmare lo spazio lasciato vuoto dalla mancata formalizzazione di strumenti di inclusione dei privati nelle decisioni di interesse comune, avviando la costruzione di un'attitudine all'interazione tra i privati e le istituzioni»<sup>40</sup>. Per investire, ed investire bene, è fondamentale

<sup>38</sup> Sul punto si v. le riflessioni di U. Allegretti, *Procedura, procedimento, processo*, cit., 799, il quale osserva, riflettendo sulla democrazia che «l'intervento del pubblico non può essere ridotto da parte dell'amministrazione al mero ascolto o alla consultazione – men che meno alla semplice informazione o allo strumentale consenso. Esso dev'essere modo per uno scavo di conoscenza e per l'esercizio di un'attività di ricerca di soluzione, di discussione e di deliberazione».

<sup>39</sup> Sull'istituto del dibattito pubblico si v. E. Frediani, *Dibattito pubblico, inchiesta pubblica e valutazioni ambientali: una «relazione» problematica*, in *Dir. amm.*, 2020, 399 ss.; M. Atelli, *Dibattito pubblico*, in *Trattato sui contratti pubblici, I, Fonti e principi. Ambito programmazione e progettazione*, diretto da M.A. Sandulli e R. de Nictolis, Milano, 2019, 1157 ss.; U. Allegretti, *Un caso di attuazione del principio costituzionale di partecipazione: il regolamento del dibattito pubblico sulle grandi opere*, in *Rivista AIC*, 2018, 462 ss.; G. Mastrodonato, *Dibattito pubblico e partecipazione: le decisioni amministrative condivise nel Codice dei contratti pubblici*, in *Munus*, 2018, 145 ss.; A. Averardi, *La decisione amministrativa tra dissenso e partecipazione. Le ragioni del dibattito pubblico*, in *Munus*, 2018, 129 ss.; U. Allegretti, *Senato delle regioni, organizzazione della giustizia dibattito pubblico sui grandi interventi infrastrutturali*, in *Rivista AIC*, 2013, 3 ss. e L. Casini, *L'inchiesta pubblica. Analisi comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 43 s. Per uno sguardo comparato dell'istituto, L. Casini, *La partecipazione nella localizzazione delle opere pubbliche. Esperienze di diritto comparato*, in *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, a cura di A. Macchiati e G. Napolitano, Bologna, 2009, 141 ss. e A. Tonetti, *La partecipazione nelle procedure di localizzazione di opere pubbliche: il caso italiano*, *ivi*, 163 ss. Più recentemente, E. Guarnieri, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. amm.*, 2023, 821 ss., spec. 833 ss., il quale riflette sul legame tra il principio di risultato ed il nuovo dibattito pubblico così come disciplinato nel d.lgs. n. 36/2023.

<sup>40</sup> A. Averardi, *Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1173 ss., spec. 1189, «il ricorso alla via dialogica non comporta necessariamente l'aggre-

sciogliere il “nodo” del consenso<sup>41</sup> con riguardo ai procedimenti di localizzazione e realizzazione di infrastrutture, anche considerato che uno degli ostacoli maggiori alla loro realizzazione è da imputare proprio al mancato coinvolgimento, o comunque al dissenso opposto dalla collettività.

Tale istituto, però, non ha avuto un percorso di facile affermazione e già questo primo elemento parrebbe essere sintomatico della resistenza dell'ordinamento nell'assicurare e promuovere forme inclusive di partecipazione<sup>42</sup>. Basti considerare che il dibattito pubblico è stato normativizzato solo nel 2016 con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e che il nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, ne ha considerevolmente ridotto la portata<sup>43</sup> (si pensi, ad esempio, alla soppressione della Commissione nazionale del dibattito pubblico). Sempre su questa scia si è posto anche il d.l. n. 76/2020, il quale ne ha “congelato” l'ambito di operatività, motivando tale scelta per ragioni connesse alla emergenza sanitaria ed alla conseguente necessità di accelerazione dell'iter autorizzativo di grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città o sull'assetto del territorio, sino al 31 dicembre 2023<sup>44</sup>.

---

gazione in senso univoco delle preferenze dei decisori e dei privati, né il completo disinnescamento dei conflitti presenti sul territorio».

<sup>41</sup> Sul nodo consenso-dissenso si v. R. Bin, *Contro la governance: la partecipazione tra fatto e diritto*, in *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme della democrazia*, a cura di G. Arena, F. Corsette, Padova, 2011, 1 ss., spec. 14.

<sup>42</sup> U. Allegretti, *Un caso di attuazione del principio costituzionale di partecipazione: il regolamento del dibattito pubblico sulle grandi opere*, cit., 462 ss., spec. 464, il quale osserva, con riguardo all'incremento di capacità democratica e alla conseguente efficacia decisionali degli interventi, che «il nostro legislatore ha a lungo (troppo a lungo) ignorato queste finalità, ma...meglio tardi che mai!» Cfr. anche A. Averardi, *L'incerto ingresso del dibattito pubblico in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 505 ss. Sulle prime esperienze regionali di dibattito pubblico G. Torelli, *Residenti e non residenti nel rapporto con le Istituzioni tra equiparazioni e disuguaglianze*, in *Le Regioni*, 2020, 1401 ss.

<sup>43</sup> Sul punto si v. E. Guarnieri, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, cit., spec. 833 ss., il quale, esaminando l'art. 40 e l'allegato I.6 del d.lgs. n. 36/2023, rileva che sono quattro gli aspetti da cui emerge l'indebolimento dell'istituto: «la riduzione della partecipazione, la “dematerializzazione” del confronto, il superamento del carattere della terzietà del coordinatore e la revisione delle modalità di conclusione del dibattito pubblico».

<sup>44</sup> Art. 8, comma 6-bis, d.l. n. 76/2020, il quale ha disposto che «In considerazione dell'emergenza sanitaria da COVID-19 e delle conseguenti esigenze di accelerazione dell'iter autorizzativo di grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città o sull'assetto del territorio, sino al 31 dicembre 2023, su richiesta delle amministrazioni aggiudicatrici, le regioni, ove ritengano le suddette opere di particolare interesse pubblico e rilevanza sociale, previo parere favorevole della maggioranza delle amministrazioni provinciali e comunali interessate, possono autorizzare la deroga alla procedura di dibattito pubblico». Sui rapporti tra deroga e semplificazione, L.R. Perfetti, *Derogare non è semplificare. Riflessioni sulle norme introdotte dai decreti semplificazioni ed in ragione del PNRR nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2022, 441 ss.

Il piano torna a mettere in luce la rilevanza dell'istituto, la cui portata viene rafforzata rispetto alla deroga introdotta con il d.l. n. 76/2020, venendo in questo modo operata una sua "reviviscenza" ed un rafforzamento<sup>45</sup>.

"Reviviscenza" poiché è stato sancito l'obbligo di sottoporre obbligatoriamente a dibattito pubblico gli interventi delineati all'art. 44, comma 1 del d.l. n. 77/2021<sup>46</sup>, nonché quelli finanziati in tutto o in parte con le risorse del PNRR e del PNC. Rafforzamento in quanto il d.l. n. 77/2021 è intervenuto stabilendo la facoltà di individuare soglie delle opere da sottoporre obbligatoriamente a dibattito pubblico inferiori a quelle previste dall'allegato 1 del d.p.c.m. 10 maggio 2018, n. 76<sup>47</sup> e, in attuazione di tale previsione, è stato adottato un d.m. che modifica (riducendo) le soglie dimensionali previste per sottoporre le opere da realizzare nel contesto del PNRR al dibattito pubblico<sup>48</sup>.

La previsione che disciplina la *governance* del PNRR interviene così su due fronti: da un lato, rendendo obbligatorio il dibattito pubblico per gli interventi di cui all'art. 44, comma 1, d.l. n. 77/2021, nonché per le opere finanziate con fondi PNRR e PNC e, dall'altro, abbassando le soglie dimensionali per l'impiego del dibattito pubblico. L'ampliamento dell'ambito applicativo dell'istituto intende così assicurare un maggiore coinvolgimento delle realtà territoriali nella condivisione dei progetti e, per l'effetto, nella realizzazione degli investimenti che tali interventi comportano. In questo modo viene delineato una sorta di doppio binario: si introduce un procedimento "speciale" per le opere finanziate dal PNRR e dal PNC e per quelle individuate al comma 1 dell'art. 44, mentre permane il procedimento "generale" disciplinato prima dal d.lgs. n. 50/2016 e dal d.p.c.m. del 2018 ed ora dal d.lgs. n. 36/2023, per le opere la cui fonte di finanziamento è invece "ordinaria".

Tali previsioni si sono però a loro volta dovute bilanciare con l'esigenza di celerità che impregna il contenuto del piano<sup>49</sup>: per le opere infrastrutturali di

<sup>45</sup> Sul punto si rinvia alle riflessioni di R. Fabbri, *Pnrr e dibattito pubblico. Prospettive di applicazione per uno strumento di democrazia deliberativa*, in *Riv. giur. mezz.*, 2022, 99 ss.

<sup>46</sup> Più in particolare, l'allegato IV del d.l. n. 77/2021 individua gli interventi che devono essere realizzati con i fondi PNRR e, segnatamente: «1) Realizzazione asse ferroviario Palermo-Catania-Messina; 2) Potenziamento linea ferroviaria Verona - Brennero (opere di adduzione); 3) Realizzazione della linea ferroviaria Salerno-Reggio Calabria; 4) Realizzazione della linea ferroviaria Battipaglia-Potenza-Taranto; 5) Realizzazione della linea ferroviaria Roma-Pescara; 6) Potenziamento della linea ferroviaria Orte-Falconara; 7) Realizzazione delle opere di derivazione della Diga di Campolattaro (Campania); 8) Messa in sicurezza e ammodernamento del sistema idrico del Peschiera (Lazio); 9) Interventi di potenziamento delle infrastrutture del Porto di Trieste (progetto Adriagateway); 10) Realizzazione della Diga foranea di Genova. L'Allegato IV-bis contiene gli interventi del Terzo atto aggiuntivo alla Convenzione Autostrade per l'Italia in programmazione e che devono essere realizzate».

<sup>47</sup> Art. 46, comma 1, d.l. n. 77/2021.

<sup>48</sup> Il Mrr, in attuazione della previsione di cui all'art. 46 del d.l. n. 77/2021, ha approvato con d.m. le nuove soglie ridotte.

<sup>49</sup> L'art. 10, d.l. n. 77/2021 è dedicato alle «Misure per accelerare la realizzazione degli investimenti pubblici». Il fattore tempo svolge un ruolo fondamentale nel contesto del Piano: sul punto si v. M. Midiri, *Il tempo delle funzioni pubbliche (a proposito del Piano nazionale di ripresa e resilienza)*, cit., il quale osserva che «il

cui all'allegato IV è stata infatti prevista una riduzione della durata massima del dibattito pubblico a quarantacinque giorni (al posto di centoventi) ed una contrazione di tutti i termini di conclusione del procedimento. Un tale dimezzamento induce a riflettere sulle conseguenze e sull'effettivo merito della previsione che, se da un lato pare andare nel senso di un rafforzamento dell'istituto partecipativo, dall'altro spinge verso una accelerazione dei suoi tempi, ponendo così in pericolo la sua effettiva portata<sup>50</sup>.

Il quadro che ne emerge sconta non pochi elementi di distonia: il dibattito pubblico, infatti, con il d.l. n. 76/2020 è stato depotenziato poiché considerato fonte di possibile rallentamento o, ad ogni modo, complicazione nel procedimento di realizzazione di un'opera pubblica, per venire poi "rafforzato" per le opere finanziate con fondi PNRR, anche considerata la evidente lacuna sul piano delle garanzie partecipative, accentuata ancora di più dalla crisi pandemica prima ed economica dopo.

La disamina di tali previsioni rivela ad ogni modo un dato, che si afferma in termini di costante. Emerge, con tutta evidenza, la difficoltà del nostro ordinamento di assicurare forme di coinvolgimento dei privati nelle politiche pubbliche, che si riscontra nella tentata o finanche mancata introduzione di strumenti partecipativi. Un dato, questo, a cui si aggiungono i nodi problematici recati da quelle disposizioni che, sotto la veste di un supposto potenziamento dell'istituto partecipativo, potrebbero avere come "effetto indesiderato" quello di ridurne in modo considerevole la portata.

#### 4. *Riflessioni conclusive sull'opportunità e sui limiti dello strumento partecipativo nelle politiche del PNRR*

In considerazione di quanto è stato sin qui indagato, si ritengono opportune alcune riflessioni conclusive sull'istituto della partecipazione declinato nel contesto del PNRR. Partecipazione e PNRR si attestano come un binomio intriso di numerose potenzialità, le quali hanno incontrato dei limiti applicativi che ne hanno ridotto in maniera considerevole la portata. Le opportunità dello stru-

---

fattore tempo si manifesta qui nel bisogno di coerenza diacronica delle azioni pubbliche, in vista della progressiva integrazione delle politiche ambientali nelle azioni conformatrici e di vigilanza dell'iniziativa economica pubblica e privata» (152). Cfr. anche B.G. Mattarella, *Burocrazia e riforme: l'innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna, 2017, 7 ss., spec. 85 ss.

<sup>50</sup> Più in generale, sulla logica acceleratoria sottesa al piano A. Averardi, *PNRR, investimenti e partecipate pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 298 ss., il quale osserva che «La doppia logica semplificatoria e acceleratoria dell'attività dell'amministrazione informa la maggior parte delle misure contenute nei differenti atti normativi, a partire dai D.Lgs. 31 maggio 2021, n. 77 e D.Lgs. 6 novembre 2021, n. 152 con i quali è stata avviata la prima attuazione nazionale del Piano» (300).



mento partecipativo sono state a più riprese segnalate: è innegabile, infatti, che la partecipazione rappresenti uno strumento da utilizzare per un migliore esercizio del potere pubblico e per raggiungere l'obiettivo di amministrazione condivisa<sup>51</sup>. Il dato peculiare risiede nel fatto che una crisi economica, com'è stata quella che ha posto le basi per l'adozione del Pnrr, ha inteso consolidare un istituto già presente nel nostro ordinamento<sup>52</sup>. Il piano pone in luce l'importanza del fattore partecipativo, che diviene uno strumento da utilizzare in condizioni di crisi e per investire in settori strategici per il Paese (investire bene ma in fretta) e che potrebbe portare a riflettere sull'opportunità di un suo necessario rafforzamento come strumento ordinario ed abituale di esercizio delle funzioni pubbliche, trascendendo così l'occasionalità dell'evento che ha portato all'adozione del piano.

I profili di opportunità dell'istituto partecipativo devono però fare i conti con alcuni nodi critici allo stato ancora presenti. Il Pnrr, infatti, se da un lato ha avuto il merito di fare riaffiorare l'importanza e la centralità della partecipazione, dall'altro ne ha rivelato alcuni limiti<sup>53</sup>. Se, come si è già detto, a livello astratto l'istituto partecipativo avrebbe dovuto assumere ancora maggiore vigore nel contesto del Pnrr, su quello concreto così non è stato, emergendo in questo modo la difficoltà del nostro sistema a garantire il coinvolgimento della collettività nella predisposizione e conseguente attuazione delle politiche pubbliche<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> G. Arena, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 43 ss., il quale rileva l'emersione di un nuovo modello di amministrazione «fondato sull'ipotesi che allo stadio attuale di sviluppo della società italiana esistano i presupposti per impostare il rapporto fra amministrazione e cittadini in modo tale che questi ultimi escano dal ruolo passivo di amministrati per diventare 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 i problemi di interesse generale». Cfr. anche M. Bombardelli, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996, 175 ss., che osserva come sia nella «piena parificazione dei cittadini all'amministrazione» che risiede la *ratio* della teorizzazione della «coalizione decisionale» (195-196). Sulla tesi della codecisione si v. anche A. Pajno, *Riflessioni e suggestioni a proposito della legge 7 agosto 1990 n. 241 a due anni dalla sua entrata in vigore*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 658 ss., spec. 664. Tale tesi è stata criticata da E. Casetta, *I profili dell'evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, 3 ss., per il quale l'idea della contitolarità della funzione è da respingersi perché i privati «non possono sostituirsi all'autorità per prendere una decisione».

<sup>52</sup> Per un inquadramento sulla crisi sistemica che ha coinvolto l'ordinamento si v. G. Napolitano, *Il diritto amministrativo dalla pandemia alla resilienza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 145 ss., il quale pone in luce come «l'uscita dall'emergenza sanitaria e il successo del Piano nazionale di ripresa e resilienza dipendano in larga parte dalla capacità di affrontare adeguatamente i problemi che da tempo affliggono il funzionamento della pubblica amministrazione».

<sup>53</sup> Sulla natura non assoluta del principio di partecipazione si cfr. A. Sandulli, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2003, che rileva come «in casi eccezionali la particolare morfologia procedimentale o l'emersione di particolari esigenze, quali la celerità, la tempestività, la segretezza, determinano la legittima compressione del principio di partecipazione» (1074).

<sup>54</sup> S. Cassese nel suo contributo *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, cit., 13 ss., spec. 15, osserva che «non minori problemi suscita la partecipazione della società civile alle decisioni pubbliche quando diviene un surrogato della democrazia. Può, infatti, un gruppo di privati (o meglio, una somma di individui), per quanto ampio, prevalere rispetto ai funzionari pubblici [...]».

Si assiste, così, ad una sorta di tensione, arrivando finanche ad una torsione interna tra alcuni elementi: la debolezza (o, forse solo, reticenza) dell'ordinamento ad assicurare, sul piano concreto, forme attive di partecipazione della collettività alle decisioni di investimento. Questa lacuna, a sua volta, svela la necessità di delineare strumenti finalizzati al coinvolgimento della collettività al "farsi" delle decisioni pubbliche. In questo modo, si registra una sorta di paradosso del sistema considerato che, anche stante la necessità di rafforzare (e, in taluni casi, addirittura assicurare) l'istituto partecipativo, l'ordinamento continua a mostrarsi restio nel procedere in tal senso.

V'è, pertanto, la necessità che si affermi un paradigma di partecipazione inclusiva alle decisioni di investimento e, più in generale, alle politiche pubbliche, che vada nel senso di un potenziamento della portata e dell'ambito applicativo della partecipazione<sup>55</sup>. Riprendendo quanto si è detto nelle riflessioni introduttive, infatti, il PNRR è uno strumento di investimenti e di riforme destinato a modificare profondamente il nostro sistema istituzionale e potrebbe rappresentare una occasione per valorizzare la dimensione della partecipazione intesa «quale "metodo", ancor prima che come "pratica"» nell'ambito di ciascun singolo processo decisionale<sup>56</sup>. Per fare ciò, però, è necessario superare le reticenze presenti nel sistema e consolidare la portata dell'istituto partecipativo, intervenendo primariamente sulle ragioni del suo (ancora attuale) insuccesso.

Tali considerazioni vanno calate nel sistema delineato dal piano, anche considerato che le crisi «possono essere utili per gli ordinamenti giuridici, se intese quali opportunità di crescita e maturazione degli stessi»<sup>57</sup>. Il PNRR rappresenta una imperdibile opportunità per delineare più traiettorie di riforma<sup>58</sup> che, una

<sup>55</sup> Sul punto si rinvia alle riflessioni, ancora attuali, di M. D'Alberti, *La 'visione' e la 'voce'*, cit., spec. 33, per il quale «alle obiezioni di quanti sottolineano il rischio di un 'sovraccarico' del procedimento amministrativo che può derivare dal potenziamento della partecipazione [...] può risponderci che è difficile giustificare potestà discrezionali pressoché illimitate che di volta in volta incidano negativamente sulla sostanza delle facoltà di partecipazione».

<sup>56</sup> Così E. Frediani, *Percorsi evolutivi della partecipazione civica al tempo del Piano Nazionale di ripresa e resilienza*, cit., 336. L'A. prosegue osservando che «solo in questo modo appare possibile recuperare quel clima di fiducia che deve necessariamente connotare il rapporto giuridico-amministrativo in termini sempre più cooperativi, in base a quanto, peraltro, è stato da ultimo rilevato anche dall'OCSE nel Rapporto annuale contenente un primo bilancio sulle politiche connesse al *Recovery Plan* nel nostro Paese».

<sup>57</sup> A. Sandulli, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano, 2018, 198. Sulle riforme amministrative si v. L. Torchia, *Riforma amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 2022, 993 ss. e B.G. Mattarella, *Burocrazia e riforme: l'innovazione nella pubblica amministrazione*, cit., spec. 81 ss.

<sup>58</sup> Sul punto, si vedano le riflessioni di G. Piperata, *PNRR e pubblica amministrazione: attuazione, riforme, cambiamenti*, cit., spec. 320, il quale osserva come si possa rilevare sin da ora che «l'attuazione del PNRR ci lascerà sicuramente un'amministrazione pubblica molto diversa da quella cui eravamo abituati, un'amministrazione cambiata, sì, ma non complessivamente riformata». Cfr. anche G. Falcon, *Viaggio al centro del PNRR*, cit., 717, per il quale «[i]n altre parole, le riforme sono in parte un risultato da conseguire, in parte lo strumento per conseguire il risultato». Come rileva M. Clarich nel suo contributo *Perché è difficile fare riforme della pa utili all'e-*

volta superata la crisi, l'ordinamento farà suoi e di cui non si dovrà disfare ed una di queste pare indubbiamente andare nel senso di un necessario potenziamento degli istituti partecipativi<sup>59</sup>. Un tale rafforzamento si pone come imprescindibile e rappresenta il punto di partenza per tentare di superare le ragioni del "fallimento" della partecipazione. In questo modo, potranno così prendere forma decisioni che garantiscano il coinvolgimento effettivo dei privati alle decisioni pubbliche e che siano, pertanto, autenticamente democratiche<sup>60</sup>. Quella del PNRR è, in definitiva, una occasione che non va sprecata ed è una sfida che non solo va colta, ma che va soprattutto vinta.

---

conomia, in *An. giur. econ.*, 2020, 169 ss., «il vero paradosso delle riforme amministrative risiede in una sorta di «eterno ritorno», per il quale si continua a riformare o a cercare di riformare ciò che poco prima si era già riformato o tentato di riformare». Sulle riforme mancate e spezzate M. Dugato, *Riforme mancate e riforme spezzate*, sulla manutenzione delle riforme T. Bonetti, *La «manutenzione» e la «riforma» delle riforme*, entrambi in *Le riforme amministrative*, a cura di A. Bartolini, T. Bonetti, B. Marchetti, B.G. Mattarella e M. Ramajoli, Bologna, 2024.

<sup>59</sup> Per una riflessione più generale sulla necessità di rafforzare alcuni strumenti del diritto amministrativo si rinvia alle osservazioni di M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e ripresa*, cit., spec. 8, il quale rileva che il «diritto amministrativo può ambire ad offrire un contributo alla ripresa economica e alla prosperità sociale se riesce a potenziare diversi strumenti, alcuni dei quali hanno dati buoni risultati in passato, nelle fasi "miracolose" dell'economia italiana.

<sup>60</sup> S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, cit., 40. L'A. osserva come affinché questo possa accadere, vanno superate numerose difficoltà. Sul punto si cfr. anche U. Allegretti, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, cit., 779 ss.

*Klaudia Kurcani - Abstract*

*La partecipazione alle decisioni di investimento: il caso del Pnrr*

Il contributo esamina le modalità di partecipazione della comunità alle decisioni di investimento, con particolare riguardo al caso del PNRR. Il lavoro si concentra, in particolare, sul coinvolgimento della società civile sia nella fase di preparazione che in quella di attuazione dei contenuti del piano. In conclusione, il contributo riflette sull'adeguatezza e sui limiti dell'istituto della partecipazione nel contesto del PNRR.

*Participation in investment decisions: the case of the NRPP*

The contribution examines the institution of community participation in investment decisions, with specific regard to the case of the NRPP. The work focuses, more specifically, on the involvement of civil society in both the preparation and implementation phases of the plan's contents. In conclusion, it reflects on the appropriateness and limits of the participatory institution in the context of the NRPP.

## Per una valorizzazione dell'azione di classe pubblica come strumento di tutela processuale dei diritti sociali\*

Virginia Campigli

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La “politicalità” (materialità) dei diritti sociali. – 3. Struttura dei diritti sociali e difficoltà relative alla tutela giurisdizionale ‘classica’. – 4. L'azione per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici. L'organizzazione amministrativa funzionale alla garanzia dei diritti sociali. – 5. Profili di valorizzazione dell'azione per l'efficienza in risposta ai bisogni di tutela. – 6. Alcune considerazioni conclusive e prospettive future.

### 1. *Premessa*

L'azione per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici (nota anche come azione di classe pubblica)<sup>1</sup> può svolgere un innovati-

---

\* Il presente contributo è riconducibile al progetto finanziato dall'Unione europea - NextGenerationEU, programma “MUR-Fondo Promozione e Sviluppo - DM 737/2021”, dal titolo “Managing Post-Pandemic recovery. The normalisation of emergency socio-economic measures in different European constitutional landscapes - PPR19”, ed è stato elaborato (con aggiunte e integrazioni) a partire dall'intervento “Azione di classe pubblica e tutela processuale dei diritti sociali” svolto nell'ambito del Convegno “Gli interessi sovraindividuali tra diritto e processo”, Università di Firenze, 15 settembre 2023.

<sup>1</sup> In generale, sulla c.d. *class action* pubblica, si vedano, tra gli altri: V. Finocchio, *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici: uno strumento davvero efficace?*, in *Il Foro it.*, 2023, 2, 90 ss.; G. Biasutti, *La c.d. class action pubblica. Riflessioni intorno all'interesse – legittimo – ad una amministrazione efficiente*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 2, 421 ss.; A. Police, E. Tedeschi, *La “class action” pubblica. L'interesse individuale e collettivo alla buona amministrazione e la sua giustiziabilità*, in *www.amministrativamente.com*, 2021, 3, 380 ss.; S. Mirate, *La tutela del cittadino utente consumatore: profili pubblicistici*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2020, 1, 40 ss.; V. Gastaldo, *La “Class action” amministrativa: uno strumento attualmente poco efficace*, in *Federalismi.it*, 2016, 10, 14 ss.; G. Fidone, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, 2012; G. Soricelli, *Contributo allo studio della class action nel sistema amministrativo italiano*, Milano, 2012, 107 ss.; A. Clini, L.R. Perfetti, *Class action, interessi diffusi, legittimazione a ricorrere degli enti territoriali nella prospettiva dello statuto costituzionale del cittadino e delle autonomie locali*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 4, 1443 ss.; A. Fabri, *Le azioni collettive nei confronti della pubblica amministrazione nella sistematica delle azioni non individuali*, Napoli, 2011; D. D'Adamo, *La class action pubblica*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 2, 359 ss.; E. Zampetti, *Class action pubblica ed effettività della tutela*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 12, 4104 ss.; C. Zanda, *La class action pubblica tra interessi legittimi e giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in *Urb. app.*, 2011, 7, 825 ss.; F. Patroni Griffi, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei*

vo ruolo in riferimento alla garanzia processuale dei *diritti sociali*, ovvero di quelle posizioni giuridiche di vantaggio attribuite ai singoli per l'ottenimento di una *prestazione positiva* erogata dall'apparato pubblico<sup>2</sup>.

Questo angolo visuale consente di prendere posizione, introducendo una diversa chiave di lettura, rispetto alla tesi di chi in dottrina sembrerebbe escludere che i diritti sociali possano essere tutelati giudizialmente, facendo discendere l'affermazione dalla loro "politicità", o "materialità"<sup>3</sup>.

Da più parti si è messa in luce l'«intrinseca problematicità dei diritti sociali»<sup>4</sup>, sulla base di una «differenza strutturale» che si è soliti individuare, entro un tale orizzonte critico, come differenza ontologica tra diritti di libertà e diritti sociali<sup>5</sup>. Su questo scarto si fonda, come si vedrà più avanti, l'argomento della impossibilità di una piena garanzia processuale dei secondi.

Dopo aver sinteticamente sottoposto a disamina il tradizionale modo di intendere la "politicità" (materialità) dei diritti sociali, che ne impedisce una tutela giurisdizionale 'classica', l'indagine tenta di valorizzare, in questo ambito, l'utilità dell'azione di classe pubblica. L'azione per l'efficienza non sarà, quindi, esaminata in generale, interessandone nella presente sede uno specifico aspetto: la sua utilizzabilità come *strumento di tutela processuale dei diritti sociali*.

L'individuazione di adeguati mezzi di tutela giurisdizionale per i diritti sociali, del resto, appare un tassello imprescindibile nel quadro del rafforzamento

---

*concessionari pubblici*, in *Federalismi.it*, 2010, 13; C.E. Gallo, *La class action nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, 2010, 5, 501 ss.; A. Bartolini, *La class action nei confronti della p.a.: favole e realtà*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2009, 6, 953 ss.

<sup>2</sup> Sul tema dei diritti sociali la dottrina è amplissima. Per un inquadramento della categoria si vedano, per tutti: A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989; M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Scritti in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, II, Padova, 1995, 97 ss.; L. Ferrajoli (a cura di E. Vitale), *Diritti fondamentali: un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001; G.U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 1, 24 ss.; D. Bifulco, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003; P. Caretti, *I diritti fondamentali*, Torino, 2011. Ravvisano nei diritti sociali dei dispositivi di protezione sociale progettati (e attuati) per controbilanciare e possibilmente modificare i processi di mercificazione e sfruttamento prodotti dall'economia di mercato capitalista S. Civitarese Matteucci, G. Repetto, *The expressive function of human dignity: A pragmatic approach to social rights claims*, in *European Journal of Social Security*, 2021, 23, 120 ss. Per una panoramica sull'evoluzione storica dei diritti sociali, M. Benvenuti, *Diritti sociali*, Torino, 2013. Più di recente, riflette sul «rendimento» della Costituzione italiana riguardo alla realizzazione dei diritti sociali» S. Civitarese Matteucci, *Costituzionalismo sociale e ruolo dei giuristi. Sul rapporto tra "rendimento" delle Costituzioni, Stato sociale e giuristi-intellettuali*, in *Politeia*, 2023, 5 ss., in dialogo con T. Groppi, *Oltre le gerarchie. In difesa del costituzionalismo sociale*, Roma-Bari, 2021.

<sup>3</sup> M. Goldoni, *La materialità dei diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2022, 1, 141 ss.

<sup>4</sup> Th. Casadei, *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, Firenze, 2012, 28.

<sup>5</sup> Sulla tesi della differenza strutturale tra diritti di libertà e diritti sociali si veda E. Diciotti, *Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, 24, 733 ss.

delle politiche del *welfare*<sup>6</sup> in Italia nel post-pandemia<sup>7</sup>. La crisi pandemica, infatti – acuendo il divario sociale – ha imposto di ricercare nuove e più efficaci modalità per garantire effettività ai diritti in oggetto<sup>8</sup> e di accostarsi in modo ‘pragmatico’ a principi come la dignità umana<sup>9</sup> e la solidarietà<sup>10</sup>.

## 2. La “politicalità” (materialità) dei diritti sociali

Quando si parla di “politicalità” dei diritti sociali si fa riferimento alla considerazione che tali diritti sono costruiti politico-istituzionali e che la politica non può essere tagliata fuori dalla concreta determinazione del loro contenuto. Il che costituisce, per l’appunto, la cifra della loro materialità.

L’argomento si fonda sulla distinzione fra diritti positivi e negativi<sup>11</sup>, ponendosi l’accento sugli obblighi di prestazione gravanti sui pubblici poteri relativa-

<sup>6</sup> Intendendo per politiche di *welfare* il complesso degli interventi diretti a migliorare le condizioni di vita di individui e famiglie con riferimento a previdenza, sanità, assistenza sociale, istruzione, politiche per il lavoro e per la casa: M. Ferrera, *L’analisi delle politiche sociali e del welfare state*, in Id. (a cura di), *Le politiche sociali*, Bologna, 2021, 15; C. Gori, *Le politiche del welfare sociale*, Milano, 2022, 11.

<sup>7</sup> La presente riflessione si inserisce nella più ampia indagine su “La gestione del recupero post-pandemia. La normalizzazione di misure socio-economiche di emergenza nei diversi scenari costituzionali europei” (“Managing Post-Pandemic recovery. The normalisation of emergency socio-economic measures in different European constitutional landscapes” - PPR19), svolta in qualità di assegnista di ricerca presso l’Università degli Studi “G. d’Annunzio” di Chieti-Pescara. Su questi temi, di recente, Aa.Vv., *Quale welfare dopo la pandemia? Processi e politiche*, a cura di L. Bifulco, M. Dodaro, Bologna, 2024.

<sup>8</sup> Per L. Ventura, A. Morelli, *Il paradossale percorso dei diritti sociali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2021, 2, i diritti sociali sono divenuti, «dopo l’esplosione dell’emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del Covid, protagonisti assoluti di ogni discussione pubblica».

<sup>9</sup> S. Civitarese Matteucci, *La dignità umana come principio “autonomo” per giustificare la tutela dei diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2022, 1, 45 ss. Rinviene il «fondamento assiologico» dei diritti sociali» nel principio di dignità, rilevando che «[i]l collegamento fra diritti sociali e principio della dignità umana ha reso [...] molto evidente il rapporto fra la garanzia di tali diritti e il principio pluralistico, inteso come principio che valorizza l’uomo in quanto “essere immerso nella concreta esistenza sociale”» A. Albanese, *Diritto all’assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, 2007, 57 s.

<sup>10</sup> Come osserva, richiamando P. Costa, *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 2008, 365 ss., L. Pacinotti, *L’ingranaggio della cittadinanza sociale. Il Welfare State britannico tra National Insurance e National Health Service*, Milano, 2023, X, «tramite il valore giuridico attribuito alla solidarietà» diviene possibile «prospetta[re] la mediazione tra libertà ed eguaglianza, immaginandone la trasformazione in libertà-partecipazione ed eguaglianza di opportunità».

<sup>11</sup> Si tratta di quelle prospettazioni che tengono distinti i diritti sociali (diritti positivi) dai diritti di libertà (diritti negativi) «in quanto la garanzia dei primi, diversamente dai secondi, necessiterebbe del positivo intervento dei poteri pubblici» (P. Caretti, G. Tarli Barbieri, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, 2022, 404). Come osserva G. Corso, *La protezione costituzionale dei diritti sociali*, in *Convenzioni sui diritti umani e corti nazionali*, a cura di A. Di Blase, Roma, 2014, 276, i diritti sociali sono «diritti ‘a’, ossia consistono in aspettative positive (di prestazione) che si distinguono dai diritti individuali ‘di’, che consistono in aspettative negative (di non lesione)». Evidenzia la possibilità di una ricomposizione tra i due termini della coppia libertà positiva/libertà negativa L. Ferrara, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 3, 77, nt. 335 (nella prospettiva di fondo del «duplice svolgersi della personalità umana in libertà negative e diritti sociali», su cui *ivi*, 43, nt. 156). A proposito della «apparente contraddittorietà ma reale complementarità» dei diritti

mente ai diritti sociali<sup>12</sup> ed enfatizzandosi la materialità delle situazioni e dei bisogni da soddisfare mediante le suddette prestazioni. In considerazione della struttura giuridica dei diritti sociali, l'intervento dei pubblici poteri incide non già sull'esistenza del diritto – non revocabile in dubbio poiché stabilita dalla Costituzione –, ma sulle sue (concrete) modalità di garanzia<sup>13</sup>.

Si tratta della questione dell'effettiva realizzazione pratica dei diritti sociali, da più parti ritenuta «strettamente connessa» al tema del «costo» di tali diritti<sup>14</sup>. In questo senso, si afferma che, «[t]rattandosi di pretese ad una prestazione pubblica, ciò che costa dei diritti sociali è la loro soddisfazione»<sup>15</sup>. Si potrebbe obiettare che pure i diritti di libertà (relativi a obblighi di non interferenza) possono essere a loro volta «costosi»<sup>16</sup>, ove richiedano mezzi e apparati, se non altro, per contrastarne la violazione<sup>17</sup>.

Nondimeno, il costo che lo Stato sostiene per i diritti di libertà «ha a che fare con la positività del diritto, non con la sua struttura»<sup>18</sup>, nel senso che, dal

---

sociali rispetto ai diritti di libertà, essendo i primi «una integrazione» dei secondi, già N. Bobbio, *L'età dei diritti* (1990), Torino, 2019, 259.

<sup>12</sup> Rilevano che «[l]a caratteristica strutturale dei diritti sociali è di giustificare la pretesa dei cittadini di ottenere determinate prestazioni dai poteri pubblici» F. Bilancia, S. Civitaresse Matteucci, *Il diritto pubblico nella società contemporanea*, Torino, 2023, 366. Sul tema, si veda lo studio di B. Sordi, *Dall'attività sociale ai pubblici servizi: alle radici ottocentesche dello stato sociale*, in *Quaderni Fiorentini*, n. 46, *Giuristi e Stato sociale*, t. I, Milano, 2017, 175.

<sup>13</sup> Per l'osservazione secondo cui la mancanza dell'intervento pubblico rispetto ai diritti sociali «inci- de non sull'esistenza del diritto, stabilita dalla Costituzione e non revocabile dal legislatore ordinario, ma sulle modalità di garanzia dello stesso» P. Caretti, G. Tarli Barbieri, *I diritti fondamentali*, cit., 404.

<sup>14</sup> Cfr. Th. Casadei, *I diritti sociali*, cit., 29. Come osserva al riguardo G. Corso, *La protezione costituzionale dei diritti sociali*, cit., 277, «[i]n quanto consistono in pretese a prestazioni, i diritti sociali hanno un costo: a differenza dei diritti di libertà che allo Stato che li rispetti non costano. Un prezzo deve essere pagato solo quando la libertà viene violata ed è il costo dei meccanismi (per esempio la macchina giudiziaria) che sono impiegati per la sua reintegrazione. Il diritto di libertà ha un costo quando viene violato; il diritto sociale ha un costo quando viene soddisfatto, e quindi ogni volta che viene esercitato e aspira alla sua attuazione». A proposito della distinzione tra diritti sociali e diritti di libertà fondata sulla onerosità, già M. Mazziozzi, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 806.

<sup>15</sup> M. Trimarchi, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2017, 3-4, 688 s., per il quale «i diritti sociali costano di più dei diritti di libertà. Il costo dei diritti di libertà coincide sostanzialmente con il costo delle istituzioni preposte a sanzionarne la violazione. Il costo dei diritti sociali, invece, è la somma del costo delle istituzioni preposte a soddisfarli e delle prestazioni oggetto dell'adempimento».

<sup>16</sup> Sull'intendimento per il quale tutti i diritti hanno un costo economico – quantomeno per la necessità di assicurarne la protezione giudiziaria – uno dei principali riferimenti è rappresentato dal lavoro di S. Holmes, C.R. Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, New York-London, 1999, tr. it. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000.

<sup>17</sup> Per queste considerazioni S. Civitaresse Matteucci, *Organizzazione amministrativa e indivisibilità dei diritti "oltre le corti"*, in *Rivista di diritti comparati*, 2022, 1, 49, il quale osserva come, in definitiva, sia «frutto di una scelta politica se investire di più in forze di polizia e sistemi di videosorveglianza o in consultori e scuole materne».

<sup>18</sup> M. Trimarchi, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, cit., 688 (da cui è tratto anche il virgolettato successivo).



punto di vista strutturale<sup>19</sup>, i diritti di libertà possono essere considerati diritti assoluti (*self-executing*<sup>20</sup>), mentre «i diritti sociali sono diritti di credito: crediti che gli individui vantano nei confronti dei pubblici poteri». Allora, il costo ‘strutturalmente’ connesso ai diritti sociali, qui di interesse, è quello delle politiche e delle misure complessivamente necessarie per attuarli.

Al riguardo, basti richiamare quanto già osservava Norberto Bobbio<sup>21</sup>, rilevando come – a fronte dei diritti di libertà, che «nascono contro lo strapotere dello Stato, e quindi per limitarne il potere» (diritti assoluti di non interferenza) – i diritti sociali presuppongano strutturalmente, per il passaggio dalla dichiarazione puramente verbale alla loro pratica attuazione, «proprio il contrario, cioè l’accrecimento [l’esercizio] dei poteri dello Stato»; poteri che si esplicano in precise scelte (politiche) organizzative e allocative dei beni e servizi da distribuire<sup>22</sup>.

In altre parole, l’inveramento dei diritti sociali necessita di una peculiare forma di obbligazione da parte dello Stato nei confronti dei consociati, in attuazione dei «doveri inderogabili di solidarietà» cui si riferisce l’art. 2 Cost.<sup>23</sup>. L’obbligazione vincolerebbe il soggetto pubblico al rispetto del principio di solidarie-

<sup>19</sup> Per una riflessione recente sulla struttura dei diritti, A. Ruggeri, *La struttura dei diritti fondamentali (con specifico riguardo ai rapporti tra ordinamenti e tra Carte costituzionali)*, in *Lo Stato*, 2023, 21, 143 ss.

<sup>20</sup> Come evidenziato da A. Baldassarre, *Diritti sociali*, cit., 30, a proposito della diversa «struttura giuridica» caratterizzante i diritti sociali rispetto ai diritti di libertà, «una volta garantiti, soltanto i diritti di libertà sono, per definizione, *self-executing*». L’idea che il carattere prestazionale dei diritti sociali li distingua dai diritti di libertà è ampiamente testimoniata in dottrina, da P. Calamandrei, *L’avvenire dei diritti di libertà* (1946), saggio introduttivo a F. Ruffini, *Diritti di libertà* (1926), Firenze, 1975, VII-LVI, sino a N. Bobbio, *Sui diritti sociali*, in *Cinquant’anni di Repubblica italiana*, a cura di G. Neppi Modona, Torino, 1996, 115-124.

<sup>21</sup> N. Bobbio, *L’età dei diritti*, cit., 72, da cui sono tratti entrambi i virgolettati riportati di seguito nel testo.

<sup>22</sup> Il medesimo ordine di idee si rinviene in D. Sorace, *Gli «interessi di servizio pubblico» tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Il Foro Italiano*, V, 1988, 214 s., per il quale «gli “interessi di libertà” costituiscono un limite statico ai poteri dell’amministrazione ponendosi semplicemente come una barriera insormontabile per questi ultimi; gli “interessi di pubblico servizio” invece operano come limite dinamico, nel senso che i poteri possono avere diversi modi di esercizio, ma solo perché in diversi modi può essere raggiunto l’obiettivo-limite non perché le varie possibili scelte siano indifferenti rispetto all’obiettivo: in questo caso, scegliere, si deve, non soltanto si può». Per l’A., più esattamente, «sull’amministrazione grava l’obbligo di esercitar[e] [i propri poteri] in maniera tale da non frustrare gli interessi-diritti degli utenti alle prestazioni, con l’ulteriore precisazione che tale obbligo «può rilevare con riferimento tanto al merito delle scelte che ad altri aspetti, come i tempi di decisione o le modalità procedurali», nell’ambito della «discrezionalità organizzativa» delle amministrazioni stesse (213 s.). Emergono i tratti dell’obbligazione vincolante i pubblici poteri nei confronti dei consociati, rispetto a pretese a contenuto organizzativo.

<sup>23</sup> Sulla possibilità di ravvisare in capo al soggetto pubblico dei «doveri inderogabili», serventi alla garanzia del «nucleo irriducibile» dei «diritti inviolabili» della persona umana, nel prisma della solidarietà costituzionale, M. Monteduro, *Doveri inderogabili dell’amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, 2, 544 ss. Ritene che l’adempiimento di siffatti doveri inderogabili rappresenti una «necessità attuale, costitutiva della forma politica democratica» M. Fioravanti, *Art. 2*, Roma, 2021, 7. Osserva che «il dovere [...] pare oggi acquistare progressivamente ulteriore rilevanza e rinnovata importanza nell’analisi dei giuristi» F. Fracchia, *I doveri intergenerazionali. La prospettiva dell’amministrativista e l’esigenza di una teoria generale dei doveri intergenerazionali*, in *Dir. econ.*, n. monografico 2021, 56. Sulla categoria della doverosità, v. anche Id., *La tutela dell’ambiente come dovere di solidarietà*, in *Dir. econ.*, 2009, 3-4, 491 ss.

tà, nell'ambito di quelli che possono definirsi «processi di produzione sociale»<sup>24</sup>, ossia i processi produttivi di beni e servizi necessari per la fruizione da parte dei soggetti dei propri diritti sociali<sup>25</sup>.

Allora, la *politicalità* della quale si sta facendo questione «è data dalla possibilità di discutere la cornice entro la quale vengono pensate le condizioni di produzione dei beni e servizi che riguardano i diritti sociali»<sup>26</sup> e occuparsi della realizzazione di tali diritti chiama in causa il ruolo delle amministrazioni pubbliche nella loro assicurazione, anche sotto il profilo organizzativo<sup>27</sup>: l'*organizzazione dei servizi*, per ciò che maggiormente interessa ai fini del discorso che si sta conducendo<sup>28</sup>.

### 3. *Struttura dei diritti sociali e difficoltà relative alla tutela giurisdizionale 'classica'*

Per verificare in cosa si espliciti, in concreto, la struttura dei diritti sociali sopra tratteggiata – capace di ostacolarne, almeno secondo una certa lettura, la protezione in sede giurisdizionale – qualche esempio può essere utile.

Si pensi innanzitutto a uno dei più emblematici diritti sociali: il diritto alla salute. Nel comparto sanitario, lo snodo della programmazione ai fini dell'identificazione delle prestazioni socio-sanitarie, in termini per esempio di livelli

<sup>24</sup> M. Goldoni, *La materialità dei diritti sociali*, cit., 149, il quale richiama sul punto A. Supiot, *Lo spirito di Filadelfia*, Milano, 2011 e R. Cover, *Nomos e narrazione*, Torino, 2008, 127-139.

<sup>25</sup> La solidarietà è dunque un principio «volto a scardinare barriere, a congiungere» – congiungere il soggetto pubblico al cittadino, nella prospettiva che qui interessa – così «permette[ndo] la costruzione di legami sociali»: S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, 4.

<sup>26</sup> M. Goldoni, *La materialità dei diritti sociali*, cit., 168.

<sup>27</sup> Del resto, come nota D. Vese, *L'efficienza dell'organizzazione amministrativa come massimizzazione dei diritti fondamentali*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, 1, 363, nella «massimizzazione dei diritti fondamentali» – tra i quali inscrivere i diritti sociali – può ravvisarsi «lo scopo dell'organizzazione» amministrativa, dal momento che «potere e organizzazione [sono] fondati e legittimati dalla sovranità che non alberga entro essi stessi (o lo stato) ma negli stessi diritti che azione e organizzazione debbono massimizzare quanto al loro godimento». Riflette sulla centralità dell'organizzazione amministrativa per la garanzia dei diritti fondamentali S. Civitarese Matteucci, *Organizzazione amministrativa e indivisibilità dei diritti "oltre le corti"*, cit., 49 ss., in part. 57 ss.

<sup>28</sup> È in gioco anche l'attuazione del principio di uguaglianza, essendo «essenzialmente attraverso le prestazioni di servizio [...] che le istituzioni provvedono alla rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che di fatto impediscono il pieno sviluppo della persona e la sua partecipazione all'organizzazione politica, sociale ed economica del Paese» (A. Pioggia, *Servizi e disservizi. Piccolo contributo alla ricerca del senso pubblico del servizio*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, 1, 17 s.). Sull'inveramento del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. per il tramite della pratica attuazione dei diritti sociali (mediante prestazioni di servizio) v.: A. Cerri, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 1994; A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale: contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002; C. Pinelli, *Dei diritti sociali e dell'eguaglianza sostanziale. Vicende, discorsi, apprendimenti*, in Id., *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza*, Napoli, 2012, 396 ss.

essenziali di assistenza<sup>29</sup>, condiziona indubbiamente l'esistenza del relativo diritto, intesa come concreta possibilità di fruire delle prestazioni e delle provvidenze finanziarie che le rendono accessibili. Ciò è confermato dal fatto che, nella giurisprudenza costituzionale<sup>30</sup>, si è costantemente agganciato il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute all'attuazione legislativa, per il tramite di adeguate risorse organizzative e finanziarie<sup>31</sup>.

La crucialità della (ri)organizzazione della sanità territoriale ai fini dell'assicurazione di una piena garanzia del diritto alla salute è del resto emersa, recentemente, con riguardo alle misure di investimento sulle modalità assistenziali a domicilio volute dal PNRR<sup>32</sup>. Come è stato criticamente notato in dottrina, in questo ambito il principio, indicato nel Piano, della "casa come primo luogo di cura" rischia non solo di dimostrarsi inadatto a tutelare appieno il diritto alla salute, ma persino di precluderne – radicalmente – l'attuazione, ove non siano contestualmente predisposte appropriate misure in termini di organizzazione dell'assistenza domiciliare, sanitaria e sociale<sup>33</sup>.

Anche nel settore dell'istruzione i profili organizzatori non di rado incidono sull'efficace esplicazione del diritto<sup>34</sup>, come accade per la (necessità di evita-

<sup>29</sup> Sul tema dei livelli essenziali di assistenza - LEA (e dei livelli essenziali delle prestazioni - LEP), v., *ex multis*: B. Vimercati, *L'aggiornamento dei LEA e il coordinamento della finanza pubblica nel regionalismo italiano*, in *Le Regioni*, 2017, 1-2, 133 ss.; M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2016, 3. Che nei LEA sia ravvisabile il nucleo essenziale dei diritti sociali è stato riconosciuto anche dalla Corte costituzionale: si veda, per tutte, Corte cost., 10 aprile 2020, n. 62, che configura «il diritto alla salute come diritto sociale di primaria importanza» e ne individua il contenuto «attraverso la determinazione dei LEA», evidenziando che «la piena realizzazione dei doveri di solidarietà e di tutela della dignità umana deve essere assicurata attraverso la qualità e l'indefettibilità del servizio» e ravvisando «l'intercizio tra profili costituzionali e organizzativi» con riguardo al servizio sanitario e ospedaliero come «strumento utilizzabile per assicurare il fondamentale diritto alla salute» (pt. 4.3 del "Considerato in diritto").

<sup>30</sup> Almeno a partire da Corte cost. 16 ottobre 1990, n. 455, commentata da E. Ferrari, *Diritto alla salute e prestazioni finanziarie tra bilanciamento e gradualità*, in *Le Regioni*, 1991, 1513 ss. e da M. Cocconi, *Il valore costituzionale della salute come criterio-guida delle scelte legislative e di organizzazione: fra esigenze di concreta realizzazione e fedeltà alla propria consistenza ontologica*, in *Sanità pubblica*, 1991, 289 ss. Per una disamina degli orientamenti più recenti della giurisprudenza costituzionale sul punto, L. Antonini, *Diritto alla salute e allocazione delle risorse nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, 2023, 21, 253 ss.

<sup>31</sup> P. Caretti, G. Tarli Barbieri, *I diritti fondamentali*, cit., 450. La dottrina (cfr. M. Luciani, *Salute. I) Diritto alla salute - Dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XXVII, 1991; F. Trimarchi Banfi, *Pubblico e privato nella sanità*, Milano, 1990; C. Bottari, *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, Milano, 1991) aveva da tempo rilevato, in effetti, come non si potesse escludere un controllo della Corte costituzionale sull'utilizzazione delle risorse finanziarie in questo settore, in particolare con riferimento all'individuazione dei «livelli essenziali e uniformi di assistenza assicurati dal Servizio sanitario nazionale» (art. 1, c. 3, d.lgs. n. 502/1992, come mod. *ex art.* 1, d.lgs. n. 229/1999).

<sup>32</sup> Nell'ambito della Missione 6 - *Salute*, che prevede, tra i vari interventi della componente M6C1 - *Reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale*, quello del potenziamento dell'assistenza domiciliare.

<sup>33</sup> Su questi profili A. Pioggia, *La casa come primo luogo di cura: un passo avanti o un pericoloso balzo all'indietro?*, in *www.diariodidirittopubblico.it*, 23 aprile 2024.

<sup>34</sup> Sottolinea la rilevanza degli «strumenti organizzativi necessari a garantire l'attuazione del diritto all'istruzione», osservando del pari il «rapporto diretto che esiste tra diritto all'istruzione e dovere organizzativo

re la) formazione di classi eccessivamente numerose<sup>35</sup> o per l'assegnazione delle ore di sostegno a vantaggio degli alunni disabili<sup>36</sup>. Su un piano più generale – e a monte – il diritto all'istruzione può essere soddisfatto, secondo lo schema che la Costituzione italiana prevede per l'istruzione inferiore, con la scuola obbligatoria e gratuita (art. 34, c. 2, Cost.), ma può anche realizzarsi mediante differenti scelte organizzative e allocative delle risorse, come nel caso dei *vouchers* distribuiti ai genitori dei minori perché li utilizzino presso la scuola che preferiscono, pubblica o privata, come avviene nel sistema scolastico svedese<sup>37</sup> (secondo il modello riconducibile alle teorizzazioni di Milton Friedman<sup>38</sup>). Ebbene, la scelta per l'una o per l'altra opzione organizzativa e di allocazione delle risorse può avere ricadute significative in punto di assicurazione del diritto, se solo si considerano, per attenersi al secondo modello allocativo prospettato, le trasformazioni della scuola in Svezia negli ultimi decenni a causa del sistema dei *vouchers*, che per alcuni avrebbe determinato un consistente arricchimento degli operatori privati e indebolito le scuole pubbliche e la qualità dell'istruzione<sup>39</sup>.

Pure con riferimento alle politiche di tutela del lavoro, i trasferimenti monetari diretti a contrastare le forme di deprivazione ed emarginazione più gravi richiedono di essere integrati da meccanismi di sicurezza attiva, intendendosi con tale espressione la predisposizione di un'adeguata – *ben organizzata e pertanto efficiente* – rete di servizi locali operanti sul territorio, in grado di garantire, nell'ambito delle politiche di indirizzo elaborate a livello nazionale, l'integrazione socia-

---

dell'amministrazione» S. Torricelli, *Il diritto all'istruzione nella giurisprudenza amministrativa*, in P.A. Persona e Amministrazione, 2023, 2, 538 e 546.

<sup>35</sup> Tar Sicilia (Palermo), sez. III, 10 settembre 2014, n. 2250.

<sup>36</sup> Sulla rilevanza dell'assegnazione delle ore di sostegno, calcolate sulla base delle specifiche esigenze dell'alunno, ai fini dell'inveramento del diritto all'istruzione delle persone con disabilità cfr. Corte cost., 26 febbraio 2010, n. 80.

<sup>37</sup> Si tratta di denaro proveniente interamente da fondi pubblici. Le scuole private in Svezia, infatti, non sono finanziate dalle tasse scolastiche, ma da un sistema di *voucher* introdotto dal governo conservatore nel 1992, al fine di permettere la "libera scelta" tra scuola pubblica e scuola privata.

<sup>38</sup> Cfr. M. Friedman, *The Role of Government in Education*, in *Economics and the Public Interest*, a cura di Robert A. Solo, New Brunswick, 1955, 127 s.; Id., *Capitalism and freedom*, Chicago, 1962, 94 s. Sui potenziali effetti del c.d. buono scuola o *voucher* su un sistema finanziato tramite la fiscalità generale, cfr. J.L. Bast, D. Harmer, D. Dewey, *Vouchers and Educational Freedom: a Debate*, in *Cato Institute Policy Analysis*, n. 269, Washington D.C., 1997.

<sup>39</sup> Su questi profili L. Pelling, *Le scuole svedesi: il sogno proibito di Milton Friedman*, in *Eticaeconomia*, 14 giugno 2022, in <https://eticaeconomia.it/le-scuole-svedesi-il-sogno-proibito-di-milton-friedman> e Id., *Sweden's schools: Milton Friedman's wet dream*, in *Social Europe*, 16 maggio 2022, in <https://socialeurope.eu/swedens-schools-milton-friedmans-wet-dream>. In effetti, la Ministra dell'Istruzione svedese Lotta Edholm ha recentemente definito fallimentare il sistema delle scuole a gestione privata finanziate con denaro pubblico, promettendo un rinnovamento del sistema di finanziamento della scuola. Negli ultimi anni, il calo degli standard educativi svedesi e l'aumento di disuguaglianza e malcontento tra genitori e insegnanti – testimoniato da un rapporto di giugno 2023 del principale sindacato degli insegnanti, *Sveriges Lärare* – hanno alimentato lo slancio politico per il cambiamento (sul punto, si veda l'articolo pubblicato su *The Guardian*, consultabile all'indirizzo: [www.theguardian.com/world/2023/nov/10/swedens-schools-minister-declares-free-school-system-failure](http://www.theguardian.com/world/2023/nov/10/swedens-schools-minister-declares-free-school-system-failure)).

le nelle situazioni a rischio di esclusione, la formazione, il mantenimento e lo sviluppo delle competenze professionali, l'inserimento del lavoratore nel mercato, il coinvolgimento attivo dei destinatari delle prestazioni<sup>40</sup>.

Infine, se si pone attenzione al bisogno abitativo<sup>41</sup>, cui spesso ci si riferisce come “diritto alla casa” o “diritto all’abitazione”<sup>42</sup> e che rappresenta un’esigenza quantomai attuale<sup>43</sup> per molti (non solo cittadini), prende immediatamente corpo la centralità dell’organizzazione dell’assistenza abitativa come servizio pubblico di protezione sociale<sup>44</sup>, in un ambito cruciale per la vita e la dignità della persona. In questo senso, la Corte costituzionale ha da tempo ricondotto gli interven-

<sup>40</sup> L. Taschini, *I diritti sociali al tempo della condizionalità*, Torino, 2019, 163, secondo cui «[l]’erogazione delle prestazioni economiche necessarie, tarate in base alla natura ed alla tipologia dello stato di bisogno, viene, per questa via, finalizzata, oltre che al sollievo di natura economica, anche ad un progetto articolato e flessibile di integrazione occupazionale del soggetto attraverso politiche attive del lavoro (art. 4 Cost.), offrendosi così una risposta a bisogni sempre più eterogenei ed indefinibili a priori». Si noti che la risposta che deve essere offerta passa anzitutto attraverso l’organizzazione dei servizi locali.

<sup>41</sup> Si vedano in proposito le considerazioni di M. Delsignore, *Il diritto all’abitazione in emergenza*, in *Dir. amm.*, 2023, 3, 473 ss. e G. Sorrenti, *Diritti senza dimora: le politiche abitative del Terzo Millennio tra Pnrr e livelli essenziali delle prestazioni*, in *Politica del diritto*, 2023, 4, 443 ss. In tema, cfr. anche F. Bilancia, *Brevi riflessioni sul diritto all’abitazione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2010, 3-4, 231 ss.

<sup>42</sup> Ha ricostruito l’esistenza di un “diritto all’abitazione”, ravvisandovi «i tratti di un diritto sociale inviolabile», Corte cost., 22 aprile 2024, n. 67, pt. 6, *Cons. dir.* In senso analogo, Corte cost., 9 marzo 2020, n. 44 ha inquadrato il “diritto all’abitazione” «fra i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione», precisando che «[b]enché non espressamente previsto dalla Costituzione, tale diritto deve [...] ritenersi incluso nel catalogo dei diritti inviolabili (fra le altre, sentenze n. 161 del 2013, n. 61 del 2011 e n. 404 del 1988 e ordinanza n. 76 del 2010) e il suo oggetto, l’abitazione, deve considerarsi “bene di primaria importanza” (sentenza n. 166 del 2018; si vedano anche le sentenze n. 38 del 2016, n. 168 del 2014 e n. 209 del 2009)». Nella medesima pronuncia, la Corte ha altresì evidenziato che «è compito dello Stato» garantire il diritto in parola, «contribuendo così “a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l’immagine universale della dignità umana” (sentenza n. 217 del 1988; nello stesso senso sentenze n. 106 del 2018, n. 168 del 2014, n. 209 del 2009 e n. 404 del 1988)». Si conferma dunque come l’impegno del soggetto pubblico per garantire i diritti sociali consenta di accostarsi in modo ‘pragmatico’ al principio della dignità umana.

<sup>43</sup> Basti considerare quanto rilevato dalla Commissione europea nella Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea e all’Eurogruppo, sul “Semestre europeo 2019: valutazione dei progressi in materia di riforme strutturali, prevenzione e correzione degli squilibri macroeconomici e risultati degli esami approfonditi a norma del regolamento (UE) n. 1176/2011”, Bruxelles, 27 febbraio 2019 SWD(2019) 1011 final, per la parte relativa all’Italia (che, come noto, ha costituito il presupposto per la valutazione dei contenuti e delle riforme modulate nel PNRR). Si legge infatti nella Comunicazione che, in Italia, «[l]’accesso ad alloggi adeguati e a prezzi accessibili rimane problematico. Mentre solo il 4% della popolazione ha accesso ad alloggi con canone agevolato, il 28,2% dei locatari che pagano un affitto a prezzi di mercato ha dovuto far fronte a costi abitativi eccessivamente onerosi nel 2017 (media UE: 25,2%). Il tasso di disagio abitativo grave, sebbene in calo, era pari all’11,1% nel 2016, a fronte di una media UE del 5,6%. Il parco di alloggi pubblici e sociali in Italia è tra i più ridotti dell’UE (solo il 4% del parco immobiliare è di proprietà del settore pubblico). Le abitazioni sono spesso in condizioni di precarietà e dichiarate non idonee all’uso abitativo. Il fabbisogno di alloggi è stato aggravato dalla crisi economica». Si auspica pertanto – nel documento sull’orientamento in materia di investimenti finanziati dalla politica di coesione 2021-2027 – l’integrazione delle politiche sociali, il rafforzamento dell’accesso all’alloggio e una maggiore cura degli aspetti (anche e primariamente organizzativi) connessi alle infrastrutture e ai servizi.

<sup>44</sup> Per G. Sorrenti, *Diritti senza dimora*, cit., 444, «il diritto all’abitazione costituisce il centro nevralgico dell’architettura che caratterizza la forma di Stato secondo il modello dello Stato sociale».

ti in materia di offerta di alloggi di edilizia residenziale pubblica alla salvaguardia dei livelli essenziali delle prestazioni relativi ai diritti sociali<sup>45</sup>, in modo da assicurare un'esistenza dignitosa a coloro che non dispongono delle risorse sufficienti, mediante un servizio pubblico<sup>46</sup> consistente nella «provvista di alloggi per i lavoratori e le famiglie meno abbienti»<sup>47</sup>. È così che l'edilizia residenziale pubblica viene inquadrata tra i «servizi sociali», in linea con gli approdi di Corte cost. n. 67/2024<sup>48</sup> e n. 44/2020<sup>49</sup>.

In definitiva, proprio nell'organizzazione delle prestazioni prende corpo il «servizio sociale»<sup>50</sup> tramite cui si realizza il diritto. Emerge cioè con evidenza la rilevanza del fattore organizzatorio ai fini della protezione dei diritti sociali, la cui effettiva realizzazione risulta affidata all'adeguata organizzazione e messa a disposizione di risorse pubbliche<sup>51</sup>.

Da una simile struttura dei diritti in parola (dalla loro “materialità”, nei termini appena illustrati) una certa dottrina ha fatto logicamente discendere l'impossibilità di una tutela in giudizio, sull'assunto che il fattore organizzatorio – funzio-

<sup>45</sup> Corte cost., 21 marzo 2007, n. 94.

<sup>46</sup> Parlava di servizio pubblico, in quanto prestazione per il soddisfacimento di un bisogno collettivo o generale essenziale per il raggiungimento di un fine fondamentale della comunità, già M. Nigro, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 150. Sul rapporto tra edilizia economico-popolare ed edilizia residenziale pubblica, V. Domenichelli, *Dall'edilizia popolare ed economica all'edilizia residenziale pubblica. Profili giuridici dell'intervento pubblico*, Padova, 1984.

<sup>47</sup> Corte cost., 11 giugno 2014, n. 168, che definisce l'edilizia residenziale pubblica in termini di vero e proprio «servizio sociale»: un «servizio pubblico deputato alla “provvista di alloggi per i lavoratori e le famiglie meno abbienti” (sentenze n. 417 del 1994, n. 347 del 1993, n. 486 del 1992). Dal complesso delle disposizioni costituzionali relative al rispetto della persona umana, della sua dignità e delle condizioni minime di convivenza civile, emerge, infatti, con chiarezza che l'esigenza dell'abitazione assume i connotati di una pretesa volta a soddisfare un bisogno sociale ineludibile, un interesse protetto, cui l'ordinamento deve dare adeguata soddisfazione» (cfr. pt. 2 *Cons. dir.*).

<sup>48</sup> Con cui è stato dichiarato incostituzionale il requisito della residenza quinquennale nel territorio regionale previsto dalla l. reg. Veneto 3 novembre 2017, n. 39, per accedere alle graduatorie per l'edilizia residenziale pubblica. Per un primo commento cfr. G. Menegus, “Prima i veneti!” *La Corte costituzionale sconfessa i criteri discriminatori per l'edilizia pubblica*, in [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info).

<sup>49</sup> Sull'incostituzionalità del requisito della residenza ultraquinquennale nel territorio per l'accesso ai servizi abitativi pubblici, di cui alla l. reg. Lombardia 8 luglio 2016, n. 16. Sulla pronuncia, tra gli altri: C. Domenicali, *Sull'illegittimità del criterio del radicamento territoriale per l'accesso all'edilizia popolare: dalla condizionalità all'universalità dei diritti sociali?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, 3, 573 ss.; F. Corvaja, *Finale di partita. L'incostituzionalità dei requisiti di lungo-residenza previsti dalle leggi regionali quali condizioni di accesso alle prestazioni sociali*, in *Osservatorio costituzionale*, 2020, 6, 431 ss.

<sup>50</sup> Sulla categoria dei «servizi sociali» si vedano, per tutti: E. Ferrari, *Lo Stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, 99 ss.; R. Finocchi Ghersi, *Servizi sociali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, VI, Milano, 2006, 5536 ss.; A. Albanese, *Servizi sociali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti, G. Greco, Parte speciale, Milano, 2007, 1897 ss.

<sup>51</sup> Osserva S. Sciarra, *I diritti sociali e i dilemmi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2017, 3, 354, che «[i] diritti sociali pesano, poiché pongono in capo allo Stato l'obbligo di prestazioni costose e tuttavia doverose. Proprio per questo i diritti sociali si estendono in parallelo con l'evolversi dello Stato pluriclasse e di quest'ultimo devono interpretare le attese e le aspirazioni, elaborando nello stesso tempo le tecniche di tutela più adeguate».

nale alla rispettiva garanzia e concreta assicurazione, come visto – non possa essere messo direttamente ed efficacemente in discussione in sede giurisdizionale.

Secondo questa prospettiva<sup>52</sup>, «se incanalate dentro ordinari percorsi giurisdizionali», le rivendicazioni relative ai diritti sociali rischierebbero di essere «modificat[e] per renderle commensurabili ai modi specifici delle procedure e del ragionamento giudiziale», determinandosi una «riduzione del diritto sociale a individuale [...] a scapito della sua materialità», poiché «[l]a componente collettiva ed organizzativa del diritto sociale viene sacrificata a favore della misurazione di un'aspettativa individuale».

Non ci si riferisce, dunque, all'argomento dei diritti sociali ridotti a «diritti di carta»<sup>53</sup>, ossia alla posizione implicante che i diritti sociali (positivi) siano concepiti come mere aspirazioni indeterminate all'intervento dello Stato e di conseguenza radicalmente esclusi dalla categoria dei diritti tutelabili<sup>54</sup>. Su questo piano, del resto, «l'esperienza giurisprudenziale, smentendo il luogo comune della non azionabilità dei diritti sociali, ha mostrato gli ulteriori spazi di azionabilità di tali diritti e di esigibilità delle prestazioni che ne sono argomento presso le tradizionali giurisdizioni civile, penale e amministrativa»<sup>55</sup>. Il problema riguarderebbe, invece, il modo del ragionamento giudiziario e la struttura del processo, che si concentrerebbero esclusivamente sulla dimensione individuale dell'aspettativa, trascurando i profili organizzatori in cui risiede la dimensione “sociale” del diritto. Non sarebbe possibile, muovendosi in questa logica, sindacare, nella sede processuale, quel «collegamento fra vincolo politico [all'attuazione del diritto] e comunanza di interessi materiali»<sup>56</sup> sottesi all'organizzazione delle prestazioni che caratterizzano i diritti sociali.

Epperò, la questione può essere affrontata diversamente, arrivando a immaginare che pure i suddetti profili concernenti l'organizzazione siano messi in discussione dinanzi al giudice, tenendo ferma la dimensione della «comunanza di interessi materiali» connessa a tali profili.

È da chiedersi, infatti, se non sia solamente un'opzione ideologica, frutto di una certa visione ‘storica’ del processo, ritenere che i «modi specifici delle proce-

<sup>52</sup> M. Goldoni, *La materialità dei diritti sociali*, cit., 167, da cui sono tratti i virgolettati di seguito nel testo.

<sup>53</sup> R. Guastini, *Diritti*, in *Analisi e diritto*, a cura di P. Comanducci, R. Guastini, Torino, 1994, 170.

<sup>54</sup> Cfr. sul tema L. Pannarale, *Giustiziabilità dei diritti: per un catalogo dei diritti umani*, Milano, 2002. In argomento, si rinvia anche all'ampia disamina intorno alla qualificazione dogmatica dei diritti sociali svolta da L.R. Perfetti, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1, 61 ss.

<sup>55</sup> L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, II, Roma-Bari, 2007, 402.

<sup>56</sup> M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, cit., 4.

dure e del ragionamento giudiziale»<sup>57</sup> siano di necessità quelli tradizionalmente intesi (e originariamente affermatasi) per la tutela dei diritti negativi.

Valorizzando la formula chiovendiana per cui il processo deve riconoscere «tutto quello e proprio quello» che si ha diritto di conseguire<sup>58</sup>, infatti, verrebbe da pensare che occorra (ri)costruire il giudizio nel cui ambito venga azionato un diritto sociale in modo che tale giudizio possa offrire esattamente la tutela più effettiva, confacente alla struttura del diritto<sup>59</sup>. Il che, dal punto di vista del ragionamento sinora svolto, dovrebbe consentire di azionare di fronte al giudice la violazione di standard nell'organizzazione dei servizi e delle prestazioni strumentali al godimento dei diritti sociali<sup>60</sup>. È qui che entra in gioco l'azione per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici.

#### 4. *L'azione per l'efficienza. L'organizzazione amministrativa funzionale alla garanzia dei diritti sociali*

A ben vedere, il nesso funzionale che lega l'organizzazione amministrativa alla garanzia dei diritti sociali non necessariamente ne esclude *tout court* la tutela processuale, imponendo solamente che essa, per essere efficace, si appunti sul dato organizzativo di quei servizi apprestati per dare consistenza e adeguata protezione ai diritti in esame. Un simile controllo sull'organizzazione amministrativa, in sede giurisdizionale, può compiersi tramite l'azione per l'efficienza.

Come noto, tale azione, introdotta dal d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198<sup>61</sup>, è preordinata a ripristinare il corretto svolgimento di una funzione amministrativa, qualora non siano stati adottati atti generali, o l'esatta erogazione di un ser-

<sup>57</sup> M. Goldoni, *La materialità dei diritti sociali*, cit., 167 (v. *supra*, nt. 52).

<sup>58</sup> G. Chioyenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 81; Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1932, 41.

<sup>59</sup> In linea con l'osservazione di C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 237, per cui è il contenuto dell'oggetto tutelato (nel caso in esame, il diritto sociale, con la sua precipua struttura) a dover determinare i contenuti della tutela (effettiva), giacché «[p]uò essere effettiva solo una tutela di cui si conosca già il contenuto». Viceversa, «usare l'effettività per determinare quest'ultimo [cioè il contenuto della tutela] significa mettere prima il dopo», con il rischio di consentire «un'indebita aggiunta rispetto alla tutela ricavabile della legge» (*ivi*, 237 e 220). In definitiva, come avvertono S. Valaguzza, I. Martella, *L'effettività della tutela nella esperienza giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 2, 783 s., l'effettività della tutela può essere «correttamente intesa» solo dopo aver definito «l'oggetto del giudizio», ossia, ai sensi dell'art. 24 Cost., la situazione giuridica soggettiva azionata: ai fini del discorso che si sta portando avanti in questa sede, il diritto sociale (meglio, la sua struttura).

<sup>60</sup> Del resto, per riprendere le parole di N. Irti, *In cammino verso l'effettività*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2024, 1, 7 s. a proposito del concetto di «effettività», se «si vuol conferire specifico e netto significato alla parola, allora bisogna trarla entro la totale struttura dell'ordinamento»; il concetto di «diritto effettivo», in questi termini, chiama in causa «una posizione dell'individuo dinanzi alla totalità dell'ordinamento, che poi significa rapporto fra l'individuo e la struttura organizzativa di una data società».

<sup>61</sup> Recante «Attuazione dell'articolo 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici».



vizio, nel caso di inosservanza degli obblighi contenuti nelle carte di servizi o di violazione degli standard qualitativi ed economici stabiliti per quel determinato servizio, sanzionando l'inefficienza dei gestori dei pubblici servizi e ripristinando i livelli delle prestazioni stabiliti in via generale. Se ne deduce la natura della posizione giuridica soggettiva dedotta in giudizio: una pretesa all'efficienza, non solo dell'attività, ma anche dell'organizzazione pubblica.

Interessante il dato della legittimazione alla proposizione dell'azione, riservata – *ex art. 1, c. 1, d.lgs. n. 198/2009* – ai «titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori». Può quindi agire in giudizio il singolo ricorrente, il quale agisce per la tutela di un interesse che gli è proprio e che, al contempo, è comune (omogeneo) a una pluralità di utenti, destinatari del servizio pubblico che si esplica nell'assicurazione dei diritti sociali. A norma dell'art. 1, c. 4, d.lgs. n. 198/2009, «il ricorso può essere proposto anche da associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati, appartenenti alla pluralità di utenti e consumatori di cui al comma 1». Le disposizioni concernenti la legittimazione alla proposizione della *class action* pubblica presuppongono in sostanza l'azionabilità individuale degli interessi considerati, ammettendo al contempo che le situazioni giuridiche soggettive dei singoli possano essere tutelate *anche* mediante l'intervento di un soggetto ulteriore, di carattere collettivo<sup>62</sup>, secondo una costruzione che appare pur sempre coerente con l'impianto soggettivistico della tutela ricavabile dall'art. 24 Cost.<sup>63</sup>.

Lo stesso art. 1, c. 1, d.lgs. n. 198/2009 precisa la necessaria sussistenza in capo al ricorrente di «una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi». Si tratta cioè di un *interesse individuale isomorfo*, riconducibile a una pluralità di amministrati senza che ciò comporti per l'interesse la perdita della propria individualità<sup>64</sup>: non un interesse meta-individuale né un interesse di categoria, ma un

---

<sup>62</sup> Sulla legittimazione delle associazioni alla proposizione dell'azione per l'efficienza, da verificare «in concreto, caso per caso, in relazione alla natura e alla tipologia dell'interesse leso, al fine di accertare se l'ente ricorrente sia statutariamente deputato alla tutela di quello specifico interesse "omogeneo per una pluralità di utenti e consumatori"» Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2023, n. 5031.

<sup>63</sup> Sull'assunto, da un lato, che il concetto di *standard* delle prestazioni sia un «parametro giuridicamente rilevante, le cui violazioni sono (di norma) azionabili nell'interesse individuale» (a conferma del modello soggettivistico della tutela) e, dall'altro lato, che il soggetto collettivo non faccia valere un interesse proprio, ma direttamente «l'interesse dei membri del gruppo», in linea con «la relazione di strumentalità che, secondo la Costituzione, deve legare le formazioni sociali all'individuo»: C. Cudia, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, 2012, 312 e 317 s.

<sup>64</sup> Tra gli altri, sul punto: A. Bartolini, *La class action nei confronti della p.a. tra favole e realtà*, cit., 953 ss.; F. Manganaro, *L'azione di classe in un'amministrazione che cambia*, in *www.giustamm.it*, 2010; G. Fidone, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, cit., in part. 219, ove l'A. richiama la categoria degli «*interessi individuali plurimi*», ossia «una pluralità di interessi individuali, che rinvergono la loro dimensione collettiva nella circostanza di ritrovarsi con identico contenuto in capo a più soggetti».

interesse individuale tutelabile nelle forme del d.lgs. n. 198/2009 in quanto omogeneo a una pluralità di soggetti<sup>65</sup>.

In effetti, gli stessi diritti sociali, pur radicandosi in capo ai singoli, disvelano nella propria dimensione materiale una consistenza isomorfa, data dalla ripetibilità dell'interesse alla corretta organizzazione ed erogazione dei servizi e delle prestazioni sociali in capo a plurimi consociati.

Da un lato, il richiamo al pregiudizio caratterizza in chiave soggettiva la posizione legittimante dell'utente che decida di azionare il rimedio. Dall'altro, il carattere di omogeneità che l'interesse dell'attore deve presentare rispetto alla categoria di utenti cui egli appartiene costituisce l'elemento che più avvicina il ricorso per l'efficienza allo schema dell'azione di classe, intesa come azione a dimensione individuale, nella quale un singolo agisce a titolo proprio, ma contestualmente in rappresentanza di tutti i membri della classe che si trovino nella sua stessa posizione<sup>66</sup>. Tra i due profili, invero, non vi è alcuna discrasia, posto che, nel quadro costituzionale, il soggetto deve vedere protetti i propri diritti inviolabili «sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», ai sensi dell'art. 2 Cost.

##### 5. *Profili di valorizzazione dell'azione per l'efficienza in risposta ai bisogni di tutela*

A conferma della possibile operatività dell'azione per l'efficienza secondo la tesi prospettata, può essere utile, ancora una volta, guardare al contenuto concreto dei diritti sociali e alle loro esigenze di tutela.

Si consideri come primo oggetto di analisi il diritto all'alimentazione, quale diritto sociale ad accedere a una certa quantità (e qualità) di cibo e, più in particolare, una sua applicazione, qual è l'accesso alla mensa scolastica (peraltro frequentemente posto in connessione anche con il diritto sociale all'istruzione)<sup>67</sup>. La

<sup>65</sup> Come osserva C. Cudia, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, cit., 288, «la stessa struttura delle azioni di classe, nel realizzare l'accorpamento o l'esercizio cumulativo di situazioni di natura individuale, conferma la compatibilità tra la ripetibilità (pur indefinita) di una situazione e la sua individualità: corrobora di per sé la ammissibilità teorica di pretese che, pur avendo natura plurisoggettiva, non cessano di appartenere a (tanti) singoli soggetti».

<sup>66</sup> Membri della classe che, trovandosi nella «medesima situazione giuridica del ricorrente», ai sensi dell'art. 1, c. 3, d.lgs. n. 198/2009, «possono intervenire nel termine di venti giorni liberi prima dell'udienza di discussione del ricorso che viene fissata d'ufficio, in una data compresa tra il novantesimo ed il centovesimo giorno dal deposito del ricorso». Riflette su questa tipologia di intervento, che sembrerebbe assumere «i contorni dell'intervento litisconsortile o adesivo autonomo, per cui l'interveniente disporrebbe di facoltà analoghe a quelle del ricorrente principale» G. Tropea, *L'intervento volontario nel processo amministrativo di primo grado*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 1, 30.

<sup>67</sup> Giacché «il "tempo mensa" è compreso nel "tempo scuola"», poiché «condivide le finalità educative proprie del progetto formativo scolastico di cui esso è parte, come evidenziato dalla ulteriore funzione cui detto servizio assolve, di educazione all'alimentazione sana, come previsto dal D.L. 12 settembre 2013, n. 104, conv.

dottrina<sup>68</sup> che sostiene la trasformazione (“riduzione”) dei diritti sociali in individuali ogniqualvolta essi siano portati in giudizio contesta che «le controversie riguardanti l’accesso alla mensa vengono declinate come diritto di libertà di scelta per le famiglie», constatando che «[l]a giustizia amministrativa sembra essersi stabilizzata sul riconoscimento del diritto all’autorefezione a partire dalla sentenza TAR Lazio 14368/2019», come se il collettivismo dei diritti sociali (i profili organizzativi del servizio mensa, in questo caso) e l’individualismo dei diritti di libertà (la libertà di autorefezione) si ponessero di necessità antinomicamente.

Epperò, a proposito dei servizi di refezione scolastica, non può tacersi che, in termini più ampi sul piano organizzativo, il passaggio da un’erogazione pubblica del servizio a forme di esternalizzazione della gestione a soggetti privati abbia finito per ridimensionare in modo significativo le garanzie degli utenti<sup>69</sup> – dal punto di vista delle modalità di produzione e di distribuzione del cibo consumato nelle scuole<sup>70</sup> – e che una tutela rappresentata esclusivamente dall’assicurazione del diritto di scelta tra autorefezione e fruizione del servizio mensa risulti riduttiva rispetto a questa tipologia di problematiche. Allora, utilizzare l’azione di classe come strumento per mettere in discussione le specifiche scelte organizzative (attualmente improntate a logiche di mercato) potrebbe offrire una tutela piena della dimensione “collettiva” e materiale del diritto sociale e portare il soggetto pubblico a elaborare, successivamente alla condanna del giudice, diversi modelli di organizzazione ed erogazione del servizio, che consentano per esempio il diretto coinvolgimento di soggetti collettivi (quali famiglie, studenti, produttori) e la loro collaborazione con le istituzioni politiche locali (regioni, comuni e scuole)<sup>71</sup>.

---

in L. 8 novembre 2013, n. 128», affiancandosi alla finalità educativa «quella di socializzazione che è tipica della consumazione del pasto “insieme”, cioè in comunità (a norma del D.Lgs. n. 59 del 2004, art. 9, “la scuola secondaria di primo grado è finalizzata [...] al rafforzamento delle attitudini all’interazione sociale”), condividendo i cibi forniti dalla scuola, pur nel rispetto (garantito dal servizio pubblico) delle esigenze individuali determinate da ragioni di salute o di religione»: così Cass. civ., ss.uu., 30 luglio 2019, n. 20504, pt. 9 “Diritto”.

<sup>68</sup> M. Goldoni, *La materialità dei diritti sociali*, cit., 170, nt. 93, da cui sono tratti i due virgolettati riportati di seguito nel testo.

<sup>69</sup> Oltretutto, come nota C. Marzuoli, *Gli enti territoriali e la scelta del modello per la gestione dei pubblici servizi locali*, in *Mumus*, 2011, 1, 157, «[c]on l’attribuzione al terzo (che è l’ipotesi più rispondente all’esigenza di mercato e di concorrenza), il meccanismo della responsabilità si interrompe, o funziona in modo alternato, perché l’utente è in rapporto con il gestore».

<sup>70</sup> Riflette a proposito di questi profili A. Pioggia, *Servizi e disservizi. Piccolo contributo alla ricerca del senso pubblico del servizio*, cit., 20 ss.

<sup>71</sup> Ci si riferisce al recupero di quelle «modalità di gestione che in alcuni comuni hanno garantito per decenni il servizio di refezione scolastica con la partecipazione e persino con il contributo operativo dei genitori e, indirettamente, della collettività degli utenti» (A. Pioggia, *op. cit.*, 20 s.), sul presupposto – rilevato da C. Marzuoli, *Sussidiarietà e libertà*, in *Rivista di diritto privato*, 2005, 1, 88 – per cui «se l’intervento del privato assicura un esito migliore (o anche paritario), in applicazione – naturalmente – delle scelte e degli standard determinati dal potere pubblico, esso diventa un mezzo di attuazione dei diritti sociali e dei diritti di libertà dei cittadini». Solo in questi termini, del resto, la sussidiarietà orizzontale potrebbe declinarsi secondo una versione realmente esplicativa e attuativa della Costituzione (C. Marzuoli, *ult. op. cit.*, in part. 88-94).

Altrettanto potrebbe accadere con riferimento a quella (ulteriore) declinazione del diritto sociale all'istruzione che è rappresentata dall'assistenza universitaria (o diritto allo studio universitario)<sup>72</sup>, sul piano dell'organizzazione e allocazione delle risorse per i c.d. “servizi strumentali alla didattica”, come l'alloggio, i trasporti, i servizi di ristorazione, l'accesso alla cultura, l'assistenza sanitaria e così via. Sarebbe infatti possibile, tramite l'azione per l'efficienza, offrire una tutela piena, in sede processuale, ai vari soggetti fruitori dei servizi, ove tali servizi risultino inadeguati.

Si pensi all'insufficiente dotazione di *student housing*, nettamente inferiore in Italia rispetto agli altri Paesi europei, come è stato denunciato dal Movimento delle tende degli studenti universitari<sup>73</sup>. Lo studente universitario, nello scenario qui proposto, potrebbe porre in sede giurisdizionale, grazie all'azione per l'efficienza, il problema dell'organizzazione dei servizi abitativi per i fuori sede.

Un ulteriore esempio lo si può fare guardando all'esperienza di altri Paesi europei, grazie alle risultanze del questionario predisposto dall'associazione delle Alte Corti Amministrative europee (*ACA Europe*) sul tema “*Servizi ai cittadini e diritti sociali*”. Dal questionario è infatti emerso che tra i Paesi del Nord Europa, in Finlandia, per dare efficace tutela ai diritti sociali è stato di recente giudizialmente riconosciuto il diritto dei bambini disabili a utilizzare il servizio di traspor-

<sup>72</sup> Fino al 2001, il diritto sociale allo studio universitario era oggetto di legislazione concorrente Stato-regioni e nel periodo antecedente alla l. 2 dicembre 1991, n. 390 erano emerse molteplici soluzioni normative regionali (R. Bin, F. Benelli, *Il diritto allo studio universitario: prima e dopo la riforma costituzionale*, in *Istituzioni del federalismo*, 2002, 5, 823 ss.). La legge del 1991 aveva invece determinato una regolamentazione fortemente unitaria, portando le regioni ad adottare un unico modello organizzativo (previsione che oggi risulterebbe preclusa, come sottolineato da Corte cost., 26 aprile 2018, n. 87). Con la riforma del Titolo V della Costituzione, l'assistenza scolastica – e quindi anche il diritto allo studio con riferimento al livello universitario – è divenuta materia “residuale” di legislazione regionale. Più esattamente, allo Stato è attribuito il ruolo di identificare gli strumenti e i servizi a garanzia del diritto allo studio, fissandone i relativi livelli essenziali di prestazione; alla regione quello di disciplinare e attivare tutti i relativi interventi; alle università quello di realizzare i propri tradizionali servizi strumentali alla didattica. Il complesso delle attività, poi, sul modello della legge quadro 8 novembre 2000, n. 328, viene inquadrato in un sistema integrato di strumenti e servizi che coinvolge le autonomie locali, le università e le istituzioni che offrono prestazioni per il diritto allo studio. Ciò ha però comportato una forte disomogeneità di trattamento degli studenti, a causa di differenti investimenti in termini di risorse e di «diverse sensibilità politiche» nelle varie regioni (G. Luchena, L. Grimaldi, *Il diritto agli studi universitari tra Stato, Regioni ed Università*, in *dirittifondamentali.it*, 13 luglio 2015, 51). Neppure l'individuazione, a livello statale, dei livelli essenziali uniformi delle prestazioni ex art. 117, c. 2, lett. m), Cost. – competenza esercitata dal legislatore statale con d.lgs. n. 68 del 2012 – è riuscita a garantire pienamente il diritto sociale in questione, giacché, come osservato in dottrina, il legislatore statale avrebbe finito per «crea[re] un meccanismo che ha ampliato il numero dei titolari del diritto allo studio ma che ha attribuito loro risorse quantitativamente ridotte e, per questo, inadeguate a garantirlo in maniera efficace» (F. Midiri, P. Provenzano, *Il diritto allo studio e il merito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2021, 208).

<sup>73</sup> Il Sole24ore, *Tornano le tende in tutta Italia, si allarga la protesta degli studenti*, 25 settembre 2023, disponibile all'indirizzo <https://www.ilssole24ore.com/art/l-allarme-cgil-studente-due-difficolta-economiche-A-FRmzYz>.

to gratuito dalla scuola all'abitazione anche al di fuori dell'orario di inizio e fine giornata scolastica, sulla base delle necessità dei soggetti in parola<sup>74</sup>.

Trasponendo le medesime esigenze di tutela in Italia e guardando agli strumenti processuali di cui dispone il nostro ordinamento, si potrebbe consentire ai genitori di bambini disabili di avvalersi dell'azione di classe pubblica<sup>75</sup>, agendo a titolo individuale, ma in rappresentanza di tutti gli altri genitori di bambini disabili della medesima scuola<sup>76</sup>, per ottenere un adeguamento dell'organizzazione del servizio di trasporto alle abitazioni offerto da quella istituzione scolastica alle specifiche esigenze di questi soggetti (o, quantomeno, la presa in considerazione di siffatte esigenze).

L'azione per l'efficienza potrebbe insomma dispiegare una propria utilità permettendo di porre in discussione l'organizzazione degli apparati amministrativi in quei settori in cui l'efficacia di tale organizzazione è necessaria per assicurare i diritti sociali dei consociati.

---

<sup>74</sup> L'esempio è stato riportato da M. Clarich nell'ambito dell'incontro dal titolo "*Servizi ai cittadini e diritti sociali*", tenutosi a Napoli in data 27 giugno 2023 e organizzato da ACA - Europe, Consiglio di Stato e Università degli Studi Federico II (registrazione dell'incontro disponibile online all'indirizzo <https://www.radio-radiale.it/scheda/702060/servizi-ai-cittadini-e-diritti-sociali>).

<sup>75</sup> La praticabilità di questa soluzione sembra peraltro trovare conferma nel più recente quadro normativo. In attuazione della riforma in materia di disabilità – la "Legge quadro per le disabilità", prevista dal PNRR (Missione 5, Componente 2, Riforma 1.1) – è stata infatti approvata la l. 22 dicembre 2021, n. 227, con la quale il Governo è stato delegato ad adottare – entro il 15 marzo 2024, come fissato dall'art. 1, c. 5 della l. n. 14 del 2023 – uno o più decreti legislativi "*per la revisione e il riordino delle disposizioni vigenti in materia di disabilità*". In particolare, la delega ha per oggetto, ai sensi dell'art. 1, c. 5, lett. e) della l. n. 227 del 2021, la "*riqualificazione dei servizi pubblici in materia di inclusione e accessibilità*", in ordine alla quale si individuano, tra i "*principi e criteri direttivi*": l'obbligo, per i concessionari di pubblici servizi, di «indicare nella carta dei servizi i livelli di qualità del servizio erogato che assicurino alle persone con disabilità l'effettiva accessibilità delle prestazioni, evidenziando quelli obbligatori ai sensi della normativa vigente» e, soprattutto, l'estensione del «ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, di cui al decreto legislativo 20 dicembre 2009, n. 198», alla «mancata attuazione o alla violazione dei livelli di qualità dei servizi essenziali per l'inclusione sociale e la possibilità di accesso delle persone con disabilità oppure degli obblighi previsti dalla normativa vigente in materia». Nel servizio di trasporto all'abitazione si potrebbe allora ravvisare un servizio essenziale per l'inclusione delle persone con disabilità e l'azione di classe pubblica potrebbe essere utilizzata contro le relative inefficienze, ogniquale volta il servizio non consenta l'integrazione e l'accessibilità delle persone disabili. La delega è stata attuata con d.lgs. 13 dicembre 2023, n. 222, recante "*Disposizioni in materia di riqualificazione dei servizi pubblici per l'inclusione e l'accessibilità*", il cui art. 8 ("*Misure di tutela di cui al decreto legislativo 20 dicembre 2009, n. 198*"), al comma 1, ha disposto l'aggiunta – tra i presupposti dell'azione di classe pubblica (individuati all'art. 1, c. 1, d.lgs. n. 198/2009) – della «mancata attuazione o violazione dei livelli di qualità dei servizi essenziali per l'inclusione sociale e l'accessibilità delle persone con disabilità contenuti nelle carte dei servizi oppure degli obblighi previsti dalla normativa vigente in materia». Sullo schema di decreto legislativo in materia di riqualificazione dei servizi pubblici per l'inclusione e l'accessibilità, in attuazione dell'art. 2, c. 2, lett. e) della l. n. 227/2021, v. Cons. Stato, sez. consultiva atti normativi, parere n. 1083/2023, ad. 25 luglio 2023.

<sup>76</sup> Che potranno comunque intervenire, nel termine di venti giorni liberi prima dell'udienza di discussione del ricorso, ex art. 1, c. 3, d.lgs. n. 198/2009 (v. *supra*, nt. 66).

Verrebbe così neutralizzato anche quello che in dottrina<sup>77</sup> è stato definito «un ostacolo ulteriore» all'azione di classe pubblica, capace di vanificarne l'utilizzazione, ossia la «scarsa appetibilità» del rimedio «da parte dei privati, che non possono trarre un'utilità nel senso di un provvedimento che spetta ovvero del risarcimento del danno, venendo a mancare così un incentivo che possa spingerli ad agire funzionalmente alla tutela dell'interesse della collettività». Infatti, sebbene per espressa previsione normativa sia precluso, nel caso dell'azione per l'efficienza, il rimedio risarcitorio<sup>78</sup> (art. 1, c. 6, d.lgs. n. 198/2009), l'utilità – e dunque l'incentivo – per il privato risiederebbe, secondo la ricostruzione che si è provato a suggerire, nella possibilità di sindacare i modelli organizzativi e produttivi di beni e servizi, direttamente incidenti sulla fruizione, da parte del singolo, dei propri diritti<sup>79</sup>.

A dover essere *efficiente* (e adeguata) sarebbe, in sostanza, l'*organizzazione delle prestazioni* tramite cui si inverano i diritti sociali. È in questa prospettiva che l'azione per l'efficienza rivela le proprie potenzialità per tutelare efficacemente i diritti sociali e la loro materialità, rendendo praticabile un controllo giurisdizionale sui profili organizzatori e sulle scelte allocative delle risorse con riferimento all'approntamento (politico) delle prestazioni di cui essi necessitano per essere attuati.

## 6. *Alcune considerazioni conclusive e prospettive future*

All'esito della riflessione condotta, è emerso che l'efficienza amministrativa è servente rispetto alla tutela dei diritti fondamentali del cittadino (i diritti sociali) inverati attraverso l'erogazione del pubblico servizio. La politicità – materialità – dei diritti sociali non ne esclude la giustiziabilità, ma richiede, per una tutela piena, un processo diverso da quello tradizionalmente inteso, che guardi anche ai profili organizzatori delle prestazioni e alle scelte in punto di allocazione delle risorse da destinare. In questa chiave, si potrebbe dare 'nuova vita' all'azione di classe pubblica<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> S. Franca, *L'azione di condanna a fronte dell'inerzia nel rapporto fra amministrazione e giurisdizione*, in *Amministrare e giudicare. Trasformazioni ordinamentali*, a cura di P. Cerbo, G. D'Angelo, S. Spuntarelli, Napoli, 2022, 99, da cui sono tratti i virgolettati.

<sup>78</sup> Rimedio risarcitorio che può invece essere esperito in un separato e distinto giudizio: F. Manganaro, *L'azione di classe in un'amministrazione che cambia*, cit.

<sup>79</sup> Diverrebbe cioè superfluo, ogniquale volta venga in gioco un diritto sociale, interrogarsi sull'*appetibilità* del rimedio, invero scontata se si assume che – consentendo di far valere in giudizio profili organizzatori – il ricorso per l'efficienza rappresenterebbe l'unica tutela *effettiva*, (in quanto) confacente alla struttura dei diritti sociali.

<sup>80</sup> Lungo il medesimo orizzonte sembrerebbe collocarsi la risposta che si trova alla p. 9 del questionario per l'Italia di *ACA Europe*, ove alla domanda circa i rimedi a disposizione del giudice amministrativo per la protezione dei diritti sociali si menziona anche l'azione di classe pubblica: «*The provisions of the Legislative Decree No 198/2009 can also be applied in the field of social rights. The Decree introduced, with the aim of pursu-*

La tutela dei diritti sociali viene così svolgendosi mediante dinamiche plurime e complesse: a essere attivata dinanzi al giudice non è la pretesa al godimento in concreto della prestazione sociale, ma una diversa posizione giuridica – il diritto a un'efficace organizzazione dei servizi sociali – che appare comunque collegata alla prima, in quanto a essa funzionale. La «vocazione composita dei diritti sociali»<sup>81</sup> si conferma, dunque, anche sul piano della loro protezione.

Certo, per perseguire i risultati auspicati, andrebbero apportati alcuni miglioramenti alla disciplina dell'azione attualmente vigente.

Limitandosi qui ad alcuni cenni, un primo profilo critico concerne i presupposti dell'azione, che l'art. 1, c. 1, d.lgs. n. 198/2009 ravvisa esclusivamente: *i*) nella violazione dei termini; *ii*) nella mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento; *iii*) nella violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi; *iv*) nella violazione di standard qualitativi ed economici dell'attività amministrativa; nonché, infine, *v*) nella mancata attuazione o violazione dei livelli di qualità dei servizi essenziali per l'inclusione sociale e l'accessibilità delle persone con disabilità contenuti nelle carte dei servizi oppure degli obblighi previsti dalla normativa vigente in materia<sup>82</sup>.

Di conseguenza, l'azione sembrerebbe preclusa nel caso di omessa emanazione (a monte) delle carte di servizi, nonostante un simile inadempimento possa causare disfunzioni rilevanti<sup>83</sup>. Per i servizi pubblici, il problema è aggravato dal fatto che l'azione è per lo più impedita anche quando non siano stati definiti gli standard del servizio. Ciò in quanto la definizione di tali parametri è demandata alle autorità di regolazione e controllo dei rispettivi settori, che sono in genere autorità amministrative indipendenti, avverso le quali, però, il ricorso per l'efficienza non può essere esperito, ai sensi dell'art. 1, c. 1-ter, d.lgs. n. 198/2009<sup>84</sup>. La circostanza che la *class action* pubblica sia preclusa non solo nei casi di omessa emanazione delle carte di servizi, ma anche nelle ipotesi in cui gli standard pre-

---

*ing a greater efficiency for the Public administration, a form of class action to remedy, for instance, violations of time limits, failures to adopt mandatory administrative acts, failures to ensure adequate levels of performance. If the action is upheld, the Court shall order the Public administration or concessionaire to remedy the infringement within a reasonable period (Article 4)»* (i questionari dei vari Paesi sono reperibili all'indirizzo <https://www.aca-europe.eu/index.php/en/colloques-top-en>).

<sup>81</sup> C. Acocella, *Riflessioni in tema di accesso alla tutela giurisdizionale dei diritti sociali*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, 2, 179.

<sup>82</sup> Condizione di esperibilità dell'azione, quest'ultima, introdotta dall'art. 8, c. 1, d.lgs. 13 dicembre 2023, n. 222. Sulla possibilità di ravvisare nell'aggiunta normativa una conferma dello schema ricostruttivo dell'azione di classe che si è provato a proporre in questo lavoro v. *supra*, nt. 75.

<sup>83</sup> Sul punto v. Cons. Stato, sez. V, 26 agosto 2022, n. 7493.

<sup>84</sup> Ai sensi del quale la legittimazione passiva è esclusa per «le autorità amministrative indipendenti, gli organi giurisdizionali, le assemblee legislative e gli altri organi costituzionali nonché la Presidenza del Consiglio dei Ministri».

stazionali di settore non siano stati neppure stabiliti, ogniquale volta la loro definizione spetti alle autorità indipendenti, rappresenta un significativo *deficit* nella tutela offerta dall'azione.

In secondo luogo, un elemento che ha sinora reso la *class action* pubblica un'arma *spuntata*, e che andrebbe rivisto, si rinviene nel fatto che il d.lgs. n. 198/2009 prevede che il miglioramento dell'efficacia amministrativa, cui l'azione è preordinata, debba avvenire sotto il vincolo delle risorse economiche già disponibili<sup>85</sup>. Ciò, oltre a circoscrivere significativamente i margini di pronuncia del giudice, aggrava «la fisiologica difficoltà di quest'ultimo nello svolgimento di una valutazione relativa alla *performance*»<sup>86</sup>, richiedendogli una non agevole valuta-

<sup>85</sup> L'art. 1, c. 1-*bis*, d.lgs. n. 198/2009 stabilisce che il giudice, nel decidere il ricorso, debba considerare «le risorse strumentali, finanziarie e umane concretamente a disposizione delle parti intimate». Inoltre, *ex art.* 4, c. 1, il giudice che accoglie il ricorso ordina all'amministrazione o al concessionario di porre rimedio alla violazione accertata «nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica». Infine, l'art. 8 prevede che l'attuazione della disciplina dell'azione per l'efficienza non possa comportare «nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica». Non si ignora che il problema della sostenibilità finanziaria sia serio. Nondimeno, essendo il ricorso per l'efficienza strumentale, come si è cercato di dimostrare, all'efficace protezione dei diritti sociali, si ritiene che il limite delle risorse disponibili vada riletto – e, di conseguenza, ridimensionato nella sua capacità di limitare le potenzialità dell'azione – alla luce di quella giurisprudenza costituzionale che qualifica la spesa diretta alla tutela dei diritti sociali come costituzionalmente necessaria. In questa sede, basti considerare il frequente richiamo, operato dalla Consulta a proposito delle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni, al principio di corrispondenza tra funzioni e risorse *ex art.* 119, c. 4, Cost., per affermare che la riduzione dei finanziamenti, quando incide sulle prestazioni e sui diritti, non possa che essere di carattere temporaneo (Corte cost., 23 maggio 2018, n. 103, pt. 6.4.2 *Cons. dir.* e 11 gennaio 2019, n. 6, pt. 2 *Cons. dir.*). Del pari, è stato in più occasioni ripetuto come, una volta che i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali siano stati determinati dallo Stato, debba esserne assicurato il finanziamento, quale soglia di spesa costituzionalmente necessaria. Di rilievo, sotto quest'ultimo profilo, le pronunce sulla doverosità del finanziamento dei LEA, a cui deve corrispondere «una coerente proiezione macroeconomica dei costi in termini di fabbisogno regionale», al fine di consentire l'emersione nei bilanci delle priorità allocative per fronteggiare la spesa costituzionalmente vincolata: cfr. Corte cost., 12 luglio 2017, n. 169 e 1 giugno 2018, n. 117. Per alcune considerazioni su queste pronunce e, più latamente, sul rapporto tra tutela dei diritti sociali e decisioni a contenuto finanziario della Corte costituzionale, G. Rivosecchi, *Corte costituzionale, finanza pubblica e diritti fondamentali*, in Liber Amicorum per Pasquale Costanzo. *Diritto costituzionale in trasformazione*, IV, Consulta OnLine, 2020, 284-286. In ogni caso, pragmaticamente, la copertura dei costi delle prestazioni sociali dovrebbe poter essere assicurata sfruttando l'erogazione delle risorse connesse al PNRR (si vedano le considerazioni che saranno svolte in conclusione del paragrafo). Anche questo dato ridimensionerebbe il problema, nella misura in cui le risorse disponibili sarebbero per l'appunto quelle messe a disposizione dal Piano. L'idea di fondo è che tali risorse, ancorché non integralmente avventi un'immediata connotazione socio-assistenziale, rappresentino una preziosa occasione per superare le fragilità della tenuta costituzionale dello Stato nella fase post-pandemica, realizzando quelle finalità di giustizia sociale inscritte in Costituzione che la crisi pandemica, acuendo il divario sociale, ha posto a rischio. Nella consapevolezza, peraltro, che il perseguimento di tale obiettivo non potrebbe comunque prescindere da una serie di riforme orientate a una rimodulazione delle risorse tra i vari capitoli di spesa e volte ad assicurare che i livelli istituzionali più vicini al cittadino non rimangano esclusi dalla possibilità di accedere alle risorse per finanziare l'erogazione di prestazioni destinate alla coesione e inclusione (Missione 5 del PNRR): su questi profili, cfr. D.C. Paternò, *Pandemia e aiuti di stato: riflessi sui diritti sociali finanziariamente condizionati*, in *Federalismi.it*, 2023, 3, 7 ss.

<sup>86</sup> S. Franca, *L'azione di condanna a fronte dell'inerzia nel rapporto fra amministrazione e giurisdizione*, cit., 98.



zione sulla portata della sentenza di condanna e sulla sua capacità di incidere sui limiti di spesa o di comportare nuovi oneri per il soggetto pubblico.

Su questi aspetti si potrebbe (o forse dovrebbe) intervenire normativamente, tantopiù considerato che le risorse a disposizione sono oggi quelle individuate nel PNRR, ove è massimamente valorizzata la logica del *servizio*, la cui efficienza diviene uno specifico *risultato da perseguire*<sup>87</sup>, nella prospettiva del diritto amministrativo effettivo<sup>88</sup>.

Vi sono, grazie al PNRR, cospicue risorse da destinare al miglioramento della capacità amministrativa<sup>89</sup>, nell'ambito di un percorso articolato che ha

<sup>87</sup> È infatti da considerare che, proprio «[p]assando attraverso l'esperienza applicativa del PNRR» il principio del risultato (allo stato positivizzato solo con riferimento al settore degli appalti, all'art. 1 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) potrebbe «via via consolidarsi nell'ordinamento e diventare persino un principio generale utilmente applicabile anche in campi dell'azione amministrativa diversi dai contratti pubblici, nel segno di una tradizione interpretativa propria del diritto amministrativo, che [...] ha sovente costruito i suoi principi vitali canonizzandoli nel richiamo all'una o all'altra legge speciale e trasferendoli all'azione amministrativa come fenomeno giuridico in sé»: così F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023, 8 s. Del resto, il Piano identifica puntualmente i risultati da raggiungere, indicando altresì le tempistiche entro le quali gli stessi devono essere conseguiti, consentendo dunque di superare l'ostacolo, tradizionalmente opposto all'applicazione della teoria del risultato, consistente nella difficoltà di individuare *ex ante* dei parametri alla stregua dei quali commisurare la legittimità dell'azione amministrativa (si vedano sul punto le considerazioni di A. Romano Tassone, *Analisi economica del diritto e 'amministrazione di risultato'*, in *Dir. amm.*, 2007, 1, 64 e 67, per il quale «il principale problema epistemico posto dalla ricostruzione giuridica della c.d. "amministrazione di risultato" è costituito proprio dalla precisazione del concetto di "risultato", e dalla conseguente individuazione dei parametri cui si riporta la valutazione circa il suo raggiungimento», rischiando tale concetto di «alludere ad un compendio fenomenico non soltanto vasto ed indeterminato, ma che soprattutto, essendo collocato in gran parte nel futuro, è contrassegnato da una intrinseca e strutturale incertezza, tale da precluderne la concreta utilizzabilità ai fini di una qualificazione giuridica dell'azione, che deve esser compiuta al momento stesso in cui l'azione stessa si realizza»). In questa prospettiva, non stupisce che il principio del risultato costituisca «la cifra» del nuovo codice dei contratti pubblici, atteso che proprio il PNRR ha rappresentato «la determinante prima» della riforma in materia di appalti, «promessa alle stesse istituzioni europee come modifica ordinamentale in grado di per sé di migliorare le prospettive di ripresa e sviluppo del paese», come nota E. Carloni, *Verso il paradigma fiduciario? Il principio della fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici e le sue implicazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2024, 1, 137 e 142. Sulla rilevanza del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici, M.R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 49 ss., nonché E. Guarnieri, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. amm.*, 2023, 4, 829 ss. Qualifica detto principio «quale *Grundnorm* del Codice dei contratti pubblici» A. Sandulli, *Il principio del risultato quale criterio interpretativo e applicativo*, in *Dir. pubbl.*, 2024, 2, 349 ss. Sempre in riferimento al nuovo codice dei contratti pubblici, riflette sul risultato come «principio generale e interesse pubblico primario», per l'appunto collocandolo nella cornice del «Pnrr, col suo procedere per obiettivi e risultati» A. Giusti, *Al centro del risultato: l'affidamento dei servizi globali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2024, 2, 557 ss. (in part. 561 s. per i virgolettati). Più in generale, sull'idea di amministrazione di risultato, la dottrina è amplissima: al riguardo, si vedano almeno M. Cammelli, *Amministrazione di risultato* e G. Corso, *Amministrazione di risultati*, entrambi in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 107 e 127, nonché le riflessioni contenute negli scritti raccolti in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno. Palermo, 27-28 febbraio 2003*, Torino, 2004.

<sup>88</sup> Su cui G. Corso, M. De Benedetto, N. Rangone, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Bologna, 2022.

<sup>89</sup> Sull'impatto del PNRR sulla capacità amministrativa v., tra gli altri: G. D'Arrigo, P. David, *Next Generation Eu e Pnrr italiano. Analisi, governance e politiche per la ripresa*, Soveria Mannelli, 2022; M. Clarich,

come meta finale un'amministrazione in grado di supportare cittadini e imprese con servizi sempre più performanti e universalmente accessibili<sup>90</sup>. È diffusa la convinzione della «ineludibilità di un ripensamento dei caratteri peculiari dell'organizzazione amministrativa»<sup>91</sup>, affinché si inveri quel modello di amministrazione disegnato nella Carta costituzionale in grado di realizzare «una società giusta, equa ed inclusiva che le vicende dell'emergenza hanno messo in discussione». Del pari, risulta ormai chiaro che un simile ripensamento non si misuri solamente negli interventi normativi adottati e adottandi (tanto le misure 'emergenziali' quanto le riforme 'di sistema', destinate a produrre cambiamenti non marginali)<sup>92</sup>, ma imponga anche – forse pregiudizialmente per la buona riuscita dei primi – una compiuta verifica dell'adeguatezza della dimensione organizzativa dell'amministrazione<sup>93</sup>, che sia rispondente agli «input interferenziali provenienti dai poli che gravitano sul territorio»<sup>94</sup>.

La valorizzazione dell'azione di classe, come strumento di garanzia – in sede processuale – dell'efficacia dell'organizzazione delle strutture e dei servizi pubblici e perciò di piena tutela dei diritti sociali, potrebbe rappresentare un momento chiave in questo percorso.

---

*La riforma della pubblica amministrazione nello scenario post Covid-19: le condizioni per il successo del Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Scritti in onore di Maria Immordino*, a cura di G. Corso, F.G. Scoca, A. Ruggeri, G. Verde, I, Napoli, 2022, 731 ss.

<sup>90</sup> Cosicché il principio del risultato (su cui *supra*, nt. 87), calato nella dimensione attuativa del PNRR, possa offrire «quel grado elevato di elasticità di cui la dimensione giuridica ha bisogno, tanto più in un tempo di transizione, se vuole essere effettivamente ordinamento del sociale», prendendo a prestito la riflessione svolta, in generale, sulla portata dei principi da P. Grossi, *Dalle 'clausole' ai 'principii': a proposito dell'interpretazione nel tempo pos-moderno*, in Id., *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020, 70.

<sup>91</sup> Riflette in questi termini M. D'Orsogna, *Organizzazioni amministrative e transizioni: le sfide del cambiamento*, in *Riv. Trim. di Scienze dell'Amministrazione*, 2024, 1, 2, da cui è tratto anche il successivo virgolettato.

<sup>92</sup> Sull'attività normativa del Governo nell'ottica dell'attuazione del PNRR sia consentito rinviare a V. Campigli, *Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato e direttrici attuative del PNRR*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2023, 2, 15 ss.

<sup>93</sup> M. D'Orsogna, *Organizzazioni amministrative e transizioni*, cit., 3, parla dell'adeguatezza organizzativa come «prerequisito essenziale» per una effettività costituzionale della pubblica Amministrazione». Ricostruisce, in questo senso, l'organizzazione amministrativa (il suo ripensamento «dall'interno») come via per realizzare l'effettività dei diritti fondamentali riconosciuti in Costituzione R. Cavallo Perin, *Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica alla necessità di amministrare le riforme*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 1, 73 s.

<sup>94</sup> L. Giani, *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti*, in *Nuove Autonomie*, 2021, 3, 564, che rapporta a tali input provenienti dal territorio l'«adeguatezza – appropriatezza» della dimensione organizzativa pubblica, «recuperando, o forse valorizzando, quel necessario ruolo di garanzia dei diritti che afferisce anche alla creazione del contesto per la loro stessa garanzia».

*Per una valorizzazione dell'azione di classe pubblica come strumento di tutela processuale dei diritti sociali*

Lo scritto riflette sull'impiego dell'azione di classe pubblica come strumento di garanzia processuale dei diritti sociali, introducendo una diversa chiave di lettura rispetto alla tesi per cui i diritti sociali non possano essere adeguatamente tutelati in giudizio, a causa della loro "politicità" o "materialità". Dopo aver sottoposto a disamina cosa si intenda per "politicità" (materialità) dei diritti sociali e in che modo ciò ne ostacoli una tutela giurisdizionale 'classica', l'indagine mostra come, mediante l'azione di classe pubblica, divenga possibile conseguire mezzi di tutela processuale efficaci rispetto a tali diritti. In particolare, si suggerisce l'impiego dell'azione di classe pubblica per assicurare l'efficiente organizzazione ed erogazione delle prestazioni tramite cui i diritti sociali si inverano, nel quadro del rafforzamento delle politiche del *welfare* in Italia nel post-pandemia.

*Towards an enhancement of public class action as a tool for jurisdictional protection of social rights*

The paper examines the possible use of public class action for a jurisdictional protection of social rights. This introduces a different interpretation compared to the thesis which excludes that social rights can be judicially protected, because of their "political" or "material" structure. After a brief analysis of the "political" structure of social rights (their materiality), considering how this structure may constitute an obstacle to the 'classic' jurisdictional protection, the investigation aims to show how public class action enables to achieve an effective protection of social rights. In particular, the article suggests the use of public class action to guarantee the efficient organization and provision of social services, within the framework of the strengthening of welfare policies in Italy in the post-pandemic period.

## Mercati finanziari e regolazione pubblica: il settore assicurativo e il ruolo dell'IVASS

Emanuela Della Corte

SOMMARIO: 1. La rilevanza sistemica del settore assicurativo. – 2. Le peculiarità dell'assicurazione. Dal singolo contratto all'attività d'impresa. – 3. Bilancio di un secolo: dall'INA all'IVASS. – 4. L'opzione dell'istituzione di un'*Authority* di settore: tra autorità e consenso. – 4.1 Il contraddittorio rafforzato nei procedimenti sanzionatori. – 4.2 La consultazione nelle procedure regolatorie. – 5. IVASS, Consob e Banca d'Italia: una triade inestricabile. Spunti conclusivi.

### 1. *La rilevanza sistemica del settore assicurativo*

Ancora oggi, quando si parla della crisi dei mutui *subprime* il pensiero volge a dinamiche e componenti propri del settore interbancario: l'opportunismo degli intermediari finanziari e i fenomeni di azzardo morale<sup>1</sup>; l'erogazione di prestiti a mutuatari con basso merito di credito<sup>2</sup>; la propensione degli operatori del settore a liberarsi dei rischi così assunti attraverso operazioni di cartolarizzazione; la creazione e la capillare circolazione di prodotti finanziari strutturati estrema-

---

<sup>1</sup> Il tema, peraltro, è strettamente legato alle assicurazioni: si pensi banalmente al rischio che il guidatore assicurato sia meno cauto rispetto agli altri, sapendo che i danni da lui eventualmente procurati verranno pagati dall'assicurazione. Nel 2008 il tema dell'azzardo morale, balzato al centro delle cronache con l'esplosione della crisi, ha messo in evidenza come molte istituzioni finanziarie, al fine di massimizzare i guadagni, avessero assunto più rischi di quanto la prudenza avrebbe consentito nella certezza di non essere lasciate fallire, poiché *too big to fail*. D'altronde, l'azzardo morale e il sospetto di comportamenti opportunistici ancora oggi dividono l'Europa e il timore che alcuni soggetti o paesi possano approfittare di altri spezza la catena di solidarietà, collante necessario per tenere insieme qualsiasi tipo di comunità. Cfr. E. Fleres, *Too big to fail: Storia di una crisi*, Roma, 2011; A.R. Sorkin, *"Too big to fail": Inside the Battle to Save Wall Street*, in *Penguin Publishing Group*, 2010.

<sup>2</sup> È stata l'epoca dei Nina, «*No income, no assets*» e dei Ninja «*no income, no job, no assets*». I titoli, frutto di cartolarizzazione di questi crediti di minore qualità – accompagnati da un *rating* un po' più prudente e da rendimenti più elevati – vengono definiti *subprime*, ovvero non di prima qualità.

mente complessi<sup>3</sup>; il ruolo centrale assunto dalle agenzie di *rating*<sup>4</sup>; il fallimento della *Lehman Brothers*<sup>5</sup>. Una concatenazione di eventi e l'innesto di un preoccupante effetto domino acuiti dall'assenza di un'adeguata politica di regolamentazione dei mercati.

Spesso, tuttavia – probabilmente anche a causa del *bias bancocentrico*<sup>6</sup> che tendenzialmente caratterizza la cultura economico-giuridica – ci si dimentica di un ulteriore evento dalla portata tutt'alto che trascurabile, ovvero della combattu-

<sup>3</sup> Il riferimento è principalmente agli *Asset Backed Securities*, strumenti finanziari negoziabili o trasferibili, emessi in seguito alla pratica di cartolarizzazione dei crediti assistiti da garanzie reali. In estrema sintesi, il meccanismo è il seguente: la banca eroga un certo numero di mutui garantiti da ipoteca, successivamente cede quei mutui, i rischi e le garanzie connessi ad un altro soggetto creato appositamente, nel gergo finanziario chiamato «*special purpose vehicle*», il quale, attraverso operazioni di cartolarizzazione, trasformerà i rapporti creditizi che nascono tra la singola banca e il singolo debitore in veri e propri titoli negoziabili, per poi tentare di collocarli sul mercato. Grazie all'utilizzo delle ABS, da un lato le banche hanno potuto aggirare i limiti di capitale erogando molto più credito di quanto i mezzi propri della banca avrebbero consentito; all'altro lato, le medesime banche, non conservando più nei propri portafogli i rischi connessi a quei crediti, tenderanno inevitabilmente ad essere meno rigorose nel concederli. L'obiettivo era creare diverse classi di titoli per livello di rischio e rendimento: i titoli rappresentativi i crediti più sicuri – perché assistiti da garanzie più solide – erano definiti *prime* perché appunto più sicuri. Durante gli anni del *boom*, tuttavia, molti crediti sono stati erogati a soggetti che non avevano un patrimonio alle spalle, un reddito adeguato o, addirittura, che non avevano reddito *tout court*.

<sup>4</sup> Protagonisti in quegli anni furono Standard and Poor's, Moody's and Fitch. Nel 2003 davanti al Parlamento tedesco, l'allora Presidente dell'Autorità federale per la supervisione finanziaria li definì «il più grande potere incontrollabile del sistema finanziario internazionale», di conseguenza anche dei sistemi finanziari nazionali. Tra il 2006 e il 2007, oltre 10.000 titoli strutturati collegati a mutui immobiliari – quelli dai quali si è poi scatenata la crisi, gran parte dei quali entro il 2010 erano diventati *junk bond*, titoli spazzatura – vennero valutati come triple A. Eppure, nel gergo si è parlato di «*over rated*», non tanto per riferirsi al fenomeno di titoli classificati in modo eccessivamente ottimistico, quanto piuttosto per indicare una vera e propria overdose di *rating*.

<sup>5</sup> L'improvviso decesso della Lehman Brothers, banca di Wall Street con 26.000 dipendenti ed un secolo e mezzo di vita, divenne l'argomento più emblematico della grande crisi finanziaria. I contraccolpi si sono fatti sentire ovunque: crolli in borsa, risparmiatori disperati, mercati del credito congelati e polemiche sulle responsabilità di quel *bail-out*. Paulson, ex ministro del Tesoro USA, ha affermato di aver cercato disperatamente e senza esito, nel *weekend* prima del fallimento, un acquirente per la Lehman, non disponendo di alcun altro strumento per salvare una banca di quelle dimensioni, né per garantire uno smantellamento ordinato. Per molti, tuttavia, Paulson non fece quasi nulla per scongiurare la crisi o attenuarne l'impatto, tanto da finire nella lista nera dei 25 maggiori colpevoli del disastro stilata dal *Time*. Sul tema, *ex multis*, F. Marconi, *Le origini e la diffusione della crisi Finanziaria: evidenze teoriche ed empiriche*, in *La crisi mondiale Storia di tre anni difficili* (a cura di) A. Crescenzi, *Luiss University Press*, 30 settembre 2010; N. Linciano, *La crisi dei mutui subprime problemi di trasparenza e opzioni di intervento per le autorità di vigilanza*, CONSOB, Quaderni di Finanza, n. 62, settembre, 2008.

<sup>6</sup> L. Desiderio, *Temi e problemi di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2010, 1-2: «Ho più volte detto e scritto che, se bancocentrica è la nostra economia [...], bancocentrica appare anche la nostra cultura giuridica. Per quanto l'industria assicurativa si dimostri sempre più un fattore di sviluppo delle strutture economiche; per quanto molte compagnie siano protagoniste nella partecipazione al "risiko" che sta riarticolando il nostro sistema finanziario; per quanto la più grande realtà imprenditoriale del nostro Paese (o una delle più grandi) sia una Compagnia di assicurazione; per quanto il controllo sulle assicurazioni sia stato introdotto nel nostro ordinamento assai prima del controllo bancario; per quanto la materia assicurativa, per essere attraversata da una forte interdisciplinarietà, risulti anche scientificamente intrigante; per quanto tutto questo, le assicurazioni continuano ad apparire come un continente sconosciuto, una terra abitata dai leoni, secondo quanto si scriveva dei continenti inesplorati nelle vecchie carte geografiche».

ta scelta del governo Bush di procedere al salvataggio dell'*American International Group*, la più grande compagnia assicurativa a livello mondiale<sup>7</sup>.

Benché, infatti, i fattori di innesto del dissesto fossero tutti nella componente strettamente bancaria, il susseguirsi di inadempimenti e fallimenti a cascata travolse anche l'*American International Group* che, dal canto suo, aveva mostrato una certa leggerezza – o, forse, un incauto ottimismo – nel maneggiare strumenti dalla natura mista ed esporre il proprio patrimonio ad un concreto pericolo di insolvenza<sup>8</sup>.

Il resto della vicenda è storia: dopo un iniziale momento di scetticismo, il Presidente Bush<sup>9</sup>, – preso atto dei limiti di un approccio marcatamente liberista<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Tra i numerosi protagonisti della crisi del 2008 ricordiamo sicuramente Henry Paulson, ex ministro del Tesoro USA, scelto nel 2006 da George Bush per sostituire John Snow. Paulson era, allora, ancora *chief executive* della Goldman Sachs, una delle più potenti e temute banche di Wall Street. Pur non riuscendo a salvare la Lehman, Paulson fece arrivare in poche ore alla compagnia di assicurazioni American International Group, solo in una prima battuta, ben 85 miliardi di dollari per scongiurare il fallimento. Successivamente impose il commissariamento dei due colossi semi-pubblici dei mutui Fannie Mae e Freddie Mac. Molti repubblicani lo accusarono di voler nazionalizzare Wall Street. Nel libro autobiografico *'On the Brick'*, Paulson ha ricostruito quei giorni drammatici della crisi, tentando di eludere le aspre critiche rivolte di chi insinuava che, attraverso il salvataggio dell'*American International Group* con i soldi dei contribuenti, il ministro stesse indirettamente facendo gli interessi della sua Goldman Sachs.

<sup>8</sup> Ci si riferisce, in particolare, all'impiego dei *credit default swap*, ovvero dell'accordo tra acquirente e venditore su un certo rischio di credito: il compratore corrisponde al venditore un premio periodico fino a verificarsi dell'evento creditizio assicurato – segnatamente il fallimento del debitore – al verificarsi di tale evento il venditore corrisponde alla controparte, il valore della perdita. Il *credit default swap* costituisce in sostanza un contratto di tipo assicurativo per i sottoscrittori di obbligazioni che vogliono coprirsi dal rischio di credito dell'emittente. Durante quegli anni l'AIG non si limitò a vendere solo polizze assicurative tradizionali, ma anche assicurazioni contro il rischio di fallimento degli strumenti finanziari prodotti a seguito della cartolarizzazione, proprio attraverso la vendita di *credit default swaps*. Quindi, se una banca era preoccupata dell'eventualità che un titolo nel suo portafoglio potesse diventare spazzatura, poteva comprare un CDS da AIG che promettesse di pagare in caso di perdita di valore del titolo. Per le banche, era un contratto conveniente, perché un'assicurazione di questo tipo rendeva i titoli in portafoglio privi di rischio, e quindi riduceva le riserve di capitale che la banca avrebbe dovuto detenere. Eppure, quando i prezzi delle case hanno iniziato a scendere, riducendo drasticamente le già limitate garanzie dei mutuatari, la AIG ha dovuto onorare molte di quelle promesse, senza riuscire a reggere il contraccolpo. Allontanandosi dai confini propri della tradizionale attività assicurativa l'AIG divenne, di fatto, una sorta di *hedge fund*. Sul tema P. Dacrema, *La crisi della fiducia*, Milano 2008, 5-6.

<sup>9</sup> Il quale *«found it hard to believe that an insurance company could be so systemically important»*. Così H. Paulson, *On the Brink: Inside the Race to Stop the Collapse of the Global Financial System*, 2011.

<sup>10</sup> Dopo il lungo ciclo di privatizzazioni degli anni 80 e 90, in cui il principale approccio degli Stati era quello di cedere ai privati quante più fette possibili di economia, dal 2008 in poi sembra iniziata una fase diversa, in cui molte delle antiche certezze sembrano venute meno. La violenza e la velocità con cui la crisi finanziaria ha minacciato la stabilità dell'economia mondiale, ha indotto i governi a fare una rapida marcia indietro rispetto all'ideologia liberale. La parola 'nazionalizzazione' viene sdoganata, non è più un *tabù*. Basti pensare a quello che è accaduto nel cuore pulsante del capitalismo mondiale, gli Stati Uniti d'America: dopo il fallimento della Lehman Brothers, il governo ha operato un rapido, quanto non convenzionale l'intervento, nazionalizzando d'un colpo le due principali banche immobiliari del continente, Fannie Mae e Freddie Mac, nonché, di fatto, anche l'*American International Group*. Anche l'industria però non è sfuggita a questa tendenza, basti pensare come il governo americano sia stato costretto ad intervenire direttamente anche nel capitale della casa automobilistica Chrysler. In Europa, i primi segnali del grave pericolo che incombeva sul sistema finanziario erano arrivati *in primis* dall'Islanda, il cui governo era stato costretto ad un certo punto a nazionalizzare tutto il

e compresi i rischi sistemici e la massima ‘gittata’ di una potenziale crisi di liquidità della compagnia – diede avvio a quello che è stato, comprensibilmente, definito uno dei più grandi salvataggi pubblici nella storia della finanza mondiale<sup>11</sup>, per un ammontare che, ancor oggi, non è facile calcolare, ma che arriva a lambire complessivamente la somma di quasi 200 miliardi di dollari<sup>12</sup>.

In sostanza, la crisi finanziaria degli anni 2007-2009 ha lasciato in eredità una rinnovata consapevolezza circa l’interconnessione dei mercati e degli stessi settori del comparto finanziario, all’interno del quale il mercato assicurativo rappresenta un segmento di fondamentale rilevanza economica e sociale.

Anche la storia recente del diritto assicurativo, allora, potrebbe essere utilizzata quale cartina di tornasole per vagliare l’evoluzione e l’impatto delle misure e delle azioni che hanno caratterizzato il delicato rapporto tra poteri pubblici e attività economiche in questo particolare comparto del sistema finanziario<sup>13</sup>. Si tenterà, allora, di esaminarne brevemente l’evoluzione nei limiti in cui la stessa possa risultare utile a meglio cogliere la *ratio* delle attuali scelte di *policy* e la portata delle stringenti regole di *governance* funzionali a regolare la materia.

Lo scopo del presente lavoro è, dunque, quello di mettere in luce come questa nuova era «*of prudential regulation*»<sup>14</sup> abbia influenzato le scelte del legislatore

---

sistema bancario. D’altra parte, il fallimento di una banca nell’economia moderna rappresenta uno dei fattori di maggior rischio sistemico. Un caso che da subito è parso a molti paradigmatico, è quello della Banca britannica Northern Rock, il quinto istituto di credito del paese specializzato nel mercato dei mutui immobiliari che a metà del 2007 entra in una crisi che costringe il governo ad un intervento rapido e deciso, anticipando tutta una serie di manovre successive attuate dagli altri paesi. Ma, forse, il colpo più grande per il Regno Unito arriverà qualche mese più tardi, nell’ottobre del 2008, quando il governo dovrà, di fatto, nazionalizzare la Royal Bank of Scotland, immettendovi liquidità per 46 miliardi di sterline. Da ultimo, in Italia l’intervento di ricapitalizzazione precauzionale attuato dal Governo a favore del Monte dei Paschi di Siena, nonché il salvataggio della Cassa di Risparmio di Genova, hanno reso più evidente il nesso indissolubile tra tutela del risparmio e regolamentazione finanziaria. Sul tema, D. Siclari, *Profili giuridici dell’educazione finanziaria nell’ordinamento italiano*, in G. Leone (a cura di) *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, Tomo III, Napoli, 2019, 1623; dello stesso A. Tutela del risparmio, educazione finanziaria e principio di sussidiarietà orizzontale, In *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, Padova, 2010. Si rinvia, inoltre, a G. Pagliari, *Libertà, autonomia privata e utilità sociale. Una riflessione problematica*, in G. Leone (a cura di) *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, Tomo II, Napoli, 2019, 1123, con riflessioni che, seppur rivolte precipuamente agli enti del Terzo Settore, paiono estendibili anche alla disciplina degli enti finanziari.

<sup>11</sup> G. Giordano, F. Vella, *Quanto rischiano le assicurazioni?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2, 2017.

<sup>12</sup> Sul tema, E. Fleres, *Too big to fail*, cit. Sulle ragioni del salvataggio e sulle sue modalità, si è formata una ricca letteratura con approcci e interpretazioni diversi, che ha messo in evidenza luci ed ombre delle misure adottate e delle scelte di *policy* seguite, ma è importante mettere in evidenza che l’origine del virus che ha investito l’intero gruppo assicurativo era nella filiale inglese di AIG con un’attività incentrata in *credit default swaps*.

<sup>13</sup> Se, allora, la regolamentazione del sistema finanziario rappresenta un importante capitolo del più ampio tema del controllo pubblico dell’economia, così, il comparto assicurativo potrebbe rappresentare un «laboratorio fecondo di problemi e soluzioni suscettibili di estensione a molti altri settori dell’ordinamento civile e commerciale». In questi termini, P. Montalenti, *Il diritto delle assicurazioni tra ordinamenti nazionali e globalizzazione*, in *Assicurazioni*, 2014, 3, 410.

<sup>14</sup> J.S. Wan, *Systemically Important Asset Mangers: Perspectives on Dodd-Frank’s Systemic Designation mechanism*, in *Columbia Law Review*, 2016, 805 ss.

italiano, evidenziando come le concrete modalità attuative dell'intervento statale nel settore assicurativo – al pari di quanto avviene con riferimento settore bancario e mobiliare – non possano fare a meno di confrontarsi con questioni giuridiche di portata più generale.

## 2. *Le peculiarità dell'assicurazione. Dal singolo contratto all'attività d'impresa*

Lo studio del contratto di assicurazione, quale generale e trasversale strumento di reazione al rischio, non può che fare i conti con la multisettorialità del fenomeno complessivamente inteso, caratterizzato da una fitta trama di interferenze tra diritto pubblico e diritto privato e da sempre al centro dell'attenzione tanto di scienze giuridiche, quanto di analisi marcatamente economiche.

Sembra opportuno sottolineare come nell'ambito assicurativo, tra 'attività imprenditoriale' e 'singola operazione negoziale' sussista una connessione ben più intima di quella che si verifica tra 'impresa' e 'contratto' in altri rami delle attività economiche.

Le caratteristiche eccentriche del contratto di assicurazione emergono, *in primis*, dal versante privatistico: gli stessi studiosi di diritto civile, dapprima tradizionalmente incentrati sull'esame della disciplina del singolo contratto, non hanno potuto fare a meno di calare l'analisi relativa al mero scambio di consensi nell'ambito della più globale attività svolta dall'impresa assicuratrice<sup>15</sup>. In altri termini, il contratto di assicurazione, emancipandosi dalle native e ben più rudimentali strutture sviluppatesi nell'ambito del diritto marittimo<sup>16</sup>, si è ben presto allontanato dalla tipica alea che avrebbe caratterizzato l'assunzione isolata di un determinato rischio e, avviandosi progressivamente verso forme professionali di organizzazione dell'attività, si è inscindibilmente legato al concetto stesso di

---

<sup>15</sup> G. Castellano, *Le assicurazioni private*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Torino, 1970, 3 ss; L. Mossa, *Impresa e contratto di assicurazione nelle vicendevoli relazioni*, in *Assicurazioni*, 1953, I, 141; F. Denozza, *Contratto e impresa nell'assicurazione a premio*, Milano, 1978; G. Ottaviani, *L'impresa di assicurazione, origini, rischio, evoluzione*, Milano, 1981, 11 ss.

<sup>16</sup> Sin dagli albori dei commerci marittimi genovesi e fiorentini sono stati rinvenuti accordi volti al trasferimento di rischi da un soggetto a un altro (denominato «sensale» o «mezzano»); ai primordi l'attività assicurativa si presentava fortemente avventizia ed aleatoria, con forti analogie con la mera speculazione o la scommessa, con l'unica differenza che mentre nella scommessa si tratta di un rischio artificialmente creato al momento del contratto, nell'assicurazione il rischio esisteva realmente. Solo successivamente, a partire dal XIV secolo quando da attività posta in essere da singoli soggetti, si passò ad un'attività esercitata professionalmente e in maniera aggregata, e specie tra XVII e XVIII secolo, con la possibilità che l'assicuratore riuscisse ad analizzare in maniera professionale la concretizzazione del rischio, il settore assicurativo divenne gradualmente un vero e proprio ramo dell'economia.



impresa, quest'ultima intesa quale essenziale strumento atto a svolgere un'attività socialmente utile<sup>17</sup>.

Pur senza soffermarci sulle speculazioni dottrinali volte a circoscrivere il concreto ruolo attribuito all'elemento della 'organizzazione imprenditoriale' – tanto da includerla nell'ambito degli elementi essenziali del contratto<sup>18</sup> – è evidente come ancora oggi la reciproca interferenza tra impresa e contratto rappresenti «uno dei profili più interessanti e allo stesso tempo irti di difficoltà che attengono allo studio delle assicurazioni»<sup>19</sup>, rendendo di pregnante rilievo lo studio della gestione della prima per una piena comprensione del fenomeno nel suo complesso.

La professionalizzazione dell'attività assicurativa ha, dunque, determinato la nascita dell'operazione economica per come oggi la conosciamo e che trova il presupposto fondante nel meccanismo – di fatto attuabile solo attraverso l'esercizio di un'attività imprenditoriale – di diversificazione dei rischi e di gestione dei premi incassati, funzionale a garantire la solvibilità della impresa stessa.

Ad oggi la funzione dell'assicurazione non è più, infatti, quella della mera assunzione di un rischio, piuttosto è quella della compensazione dei rischi, della loro distribuzione, attraverso la tecnica assicurativa fondata essenzialmente sul calcolo delle probabilità e sulle leggi dei grandi numeri: il rischio, dunque, rimane nella realtà delle cose, ma in concreto ne vengono neutralizzati gli effetti economici<sup>20</sup>.

Detto in altri termini, il verificarsi di un determinato evento, il quale se venisse atomisticamente considerato sarebbe soggetto esclusivamente alla legge del caso, finisce, invece, per essere regolato da leggi costanti: a cascata, il lucro dell'assicuratore non dipenderà, allora, dalla circostanza che il singolo l'evento si

<sup>17</sup> Cfr. G. Fanelli, *Le assicurazioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, vo. XXXVI, 1, Milano, 1973, 19: «Questa e non altra è l'assicurazione in senso tecnico-economico, poiché nessun effettivo rilievo tecnico e nessuna generale funzione economica avrebbe l'assunzione isolata di un determinato rischio e cioè il puro e semplice spostamento delle conseguenze economiche di quest'ultimo da patrimonio del soggetto che vi è naturalmente esposto a quello di un altro soggetto che le assuma a proprio carico».

<sup>18</sup> Secondo una prima tesi, l'importanza dell'impresa era tale da farla assurgere ad un vero e proprio elemento essenziale del contratto. Così, C. Vivante, *Del contratto di assicurazione*, 1914, vo. 6, 3, in *Cod. Comm. commentato*, Torino, 3; più di recente, G. Ferri, *L'impresa nella struttura del contratto di assicurazione*, in *Studi sulle assicurazioni*, Milano, 1963, 111. Di avviso contrario era la dottrina civilistica che, pur nella consapevolezza della rilevanza dell'impresa rispetto al contratto, tentava di mantenere distinto il piano economico da quello giuridico formale, pur sempre ammettendo che un'organizzazione imprenditoriale potesse indirettamente avere riflessi sul singolo contratto. Cfr. A. Donati, *L'organizzazione ad impresa dell'assicurazione e il concetto del contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1937, I, 263 ss; R. Capotosti, *Note in tema di qualificazione del contratto di assicurazione. Prestazioni di facere e contratto di assicurazione, Fattispecie e discipline*, 2013, Milano, 79-81; F. Santoro-Passarelli, *La causa del contratto di assicurazione*, in *Libertà e autorità nel diritto civile*, Cedam, 1977, 135, il quale tuttavia sottolinea che il contratto di assicurazione rimane tale anche senza il procedimento tipico delle imprese assicurative: «[...] l'impresa penetra nella causa del contratto di assicurazione. L'impresa non è presupposto, non è requisito soggettivo, non implica una comunione giuridica d'interessi, ma fa parte della causa del contratto di assicurazione».

<sup>19</sup> P. Corrias, *Disesto dell'assicuratore e tutela contrattuale dell'assicurato*, Milano, 2001.

<sup>20</sup> G. Fanelli, *op. cit.*, 19.

verifichi o meno, quanto dalla maggiore o minore perfezione tecnica della regola posta alla base della sua organizzazione<sup>21</sup>. Di conseguenza, se adeguatamente organizzata, l'attività assicurativa porterebbe alla costituzione di una sorta di meccanismo mutualistico attraverso il quale il rischio individuale verrebbe, in un certo senso, tramutato in rischio collettivo.

È evidente che un tale risultato sia frutto di un'attività estremamente tecnica e complessa, nell'ambito della quale – considerati i notevoli impatti socioeconomici – velleità propriamente manageriali hanno presto dovuto cedere il passo e fare i conti con un penetrante controllo pubblico a tutela del mercato e degli utenti dello stesso.

Tali considerazioni giustificano, allora, la scelta di optare per un incisivo intervento statale in questo particolare settore dell'economia, un intervento inevitabilmente 'bicefalo', volto tanto alla struttura ed al contenuto del contratto, quanto soprattutto alla disciplina dell'impresa<sup>22</sup>.

### 3. *Bilancio di un secolo: dall'INA all'IVASS*

L'evoluzione storica, sommariamente riportata, mette in luce le ragioni dell'altalenante sviluppo normativo che ha da sempre caratterizzato il settore: nonostante, infatti, il lento progredire della disciplina dell'assicurazione, dalla nascita dello Stato italiano fino ai primi anni 1900, il legislatore, non ancora pienamente consapevole della funzione sociale del fenomeno, ha inizialmente adottato un approccio di «agnosticismo neutrale»<sup>23</sup>.

Lo scenario muta quando, nel 1912 durante il terzo governo Giolitti, con la logica del 'o tutto, o niente', lo Stato interviene in materia e, attraverso una soluzione transitoria, istituisce un parziale monopolio di settore tramite la costituzione dell'INA, l'Istituto Nazionale delle Assicurazioni<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Grazie al calcolo delle probabilità e alla legge dei grandi numeri, quindi, l'attività assicurativa «non è per l'assicuratore più aleatoria di tutte le altre attività commerciali». Così, F. Denozza, *Contratto e impresa nell'assicurazione a premio*, Milano, 1978, 1; negli stessi termini, C. Angelici, G.B. Ferri, *Diritto Commerciale*, novembre 2016, 765 ss.

<sup>22</sup> Sul tema, M.L. Passador, *Tra mercati e vigilanza: il caso dell'ISVAP/IVASS*, in *Mercato Concorrenza Regole*, Fascicolo 1, aprile 2017; A. Coscarelli, N. Monfreda, *Il controllo del sistema economico e finanziario*, Milano, 2007, 154 ss; A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007.

<sup>23</sup> P.G. Vianello, *Assicurazione privata e controllo pubblico*, Milano, 1989, 39 ss.

<sup>24</sup> Si rinvia a S. Potito, *La costituzione dell'Ina e il monopolio statale delle assicurazioni (1912-1922)*, in *Pecunia*, n. 15, 2012, 163-200; R. Pearson, *L'Italia e la storia delle assicurazioni in Europa: lo stato dell'arte e le prospettive*, in P. Garonna, M. D'Alessandro (a cura di), *Assicurazioni e sviluppo: lezioni dalla storia*, Bancaria editrice, 2012; A. Jorio, *Impresa di assicurazione e controllo pubblico*, Milano, 1980, 1-54, il quale evidenzia che «Gli avvenimenti che caratterizzarono i primi 25 anni del '900 incisero in modo decisivo sulla disciplina dell'impresa di assicurazione, ed in misura forse superiore a quella verificatasi per qualsiasi altro settore della nostra econo-

Pur senza soffermarsi sulle normative di dettaglio – e sulla circostanza che di fatto che anche durante il breve regime transitorio non si addivenne ad una totale soppressione della concorrenza – si nota anzitutto come il progetto giolittiano abbia funto in un certo senso da detonatore rispetto alle scelte di *policy* operate negli anni successivi e, inoltre, come abbia creato terreno fertile per il progressivo sviluppo della legislazione sociale in materia<sup>25</sup>.

Prima, con la legge istitutiva dell'INA e, pochi anni più tardi, attraverso il r.d.l. 29 aprile 1923, n. 966 – che, accentuando la fisionomia privatistica del giovane ente pubblico, consentì allo stato di abdicare dal ruolo di monopolista del settore – viene definitivamente consacrata l'ingerenza statale nell'ambito dell'intero comparto assicurativo<sup>26</sup>, seppur con una mutata veste istituzionale: lo Stato, in un certo senso, allontanandosi dalla gestione attiva di quella che era ormai da considerarsi a tutti gli effetti attività di interesse generale, nondimeno assume il ruolo di depositario della funzione e dei poteri di sorveglianza e regolazione su tutto il settore<sup>27</sup>.

Abolito il monopolio dell'INA, durante tutta la prima metà del Novecento, le imprese assicurative vengono gradualmente sottoposte ad una ampia serie di poteri amministrativi e ad un complesso di regole tecniche, economiche e finanziarie. Si provvede a dotare il settore di una disciplina organica, dettando principi generali che – seppur con i dovuti adattamenti – sono sopravvissuti sino ad oggi<sup>28</sup>: dalla disciplina contenuta nel codice civile del 1942; passando per l'approvazione del Testo Unico sulle assicurazioni del 1959<sup>29</sup>; fino a giungere all'emanazione delle prime direttive europee degli anni Settanta<sup>30</sup> e alla consequenziale

---

mica. Il fenomeno ebbe aspetti singolari: in nessun altro paese si passò da una fase di marcata e duratura carenza normativa all'introduzione di una soluzione talmente «rivoluzionaria» da costituire un *unicum* nel suo genere in tutto il mondo e che nessun governo liberale dell'epoca aveva pensato seriamente di adottare.

<sup>25</sup> A. Jorio, *Impresa di assicurazione e controllo pubblico*, op. cit., 98: «La costituzione dell'INA rappresentò un fatto nuovo ed originale rispetto all'esperienza di ogni ordinamento straniero. [...] con l'INA il fenomeno assicurativo entra nell'ottica delle scelte di carattere politico, più di quanto lo sia nelle discipline straniere più progredite sotto il profilo del controllo tecnico della gestione. Lo Stato diventa assicuratore, anche se cerca di attribuire all'ente di nuova costituzione le caratteristiche dell'impresa privata».

<sup>26</sup> Il titolo V del regio decreto era dedicato alla «Vigilanza governativa sulle imprese private», demandata, ex art. 42, al ministero per l'industria e commercio il quale aveva facoltà, ex art. 43, di disporre ispezioni presso la sede o la rappresentanza generale delle imprese, e dipendenti stabilimenti, agenzie, uffici locali che comunque esercitino le operazioni di assicurazione, riassicurazione o di mediazione, al fine di controllare il rispetto e l'osservanza delle disposizioni stabilite nel decreto.

<sup>27</sup> Per una ricostruzione storica si veda S. Potito, *La costituzione dell'Ina*, op. cit., 196 ss.

<sup>28</sup> Per un *excursus* storico più approfondito si rimanda a G.B. De Marinis, *La disciplina del contratto assicurazione*, in *Italia: profili di attualità*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, n. 5 ter, dicembre, 2016; M.L. Passador, op. cit.

<sup>29</sup> Il riferimento è al d.p.r. 13 febbraio 1959 n. 449.

<sup>30</sup> A partire dagli anni Settanta del XX secolo interviene anche la normativa europea con il fine di garantire, anche nel comparto assicurativo, le libertà economiche tutelate nei Trattati, *in primis*, quella di stabilimento e di libera prestazione di servizi. Il riferimento è alle prime direttive per il ramo danni n. 73/239 e 88/357 CEE; e per il ramo vita n. 79/267 e 90/618 CEE. La normativa comunitaria prevede che l'attività assicurativa venga svolta, previa autorizzazione dell'autorità di vigilanza, da un'impresa costituita in forma societaria, sulla

scelta dell'ordinamento di dotarsi di un'apposita *Authority* di settore, l'obiettivo primario del legislatore rimane in sostanza quello già perseguito nel 1912, ovvero quello di tutelare gli assicurati, ponendo le condizioni per garantire che la prestazione promessa dall'assicuratore venga effettivamente resa.

L'iniziale arretramento dell'autorità statale e l'abbandono di misure pubbliche invasive vengono ampiamente compensati dall'impiego di nuove tecniche di intervento che, come si è tentato di mettere in luce nel precedente paragrafo, non possono fare a meno di svilupparsi intorno al binomio inestricabile «impresa-contratto»; cosicché, assurgendo il contratto a veicolo di valori sociali, la regolazione dello stesso «diviene strumento di regolazione del mercato e viceversa»<sup>31</sup>. In definitiva, i “mantra” da seguire rimangono, ancora oggi, quelli della solvibilità<sup>32</sup> e della sana e prudente gestione dell'impresa assicuratrice.

È evidente, quindi, come le considerazioni circa l'insita utilità sociale dell'attività svolta dalle imprese bancarie, assicurative e finanziarie non abbiano risentito del mutamento della struttura organizzativa e proprietaria del fenomeno: rimangono centrali gli obiettivi di protezione della clientela, di efficienza e, soprattutto, di stabilità del sistema finanziario ed i custodi del nuovo ordine diventano le Autorità indipendenti.

Il percorso evolutivo in materia assicurativa è, infatti, culminato nella creazione dell'IVASS (Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni) che, attraverso l'art. 13 del d.l. n. 95 del 2012, si sostituisce all'ISVAP, precedentemente istituito con l. 12 agosto 1982, n. 576. E se, inizialmente, per l'ISVAP sorsero dubbi in ordi-

---

base di un'attività programmata e nel rispetto di determinati requisiti patrimoniali, finanziari e personali. Tale contesto normativo subì una profonda trasformazione durante gli anni Novanta, con l'emanazione delle 'terze direttive' del 1992 che riguardavano tanto il ramo vita, che quello danni. Con le direttive 92/49 e 92/96 CEE viene disciplinato il meccanismo della licenza unica; vengono implementati meccanismi di informazione e trasparenza a tutela degli utenti; viene stabilito un regime di cooperazione tra le autorità di controllo nazionali. Dopo numerose direttive emanate a cavallo tra i due Secoli, con le Direttive Solvency I (2002/13/CE (danni) e 2002/14/CE (vita), e soprattutto con Solvency II (2009/138 CE), si tenta di incrementare il margine di solvibilità delle imprese attraverso criteri più calibrati sull'effettivo profilo di rischio delle singole attività e maggiore uniformità della regolamentazione secondaria attraverso la procedura Lamfalussy. Cfr. *European Central Bank, Potential impact of Solvency II on financial stability*, luglio 2007, 1-57, disponibile al sito [www.ecb.europa.eu](http://www.ecb.europa.eu); S. Landini, *Corporate governance e assicurazioni*, in *Giur. Commerciale*, 1° giugno 2023, fasc. 3, 389.

<sup>31</sup> Così, F. Sartori, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della «sana e prudente gestione»*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2017, 2, 131.

<sup>32</sup> Basti notare che è proprio con tale termine, infatti, che viene individuato il sistema di direttive antecedente al 2009 (c.d. *Solvency I*); ed è lo stesso termine che viene mantenuto con l'avvento di un nuovo, unico e organico, impianto legislativo europeo (c.d. *Solvency II*). Più in dettaglio sul tema, M. Siri, *Efficacia del consiglio di amministrazione delle imprese assicurative e ruolo della supervisione prudenziale nella valutazione della risk governance*, in *Banca Impresa Società*, agosto 2018, 2. Interventi, entrambi, prodromici all'istituzione del c.d. SEVIF, introdotto nel 2010 e operativo dal 1° gennaio 2011. Si tratta di un sistema pluri-livello di autorità microprudenziali e macroprudenziali che mira ad assicurare una vigilanza finanziaria coerente e uniforme all'interno dell'Unione Europea.

ne alla stessa qualificazione giuridica dell'ente<sup>33</sup> – almeno fino a quando il c.d. Decreto Cassese ne generalizzò le competenze, marginalizzando il ruolo inizialmente predominante del Ministero dell'Industria – ad oggi, l'IVASS può essere pacificamente ricondotto nell'alveo delle Autorità di regolazione.

Come si avrà modo di chiarire, il legislatore del 2012 nel rafforzare il controllo sul mercato assicurativo attraverso la creazione di un'apposita Autorità di comparto, lungi dall'adottare un approccio atomistico, ha collocato l'IVASS nell'ambito di ampio sistema caratterizzato da una stretta rete di connessioni, scambi conoscitivi e di accordi di cooperazione tra *Authorities* nazionali ed europee.

#### 4. *L'opzione dell'istituzione di un'Authority di settore: tra autorità e consenso*

Com'è noto, le Autorità amministrative indipendenti sono enti essenzialmente preposti allo svolgimento di funzioni di garanzia e tutela nell'ambito di attività spesso caratterizzate da un alto tecnicismo, nonché particolarmente rilevanti sul piano sociale ed economico<sup>34</sup>. Non stupisce allora che – anche sulla scia dei cambiamenti imposti dalla normativa comunitaria – le prime Autorità indipendenti (la

<sup>33</sup> In passato si è registrato un ampio dibattito circa la natura giuridica dell'ISVAP: invero, le competenze riconosciute all'Istituto erano, inizialmente, estremamente limitate, inoltre, ai sensi dell'art. 4 della l. 576 del 1982, le funzioni di vigilanza avrebbero dovuto essere svolte «[...] in conformità agli indirizzi fissati dal CIPE e alle direttive del Ministro dell'industria [...]». Si sosteneva, di conseguenza, che l'ISVAP fosse semplicemente un ente strumentale al ministero, dato il pregnante potere di indirizzo di quest'ultimo. Nel corso del tempo, numerosi sono stati gli interventi normativi volti ad incrementare progressivamente le competenze e le attribuzioni dell'istituto, fino a far sì che esso venisse ricondotto senza dubbio alla figura dell'Autorità indipendente. Cfr. G. Sangiorgio, *Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo*, in *Enc. Giur. Trecani*, XVII, Roma, 1995, I, 1 ss.; M. Nigro, *La riforma della vigilanza sulle assicurazioni e la posizione dell'Isvap*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 1043. Tra i provvedimenti maggiormente significativi – tra i quali, a titolo esemplificativo, la l. 9 gennaio 1991, n. 20, la quale ha sancito la partecipazione dell'Isvap alla determinazione dell'indirizzo amministrativo del settore; il d.lgs. 13 ottobre 1998, n. 373, il quale trasferisce all'Isvap la competenza in merito alla verifica dello stato di attuazione degli indirizzi di politica assicurativa, sottraendola al Cipe e al Ministro; il d.lgs. 4 agosto 1999, n. 343, con il quale si è avuta la definitiva consacrazione dell'Isvap nell'ambito delle autorità competenti di settore – si segnala soprattutto il d.p.r. 18 aprile 1994, n. 385, il c.d. «decreto Cassese», da cui è discesa la generalizzazione della competenza dell'Isvap nell'adozione dei provvedimenti relativi alle funzioni di vigilanza e di controllo a esso attribuite, e la chiara affermazione della sua autonomia funzionale rispetto all'autorità ministeriale. Tale ultimo intervento appare del tutto coerente al nuovo contesto normativo volto ad una più accentuata tecnicizzazione e specializzazione dell'Istituto. Si rimanda a M.L. Passador, *op. cit.*; G.B. De Marinis, *op. cit.*

<sup>34</sup> *Ex multis*, Cfr. S. Cassese, C. Franchini, *Presentazione*, in S. Cassese – C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 11 e ss.; A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, 295 ss.; A. Predieri, (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997, 316; S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Merc. conc. reg.*, 2002, 2, 266- 267; G. Morbidelli, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di dir. Pubb. dell'economia*, Torino, 2001, 176 ss.; G. Grasso, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, 2006, 210 ss.; P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018; recentemente, C. Acocella, *Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, Id. (a cura di), Napoli, 2022.

Banca d'Italia nel 1893, la CONSOB nel 1974, l'ISVAP nel 1982) siano sorte proprio al fine di procedere autonomamente all'azione di vigilanza del mercato finanziario, da considerarsi sicuramente uno tra i settori "sensibili" per definizione<sup>35</sup>.

Tuttavia, per quanto necessaria, l'attività delle Autorità indipendenti ha da sempre presentato significative criticità: in estrema sintesi, un affievolimento della legalità sostanziale e la limitazione del pieno svolgimento di alcune libertà economiche con la conseguente sottrazione della regolamentazione delle stesse al circuito politico-rappresentativo, hanno comportato, di converso, la valorizzazione della democraticità dei processi decisionali attraverso un quanto più possibile sereno dialogo procedimentale con gli *stakeholders*, al fine di rendere decisioni maggiormente accettabili dagli operatori economici, nonché più conformi all'ordinamento. Inoltre, specialmente in settori così specialistici come quello finanziario, è possibile apprezzare l'eterogenesi dei fini che ha caratterizzato alcuni istituti partecipativi, dapprima pensati in funzione della tutela dei privati di fronte all'Autorità, e nondimeno finiti per essere considerati importanti strumenti per arricchire il patrimonio conoscitivo della stessa amministrazione, implementarne l'efficienza e l'imparzialità, nonché addivenire a decisioni finali, in sostanza, più giuste.

Al fine di calare le accennate considerazioni di carattere più generale nell'ambito della concreta attività svolta dall'IVASS, ci si soffermerà sul tema del coinvolgimento degli operatori economici nei processi decisionali dell'Autorità, analizzando alcune delle più recenti scelte di *policy* dell'istituto ed osservando quali siano le sfumature che la dinamica partecipativa assume nell'ambito tanto delle procedure sanzionatorie, quanto di quelle regolatorie.

#### 4.1. *Il contraddittorio rafforzato nei procedimenti sanzionatori*

Il tema del contraddittorio nell'ambito dei procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti, specie quelle preposte alla vigilanza e regolazione del sistema finanziario, è stato per lungo tempo al centro di un ricco dibattito dottrinale, ma soprattutto giurisprudenziale.

Le ragioni alla base di tanto interesse sono molteplici.

In primo luogo, il delicato tema della potestà sanzionatoria, quale essenziale completamento dell'attività di vigilanza, non può essere scisso dalle tradizionali questioni che da sempre accompagnano il ruolo delle autorità indipendenti:

---

<sup>35</sup> Come si è più volte cercato di mettere in luce, il carattere spiccatamente tecnico-specialistico che caratterizza taluni mercati «sensibili», in particolare quelli finanziari, «impone [...] di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema; una minazione legislativa rigida risulterebbe invero di ostacolo al perseguimento di tali scopi» Così, da ultimo, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 7 febbraio 2020, n. 987.

da un lato, il menzionato *deficit* di legittimazione democratica, dall'altro, l'erosione della legalità sostanziale, hanno fatto sì che il contraddittorio – anche in questo campo d'azione – assurgesse a fondamentale fattore legittimante, funzionale a rendere la decisione finale più accettabile. Eppure, come si dirà, rispetto a quanto avviene per l'attività di regolazione, il tema della partecipazione dei soggetti interessati assume, nell'ambito dei procedimenti sanzionatori, colorazioni differenti e, trascendendo la finalità collaborativa, finisce per assumere una veste prevalentemente difensiva.

In secondo luogo, la materia risente, inoltre, della più volte menzionata contiguità tra i settori del mercato finanziario e, a cascata, delle *Authorities* preposte alla loro vigilanza; contiguità che, anche in quest'ambito, ha condotto ad un'evoluzione normativa per certi versi sinergica, influenzata tanto dalla giurisprudenza sovranazionale, quanto dalle spesso altalenanti pronunce dei giudici interni.

Ulteriore elemento di complicazione è costituito da un sistema delle fonti estremamente stratificato che riflette tutta la complessità della materia. Accanto a norme generali e funzionali alla creazione di un sostrato normativo comune – quali la l. n. 241 del 1990, esplicitamente richiamata dall'art. 24 della l. 262 del 2005, e la l. 689 del 1981, che rappresenta la cornice regolatoria di tutte le sanzioni amministrative che importano il pagamento di una somma di denaro<sup>36</sup> – si diramano disposizioni *ad hoc* – costituite dagli artt. 187-*septies* e 195 TUF, art. 145 TUB, e artt. 311-*septies*, 324-*octies* e *novies* CAP – che, per quanto tendenzialmente allineate, riflettono la specialità dei singoli settori. In aggiunta alle fonti primarie, la disciplina dei procedimenti IVASS, CONSOB e Banca d'Italia è contornata da disposizioni di cui le stesse autorità si sono dotate attraverso l'emanazione di appositi regolamenti<sup>37</sup>.

Al frammentato quadro normativo si aggiunge l'interesse della giurisprudenza, specie quella sovranazionale, che a partire dalla la nota sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso *Grande Stevens*<sup>38</sup> ha, in estrema sintesi, rico-

<sup>36</sup> Si veda quanto previsto dall'art. 12 della stessa l. 689 del 1981, secondo cui «le disposizioni di questo Capo si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, anche quando questa sanzione non è prevista in sostituzione di una sanzione penale. Non si applicano alle violazioni disciplinari».

<sup>37</sup> E così, il procedimento sanzionatorio CONSOB è stato dapprima regolato dalla delibera n. 15086 del 2005 e successivamente dalla delibera n. 18750 del 2013, più volte modificata; quello della Banca d'Italia è racchiuso nel provvedimento del 18 dicembre 2012, anch'esso oggetto di numerosi successivi interventi; per l'IVASS, i precedenti Regolamenti n. 1 e n. 2 dell'8 ottobre 2013 sono stati ridefiniti dal recente Regolamento n. 39 del 2 agosto 2018.

<sup>38</sup> C. eur. dir. uomo, II Sez., sent. 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia* (Ric. n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10) sul tema, *ex multis*, M. Ventrizzo, *Abusi di mercato, sanzioni CONSOB e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. società*, 2014, 693 ss.; G. Zagrebelsky, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il 'ne bis in idem' nella Cedu*, in *Giur. Ita.*, 2014; P. Montalenti, *Abusi di mercato e procedimento: il caso Grande Stevens e la sentenza CEDU*, in *Giur. comm.*, 2015, 478-490; G. Abba, *Il caso Fiat-Ifil alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nozione di "pena" e contenuti del principio del "ne bis in idem"*,

nosciuto la natura sostanzialmente penale delle sanzioni irrogate dalle *Authorities*, specie di quelle più afflittive, con tutte le conseguenze che ne discendono in termini di *bis in idem*, giusto procedimento e necessaria tutela del contraddittorio<sup>39</sup>.

Tuttavia, se è innegabile che la sentenza della Corte EDU abbia acceso il faro sulla questione, favorendo la creazione di un *aquis* giurisprudenziale consolidato, nondimeno il fattore scatenante alla base delle più recenti modifiche dei regolamenti delle tre *Authorities* finanziarie, come si dirà, è rappresentato dalla giurisprudenza interna, specie quella del Consiglio di Stato<sup>40</sup>.

Nonostante il *dictum* della Corte EDU, fino al 2015 i regolamenti relativi al procedimento sanzionatorio di IVASS, CONSOB e Banca d'Italia, estremamente simili tra loro, apparivano tutt'altro che conformi ai principi del giusto procedimento: anzitutto, mancava una chiara separazione tra organo deputato a svolgere l'istruttoria e quello competente ad irrogare la sanzione; non era garantito il pieno accesso agli atti della procedura; spesso le Autorità di vigilanza non soggiacevano ad uno specifico dovere di replica verso le specifiche deduzioni del soggetto sanzionando, il quale, inoltre, non aveva il diritto di conoscere la proposta sanzionatoria presentata all'organo decidente e di replicare ad essa in sede, per così dire, conclusionale<sup>41</sup>.

---

in *Giur. comm.*, 2014, II, 546 ss.; M. Allena, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giornale dir. amm.*, 2014, 1053 ss. Particolarmente significativo come la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo abbia affermato che la procedura sanzionatoria avviata da un'Autorità indipendente di regolazione di un mercato finanziario è qualificabile come «penale», laddove «l'inflizione delle sanzioni amministrative pecuniarie comporta la perdita temporanea dell'onorabilità dei soggetti sanzionati» (paragrafo 17 della sentenza), nonché «in relazione al grado di gravità della sanzione di cui è a priori passibile la persona interessata» (paragrafi 97, 98 e 101 della sentenza). È sicuro, infatti, che le sanzioni amministrative irrogate dalle Autorità di vigilanza «finanziarie» comportino un danno reputazionale rilevante, per il soggetto sanzionato, nell'ambito del mercato «di riferimento», e che le sanzioni pecuniarie, per la loro rilevante entità, siano parecchio afflittive.

<sup>39</sup> Sull'argomento, *ex multis*, M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012; C. Feliziani, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019; E. Follieri, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 685.

<sup>40</sup> Si precisa che se nel caso della CONSOB e IVASS il fattore causale predominante è stato quello giurisprudenziale, costituito da sentenze della Corte Europea e del Consiglio di Stato; per la Banca d'Italia le fonti europee hanno inciso maggiormente, delineando il *Single Supervisory Mechanism* e dall'attribuzione alla Banca Centrale della supervisione in materia; L'obiettivo principale era, infatti quello di conformare le disposizioni allora vigenti alle novità introdotte dalla direttiva 2013/36/UE e per tenere conto dell'avvio del meccanismo di Vigilanza Unico.

<sup>41</sup> Il Consiglio di Stato richiama «la sentenza della Corte Europea II Sezione, 11 dicembre 2007, Drasich c. Italia, secondo la quale l'art. 6 della Convenzione richiede che l'incolpato sia informato tempestivamente non solo della causa dell'accusa, cioè dei fatti materiali posti a suo carico, ma anche, in modo dettagliato, della qualificazione giuridica data ad essi»<sup>12</sup>. Si tratterebbe dunque, secondo tale criterio interpretativo, non di una rettifica, ma «di una nuova contestazione illegittima, perché, a prescindere da ogni altro rilievo, è stata adottata evidentemente oltre il termine massimo di 120 giorni disponibili» Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 28 marzo 2019, n. 2042, cit., punto 12.8.



Nello specifico, il Regolamento IVASS del 2013 non prevedeva che la relazione conclusiva dei Servizi competenti a svolgere l'istruttoria fosse comunicata alle controparti, privando le stesse tanto della possibilità – *ex ante* – di instaurare alcuna forma di contraddittorio con l'ufficio istruttore, quanto di confrontarsi sulla relazione finale con l'ufficio decidente, per l'IVASS il Direttorio Integrato<sup>42</sup>.

Il fulcro della questione ruota, essenzialmente, intorno all'assenza di un contraddittorio pieno nell'arco del procedimento sanzionatorio, da svolgersi prima, durante e dopo l'istruttoria.

Tuttavia, a rigore, un'impostazione del genere non contrastava con quando affermato dai giudici sovranazionali: la Corte EDU, invero, sostiene che vi sia una certa fungibilità tra procedimento e processo, con la conseguenza che gli eventuali *deficit* di contraddittorio nell'ambito del procedimento davanti all'Autorità ben potrebbero essere colmati nella fase processuale dinanzi ad un giudice dotato di *full jurisdiction*<sup>43</sup>.

Ben diversa è la soluzione accolta, quantomeno nell'ambito finanziario, dal Consiglio di Stato.

Per quanto riguarda l'IVASS, i giudici di Palazzo Spada, con la sentenza n. 2043 del 2019<sup>44</sup> – riproponendo quanto già affermato con le note sentenze n. 1595 e n. 1596 del 2015 per la CONSOB<sup>45</sup> – hanno sì affermato che il Regolamento IVASS non fosse rispettoso del principio del contraddittorio, tuttavia alla

<sup>42</sup> Il tentativo è chiaro: si cerca di ripristinare, nell'ambito dei procedimenti sanzionatori, un – seppur limitato – contraddittorio orizzontale sulla falsariga di ciò che avviene nel processo penale. È noto, infatti, che nei procedimenti amministrativi sanzionatori dinanzi alle *Authorities*, il contraddittorio abbia una natura verticale, inserendosi in un rapporto bilaterale tra l'autorità che esercita la potestà sanzionatoria ed il privato sottoposto al procedimento. Mutuando dall'ordinamento anglosassone, si è tentato di introdurre una separazione più netta tra gli uffici istruttori e quelli decisionali, tale da riprodurre un, seppur limitato, elemento di orizzontalità del contraddittorio; limitato poiché, tuttavia, si tratta compromesso essenzialmente formale, considerato che l'ufficio istruttore e quello decidente fanno comunque parte della medesima istituzione. Sul tema, cfr. M. Clarich, *Garanzie del contraddittorio e tutela giurisdizionale in tema di sanzioni delle Autorità indipendenti nel settore finanziario*, in *Giur. Commerciale*, fasc.1, 1° febbraio 2021, 100.

<sup>43</sup> Sull'argomento, tra i tanti, L.R. Perfetti, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, in *P.A. - Persona e Amministrazione*, 2018, 2, 237 e ss.; E. Follieri, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 685 ss; F. Liguori, *L'azione amministrativa. Argomenti e questioni*, Napoli, 2023; F. Goisis, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e modi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 546 ss.; M. Cappai, *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'agcm*, in *Dir. E Soc.*, 2018, 4, 703-756; A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, 110 e Id., *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 456 ss; S. Rossa, *Il difficile rapporto fra la "piena giurisdizione" ai fini CEDU, le sanzioni delle amministrazioni indipendenti e il giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 1, 87-322.

<sup>44</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 28 marzo 2019, n. 2043.

<sup>45</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595 e n. 1596, a seguito delle quali la CONSOB, con delibera 29 maggio 2015, n. 19158 ha modificato il precedente «regolamento sanzioni» del 2013. Cfr. A. Russo, *La disciplina sanzionatoria in materia di mercati, intermediari finanziari e società quotate*, in Aa.Vv., *Manuale di diritto del mercato finanziario*, S. Amorosino (a cura di), Milano 2014, 431 ss.

base di tale pronuncia non vi era la violazione dell'art. 6, par. 1, della CEDU, bensì quella di una specifica disposizione legislativa interna, ovvero l'art. 24, comma 1, della legge n. 262/2005<sup>46</sup> sulla «tutela del risparmio», espressamente riferita ai settori di competenza delle tre Autorità finanziarie<sup>47</sup>.

Il Consiglio di Stato, dopo aver escluso il contrasto dei regolamenti con la normativa sovranazionale, ne ha quindi vagliato la legittimità alla luce della *normativa statale, in particolare, del citato art. 24* della l. n. 262/2005, ai sensi del quale «i procedimenti di controllo a carattere contenzioso e i procedimenti sanzionatori sono svolti nel rispetto dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione».

Secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato, il «contraddittorio» richiamato dalla disposizione non poteva risolversi nel classico modello di contraddittorio endoprocedimentale già conosciuto nell'ambito della disciplina generale del procedimento amministrativo; emergerebbe, al contrario, un concetto più stringente di contraddittorio procedimentale, volto ad imporre, in un'ottica *difensiva, l'introduzione di garanzie ulteriori*.

Nonostante IVASS, CONSOB e Banca d'Italia abbiano successivamente provveduto a modificare i propri Regolamenti conformemente ai principi appena ricordati, non tutte le questioni sembrano risolte: lo sviluppo 'sincronico' delle normative delle *Authorities* finanziarie viene, per così dire, intaccato dalle dinamiche più strettamente processuali.

Basti brevemente ricordare come a seguito della dichiarazione di incostituzionalità del decreto legislativo di approvazione del Codice del processo amministrativo – proprio nella parte in cui questo attribuiva il sindacato relativo alle san-

---

<sup>46</sup> Ai sensi del quale i procedimenti sanzionatori di tutte le Autorità di vigilanza «finanziarie» italiane devono essere retti dai principi «della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie» (art. 24, comma 1). Sul tema, B.G. Mattarella, Artt. 23-24, in *La tutela del risparmio. Commentario della legge 28 dicembre 2005, n. 262, e del e del d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303*, A. Nigro e V. Santoro (a cura di), Torino, 2007, 438 ss; F. Annunziata, *Abusi di mercato e tutela del risparmio*, Torino, 2006; A. Di Dio, S. Salerno, *Le Autorità di vigilanza a tutela del pubblico risparmio alla luce delle novità introdotte dalla L. 262/2005 (cosiddetta "legge sul risparmio")*, in *Fisco*, 2006, 498 ss. Con specifico riferimento ai risvolti della normativa sulla Banca d'Italia cfr. L. Torchia, *Verso una Banca d'Italia repubblicana ed europea?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 273 ss.; per la CONSOB, cfr. S. Amorosino, *Funzioni e poteri della Consob*, ID. (a cura di), in *Regolazioni pubbliche mercati imprese*, Torino, 2008, 123 ss.; F. Fracchia, *Il giudice amministrativo, crisi finanziaria globale e mercati*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, 451 ss.

<sup>47</sup> Non stupisce, allora, che in assenza di tale parametro di diritto positivo, il Consiglio di Stato – pur in circostanze simili – non sia giunto alle medesime conclusioni nei giudizi relativi ad Autorità esterne al mercato finanziario, ritenendo i loro procedimenti sanzionatori compatibili con l'art. 6, par. 1 CEDU benché privi del carattere semi-giudiziale. Si veda, Cons. Stato, Sez. VI, 22 marzo 2016, n. 1164; Cons. Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015 n. 1595 e n. 1596; Cons. Stato, Sez. VI, 10 luglio 2018, n. 4211; Cons. Stato, Sez. VI, 12 febbraio 2020, n. 1047; Cons. Stato, Sez. VI, 19 dicembre 2019, n. 8590; Cons. Stato, sez. VI, n. 2256 del 2011; Cons. Stato, Sez. VI, 14 giugno 2017, n. 2918; recentemente Cons. Stato, Sez. VI, 30 novembre 2020, n.7566.

zioni delle *Authorities* alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo<sup>48</sup> – ci si trovi dinanzi ad un sistema ibrido in cui alla giurisdizione del giudice amministrativo per le sanzioni IVASS, si contrappone la giurisdizione del giudice ordinario per la sanzioni CONSOB e Banca d'Italia.

Considerato l'apprezzabile tentativo di riordino operato dal Codice, le motivazioni della Corte Costituzionale appaiono deboli principalmente per due ragioni<sup>49</sup>: da un lato, la Corte accoglie la questione di incostituzionalità sul solo parametro dell'art. 76 della Costituzione, per eccesso di delega legislativa, tralasciando la circostanza che una delle finalità della delega fosse proprio quella di attuare la concentrazione delle tutele; dall'altro, l'impianto argomentativo complessivo risulta fortemente influenzato dalla nota giurisprudenza della Cassazione, da tempo orientata nel considerare il potere sanzionatorio delle *Authorities* come estrinsecazione di un'attività essenzialmente vincolata, pertanto di competenza del giudice ordinario<sup>50</sup>.

Senza soffermarci sulla poco condivisibile impostazione avallata dai giudici ordinari in ordine all'assoluta assenza di discrezionalità (e quindi di potere) nell'ambito delle procedure sanzionatorie delle *Authorities* finanziarie<sup>51</sup>, preme sottolineare che i problemi di un già irragionevole riparto di giurisdizione vengono acuiti dalle altalenanti pronunce di merito dei giudici interni.

L'interpretazione del Consiglio di Stato circa la qualificazione delle sanzioni amministrative c.d. «affittive» come sostanzialmente penali, aderente alla consolidata giurisprudenza della Corte EDU, non viene condivisa dalla ben più restrittiva giurisprudenza della Corte di Cassazione che qualifica come penali esclusivamente le sanzioni della CONSOB in materia di *market abuse*: non a caso, i giudici della Cassazione hanno sempre ribadito la legittimità dei regolamenti di CONSOB e Banca d'Italia – anteriori alle modifiche imposte dalla normativa sovrana-

<sup>48</sup> Cfr. d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 133 «Materie di giurisdizione esclusiva».

<sup>49</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 162 del 2012 e Corte cost. sent. n. 94 del 2014

<sup>50</sup> Alla base delle prospettazioni del Giudice Ordinario vi è l'adesione al criterio di riparto fondato sulla natura della posizione giuridica soggettiva correlato o meno all'esercizio un potere, sulla falsariga di quanto affermato dalla Corte Costituzionale con le note sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006. In materia di sanzioni mancherebbe la discrezionalità amministrativa pura, e di conseguenza l'esercizio autoritativo del potere. Tuttavia, aderendo a tale impostazione, di riflesso, potrebbero essere considerate altresì incostituzionali le altre norme che oggi attribuiscono al Giudice Amministrativo le controversie sulle sanzioni delle altre Autorità indipendenti.

<sup>51</sup> Si veda, più in general, nel senso di escludere in tale settore una effettiva ponderazione di interessi, E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019, 199; G. Vesperini, *Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. della banca e del mercato finanziario*, 1990, 415. Sull'argomento anche M. Clarich, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. Amm.*, 1993, 99; L. Torchia, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in Cassese, Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 55; A. Police, *Tutela della concorrenza pubblici poteri*, cit., 127.

zionale e amministrativa – e considerato più che sufficiente il livello di contraddittorio tradizionale previsto dalla legge sul procedimento<sup>52</sup>.

In conclusione, nonostante la manifesta interconnessione dei settori del mercato finanziario, quanto a finalità e modalità di intervento, ci ritroviamo dinanzi ad una frattura evidente: le sanzioni, oltre ad essere numericamente frequenti, sono anche tra i provvedimenti che più spesso passano al vaglio giurisdizionale e l'attuale sistema non sembra garantire parità di trattamento e certezza delle garanzie.

#### 4.2. *La consultazione nelle procedure regolatorie*

Come già accennato, la ritrovata valorizzazione di dinamiche partecipative, lungi dall'essere confinata ai soli procedimenti sanzionatori dell'*Authority*, emerge in tutta la sua rilevanza e con ancora maggior vigore nell'ambito dei procedimenti di *rulemaking*. Allontanandosi, infatti, dalla matrice marcatamente difensiva propria delle procedure sanzionatorie, è noto che il ruolo assunto dal coinvolgimento dei soggetti interessati nell'ambito dei procedimenti di regolazione – quale imprescindibile fattore legittimante delle stesse *Authorities* – assuma contorni nuovi.

Conformemente agli auspici della dottrina e della giurisprudenza, modalità e forme di partecipazione degli *stakeholders* a tali procedimenti<sup>53</sup> – oltre all'essere tal-

---

<sup>52</sup> Cfr., Cass., 26 settembre 2019, n. 24081, in questo caso la Cassazione ha espressamente ribadito il principio per cui anche per le Autorità indipendenti valgono le garanzie previste in via generale dalla legge sul procedimento amministrativo 7 agosto 1990, n. 241. La sopra citata sentenza del 2019 della Corte di Cassazione, in una questione relativa alla CONSOB) richiama Cass., 21 maggio 2018, n. 12503 (per la Banca d'Italia) e Cass., Sez. un., 28 gennaio 2010, n. 1786. (in tema di circolazione stradale). Secondo la Corte, infatti, ai fini del rispetto del contraddittorio basterebbe la contestazione dell'addebito e la valutazione delle eventuali controdeduzioni dell'interessato, dal momento che i precetti costituzionali riguardanti il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e il giusto processo (art. 111 Cost.) «riguardano espressamente e solo il giudizio, ossia il procedimento giurisdizionale che si svolge davanti al giudice e non il procedimento amministrativo, ancorché finalizzato all'emanazione di provvedimenti incidenti su diritti soggettivi». In questo senso Cass. civ., Sez. II n. 1205 del 2017; cfr. già Cass. civ., Sez. II n. 770 del 2017, Cass. civ., Sez. II n. 8216 del 2016. Cass. civ., Sez. II n. 4725 del 2016. Recentemente, anche recente giurisprudenza amministrativa ha ritenuto compatibile con l'art. 6, par. 1, della Convenzione la circostanza che sanzioni penali vengano imposte in prima istanza da un organo amministrativo – anche a conclusione di una procedura priva di carattere quasi giudiziale che non offra garanzie procedurali piene di effettività del contraddittorio – purché sia assicurata una possibilità di ricorso dinanzi ad un giudice munito di poteri di «piena giurisdizione». *Ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 22 marzo 2016, n. 1164; Cons. Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015 nn. 1595 e 1596; Cons. Stato, Sez. VI, 10 luglio 2018, n. 4211 e 12 febbraio 2020, n. 1047; T.A.R. Roma. (Lazio) Sez. I, 13 dicembre 2023, n. 2453; Cons. Stato, Sez. VI, 30 novembre 2020, n. 7566; Cons. Stato, Sez. V, 14 luglio 2022, n. 5990.

<sup>53</sup> Sul tema, *ex multis*, cfr. M. Clarich, *I procedimenti di regolazione*, in Aa.Vv., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999, 9; G. Manfredi, *Legalità procedurale*, in *Dir. amm.*, 4, 2021; S. Casese, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in Aa.Vv. *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999; anche M. Clarich, *Le autorità indipendenti nello «spazio regolatorio»: l'ascesa e il declino del modello*, *Dir. pubbl.*, 2004, 1035.

volta previste dagli atti istitutivi delle Autorità – sono state gradualmente introdotte dai regolamenti adottati dalle stesse e, nella maggior parte dei casi, hanno assunto a modello la sondata tecnica di matrice statunitense del *notice and comment*<sup>54</sup>.

Circoscrivendo il discorso all'attività dell'IVASS – ma sottolineando che nell'ambito del sistema finanziario globalmente inteso le discipline speciali delle Autorità di settore sembrano progredire, seppur a diverse velocità, lungo direttrici comuni – l'analisi verterà in primo luogo sul recente Regolamento n. 54 del 29 novembre 2022<sup>55</sup>, al fine di evidenziarne zone grigie ed eventuali potenzialità; inoltre, data la similitudine tra le normative, si terrà conto – brevemente e puramente a fini di confronto – dell'esperienza e degli approcci adottati dalle altre Autorità di vigilanza di cui all'art. 23, comma 1, della legge 28 dicembre 2005, n. 262.

Con riguardo alla procedura di consultazione, in via generale, viene mantenuta la disciplina già contenuta nell'abrogato Regolamento n. 3 del 2013<sup>56</sup>; nondimeno, l'art. 5 del nuovo Regolamento, rubricato «Consultazione», appare per certi versi peculiare rispetto a quanto previsto dalle speculari disposizioni contenute nei regolamenti, di poco antecedenti, di CONSOB e Banca d'Italia<sup>57</sup>.

Pare utile sottolineare, in primo luogo, che la disposizione – lungi dal presentare un contenuto esclusivamente operativo, funzionale essenzialmente a dettare le concrete modalità di attuazione della consultazione – sembrerebbe, invece, *in primis* una norma di indirizzo, volta ad evidenziare al contempo le *ratio* e gli obiettivi perseguiti attraverso il confronto con gli *stakeholders*: il riferimento è, in primo luogo, alla valorizzazione dell'obiettivo della «trasparenza nel procedimento di adozione degli atti regolatori»; in secondo luogo, alla necessità di acquisire informazioni ed elementi funzionali alla valutazione delle possibili opzioni di regolazione; infine, alla verifica dei concreti effetti della regolamentazione sull'attività e sugli interessi dei destinatari dell'intervento.

---

<sup>54</sup> Sul modello americano del *notice and comment* A. Averardi, *Discrezionalità e accountability delle agenzie statunitensi*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2016; M. D'Alberti, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. Tesoro, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 178.

<sup>55</sup> Sostitutivo del precedente Regolamento IVASS n. 3 del 5 novembre 2013, recante attuazione delle disposizioni di cui all'articolo 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, in materia di procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali dell'IVASS.

<sup>56</sup> L'IVASS aveva, per la prima volta, dato attuazione alle previsioni di cui all'articolo 23 della Legge sul risparmio con il Regolamento n. 3 del 5 novembre 2013 che, improntato al rispetto dei principi di trasparenza, proporzionalità, efficienza e partecipazione, ha disciplinato i profili procedurali e applicativi per l'elaborazione delle scelte regolamentari dell'Istituto.

<sup>57</sup> Rispettivamente, per la CONSOB si fa riferimento all'art. 5 del Regolamento concernente i procedimenti per l'adozione di atti di regolazione generale, adottato dalla Consob con delibera n. 19654 del 5 luglio 2016 e successivamente modificato con delibera n. 22203 del 10 febbraio 2022. Per la Banca d'Italia, all'art. 3 del Regolamento recante la disciplina dell'adozione degli atti di natura normativa o di contenuto generale della Banca d'Italia nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, adottato il 9 luglio 2019.

Indicativi, inoltre, quanto a voluta indeterminatezza e duttilità, sono l'*incipit* della disposizione – dove si afferma che le procedure di consultazione sono «ispirate a principi di flessibilità» – ed il terzo comma della stessa che consente, ove opportuno, di integrare la classica consultazione con altre forme di confronto; inoltre, ad ampliare ulteriormente il margine di discrezionalità dell'Autorità viene stabilito che l'IVASS valuterà esclusivamente le osservazioni pertinenti, rilevanti e pervenute entro il termine di scadenza prestabilito, precisando che le osservazioni degli operatori economici non importano alcun obbligo di riscontro specifico oltre a non costituire vincolo per l'istruttoria<sup>58</sup>.

Sebbene l'approccio prescelto sia del tutto analogo a quello adottato dalle altre due autorità finanziarie, nonché quello ampiamente condiviso dalla giurisprudenza, non possono sottacersi i limiti intrinseci di tale modalità: considerata la rilevanza legittimante del fattore partecipativo nell'ambito dei procedimenti di regolazione delle *Authorities*, sembra irragionevole ammettere che alla facoltà degli *stakeholders* di presentare osservazioni e commenti, non corrisponda anche il dovere dell'Autorità di prenderli seriamente in considerazione<sup>59</sup>.

Non convincono, inoltre, né la scelta affidata all'Autorità di redigere il documento conclusivo in forma sintetica senza, tuttavia, prevedere eventuali presupposti per circoscrivere tale possibilità; né quanto previsto dall'art. 10 in ordine ai casi nei quali sarebbe possibile derogare o escludere *tout court* l'applicazione delle disposizioni in tema di consultazione (e di valutazione e analisi di impatto della regolazione). La menzionata norma ha ampliato il novero delle condizioni idonee a *bypassare* le garanzie partecipative includendovi, accanto alle tradizionali ipotesi di necessità ed urgenza, anche i casi nei quali gli emanandi atti di regolazione si limiterebbero ad attuare o recepire il contenuto di atti, «anche non vincolanti», di altre Autorità europee, a loro volta già sottoposti a procedure di consultazione: se, da un lato, tale ultima previsione consente di evitare inefficienti duplicazioni procedurali, in primo luogo, non si considera come specie in materie tanto tecniche non sia semplice comprendere quando alla *plastica* operazione di mero recepimento dell'atto comunitario venga ad affiancarsi (o, addirittura, a sostituirsi) un vero e proprio intervento *creativo* dell'Autorità; in secondo luogo, appare ingiustificato il riferimento ad atti «anche non vincolanti» delle *Authorities* europee, le quali spesso usano tale tecnica di *nudging* proprio per far sì che le istituzioni statali possano modulare al meglio la normativa al fine di adattarla alle esigenze socio-economiche del singolo paese<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Art. 8, co. 1, Regolamento n. 54 del 2022.

<sup>59</sup> Sui limiti di tale approccio, A. Di martino, cit., 105; M. Condorelli, cit., 94.

<sup>60</sup> Sulla teoria del *nudging* rispetto alla doverosità del potere amministrativo, cfr. S. Tuccillo, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016.

Eppure, nonostante numerose zone d'ombra, osservando la concreta attività svolta dall'Istituto emerge come, per certi versi, ci si trovi di fronte ad una delle rare circostanze in cui viene fatto un uso apprezzabile dell'ampio margine di discrezionalità presente nell'autovincolo; discrezionalità che troppo spesso sembra invece essere utilizzata come grimaldello per degradare le garanzie partecipative al minimo sindacale<sup>61</sup>.

In primo luogo, pur non essendo obbligato a motivare in ordine alle singole osservazioni, l'IVASS è solito pubblicare sul proprio sito istituzionale un apposito documento riportante gli «Esiti della pubblica consultazione». Tale documento è funzionale a rendere i commenti e le osservazioni ricevute visionabili, cliccando sul nome di ciascun soggetto intervenitore; inoltre, per ciascuna osservazione generale, per ciascun articolo o parte commentata, vengono indicate sinteticamente le conseguenti determinazioni dell'Autorità. La metodologia usata, seppur perfettibile, appare appropriata: anche se, è bene ricordarlo, le osservazioni ed i commenti rinvenibili saranno quelli che avranno superato indenni il filtro della pertinenza e rilevanza, è evidente che tale approccio – oltre a colmare, a monte, il *deficit* di legalità sostanziale che caratterizza le *Authorities* – compensi, a valle, la carenza di una dettagliata motivazione dell'atto finale, ripristinando il ruolo di un'amministrazione dialogica, oltre che legittimata agli occhi dei regolati.

In secondo luogo, i rilievi in ordine al 'principio di flessibilità' ed alle possibili forme integrative della consultazione suggeriscono di svolgere alcune considerazioni intorno alla scelta di ricorrere a modalità partecipative c.d. informali.

Si ritiene che, in estrema sintesi, nonostante il coinvolgimento informale degli operatori economici attraverso *panel*, riunioni, questionari e simili, valorizzi forse al massimo grado il versante collaborativo della partecipazione bel al di là dei confini strettamente procedimentalizzati<sup>62</sup>, non possano essere trascurate le possibili distorsioni sottese a tale tipo di approccio<sup>63</sup>. Il rischio connaturato al fenomeno è principalmente quello di emanciparsi eccessivamente dalla regola, con il pericolo di un'azione amministrativa sempre più lontana dai principi generali che, come se non bastasse, potrebbe trascendere in forme poco limpide di consultazio-

<sup>61</sup> Sul tema dell'atto regolamentare relativo alle modalità di consultazione quale strumento di autovincolo delle Autorità, A. Travi, *Autorità per l'energia elettrica e giudice amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2005, n. 6; di recente, M. Condorelli, cit., 81 ss.; di diverso avviso A. Di martino, cit., 114 ss.

<sup>62</sup> Puntuali le considerazioni di S. Tuccillo, *op. cit.*, Napoli, 2016, 81, la quale afferma che «La doverosità della partecipazione supera, dunque, gli obblighi partecipativi e non si risolve in essi».

<sup>63</sup> Sul tema, G. Corso, *Attività amministrativa informale*, in *Nuove aut.*, 1995; M. Protto, *L'amministrazione informale*, in *Studi in onore di Roberto Marrama*, Napoli, 2012, vol. II; P. Badura, *Agire amministrativo informale e diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 1999; F. Ledda, *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, in *Foro amm.* (II), 2000, 3443 ss; G. Puttner, *Lo stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 42; G. Berti, *Stato di diritto informale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1992, 3 ss; G. Melis, *Per una storia del procedimento amministrativo prima della legge sul procedimento*, in *Riv. Trim. di diritto pubblico*, 2, 2021, 571 e ss.; di recente, V. Brigante, *Garanzie della forma e pubblica amministrazione*, Napoli, 2022, 280 ss.

ne, tutto a detrimento del tanto agognato principio di trasparenza che assume un rilievo particolare proprio nell'ambito della regolazione dei mercati finanziari, in cui il fantasma della c.d. cattura del regolatore è sempre dietro l'angolo.

Nel contesto appena tracciato la recente scelta dell'IVASS, di rendere pubblico un «Documento di discussione»<sup>64</sup> è apparsa particolarmente interessante. Si tratta di uno strumento innovativo – che ha già attirato l'attenzione della dottrina<sup>65</sup> – con il quale l'Autorità, anziché sottoporre agli operatori economici uno schema di regolamento già precedentemente redatto, si confronta anticipatamente con gli *stakeholders* proprio al fine di orientare le proprie future azioni di intervento regolamentare. L'avvio di un preventivo dialogo – attraverso, quindi, un coinvolgimento prodromico e preliminare degli interessati – oltre ad esaltare il versante collaborativo del dibattito, risulta di grande utilità non tanto (e non sarebbe poca cosa) poiché permette agli operatori di far sentire la propria voce in un momento in cui è ancora tutto da decidere; ma soprattutto poiché risulta proficuo per la stessa Autorità che, attraverso il confronto con operatori specializzati, potrebbe colmare quella fisiologica asimmetria informativa che caratterizza settori così tecnici, migliorando il prodotto finale della regolazione.

Strumenti del genere potrebbero essere utili per arrivare ad un equilibrio tra necessarie esigenze di trasparenza e formalizzazione delle procedure e l'altrettanto indispensabile flessibilità ed efficienza del dibattito pubblico, giungendo a quella sorta di «formalizzazione dell'informale» auspicata dalla dottrina<sup>66</sup>. La speranza è, quindi, che simili iniziative non restino un caso isolato.

Eppure, nonostante gli indubbi passi avanti permane qualche aspetto problematico al quale sembra opportuno accennare in conclusione, ovvero, quello relativo alla scelta di utilizzare, nell'ambito della stessa attività regolatoria, strumenti di *soft-regulation*.

Senza addentrarci nel fenomeno (peraltro ampiamente affrontato dalla dottrina<sup>67</sup>), basti ricordare che si tratta strumenti – quanto a struttura, contenuti e

---

<sup>64</sup> Ci si riferisce al Documento di Discussione n. 1 del 2022 «Considerazioni prodromiche ai futuri interventi regolamentari dell'IVASS in materia di prodotti vita».

<sup>65</sup> Per un approfondimento sul tema, si rimanda allo scritto di C. Desideri, F. Marinello, *I documenti di discussione di IVASS, per una consultazione anticipata e prodromica rispetto all'eventuale procedimento di regolazione*, in *Rassegna trimestrale dell'Osservatorio AIR*, 2023.

<sup>66</sup> A. Di Martino, *Oltre la partecipazione procedimentalizzata: collaborazione e regolazione nelle autorità amministrative indipendenti, in Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, C. Acocella (a cura di), Napoli, 2022, 116.

<sup>67</sup> Sull'argomento, *ex multis*, cfr. E. Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, 51 ss. M.E. Bucalo, *Autorità indipendenti e soft law-forme, contenuti, limiti e tutele*, Torino, 2018, 254; N. Rangone, *Regolazione*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006, 5057; M.B. Armiento, *La soft regulation nelle autorità indipendenti e gli strumenti per la qualità delle regole*, in G. Mazzantini, L. Tafani (a cura di), *L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione*. Annuario 2020, Napoli, 2021, 265 ss; in particolare M. Ramajoli, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2016, 2, che definisce la *soft-regulation* come uno stru-



denominazione – estremamente eterogenei<sup>68</sup>, tuttavia, tutti con una caratteristica in comune, ovvero quella di non essere cogenti o vincolanti.

Per quanto concerne l'IVASS, i principali atti di *soft-regulation* sono, essenzialmente, le comunicazioni interpretative variamente denominate e le c.d. lettere al mercato.

Gli atti di *soft-regulation* a differenza dei tradizionali atti di regolazione del mercato – non contenendo ‘regole’, ma meri ‘consigli’ – vengono generalmente sottratti da tutta quella rete di garanzie partecipative a cui si è fatto riferimento; al contempo, non necessiterebbero di essere sottoposti ad analisi *ex ante* e a monitoraggio *ex post* che ne valutino i possibili effetti sul mercato. Di regola, infatti, a questa regolazione ‘morbida’ non dovrebbero conseguire effetti giuridici rilevanti per gli operatori; ciò nonostante, come si vedrà, nella pratica l’uso di questi strumenti non sembra sempre scevro da conseguenze più o meno impattanti.

A prescindere dalla loro apparenza flessibile e non vincolante, sempre più di frequente, tali atti contengono vere e proprie regole che finiscono per incidere in modo significativo sui destinatari, guidandone il comportamento; inoltre, sembra evidente come, per quanto si tratti di tecniche di *nudging* e di *moral suasion*, per le imprese sia tutt’altro che semplice distaccarsi dalle buone pratiche in esse contenute, se non altro per il tecnicismo della materia e per l’autorevolezza della fonte da cui promanano.

Se già l’esperienza delle FAQ ha svelato come tali risposte interpretative o applicative abbiano, sovente, introdotto orientamenti di vigilanza in grado di impattare significativamente sull’attività e l’organizzazione dei soggetti vigilati, anche il frequente utilizzo delle cd. lettere al mercato sembra degno di alcuni rilievi.

L’Autorità pubblica numerose lettere al mercato, che vengono definite dalla stessa amministrazione alla stregua di documenti interpretativi o esplicativi, a carattere non cogente, funzionali a condividere con i vigilati le posizioni dell’Istituto su specifiche materie. A ben guardare, molte delle lettere al mercato – piuttosto che risolversi in meri suggerimenti – presentano un contenuto marcatamente precettivo che, giustificerebbe il ricorso quantomeno alla consultazione<sup>69</sup>. Non dimeno, il recente Regolamento del 2022, nel delimitare in negativo il proprio ambito applicativo, esclude dal novero degli atti di regolazione proprio quegli atti

---

mento *cripto-hard*, quanto alla attitudine di tali atti ad incidere direttamente nella sfera giuridica dei destinatari. Della stessa A. anche, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. Amm.*, fasc. 2017, 1.

<sup>68</sup> L’elencazione stessa risulta ardua «linee guida, direttive, orientamenti, raccomandazioni, codici di condotta, modelli di metodi e processi, schemi di atti e contratti, raccolte di buone pratiche; ma anche FAQs, dichiarazioni d’intenti, lettere, annunci e dichiarazioni alla stampa, regole non scritte e meri comportamenti dotati di autorevolezza» cfr. Così, B.L. Boschetti, *Soft law e normatività: un’analisi comparata*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2016, 2, 32.

<sup>69</sup> Sul tema si rinvia alle riflessioni di S. Stacca, *A proposito di alcuni atti “flessibili” dell’IVASS: possibili implicazioni per imprese e consumatori*, in *Assicurazioni*, 2017, 2-3.

«aventi finalità esclusivamente interpretativa o applicativa», i quali solo se percepiti come particolarmente invasivi giustificherebbero l'applicazione degli articoli 5, 6 e 8 del Regolamento.

Proprio in riferimento a tale esclusione appare condivisibile l'osservazione presentata in sede di consultazione sullo schema di Regolamento dell'operatore economico «Aiba», il quale sottolinea che nel caso in cui l'Istituto valuti che tali sedicenti atti interpretativi non determinino significativi impatti sull'attività dei destinatari, e siano dunque esclusi dall'ambito di applicazione del presente Regolamento, sarebbe auspicabile, che una tale valutazione fosse preliminarmente suffragata da una maggiore partecipazione e confronto con gli *stakeholders*, anche ricorrendo a forme di dibattito informale. Gli operatori, infatti, potrebbero fornire un contributo costruttivo per illustrare, in concreto, gli aspetti controversi derivanti dall'applicazione o interpretazione della regolamentazione, così che le esigenze del mercato siano adeguatamente portate alla luce e considerate.

Tuttavia, ad oggi, solo in un unico caso l'Autorità ha sottoposto a consultazione – seguendo sostanzialmente la procedura prevista per gli atti regolamentari – uno schema di lettera al mercato concernente «l'applicazione degli orientamenti preparatori EIOPA sui presidi in materia di governo e controllo del prodotto (POG) da parte delle imprese di assicurazione e dei distributori di prodotti assicurativi». Il menzionato provvedimento, pubblicato nelle more del recepimento da parte del legislatore italiano della Direttiva sulla distribuzione assicurativa (c.d. «Direttiva IDD»), introduceva di fatto una disciplina transitoria, prescrivendo agli operatori una serie di attività per facilitare la *compliance*<sup>70</sup>.

Il confronto è stato proficuo e all'Autorità pervennero numerose osservazioni e commenti; purtroppo, vi è da dire che quello appena menzionato è rimasto un caso isolato e, tutt'oggi, a fronte delle numerose lettere al mercato, solo nel 2017 si è proceduto all'istaurazione di un dibattito pubblico relativo a tale tipo di atti.

A margine di tali considerazioni sembra che, ad oggi, di fronte ad un'attività di regolazione in senso stretto dell'IVASS sempre meno creativa rispetto al passato – dovendo essenzialmente recepire ed implementare orientamenti maturati in seno alle istituzioni europee – forse il *focus*, almeno per questa *Authority*, dovrebbe essere posto proprio sull'attività di *soft-regulation*, affinché le garanzie partecipative raggiunte non vengano oblite e eluse a causa di un mero formalismo, ovvero dal mero *nomen iuris* del provvedimento, e della presunta non vincolatività dello stesso, a fronte invece di un più o meno celato contenuto paranormativo.

---

<sup>70</sup> M.B. Armiento, *Regolazione soft dei mercati e qualità delle regole Soft market regulation and better regulation tools*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2022, 2, 595 ss.; S. Stacca, *A proposito di alcuni atti "flessibili" dell'IVASS: possibili implicazioni per imprese e consumatori*, in *Assicurazioni*, 2017, 2-3, 247.

D'altronde, è stato proprio l'IVASS – nel replicare ad una delle osservazioni circa il Regolamento del 2022 – ad affermare che «di norma, le lettere al mercato non rientrano nel perimetro degli atti di regolazione e quindi nell'ambito di applicazione del Regolamento, sempreché non presentino un contenuto riconducibile a tali categorie di atti». L'ultima parola, in ordine all'attivazione di procedure consultive, ancora una volta, è rimessa alla sensibilità (e, quindi, alla discrezionalità) dell'Autorità.

##### 5. *IVASS, Consob e Banca d'Italia: una triade inestricabile. Spunti conclusivi*

Come efficacemente rilevato in dottrina, «la istituzione di una autorità amministrativa specializzata per la vigilanza sul settore è stata il segno più evidente e significativo della similarità fra attività assicurative e altre attività finanziarie e dell'affermarsi di nuovi modelli (o, almeno, modi) di regolazione nella disciplina pubblicistica delle attività private»<sup>71</sup>.

La ricostruzione effettuata circa le prassi consultive e sanzionatorie ha palesato l'esigenza di analizzare il settore assicurativo non come un compartimento stagno, ma piuttosto ha reso necessario calarlo all'interno di una dinamica più complessa che tenga anche conto della contiguità dello stesso con il settore bancario e mobiliare.

Tali profili di intersezione sono confermati anche dall'attuale sistema che appare caratterizzato dalla presenza di una normativa multistrato, ma anche da un modello di *governance* sempre più articolato e multilivello. In questo senso, sulla falsariga del modello successivamente adottato in ambito europeo, anche l'ordinamento italiano – basandosi sulla tradizionale tripartizione del sistema finanziario – ha istituito tre distinte *Authorities* dotate di incisivi poteri di vigilanza, esercitati in funzione di interessi generali, quali la protezione dell'utenza, l'efficienza e la stabilità del sistema finanziario complessivamente inteso.

Pertanto, le recenti crisi, a conferma dell'intreccio organizzativo, hanno mostrato come il confine tra i vari tipi di attività ed istituzioni finanziarie stia diventando sempre più labile<sup>72</sup>, accentuando la necessità di una convergenza dei modelli regolatori di settore; convergenza di modelli, *a fortiori*, messa in luce proprio dalla costruzione di un sistema unitario di regolamentazione e vigilanza europeo e dalle più recenti scelte del legislatore nazionale.

<sup>71</sup> Così, L. Torchia, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, 338.

<sup>72</sup> G. Minervini, *La Consob. Lezioni di diritto del mercato finanziario*, Napoli, 1989, 16.

Le peculiarità del sistema assicurativo sono facilmente rintracciabili anche negli studi relativi ai c.d. modelli di vigilanza adottati in campo finanziario<sup>73</sup>, essenzialmente riconducibili a cinque tipologie di approccio: la «vigilanza per istituzioni» o «per soggetti»; la «vigilanza per finalità»; la «vigilanza per attività»; la «vigilanza funzionale» e la «vigilanza accentrata».

Senza addentrarsi in una minuziosa analisi dei singoli modelli e della normativa statale basti segnalare che – nonostante, *prima facie*, la scelta dell'ordinamento di dotarsi di un'Autorità distinta per ogni comparto del settore finanziario sia stata spesso ricondotta all'adozione di un modello «istituzionale» o «per soggetti» – si ritiene che l'attuale struttura di vigilanza del mercato italiano dei servizi finanziari, specie di quello assicurativo – sulla quale è andata ad inserirsi la l. n. 262 del 2005 – possa considerarsi di tipo 'misto'.

Dall'analisi della disciplina emerge che il legislatore – con una presa d'atto fattuale prima che giuridica e rifacendosi a quelli che sembrano essere i due modelli di vigilanza predominanti – abbia optato per un sistema *sui generis*: se la presenza di regolatori multipli avvicina il modello a quello «istituzionale» – caratterizzato da un forte sezionalismo delle Autorità – il sistema globalmente inteso presenta anche marcate venature tipiche del modello «per finalità» che, pur portando spesso con sé qualche problema di coordinamento tra istituzioni, sembra più aderente alla realtà e coerente con l'interconnessione sistemica delle materie. In altri termini – pur ammettendo la contemporanea presenza di Autorità altamente specializzate e competenti per singoli settori – le sfumature di un approccio finalistico permettono di prescindere dalla forma giuridica degli intermediari finanziari e di applicare una regolamentazione omogenea per soggetti che, seppur diversi, svolgono di fatto la medesima attività; tutto ciò valorizzando gli obiettivi e le finalità concretamente affidati alle singole *Authorities*.

Le considerazioni appena svolte, lungi dal risolversi sul piano meramente teorico, sembrano avere importanti risvolti pratici in tema di scelte regolatorie, soprattutto alla luce della già richiamata integrazione dei mercati e degli strumenti offerti, seguita da una multisettorialità e, allo stesso tempo, da una progressiva despecializzazione degli intermediari.

---

<sup>73</sup> Sul tema, anche per una compiuta definizione dei vari modelli esistenti si rimanda a C. Di Noia, L. Piatti, *Regolamenti e mercati finanziari: analisi e prospettive di riforma*, Consob, Quaderni di Finanza, 30, 1998, 14 ss.; L. D'ambrosio, *La vigilanza*, in S. Amoroso, C. Rabitti Bedogni, (a cura di), *Manuale di diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2004, 55 ss.; R. Corigliano, *L'intermediazione finanziaria. Strutture, funzioni, controlli*, Bologna, 2002, 16; D. Masciandro, A. Porta, *Ruolo e poteri delle autorità di controllo sui mercati finanziari nella prospettiva dell'allargamento europeo*, in G. Bracchi, D. Masciandro (a cura di), Firenze, *Ottavo Rapporto sul sistema finanziario italiano. Oltre la crisi. Le banche tra le imprese e le famiglie*, Roma, 2004; L. Cardia, A. Desiata, E. Letta, B. Tabacci, *Unità o pluralità delle Autorità nei mercati finanziari?*, in F. Kistoris Padoa Schioppa, (a cura di), *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, in *Il Sole 24 ORE*, 2002; I. Bozzano, *La vigilanza sul mercato assicurativo*, in *Dir. economia assicur.*, 2002, 509 ss.

Si pensi ancora una volta, a titolo esemplificativo, ai rapporti tra il settore bancario e quello assicurativo<sup>74</sup>: da un lato, le banche hanno oramai esteso le loro attività ben oltre le semplici operazioni creditizie, offrendo sempre più spesso all'utenza veri e propri prodotti assicurativi; dall'altro lato, le stesse imprese assicurative, alla ricerca di modalità di investimento degli attivi, finiscono per investire nel capitale di banche o in prodotti cartolarizzati, inserendosi nella più complessa filiera di rapporti con gli istituti di credito e accrescendo il grado di interconnessione tra i comparti<sup>75</sup>.

Ma si pensi anche al delicato rapporto tra IVASS e CONSOB, la cui rilevanza è peraltro confermata dai numerosi accordi quadro in materia di collaborazione e coordinamento nell'esercizio delle rispettive funzioni. In questo caso l'esigenza di introdurre criteri e modalità di coordinamento tra le due Istituzioni, volti ad assicurare un più efficace svolgimento dei compiti ad esse affidati – oltre a discendere dalla circostanza che il potere di controllo della Consob si estenda alle società (anche assicurative) quotate – deriva principalmente dalla recente proliferazione ed offerta di prodotti c.d. multiramo. Ci si riferisce, in particolare alle polizze *unit-linked* o *index-linked*<sup>76</sup> che, facendo dipendere il concreto ammontare (o, *tout court*, l'erogazione) del premio dal rendimento di prodotti finanziari, a differenza delle polizze tradizionali, ammettono che il rischio non venga trasferito interamente all'assicuratore, bensì che venga ripartito su entrambe le parti del rapporto o, nell'ipotesi più preoccupante, esclusivamente sull'assicurato.

È evidente come attraverso l'uso di tali strumenti essenzialmente finanziari e dal fine spesso esclusivamente speculativo, ci si allontani dalla *mission* affidata al settore assicurativo: non è un caso, infatti, che IVASS e CONSOB abbiano

<sup>74</sup> Sul tema, cfr. F. Merusi, *Mercati finanziari e responsabilità strutturale*, in *Studi in onore di Umberto Belvisio*, Bari, 2011, III, 1651 e 1655; G. Giordano, F. Vella, *Quanto rischiano le assicurazioni?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, agosto 2017, 2. Sugli effetti potenzialmente patologici del fenomeno cfr. F. Merusi, *Per un divieto di cartolarizzazione*, *op. cit.*, 254 ss.

<sup>75</sup> Non è un caso che la disciplina del mercato assicurativo ricalchi, sotto molteplici aspetti, quella elaborata nel settore dei servizi di investimento e, soprattutto, quella del bancario. Il collegamento, inoltre, tra IVASS e Banca d'Italia lungi dal risolversi in una mera assimilazione normativa, diviene un collegamento 'strutturale' attraverso una quasi sovrapposizione totale della governance dei due istituti: il Presidente dell'IVASS, legale rappresentante dell'Istituto e che presiede il Consiglio, è il Direttore Generale della Banca d'Italia; il Direttorio IVASS corrisponde al Direttorio della Banca d'Italia integrato dalla partecipazione dei due consiglieri dell'IVASS; i quali, a loro volta, scelti tra persone di indiscussa moralità ed indipendenza oltre che di elevata qualificazione professionale in campo assicurativo, vengono nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa delibera del Consiglio dei Ministri, su iniziativa del Presidente del Consiglio, su proposta del Governatore della Banca d'Italia e di concerto con il Ministro dello sviluppo economico. Sul tema anche F. Sartori, *op. cit.*, 131; F. Politi, *Le autorità di regolazione dei mercati finanziari*, Torino, 2021; F. Moliterni, *Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni*. [IVASS], in *Diritto on line*, Milano, 2016.

<sup>76</sup> Sul tema, M. Bin, *Il «prodotto misto» assicurativo - finanziario*, in *Assicurazioni*, 1988, I, 351; G. Volpe Putzolu, *Le polizze unit ed index linked (ai confini dell'assicurazione sulla vita)*, in *Assicurazioni*, 2000, I, 233; C. Valentino, *Polizze linked e progressiva "finanziarizzazione" della trasparenza assicurativa*, in *Diritto del risparmio*, Fasc. 2, 2022; G. Giordano, *op. cit.*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2017, 2.

scelto di adottare un approccio condiviso per disciplinare un fenomeno che coinvolge le competenze di entrambe le Autorità di vigilanza. Attualmente è in vigore un sistema di c.d. doppio binario nel quale CONSOB vigila sulla distribuzione di questi prodotti, qualora effettuata da banche, Poste ed intermediari finanziari indicati dal TUF; mentre l'IVASS vigila sulla distribuzione affidata alle compagnie di assicurazioni, ai loro agenti ed ai *broker*<sup>77</sup>.

Fenomeni di banca-assicurazione, utilizzo di strumenti 'misti', rischi di *lobbying* e pericoli di gravi insolvenze, sono solo alcune delle numerose sfide che le *Authorities* dovranno continuare ad affrontare, si spera, con un approccio quanto più integrato possibile.

Dal percorso tracciato – caratterizzato dalla complessa integrazione tra i mercati e, al contempo, tra i soggetti che vi operano – emerge come, in conclusione, il comparto assicurativo – troppo spesso marginalizzato e considerato quale settore 'di nicchia' – stia a mano a mano riacquisendo una centralità dimenticata e che, lungi dal sopirsi, sembra accentuarsi nel contesto attuale in cui accanto ai numerosi 'rischi sistemici', caratteristici di un'economia globalizzata, si stanno affiancando sempre più spesso preoccupanti 'rischi ambientali' e 'catastrofali'.

---

<sup>77</sup> Recentemente, Trib. Bergamo, Sez. IV, 6 dicembre 2021, n. 2271, afferma che «in tema di polizze *unit linked*, il negozio, pur se connotato dall'assunzione di un rischio demografico molto limitato e pur se non garantisce nemmeno parzialmente la restituzione del capitale investito, non è qualificabile quale prodotto finanziario tout court, ma resta un prodotto assicurativo ed è classificabile quale Polizza di Ramo Vita III ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. a), del codice delle assicurazioni private. Inoltre, in caso di collocamento di polizze vita *unit linked*, la normativa del testo unico finanziario e dei Regolamenti Consob trova applicazione solamente laddove il prodotto sia distribuito dai soggetti abilitati ai sensi del t.u.f. (art. 1, comma 1, lett. r) e non dagli intermediari assicurativi, come i broker e gli agenti assicurativi». Si consideri che ai sensi dell'articolo 4-sexies, commi 5, 6 e 7, del TUF, la CONSOB e l'IVASS esercitano i poteri regolamentari di competenza in materia di prodotti di investimento assicurativo («IBIP»), ciascuna acquisendo il parere dell'altra Autorità, avuto riguardo all'esigenza di semplificare, ove possibile, gli oneri per i soggetti vigilati; inoltre per garantire uniformità alla disciplina applicabile alla vendita dei prodotti d'investimento assicurativo a prescindere dal canale distributivo e la coerenza e l'efficacia complessiva del sistema di vigilanza sui prodotti di investimento assicurativi il potere di cui all'articolo 6, comma 2, è esercitato, ai sensi dell'articolo 25-ter, comma 2-bis, del TUF, dalla CONSOB sentita l'IVASS, mentre i regolamenti relativi ai requisiti supplementari per la distribuzione di IBIP sono adottati, ai sensi dell'articolo 121-quater, comma 2, del CAP, dall'IVASS sentita la CONSOB.

*Mercati finanziari e regolazione pubblica: il settore assicurativo e il ruolo dell'IVASS*

Il presente contributo, attraverso uno sguardo al recente passato – dopo aver brevemente rievocato i tragici eventi finanziari della crisi del 2008 e dopo aver evidenziato le peculiarità insite del contratto di assicurazione – si propone di mettere in luce le ragioni giustificative utili a meglio comprendere le attuali scelte di policy in materia assicurativa, culminate nella creazione dell'Ivass. Ci si soffermerà, in particolare, sulle ricadute pratiche della scelta di optare per la costituzione di un'apposita Authority di settore e – considerato quello che ancora oggi risulta essere il principale problema di questo tipo di istituzioni – si tenterà di cogliere le differenti declinazioni che assume la legalità procedurale, analizzando il concreto esplicarsi delle dinamiche partecipative nell'ambito dei procedimenti sanzionatori e regolatori dell'Autorità.

*Financial markets and public regulation: the insurance sector and the role of IVASS*

This contribution, through a look at the recent past – after having recalled the tragic financial events of the 2008 crisis and after highlighting the inherent peculiarities of the insurance contract – aims to highlight the justifying reasons useful to better understand the current policy choices in the field of insurance, culminating in the creation of Ivass. The focus is, in particular, on the practical repercussions of the choice to opt for the establishment of a special sector Authority and – considering what still appears to be the main problem of this type of institution – an attempt will be made to grasp the different declinations that procedural legality assumes, analyzing the concrete expression of participatory dynamics in the context of the sanctioning and regulatory procedures of the Authority.

## Il dibattito attuale sulla configurabilità della riserva di partecipazione

Cristina Fragomeni

SOMMARIO. 1. Il tortuoso sentiero del riconoscimento del rango costituzionale al giusto procedimento. – 2. La partecipazione procedimentale come nucleo essenziale del giusto procedimento. Giurisprudenza e dottrina allo specchio. – 3. Breve analisi di taluni punti di ricaduta dell'istituto partecipativo. – 4. Considerazioni conclusive.

### 1. *Il tortuoso sentiero del riconoscimento del rango costituzionale al giusto procedimento*

Sul piano etimologico, il sintagma «giusto procedimento» riflette la qualificazione del «fenomeno formale» conseguente alla conduzione di un «giudizio di valore»<sup>1</sup>.

In dottrina si è rilevato il carattere tendenzialmente denotativo, anziché connotativo, rivestito dal principio del giusto procedimento amministrativo, stante la relativa predisposizione ad assorbire un complesso di principi ulteriori e più specifici (partecipazione procedimentale, doveri di buona fede e correttezza della pubblica amministrazione, esternazione delle ragioni della decisione)<sup>2</sup>. In forza del principio in discorso, l'azione amministrativa si esplica nel contraddittorio degli interessati e il procedimento rappresenta il «luogo virtuale di composizione preventiva» dei dissidi maturati tra soggetti pubblici e soggetti privati portatori di interessi confliggenti<sup>3</sup>.

In maniera più puntuale, è stata evidenziata una duplice accezione del principio del giusto procedimento: accanto a quella indicata, afferente al profilo procedurale, si accosta quella condensata nell'esatta ripartizione dei compiti facenti

<sup>1</sup> A. Zito, *Il principio del giusto procedimento*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 509.

<sup>2</sup> A. Zito, *Il principio del giusto procedimento*, cit., 510.

<sup>3</sup> Cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. V, 23 marzo 2010, n. 1588.



capo a legislatore e amministrazione, per cui mentre il primo «prevede», la seconda «provvede»<sup>4</sup>. Lungo tale direttrice, si è argomentato che il principio in argomento sorreggerebbe l'autonomia della funzione amministrativa rispetto a quella legislativa<sup>5</sup>.

La genesi del principio del giusto procedimento deve rintracciarsi all'interno degli ordinamenti di *common law*, segnatamente nella *Magna Carta libertatum* del 1215, al cui testo è ricondotta la primigenia proclamazione delle libertà negative dell'individuo rispetto all'*imperium* («*No free man shall be arrested or imprisoned [...] except by lawful judgment of his peers or by the law of the land*»)<sup>6</sup>.

Le pur risalenti tradizioni di *common law*, che hanno trovato sintesi nella *Magna Carta*, presentano significativi nessi con le garanzie poste a livello sovranazionale<sup>7</sup>, avuto peculiare riguardo al contenuto dell'art. 6 CEDU<sup>8</sup>, modello in relazione al quale è stato novellato l'art. 111 del nostro testo costituzionale<sup>9</sup>.

Secondo un certo indirizzo dottrinale, il menzionato art. 111 Cost. porrebbe una garanzia applicabile non solo al processo, ma anche al procedimento, con conseguente riferibilità del *due process of law* al diritto sostanziale, in quanto indicativo di «un modo di porsi del pubblico potere» estendibile a tutte le determinazioni pubbliche che sottendano un'incidenza sulla sfera giuridica del cittadino<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> M.C. Cavallaro, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro Amm.*, 2001, 6, 1836.

<sup>5</sup> S. Spuntarelli, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007, 249.

<sup>6</sup> Ivi, 249.

<sup>7</sup> L.P. Comoglio, *Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatistica*, in *Il giusto processo*, Roma, 2003, 225.

<sup>8</sup> Il singolo è riconosciuto titolare del «diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge» che «sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti». Nel quadro delle garanzie di realizzazione del «diritto al processo», la Corte europea dei diritti dell'uomo ha manifestato l'inclinazione a collocare sul medesimo piano l'equità del processo e l'osservanza delle regole formali. In tal senso, F. Manganaro, *Equo processo e diritto a un ricorso effettivo nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Jus publicum*, 2011, 5, richiama, a suggello di tale orientamento, le sentenze Pozzi c. Italia e Paleari c. Italia del 26 luglio 2011. La mancata previsione della celebrazione del dibattimento in pubblica udienza nella procedura per l'applicazione della misura di prevenzione della confisca integra, nella decisione della Corte, la violazione dell'articolo 6 della CEDU.

<sup>9</sup> Non appare superfluo rammentare che sul modello dell'art. 6 CEDU il citato art. 111 Cost. è stato modificato tramite l'introduzione dei cinque commi di delineazione della fisionomia del giusto processo, per effetto della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, reazione alla rilevata incompatibilità con la Costituzione dei principi accusatori ispiratori del codice di procedura penale. Precisamente, l'aspro contrasto aveva interessato il rapporto tra legislatore del processo penale e Corte costituzionale con riferimento al principio di non dispersione delle fonti di prova acquisibili. In tal senso, M. Ramajoli, *Giusto processo amministrativo e giusto processo tributario*, in *Rassegna tributaria*, 2013, 2, 5.

<sup>10</sup> G. Colavitti, *Il "giusto procedimento" come principio di rango costituzionale*, in *www.rivistaiaic.it*. Per quanto più specificamente attiene alla relazione tra legittimazione a partecipare al procedimento e legittimazione al processo, si veda R. Villata, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione al processo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1992, 717 ss.

Al medesimo approdo pervengono le riflessioni sulla portata del richiamato art. 6 CEDU<sup>11</sup>. Con stretto riferimento al dato letterale, il termine «tribunale» sarebbe impiegato per designare anche il soggetto pubblico che esercita la funzione giurisdizionale in senso sostanziale, con annesso ampliamento dello spettro applicativo della norma, per includervi il procedimento amministrativo. Tra i risvolti che si sono annoverati ricorrono: l'accrescimento dell'importanza del ruolo espletato dalla pubblica amministrazione, l'affermazione del principio del giusto procedimento «inteso in senso penetrante», l'eventualità di una duplicazione delle garanzie<sup>12</sup>, lo sviluppo di una concezione del processo amministrativo come espediente idoneo a supplire all'eventuale lesione dell'art. 6 perpetrata in sede procedimentale<sup>13</sup>. Quanto all'ultimo punto, il giudizio amministrativo è inteso alla stregua di uno strumento di integrazione delle garanzie pretermesse nell'ambito del procedimento amministrativo<sup>14</sup>. Affinché possa concretamente contemplarsi un tale risultato, si rende necessario riconoscere al giudice amministrativo la titolarità del potere di sostituirsi integralmente alla pubblica amministrazione (*full jurisdiction*)<sup>15</sup>.

Si tratta di termini in cui si è espressa la Corte di Strasburgo<sup>16</sup>, secondo cui la giurisdizione di annullamento può dirsi bastevole a condizione che il giudice amministrativo abbia il potere di surrogare la decisione invalida ovvero di demandare la questione all'ente affinché provveda *ex novo*. È in tal modo delineato il paradigma della «continuità tra procedimento e processo», muovendo dall'assunto della inscindibilità, sul piano ontologico, delle funzioni amministrativa e giurisdizionale: la verifica in ordine all'osservanza dell'art. 6 CEDU deve, pertanto, involgere «l'intero procedimento amministrativo e giurisdizionale»<sup>17</sup>.

<sup>11</sup> Cfr. sul punto M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012.

<sup>12</sup> L.R. Perfetti, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018, 2, 243.

<sup>13</sup> Sul rapporto di compensazione tra procedimento amministrativo e processo amministrativo, si veda M. Allena, *L'art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018, 2; C. Feliziani, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 3, 765.

<sup>14</sup> Si veda, ad esempio, Corte eur. Dir. uomo, 24 ottobre 1983, ricorsi 7299/75 - 7496/76, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgio*. Sul medesimo tema, A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, 128, secondo cui: «[...] alcune delle garanzie procedurali previste dalla Convenzione possono risultare spostate dal momento in cui la decisione direttamente decisiva per la determinazione del diritto viene adottata in prima battuta, alla sede di controllo della decisione stessa, che, dunque, diviene il momento fondamentale perché la determinazione del diritto possa essere considerata giusta ai fini della CEDU».

<sup>15</sup> L.R. Perfetti, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, cit., 246.

<sup>16</sup> Si vedano, ad esempio: Corte eur. Dir. uomo, 28 giugno 1990, ricorso 11761/85, *Obermeier v. Austria*, spec. p. 70; Corte eur. Dir. uomo, 21 settembre 1993, ricorso 12235/86, *Zumtobel v. Austria*, spec. p. 32; Corte eur. Dir. uomo, 13 febbraio 2003, ricorso 49636/99, *Chervol v. Francia*, p. 77.

<sup>17</sup> In sostanza, il giudice dovrebbe «poter riescitare *ex novo* il potere», incontrando «il solo limite delle scelte di merito in senso proprio che, in quanto democraticamente rilevanti [...] chiamino in causa il principio di sovranità popolare». M. Allena, *L'art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo*, cit., 30-31, 39;

L'ordinamento nazionale si presenta significativamente distante rispetto alla visione europeo-convenzionale innanzi esposta, non soltanto per l'inadeguatezza del momento sostanziale, che alimenterebbe un frequente ricorso allo strumento processuale, ma anche per le difficoltà esistenti nel profilare un tale esteso sindacato in capo al giudice amministrativo, inclusivo del potere di sostituirsi all'amministrazione (si pensi alle ipotesi di esercizio amministrativo di discrezionalità tecnica, su cui si tornerà *infra*). Si è dunque posta l'esigenza di una rilettura congiunta del giudice amministrativo in rapporto alla pubblica amministrazione, suo «oggetto e fondamento»<sup>18</sup>.

L'*excursus* che precede impone di specificare, come è stato opportunamente rilevato, che il giusto procedimento ha acquisito, una volta introdotto nell'ordinamento nazionale, una connotazione non pienamente coincidente con quella assunta negli Stati di origine e che, in sede di applicazione, lo stesso deve essere temperato con le istanze di effettività e celerità dell'azione amministrativa<sup>19</sup>.

Inoltre, secondo un'opinione dottrinale, l'art. 111 Cost. nei confronti del legislatore si limiterebbe a definire un modello di cui costui deve tenere conto «nella strutturazione del procedimento amministrativo», sul presupposto della nitida linea di confine che separa la *jurisdictio* dall'*administratio*, negando, lungo tale direzione, la sussistenza di punti di contatto tra il principio del giusto processo e il principio del giusto procedimento<sup>20</sup>. A suggello della cennata separazione, nonché della stessa concezione ora riportata, si porrebbe il contenuto dell'art. 34, comma 2, c.p.a., che, impedendo al giudice di pronunciare su poteri amministrativi non ancora esercitati, preserverebbe il procedimento in quanto terreno naturale di svolgimento del rapporto amministrativo e il processo in quanto spazio di tutela delle situazioni giuridiche soggettive<sup>21</sup>, consumata l'inosservanza

L.R. Perfetti, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, cit., 2018, 244, che per tali profili rimanda a B. Gilberti, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013.

<sup>18</sup> C. Feliziani, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 771-772. Come puntualizzato dall'Autrice, qualificano l'amministrazione come base insopprimibile della giurisdizione amministrativa S. Romano, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in V.E. Orlando, *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901; F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, ora in Id, *Scritti giuridici*, Milano, II, 2006, 1117; M. Nigro, *Giurisprudenza amministrativa e trasformazioni dell'amministrazione: riflessi sulle conseguenze sostanziali degli assetti processuali*, in *Studi per il Centenario della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Roma, 1989, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 2059.

<sup>19</sup> S. Spuntarelli, *L'amministrazione per legge*, cit., 253-254.

<sup>20</sup> C. Chiariello, *Una possibile apertura della Corte costituzionale alla riserva di procedimento amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2021, 6, 2985; M.A. Sandulli, *La comunicazione di avvio del procedimento tra forma e sostanza, spunti dai recenti progetti di riforma*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 5, 1595 ss.

<sup>21</sup> L'assimilazione tra i due momenti sarebbe, peraltro, discussa, attesa l'assenza nel momento procedimentale della terzietà in capo all'autorità decidente. In tal senso, M. Allena, *L'art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo*, cit, 44-45.

delle regole sottese al rapporto medesimo, e smentirebbe l'impostazione per cui il secondo si atterrebbe a soluzione alternativa nell'eventualità del fallimento del primo<sup>22</sup>.

Ciò posto, focalizzando l'attenzione sul piano dell'individuazione del fondamento costituzionale del principio del giusto procedimento, una volta esclusa la sua riconducibilità al paradigma dell'art. 111 Cost., risulta opportuno ripercorrere gli orientamenti ondivaghi, a tratti contraddittori, sposati nel tempo dalla giurisprudenza costituzionale.

La disputa in questione risale, com'è noto, ai primi anni Sessanta: è in questa cornice storica che si ascrive la qualificazione, ad opera della Corte costituzionale, dell'esigenza del giusto procedimento come principio generale dell'ordinamento giuridico dello Stato: «Quando il legislatore dispone che si apportino limitazioni ai diritti dei cittadini, la regola che il legislatore normalmente segue è quella di enunciare delle ipotesi astratte, predisponendo un procedimento amministrativo attraverso il quale gli organi competenti provvedano ad imporre concretamente tali limiti, dopo avere fatto gli opportuni accertamenti, con la collaborazione, ove occorra, di altri organi pubblici, e dopo avere messo i privati interessati in condizioni di esporre le proprie ragioni sia a tutela del proprio interesse, sia a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico»<sup>23</sup>. Successivamente, la stessa Corte, effettuando un sostanziale arretramento, esclude il riconoscimento al principio in disamina di rango costituzionale nonché la riconducibilità al paradigma dell'art. 97 Cost. dell'obbligo di aderire a modelli di procedimento amministrativo che contemplino la partecipazione dei soggetti privati, giungendo a teorizzare la plausibilità dell'osservanza del principio del giusto procedimento anche nell'ambito di un procedimento di approvazione legislativa<sup>24</sup>. Coerentemente con un consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, infatti, «nessuna disposizione costituzionale o statutaria comporta una riserva agli organi amministrativi o *esecutivi* degli atti a contenuto particolare e concreto. Una tale riserva, infatti, non solo non può essere desunta dalle norme che attribuiscono agli organi regionali le funzioni amministrative, le quali non definiscono mai queste ultime in base a caratteri strutturali delineati in opposizione a quelli attribuibili alle funzioni legislative, ma è anche contraddetta da varie norme costituzionali, che, a fini di maggior tutela e garanzia dei diritti degli interessati, riservano il concreto provvedere ad autorità non amministrative e, in particola-

---

<sup>22</sup> P. Cerbo, *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1, 107-108.

<sup>23</sup> Cfr. Corte cost., 2 marzo 1962, n. 13, in *Giur. cost.*, 1962, con nota di V. Crisafulli, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, 130 ss.

<sup>24</sup> Cfr. Corte cost., 25 ottobre 1985, n. 234.

re, a quelle giudiziali»<sup>25</sup>. Un ulteriore argomento adoperato nella giurisprudenza costituzionale per giustificare l'estromissione del giusto procedimento dall'alveo dei principi costituzionali risiede nella constatazione che la tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive è già assicurata nell'ordinamento ai sensi del combinato disposto degli artt. 24 e 113, Cost.<sup>26</sup>.

Dall'avvento della legge sul procedimento traggono alimento sentenze che, assumendo come parametro la disciplina della partecipazione, depongono nel senso della contrarietà ai principi di uguaglianza e ragionevolezza delle previsioni normative legittimanti l'emissione di provvedimenti nei confronti del privato al di fuori di un preventivo contraddittorio<sup>27</sup>.

Le pronunce costituzionali dei primi anni 2000 valorizzano la connessione tra il giusto procedimento e la garanzia di un successivo controllo giurisdizionale, ai sensi dell'art. 113 Cost., esigibile dal cittadino avverso l'atto motivato conclusivo del procedimento amministrativo. La disciplina del giusto procedimento, afferma la Corte, postula che il destinatario dell'atto sia avvisato in ordine all'avvio del procedimento, possa intervenire per spiegare le proprie difese (dialogo con il potere), consegua un atto motivato, ottenga tutela in sede giurisdizionale<sup>28</sup>. Tale realizzazione della portata del principio del giusto procedimento non investe, tuttavia, il piano del riconoscimento di un fondamento costituzionale.

Ancora nel 2015, la stessa Corte rimarca che il principio del giusto procedimento non può reputarsi «assistito in assoluto da garanzia costituzionale», espressamente agganciandosi al proprio risalente orientamento *supra* riportato e, in tal modo, non disvelando alcun mutamento di posizione sul punto<sup>29</sup>.

Il ruolo cruciale del procedimento amministrativo, con ancoraggio della relativa esigenza ai principi di legalità e buon andamento, viene ripreso nella sentenza n. 69 del 2018, in cui la Corte afferma: «È nella sede procedimentale, dunque, che può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l'interesse del soggetto privato operatore economico, sia ancora (e non da ultimo) con ulteriori interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità, e che trovano nei principi costituzionali la loro previsione e tutela. La struttura del procedimento amministrativo, infatti, rende possi-

<sup>25</sup> Cfr. Corte cost. 21 marzo 1989, n. 143, con espressa adesione ai precedenti nn. 20/1956, 59 e 60/1957, 61/1958, 108/1971, 83/1982, 190/1986, 331 e 513/1988.

<sup>26</sup> Corte cost., 31 maggio 1995, n. 210; 19 marzo 1993, n. 103; 20 marzo 1978, n. 23.

<sup>27</sup> G. Manfredi, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, in *Foro amministrativo: Tar – 2007*, 2717. L'Autore fa propria la tesi secondo cui il legislatore ordinario (e così anche il legislatore della legge sul procedimento amministrativo) può influenzare le modalità di applicazione del testo costituzionale. Cfr., per un riscontro a livello giurisprudenziale della tesi richiamata, Corte cost., n. 210/1995 (in cui il giusto procedimento è declinato come «criterio di orientamento» per legislatore e interprete); n. 505/1995; n. 104/2006 (in cui è riconosciuto rango costituzionale al principio di pubblicità, parte integrante del nucleo della partecipazione).

<sup>28</sup> Cfr. Corte cost., 23 marzo, nn. 103 e 104.

<sup>29</sup> Cfr. Corte cost., 30 aprile 2015, n. 71.

bili l'emersione di tali interessi, la loro adeguata prospettazione, nonché la pubblicità e la trasparenza della loro valutazione, in attuazione dei principi di cui all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi): efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza. Viene in tal modo garantita, in primo luogo, l'imparzialità della scelta, alla stregua dell'art. 97 Cost., ma poi anche il perseguimento, nel modo più adeguato ed efficace, dell'interesse primario, in attuazione del principio del buon andamento dell'amministrazione, di cui allo stesso art. 97 Cost. In definitiva viene in tal modo garantito il rispetto del principio di legalità – anch'esso desumibile dall'art. 97 Cost. – in senso non solo formale, come attribuzione normativa del potere, ma anche sostanziale, come esercizio del potere in modo coerente con la fonte normativa di attribuzione. Difatti, a chiusura del sistema, vi è la possibilità di sottoporre le scelte compiute e le relative modalità di adozione al vaglio giurisdizionale<sup>30</sup>. La pronuncia richiamata si porrebbe, secondo un'opinione, a completamento di un tragitto, intrapreso con la ricordata sentenza n. 13/1962, che vede la conferma dell'indole costituzionale del principio del giusto procedimento, tracciando una corsia preferenziale in favore di un'amministrazione «aperta e partecipata»; il procedimento amministrativo, inteso come spazio, circoscritto e protetto, di adozione consapevole delle decisioni facenti capo alla pubblica amministrazione, assurgerebbe, in tal modo, a strumento di giuridificazione del rapporto amministrativo, favorendone la migliore esplicazione<sup>31</sup>.

Il complesso delle considerazioni illustrate in ordine alla rilevanza del momento sostanziale trova sviluppo, in tempi più recenti, nella nota sentenza n. 116/2020 della Corte costituzionale. In tale sede, evitando espressamente di scomodare il tema spinoso della riserva di amministrazione nel nostro ordinamento<sup>32</sup>, la Corte trasla l'insistente valorizzazione delle modalità dell'azione amministrativa e dei suoi vantaggi dal piano delle enunciazioni di principio a quello della concreta applicazione, sancendone l'operabilità come «limite intrinseco alla scelta legislativa». Il naturale risvolto della qualificazione di una materia come amministrativa è individuato nella produzione di un contenzioso specifico, centrato sull'osservanza delle regole del procedimento amministrativo e sottoposto al vaglio del giudice amministrativo. Torna dunque l'allusione al legame intercorrente tra il principio del giusto procedimento e il principio di giustiziaz-

<sup>30</sup> Cfr. Corte cost., 5 aprile 2018, n. 69.

<sup>31</sup> F. Cortese, *Sulla riserva preferenziale di procedimento come strumento di garanzia*, in *Le Reg.*, 2018. L'Autore osserva che con la pronuncia in rassegna la Corte costituzionale ha concentrato l'attenzione non sul procedimento in sé, bensì su «ciò che il procedimento consente razionalmente di fare».

<sup>32</sup> Sulla riserva di amministrazione, si vedano D. Vaiano, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996; G.U. Rescigno, *Variazioni sulle leggi provvedimento (o meglio, sulla legge al posto di provvedimento)*, in *Giur. cost.*, 2008, 3070 ss.

bilità dei pregiudizi inferti alle situazioni giuridiche soggettive protette dall'ordinamento; tuttavia, il rilievo della Corte, si è approfondito, trascenderebbe l'ambito del mero riconoscimento dell'assoggettabilità del provvedimento amministrativo al controllo del giudice, su iniziativa dell'interessato<sup>33</sup>. La Corte costituzionale, esprimendosi nei predetti termini, avrebbe, infatti, ammesso l'esistenza nell'ordinamento nazionale di una riserva di procedimento amministrativo (specie in relazione al profilo delle garanzie di partecipazione che pertengono allo stesso procedimento)<sup>34</sup>; la natura amministrativa della materia si attergerebbe, in altri termini, a «limite sostanziale», imponendo il rispetto della sfera riservata alla pubblica amministrazione<sup>35</sup>, ivi incluse le garanzie connaturate al procedimento amministrativo<sup>36</sup>.

In disparte le pur non trascurabili difficoltà insite nella perimetrazione delle materie aventi natura amministrativa<sup>37</sup>, la pronuncia in rassegna trasuda un cambio di paradigma intervenuto nel «codice genetico della Consulta», in cui, estremizzando, si è ritenuta iscritta l'esclusione di una riserva di provvedimento amministrativo, intesa come principio costituzionale implicante l'adozione di prescrizioni relative al caso concreto ricorrendo esclusivamente all'atto amministrativo. Più approfonditamente, dal depennamento della riserva di amministrazione la stessa Corte avrebbe evinto l'eguale inammissibilità della prescrizione costituzionale di moduli predefiniti (partecipazione procedimentale), di talché potrebbe affermarsi che il principio del giusto procedimento ha subito le ripercussioni della negazione dell'ammissibilità di una riserva di amministrazione nell'ordinamento<sup>38</sup>.

Cionondimeno, la stessa dottrina successiva alla pronuncia in commento ha continuato a nutrire incertezze in ordine all'attribuzione al giusto procedimento di un fondamento costituzionale: da un lato, si è propugnato che il prin-

<sup>33</sup> I.M. Marino, *Principio di legalità e procedimenti ablativi*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2, 729.

<sup>34</sup> C. Chiariello, *Una possibile apertura della Corte costituzionale alla riserva di procedimento amministrativo*, cit., 2977. Sulla configurabilità, a livello costituzionale, di una riserva di procedimento amministrativo, si veda G. Morbidelli, *La riserva di atto amministrativo nella disciplina delle modifiche di destinazione d'uso senza opere*, in *Giur. cost.*, 1991, 2445.

<sup>35</sup> Si è parlato, al riguardo, dell'introduzione di una nozione di «riserva di amministrazione flessibile», attesa la fusione in tal modo operata tra riserva di amministrazione e principio di ragionevolezza, sicché «un intervento legislativo in un ambito che dovrebbe essere [...] di spettanza del potere pubblico deve essere considerato irragionevole». In tal senso, V. Lopilato, *Il sistema costituzionale del diritto amministrativo nella giurisprudenza del Giudice Giancarlo Coraggio*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2022.

<sup>36</sup> C. Chiariello, *Una possibile apertura della Corte costituzionale alla riserva di procedimento amministrativo*, cit., 2986.

<sup>37</sup> C. Chiariello, *Una possibile apertura della Corte costituzionale alla riserva di procedimento amministrativo*, cit., 2979 ss. L'Autore pone l'accento sull'astrattezza delle conclusioni cui è pervenuta la Corte costituzionale, auspicandone, in chiusura, interventi successivi di chiarificazione dei criteri di individuazione delle materie *naturaliter* amministrative.

<sup>38</sup> G. Manfredi, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, cit., 2711.

cipio in argomento sarebbe assurdo a principio costituzionale una volta riconosciuto che una legge provvedimento non può avvalersi «dell'ampio margine di discrezionalità politica riservato al legislatore per eludere le garanzie di un giusto procedimento»<sup>39</sup>; dall'altro lato si è, diversamente, sostenuto che, giusta l'astrettezza degli approdi della giurisprudenza costituzionale, bisognasse pazientare per comprendere se il percorso volto alla costituzionalizzazione del giusto procedimento fosse stato concretamente avviato<sup>40</sup>. Ad avviso di chi scrive, in ragione degli oscillanti orientamenti espressi dalla Corte costituzionale in materia, occorre muoversi con cautela in attesa di un (ancora) auspicato riconoscimento di rango costituzionale al principio del giusto procedimento che sia esplicito, in modo da definitivamente fugare gli annosi dubbi che avviluppano il tema.

## 2. *La partecipazione procedimentale come nucleo essenziale del giusto procedimento. Giurisprudenza e dottrina allo specchio*

Alla stregua di quanto ricostruito, quella del rilievo costituzionale del giusto procedimento e, dunque, della partecipazione procedimentale, costituisce una tematica in cui si è registrata ampia divaricazione tra giurisprudenza e dottrina.

Non solo la giurisprudenza costituzionale, ma anche la giurisprudenza amministrativa precedente all'entrata in vigore della L. n. 241/1990, ha escluso l'attribuzione di rango costituzionale alle garanzie partecipative<sup>41</sup>, affermando il carattere eventuale in rapporto al cittadino, il cui apporto in fase istruttoria sarebbe addirittura obliterabile<sup>42</sup>.

Essendosi la giurisprudenza evocata sedimentata anteriormente alla emanazione della legge sul procedimento, su di essa ha, con ogni probabilità, influito il dogma della supremazia del potere pubblico, ossia la tendenza inveterata ad assegnare alla pubblica amministrazione (portatrice di un interesse pubblico preminente per antonomasia) una posizione di privilegio in raffronto a quella rivestita dal cittadino. In tal senso, assumendo l'angolo prospettico della giurisprudenza amministrativa di quegli anni, la tutela del privato avrebbe dovuto relegarsi al

---

<sup>39</sup> F. Liguori, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un'introduzione*, CERIDAP, 2024, 1, 67.

<sup>40</sup> C. Chiariello, *Una possibile apertura della Corte costituzionale alla riserva di procedimento amministrativo*, cit., 2987.

<sup>41</sup> Cons. Stato, nn. 660/1975; 1532/1976; 534/1980; TAR Veneto, n. 1079/1978; TAR Piemonte, n. 99/1979.

<sup>42</sup> Cons. Stato, n. 422/1981; TAR Calabria, n. 3/1983. Non può comunque sottacersi l'esistenza di pronunce di segno diverso, assertive dell'obbligo della pubblica amministrazione di promuovere il contraddittorio con il privato nelle ipotesi in cui il provvedimento da adottare sia destinato ad incidere negativamente sulla situazione giuridica soggettiva di cui egli è titolare. Cfr., ad esempio, Cons. Stato, n. 130/1969.



momento processuale<sup>43</sup>, con tutte le perplessità radicate, anche in questo contesto, in ordine alla pari ordinazione tra gli interessi sostanziali di cui le parti sono titolari<sup>44</sup>. L'orientamento ricordato non pare essere stato scalfito dall'entrata in vigore del testo costituzionale, malgrado le ricadute che esso ha avuto sul dogma dell'egemonia del potere pubblico<sup>45</sup>. Su tale ultimo punto, si è argomentato che, alla luce del dettato costituzionale, la «preminente dignità nei confronti degli altri soggetti» dovesse propriamente attribuirsi ai comportamenti della pubblica amministrazione, singolarmente considerati e regolamentati alla stregua dell'ordinamento giuridico, in quanto espressioni di una potestà attribuita *ab externo* ed esercitata in forme tipiche, negando, per tale via, la riconduzione all'amministrazione in quanto entità di una posizione idonea a sovrastare gli altri soggetti<sup>46</sup>.

Il mutamento di indirizzo in merito alla portata delle garanzie partecipative anche nella giurisprudenza amministrativa, come per quella costituzionale, è dunque conseguente non all'entrata in vigore della Costituzione, bensì all'emanazione della legge sul procedimento amministrativo<sup>47</sup>. Prima di essa, non era stato configurato un principio generale di partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo, ancorché fossero inferibili elementi idonei a suffragarne la vigenza, oltre che dalla Costituzione (come meglio si vedrà *infra*), dalla legislazione ordinaria, precisamente dall'art. 3, legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E<sup>48</sup>, la

<sup>43</sup> G. Gargano, *La riserva di procedimento amministrativo*, Napoli, 2023, 90 ss.

<sup>44</sup> Secondo M. Ramajoli, *Giusto processo amministrativo e giusto processo tributario*, cit., 4, la titolarità in capo alla pubblica amministrazione di un interesse pubblico «per definizione preminente» si porrebbe alla radice dell'assenza di una pari ordinazione tra gli interessi sostanziali di cui sono portatrici le parti tanto nel giudizio amministrativo quanto in quello tributario. Tale assetto degli interessi facente capo alle parti, ad avviso di alcuni Autori, sarebbe fisiologico sul piano del diritto sostanziale (argomentando sempre a partire dalla preminenza dell'interesse pubblico), ma non sul piano del diritto processuale, laddove la pubblica amministrazione dovrebbe rivestire una posizione equivalente a quella delle parti private. In tal senso, F.G. Scoca, *I principi del giusto processo*, in *Giustizia amministrativa*, a cura del medesimo autore, IV ed., Torino, 2011, 171; F. Patroni Griffi, *Giustizia amministrativa: evoluzione e prospettive nell'ordinamento nazionale e nel quadro europeo*, *Lectio Magistralis del Presidente del Consiglio di Stato, svolta su Virtual Learning Environment – UNIBO*, Bologna, 24 novembre 2020, 13, secondo cui «nel processo le posizioni delle parti – a differenza che nel procedimento – diventano pari».

<sup>45</sup> Come constatato da attenta dottrina, «per un verso, nessuna posizione di supremazia generale è riconosciuta all'amministrazione dalla Costituzione repubblicana. Per altro verso, il principio di legalità costituzionale comporta che non vi è potere amministrativo se non dove sia la legge ad attribuirlo (principio di tipicità)». In tal senso, M. Trimarchi, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, 1, 192.

<sup>46</sup> M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, 187.

<sup>47</sup> Cfr., a titolo esemplificativo, TAR Sicilia, Catania, 31 gennaio 1994, n. 67; Cons. Stato, Ad. Plen., 15 settembre 1999, n. 14.

<sup>48</sup> Ai sensi del citato articolo: «Gli affari non compresi nell'articolo precedente saranno attribuiti alle autorità amministrative, le quali, ammesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate, provvederanno con decreti motivati, previo parere dei consigli amministrativi che pei diversi casi siano dalla legge stabiliti. Contro tali decreti, che siano scritti in calce del parere ugualmente motivato, è ammesso il ricorso in via gerarchica in conformità delle leggi amministrative». La dottrina maggioritaria riconobbe all'art. 3, comma 1, la natura di norma programmatica, il cui fine sarebbe stato quello di confinare la previsione dell'istituto par-

cui esigua applicazione è stata addebitata alle perplessità destate da un istituto la cui generalizzata attuazione avrebbe potuto ostruire l'esercizio dell'azione amministrativa<sup>49</sup>, così avallando l'osservazione secondo cui «il massimo della partecipazione coincide con il massimo dell'inefficienza»<sup>50</sup>.

Per la dottrina, è acquisizione consolidata che il procedimento amministrativo rappresenti la fisiologica modalità di estrinsecazione dell'azione amministrativa<sup>51</sup>. In particolare, secondo Benvenuti, la partecipazione pone il cittadino su un piano di parità rispetto all'amministrazione, nel ruolo di coamministrante, coerentemente con una lettura della pubblica amministrazione costituzionalmente orientata. L'istituto della partecipazione procedimentale, pertanto, riedifica il ruolo espletato dal cittadino, rendendolo «coinvolto al fenomeno amministrativo», nell'ottica, squisitamente democratica, di percezione della partecipazione come occasione di acquisizione di più informazioni possibili da parte del funzionario, orientando l'adozione di un atto legittimo<sup>52</sup>. Sono così poste in risalto le plurime sfaccettature della nozione di partecipazione: informativa, collaborativa, difensiva<sup>53</sup>.

Invero, la concezione riportata, che accorda al cittadino il coesercizio del potere, è stata confutata dalla considerazione per cui il contributo partecipativo dovrebbe correttamente inquadrarsi nella fase istruttoria, in cui si svolge il bilanciamento tra gli interessi in gioco, momento prodromico, ma separato da quello decisivo, in seno al quale la decisione finale è appannaggio della sola amministra-

---

te partecipativo alle materie in cui esso fosse espressamente contemplato e disciplinato dalla normativa di settore, in tal modo escludendone la valenza come «principio autoapplicativo». M. Calabrò, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, Napoli, 2004, 23 ss.

<sup>49</sup> E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, 106. Quanto alle opinioni favorevoli all'applicazione generalizzata dell'art. 3, l. n. 2248/1865 a tutti i procedimenti di primo grado, si vedano G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 1958, 76 ss; F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, II, s.d., 541.

<sup>50</sup> R. Dahrendorf, *Il conflitto sociale nella modernità*, Bari, 1989. Evidenziano il sovraccarico che la partecipazione concentrerebbe sul procedimento amministrativo V. Cerulli Irelli, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90*, in *Giustamm.it*, 2005; E. Cardì, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, I e II, Rimini, 1983-1984, 3.

<sup>51</sup> F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 1958, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 1130 ss. M. Nigro, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 231, ha, a suo tempo, sottolineato il carattere risalente del fenomeno partecipativo, accanto alla cui «funzione garantista» si andava, all'epoca, sviluppando una «funzione comunitaria».

<sup>52</sup> F. Benvenuti, *Scritti giuridici*, 1977, 599. In senso analogo, M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1970, 75; M. Nigro, *Il procedimento amministrativo tra inerzia legislativa e trasformazione dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, Milano, 1990, 12.

<sup>53</sup> Sulle declinazioni della nozione di partecipazione, si vedano F. Merusi, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993, 21 ss; F. Fracchia, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, 26 ss.; S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 ss.; F. Saitta, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in S. Cognetti, A. Contieri, S. Licciardello, F. Manganaro, S. Perongini, F. Saitta (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 247 ss.

zione, pena la dissoluzione dell'«elemento dell'autorità»<sup>54</sup>. Trapela dalla richiamata impostazione la consapevolezza dell'irrealizzabilità di un modello di amministrazione paritario, con traslazione del baricentro di produzione del diritto alla società<sup>55</sup>, in ragione del suo implicare la dissipazione del potere quale conseguenza della relativa smisurata estensione<sup>56</sup>.

Per quanto attiene ai fondamenti costituzionali della partecipazione procedimentale, autorevole dottrina ne ha rimarcato la sovrabbondanza, scorgendone il collegamento con l'effettività della tutela giurisdizionale, l'imparzialità dell'azione amministrativa e il principio di partecipazione di cui all'art. 3, comma 2, Cost.<sup>57</sup>. In senso affine, constatando il carattere disorganico del fenomeno partecipativo, si è osservato che la partecipazione si declina in strumento di «difesa preventiva», se legittimata in ragione della titolarità di una situazione giuridica soggettiva che sarà incisa dagli effetti della decisione; si sostanzia, invece, in collaborazione all'assunzione di decisioni concernenti «interessi ultraindividuali», nel caso in cui la legittimazione discenda dalla qualità di cittadino<sup>58</sup>.

La derivazione della facoltà del cittadino di partecipare al procedimento amministrativo dal principio di imparzialità, che importerebbe l'obbligo per la pubblica amministrazione di recepire e ponderare anche gli interessi dei cittadini<sup>59</sup>, è stata contestata in dottrina sul rilievo per cui l'art. 97 Cost. dovrebbe essere interpretato alla stregua di una direttiva che il legislatore ha l'obbligo seguire nel regolamentare i singoli procedimenti<sup>60</sup>. Addirittura, secondo un'opinione, l'imparzialità escluderebbe la partecipazione, in ragione del suo postulare la neutralità dell'amministrazione «e quindi l'assenza di pressione degli amministrati»<sup>61</sup>. In tal senso, tracciata la linea di confine tra imparzialità e democraticità, la partecipazio-

<sup>54</sup> M. Calabrò, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, cit., 111 ss.

<sup>55</sup> Per definire il fenomeno dell'allargamento alla società del centro di produzione del diritto è stato impiegato il termine «demarchia», sulla falsariga del sistema del diritto privato, in cui tale produzione proviene in via diretta dall'autonomia dei privati. In tal senso, F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994, 124.

<sup>56</sup> S. Cognetti, «Quantità» e «qualità» della partecipazione. *Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000, 3.

<sup>57</sup> G. Manfredi, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, cit., 2710, con specifico riferimento al pensiero di U. Allegretti, *Amministrazione pubblica e costituzione*, Padova, 1996, 119 ss. Sul legame tra il principio di uguaglianza sostanziale e la partecipazione, si veda V. Atripaldi, *Contributo alla definizione del concetto di partecipazione dell'art. 3 della Costituzione*, in Aa.Vv., *Strutture di potere, democrazia e partecipazione*, Napoli, 1974, 13.

<sup>58</sup> In tal senso, F. Trimarchi Banfi, *La partecipazione civica al processo decisionale amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2019, 1, 1.

<sup>59</sup> G. Barone, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1969, 46 ss.

<sup>60</sup> M. Calabrò, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, cit., 28.

<sup>61</sup> S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo. Una analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Arch. giur.*, 1970, 25.

ne del privato al procedimento preordinato all'adozione dell'atto di suo interesse è stata definita come conseguenza della seconda<sup>62</sup>.

Ciononostante, non sono mancate descrizioni della propensione ad incrementare il coinvolgimento del cittadino nel procedimento amministrativo<sup>63</sup>, con conseguenti oggettivazione del potere e superamento della sua «unilateralità», come riflesso della necessità di applicare al procedimento stesso i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento<sup>64</sup>.

La dottrina sopra richiamata, nel soffermarsi sulla «qualità» della partecipazione, ha operato una puntuale delimitazione di due nozioni sotto essa sussumibili<sup>65</sup>. La prima, politica, prescinde dalla riferibilità al cittadino di una specifica legittimazione procedimentale, sostanzandosi nella «capacità generale» di rappresentare le proprie posizioni ed opinioni all'autorità decidente; la riferita capacità, rinvenendo, si sostiene, fondamento negli art. 3, comma 2 e 4, comma 2, Cost., dovrebbe riconoscersi a tutti i cittadini. Da tale nozione si è separata quella giuridica di partecipazione, che ha a che vedere con i risvolti, giuridicamente rilevanti, necessariamente scaturenti dall'esercizio della partecipazione da parte del soggetto legittimato ad intervenire nel procedimento, in ragione del suo comportare la «doverosità del comportamento dell'autorità amministrativa», da intendersi come obbligo di recepire e soppesare l'interesse esternato nonché di fornire una risposta che offra contezza dell'adeguata ponderazione delle circostanze (fattuali e giuridiche) prefigurate dal partecipante. Sicché, da ultimo, il valore giuridico della partecipazione non si consuma nella facoltà ovvero nel diritto di trasporre nel procedimento le proprie ragioni ed il proprio convincimento, ma ricomprende in sé il risultato giuridicamente conseguibile, oggetto di tutela in sede giurisdizionale. Com'è dato rilevare, mentre la prima nozione si specchia nell'art. 3, comma 2,

---

<sup>62</sup> A. Pubusa, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, 1996, 76. Per una ricostruzione dell'istituto partecipativo come l'*ubi consistam* della democrazia, si vedano G. Sala, R. Villata, *Procedimento amministrativo (ad vocem)*, Dig. disc. pubbl., XI, Torino, 1996. L'attribuzione alla partecipazione di una funzione democratica, secondo M. Cocconi, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010, 31, avrebbe costituito, in Italia, il risvolto delle soluzioni prospettate, anteriormente all'approvazione della L. n. 241/1990, al problema della tutela degli interessi superindividuali.

<sup>63</sup> Una tendenza, sebbene minoritaria, nel senso opposto, nel timore di un eccessivo prolungamento del procedimento, ha teorizzato l'attribuzione al soggetto pubblico della facoltà di filtrare discrezionalmente i contributi partecipativi, ammettendo soltanto quelli valutati rilevanti ai fini della decisione; avallando tale impostazione si sarebbe tuttavia alimentata un'idea della pubblica amministrazione, contigua a quella già esposta, come titolare di un determinante controllo sulla decisione finale. Sul punto, E. Cardi, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, I, Rimini, 1983, 34.

<sup>64</sup> S. Cognetti, "Quantità" e "qualità" della partecipazione. *Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, cit., 3 ss.

<sup>65</sup> S. Cognetti, "Quantità" e "qualità" della partecipazione. *Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, cit., 66 ss. L'Autore riconosce alla precisazione dei confini tra le due nozioni di partecipazione un valore preliminare nel quadro dell'analisi condotta in ordine alla «qualità» della partecipazione, dipendente, quest'ultima, dalla disciplina legislativa e dalle modalità di compensazione degli spazi che dalla prima residuano, per effetto delle attività dei partecipanti, della pubblica amministrazione e, soprattutto, del giudice amministrativo.

Cost., la seconda sottende collegamenti con gli art. 24 e 113 Cost. ed evidenzia l'importanza dell'istituto della motivazione del provvedimento.

### 3. *Breve analisi di taluni punti di ricaduta dell'istituto partecipativo*

Sulla scorta di quanto sopra esposto, risulta allora che la dottrina avesse fatto proprie posizioni di avanguardia, ritenendo imprescindibile la partecipazione del privato al procedimento amministrativo. Tale imprescindibilità della partecipazione sarà ora esaminata nell'ambito di casi specifici.

Un contesto nel quale si è segnalata la preminenza dell'istituto partecipativo è quello sovranazionale, con specifico riguardo all'approvazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, laddove è emersa una nozione di partecipazione strumentale alla determinazione contenutistica del piano. In dottrina si è colta la valorizzazione dell'istituto partecipativo nella sua dimensione inclusiva e democratica, scaturente dalla relativa applicazione alle deliberazioni pluristrutturate, ontologicamente intrise di conflittualità, che incarnano il paradigma del dialogo tra pubblico e privato e ben si ascrivono nel contesto, tipicamente ricostruttivo, post-pandemico<sup>66</sup>.

Nella Comunicazione della Commissione europea del 27 maggio 2020, il coinvolgimento anche della società civile assurge a condizione ineliminabile per la ripresa dell'Europa: «La ripresa dell'Europa sarà un lavoro di squadra che coinvolgerà tutti noi in quanto persone, parti sociali, società civile, imprese, regioni, paesi e istituzioni». In senso affine depone il regolamento Ue n. 241/2021, a mente del quale la realizzazione PNRR a livello nazionale avrebbe dovuto includere «una sintesi del processo di consultazione condotto con i portatori di interessi nazionali» nonché racchiudere «una spiegazione dei piani, dei sistemi e delle misure concrete dello Stato membro intesi a prevenire, individuare e rettificare i conflitti di interessi, la corruzione e la frode e a evitare la duplicazione dei finanziamenti da parte del dispositivo e di altri programmi dell'Unione».

È così annoverato, tra gli elementi costitutivi di ciascun PNRR, quello partecipativo.

Cionondimeno una pari enfasi al momento partecipativo non è stata riscontrata a livello nazionale, specie nella «fase ascendente», in cui la compressione delle garanzie partecipative ha interessato non solo la società civile (destinataria di un consistente numero di interventi programmati), ma anche gli enti territoriali

---

<sup>66</sup> E. Frediani, *Percorsi evolutivi della partecipazione civica al tempo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Dir. amm.*, 2023, 2, 304.

(cui sarebbe spettata una fetta importante di attuazione del piano)<sup>67</sup>. Alla profilata lacuna partecipativa, registrata nella fase di definizione contenutistica del piano, ha fatto da contraltare il perseguito potenziamento della fase di esecuzione concreta del medesimo («discendente»), tramite l'introduzione di forme di partecipazione integranti il risultato di un processo di perfezionamento che ha interessato i tradizionali meccanismi partecipativi, «nella direzione di un contraddittorio che si apprezza in termini non più meramente difensivi, ma quale strumento di natura orizzontale»<sup>68</sup>.

In tale cornice si è ascritto, a titolo esemplificativo, l'istituto del tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale, introdotto con D.L. 31 maggio 2021, n. 77, convertito dalla L. 29 luglio 2021, n. 108, il quale, ancorché forte nei principi, in quanto astrattamente concepito come mezzo di partecipazione e inclusione, nei fatti, ha spiegato i propri effetti sull'esclusivo piano della consultazione, finendo poi con l'essere soppresso per effetto del D.L. 24 febbraio 2023, n. 13.

L'epilogo che ha interessato un organismo istituito con l'obiettivo apposito di attuare l'inclusione è stato ritenuto emblematico della tendenziale incapacità dell'ordinamento nazionale di predisporre strumenti adeguati a garantire l'effettiva partecipazione della collettività alle fasi costitutive del Piano nonché della democrazia rappresentativa di conformarsi ai ritmi della programmazione<sup>69</sup>.

Sul medesimo versante di attuazione del PNRR, ma con specifico riguardo alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose, giunge all'attenzione il procedimento interdittivo antimafia, di cui al D.Lgs. n. 6 settembre 2011, n. 159, alla luce delle modiche apportate per effetto del D.L. 6 novembre 2021, n. 152, convertito con modificazioni dalla L. 29 dicembre 2021, n. 233; settore peraltro emblematico dello sviluppo della discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione<sup>70</sup>, la

---

<sup>67</sup> K. Kurcani, *La partecipazione alle decisioni di investimento: il caso del PNRR*, Relazione al Convegno *Riforme amministrative e crescita economica: la sfida del Pnrr*, organizzato nell'ambito del PRIN 2020 Re.S.To.R.E. il 24 novembre 2023 presso l'Università degli studi di Palermo.

<sup>68</sup> E. Frediani, *Percorsi evolutivi della partecipazione civica al tempo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., 336.

<sup>69</sup> In tal senso si vedano K. Kurcani, *La partecipazione alle decisioni di investimento: il caso del PNRR*, cit.; G. Gotti, *La partecipazione all'elaborazione e all'attuazione del PNRR, tra democrazia partecipativa e sussidiarietà orizzontale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2024, 2. Con più specifico riguardo al ridimensionamento del ruolo espletato dal Parlamento nella fase di elaborazione del Piano, si vedano A. Conzutti, *Il PNRR al crocevia tra forma di governo e tendenze in atto nel sistema euro-nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, 4; F. Polacchini, *I riflessi del Pnrr sulla forma di governo e sui processi di indirizzo politico*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2022, 4.

<sup>70</sup> Sul vaglio giurisdizionale pieno ed effettivo delle valutazioni complesse e di forte componente tecnica effettuate in tale ambito, si vedano Corte cost., 26 marzo 2020, n. 57; Cons. Stato, Sez. III, 25 ottobre 2021, n. 7165.

cui analisi permette di rievocare il collegamento tra giusto procedimento e giustiziabilità dei pregiudizi arrecati alle situazioni giuridiche soggettive, sopra trattato.

Per quel che rileva in questa sede, con il ricordato intervento normativo si è realizzata l'introduzione del contraddittorio nell'ambito del procedimento di rilascio dell'informativa antimafia. Trattasi di una modifica densa di significato, che ha interessato un procedimento tendenzialmente sottratto ai presidi partecipativi, a partire dall'applicazione dell'art. 7, L. n. 241/1990<sup>71</sup>, nel quadro del fenomeno, da tempo in atto nel settore in disamina, di dequotazione complessiva delle garanzie procedurali. La stessa giurisprudenza, anche temporalmente a ridosso dell'innovazione legislativa in discorso, sosteneva infatti che, ai fini dell'emissione dell'interdittiva prefettizia antimafia, lo svolgimento del contraddittorio procedimentale, avente carattere non necessario, bensì eventuale, ai sensi dell'art. 93, comma 7, D.Lgs. n. 159/2011, lungi dal rappresentare una «prerogativa assoluta», fosse passibile di limitazioni. Tale mitigazione delle prerogative partecipative era motivata in relazione alle oggettive ragioni di urgenza e ai profili specifici, correlati allo svolgimento di attività investigative, intrinsecamente connotanti il procedimento interdittivo<sup>72</sup>; procedimento preordinato all'adozione di una misura provvisoria e cautelare<sup>73</sup>, rispetto al quale si è ritenuto che il principio del giusto procedimento integrasse un valore non assoluto<sup>74</sup>, ma derogabile al verificarsi di eccezionali ipotesi connesse alla salvaguardia di interessi superiori legati alla tutela dell'ordine pubblico<sup>75</sup>. Per suffragare la legittimità di una informazione interdittiva è, insomma, sufficiente una diagnosi incentrata sulla oggettiva esistenza dei fatti sottoposti al vaglio critico dell'amministrazione e su una prognosi

<sup>71</sup> R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo. Parte generale e speciale*, XV ed., Neldiritto Editore, 2021, 1380.

<sup>72</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 25 ottobre 2021 n. 7165; 31 gennaio 2020, n. 820; 25 marzo 2019, n. 1968; 9 febbraio 2017, n. 565; 15 marzo 2016, n. 1038. In senso critico rispetto all'orientamento della giurisprudenza amministrativa, «governata dal Consiglio di Stato», si veda 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.

<sup>73</sup> Cfr., in senso contrario, TAR Puglia, Bari, Sez. III, 13 gennaio 2020, n. 28, che, respingendo l'assunto della natura cautelare, ha descritto il provvedimento in argomento come «atto conclusivo del procedimento amministrativo avente effetti definitivi, conclusivi e dissolutori del rapporto giuridico tra l'impresa e la P.A., con riverberi assai durevoli nel tempo, se non addirittura permanenti, indelebili e inemendabili». In dottrina, a cagion d'esempio, ha parlato al riguardo di «ergastolo imprenditoriale» M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *Giustamm.it*, 2016, 3.

<sup>74</sup> Sulla natura non assoluta della partecipazione si veda A. Sandulli, *Il procedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 1074, il quale evidenzia che «in casi eccezionali la particolare morfologia procedimentale o l'emersione di particolari esigenze, quali la celerità, la tempestività, la segretezza, determinano la legittima compressione del principio di partecipazione». Sulla conciliabilità della disciplina antimafia con il principio del giusto procedimento si veda L. Filieri, *Note sul principio del giusto procedimento nella materia della documentazione antimafia*, in *Nuove autonomie*, 2021, 2, 485 ss.

<sup>75</sup> L'interdittiva antimafia è una misura preordinata alla protezione, oltre che dell'ordine pubblico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento dell'amministrazione. Cfr. Cons. Stato, 3 maggio 2016, n. 1743; Ad. Plen., 6 aprile 2018, n. 3.

si non irragionevole né illogica circa la loro idoneità ed adeguatezza a disvelare il rischio di un tentativo di condizionamento criminoso<sup>76</sup>. In corrispondenza delle descritte circostanze si è persino assunta l'inconciliabilità tra le perseguite finalità preventive del tentativo di infiltrazione della criminalità e le procedure partecipative<sup>77</sup>. L'eventuale compressione delle garanzie procedurali, si è sostenuto, riceverebbe comunque compensazione per effetto del successivo sindacato, pieno ed effettivo, condotto dal giudice sul provvedimento prefettizio. Ciononostante, la stessa giurisprudenza ha auspicato «un quantomeno parziale recupero delle garanzie procedurali» rispetto a tutti i frangenti in cui le residue incertezze in ordine alla permeabilità mafiosa risultino suscettibili di chiarificazione attraverso il contributo procedimentale del privato<sup>78</sup>.

Il contraddittorio endoprocedimentale introdotto incarna, invero, un *sui generis* nel novero degli istituti di partecipazione procedimentale, attesa la diversità ontologica rispetto alle previsioni di cui all'artt. 7 e 10 *bis* della legge sul procedimento<sup>79</sup>, nonostante il comune denominatore dell'ispirazione al principio del giusto procedimento.

Più puntualmente, l'art. 92, comma 2 *bis*, del Codice Antimafia impone al Prefetto l'obbligo di confrontarsi con il potenziale destinatario della informazione interdittiva antimafia, in una fase successiva all'avvio e alla parziale istruzione del procedimento interdittivo antimafia («sulla base degli esiti delle verifiche disposte ai sensi del comma 2»), ma anteriore all'approdo ad uno dei plausibili esiti previsti (informazione di tipo interdittivo ovvero misure di prevenzione collaborativa di cui all'art. 94 *bis*) e, dunque, antecedente alla stessa adozione della primigenia informazione interdittiva<sup>80</sup>.

Come rilevato da accorta giurisprudenza<sup>81</sup>, il contraddittorio in rassegna espleta una funzione sostanziale, in considerazione dell'ampiezza degli apprezzamenti devoluti al Prefetto nonché della connessione funzionale che intrattiene con

<sup>76</sup> TAR Calabria, Reggio Calabria, 14 febbraio 2024, n. 241.

<sup>77</sup> Cons. Stato, Sez. III, 26 ottobre 2016, n. 4555.

<sup>78</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979.

<sup>79</sup> Sull'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990, si veda la recente Tar Calabria, Reggio Calabria, 19 agosto 2024, n. 532, che evidenzia come la norma si ponga a presidio dell'effettività della partecipazione procedimentale, imponendo «un contraddittorio effettivo, e non di mera forma, sulle circostanze ostative all'accoglimento dell'istanza, che si traduce nell'obbligo per l'amministrazione di dare esplicitamente conto nella motivazione del provvedimento finale – pur senza dover procedere ad un'analitica confutazione – delle ragioni per le quali le deduzioni difensive siano ritenute inidonee a superare i rilievi enunciati nel preavviso. A tale obbligo si correla, poi, nel perseguimento di una identica funzione di tutela del contraddittorio, il divieto di enunciare nel provvedimento finale ragioni ostative preesistenti non indicate nel preavviso di rigetto, giacché, appunto, una simile possibilità vanificherebbe la stessa *ratio* della norma, consentendo all'amministrazione di non attivare il contraddittorio procedimentale su una o più questioni, già emerse dall'istruttoria, ritenute parimenti di ostacolo all'accoglimento dell'istanza del privato».

<sup>80</sup> Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 31 gennaio 2022, n. 152.

<sup>81</sup> TAR Calabria, Reggio Calabria, 8 agosto 2023, n. 678.



le misure di *self cleaning*. Nel disegno del legislatore, infatti, lo scambio dialettico risultante, che si svolge in una fase prodromica rispetto a quella di adozione dell'interdittiva, è volto alla produzione di un effetto, oltre che deflattivo del contenzioso, utile sia per il privato, chiamato ad esercitare un ruolo proattivo, al fine di arginare l'esito esiziale del procedimento, sia per la pubblica amministrazione, la quale, cogliendo l'occasione per acquisire e/o riconsiderare le informazioni, può ricostruire «un quadro istruttorio il più possibile esaustivo e funzionale all'emissione di un provvedimento ispirato a canoni di proporzionalità e ragionevolezza».

In simmetria con tali valutazioni si colloca la sopra esposta visione benvenuta della partecipazione come momento di raccolta di informazioni utili a guidare l'adozione di un provvedimento legittimo e trovano accoglimento le istanze avanzate da quella dottrina che paventava l'insussistenza strumenti idonei alla tutela dell'interessato a fronte della plausibile commissione di errori, specie nelle ipotesi di particolare complessità dei fatti sottesi alla determinazione prefettizia<sup>82</sup>.

Tuttavia, non sono mancate posizioni di titubanza, specie in relazione al riferimento, contestualizzato nello stesso comma 2 *bis* dell'art. 92, alle «particolari esigenze di celerità del procedimento», in tema di pretermisibilità della comunicazione, di cui non possono comunque costituire oggetto «elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose». La prima deroga si posiziona in linea con la disciplina e gli orientamenti antecedenti e, per tale ragione, potrebbe prestare il fianco all'instaurazione di un rapporto di continuità con essi, mettendo in discussione l'asserita trasformazione del contraddittorio in materia da eccezione a regola<sup>83</sup>.

Sul punto, si è osservato che la riproduzione del modello di cui all'art. 93, comma 7, del Codice antimafia e di quello di cui all'art. 7 della legge sul procedimento sarebbe apparente, in concreto da escludersi, in ragione della specificità del campo in cui si versa, vale a dire quello di «contestazione degli addebiti». L'audizione di cui all'art. 93, comma 7, rimane, invero, sullo sfondo e potrebbe essere disposta successivamente allo svolgimento del contraddittorio di cui all'art. 92, comma 2 *bis*.

Quanto al raffronto con il citato art. 7, il destinatario del preavviso di interdittiva potrà, al più, fornire argomenti funzionali a stimolare il Prefetto alla riforma della valutazione degli indizi che ha condotto all'attivazione della procedura, e non, diversamente, concorrere allo svolgimento di detta valutazione<sup>84</sup>. Il rilievo

<sup>82</sup> F. Figorilli, W. Giulietti, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, 2021, 14, 84-85.

<sup>83</sup> M. Cocconi, *Il perimetro del diritto al contraddittorio nelle informazioni interdittive antimafia*, in *Federalismi.it*, 2022, 15, 48.

<sup>84</sup> M.A. Sandulli, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*, cit..

è in linea con il confine esistente tra attività provvedimento di carattere generale (centrata sull'accertamento dei fatti) e attività provvedimento afferente alle informative antimafia (fondata sull'apprezzamento dei rischi di infiltrazione)<sup>85</sup>; tale confine, circoscrivendo la riflessione al coinvolgimento del privato, trova del resto riscontro, sul piano lessicale, nell'impiego di due termini differenti: partecipazione quanto alla prima attività, contraddittorio per la seconda<sup>86</sup>.

Per quanto afferisce alla deroga imperniata sulla presenza di elementi informativi il cui disvelamento potrebbe compromettere lo svolgimento di concomitanti procedimenti amministrativi, o attività processuali, ovvero l'esito di altri accertamenti tesi alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose, essa pare eclissare la portata della modifica normativa. Si è, infatti, posto l'accento sulla potenziale agevolezza attraverso cui il Prefetto riuscirebbe ad opporre, in qualità di impedimento allo svolgimento del contraddittorio, la pendenza di indagini coinvolgenti soggetti collegati all'impresa destinataria del provvedimento<sup>87</sup>; in aggiunta, non può sottacersi come tale evidente discrezionalità in capo all'autorità prefettizia potrebbe porsi alla radice di un restringimento ovvero di un aggravamento del sindacato del giudice amministrativo<sup>88</sup>.

Più in generale, l'ampia potestà discrezionale in cui si inquadra il potere prefettizio ha indotto parte della dottrina a parlare di un sindacato giurisdizionale sul provvedimento interdittivo debole ed estrinseco, legato a presupposti mutevoli e indefiniti<sup>89</sup>. Di diverso avviso risulta la giurisprudenza, la quale ha recentemente rimarcato che il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio del potere prefettizio, sottendendo l'accesso pieno ai fatti rivelatori del pericolo, assume

<sup>85</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 9 ottobre 2023, n. 8765.

<sup>86</sup> Quanto all'attività provvedimento di carattere generale, è stato rimarcato che la scelta del legislatore di adoperare il termine «partecipazione», anziché il termine «contraddittorio», come previsto nel disegno di legge predisposto dalla Commissione Nigro, nel titolare il capo III della legge sul procedimento, sarebbe stata finalizzata a spiegare adeguatamente un complesso di disposizioni in cui l'intervento del privato è valorizzato sia *uti singulus* sia *uti civis*. Sul punto, M. Calabrò, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, cit., 69.

<sup>87</sup> S. Ippedico, *Le interdittive antimafia tra collaborazione e contraddittorio: nuove contraddizioni?*, in *Casazione penale*, 2023, 12, 4345.

<sup>88</sup> M.A. Sandulli, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*, in *Giustiziainsieme.it*, 2023. L'Autrice pone l'accento sull'assenza, nel contesto delle misure amministrative di prevenzione, di un contraddittorio che verta sul contenuto degli atti dei procedimenti penali, atti non prodotti, ma soltanto citati dal Prefetto e dalle forze di polizia. Da tali considerazioni emerge con maggior vigore l'importanza del sindacato, pieno ed effettivo, concernente la totalità dei presupposti sottesi al provvedimento gravato, condotto dal giudice amministrativo, considerato anche che a fondamento dell'adozione del provvedimento interdittivo potrebbe eventualmente porsi la sentenza di assoluzione che definisce il procedimento penale. Su tale ultimo punto, si veda Tar Calabria, Reggio Calabria, 5 giugno 2024, n. 373, in cui si evidenzia che la misura preventiva in questione prescinde dall'accertamento di singole responsabilità penali in capo ai soggetti destinatari, potendo desumersi situazioni indiziarie anche dalle sentenze di proscioglimento o di assoluzione, da cui risultino valutazioni del giudice competente «su fatti che, pur non superando la soglia della punibilità penale, sono però sintomatici della contaminazione mafiosa».

<sup>89</sup> M. Cocconi, *Il perimetro del diritto al contraddittorio nelle informazioni interdittive antimafia*, cit., 48.

ad oggetto l'esistenza o meno di tali fatti, gravi, precisi e concordanti, nonché la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi inferenziale desunta, in ossequio ad un criterio probabilistico, dai fatti medesimi. Strutturandosi il tal modo, il sindacato per eccesso di potere sui vizi della motivazione del provvedimento amministrativo sarebbe idoneo a scongiurare le degenerazioni della valutazione prefettizia in «pena del sospetto» e della discrezionalità amministrativa in materia in «puro arbitrio»<sup>90</sup>.

È dunque evidente la persistente difformità di vedute tra giurisprudenza e dottrina in merito alla pienezza ed alla effettività del sindacato giurisdizionale in materia<sup>91</sup>.

Un altro banco di prova delle garanzie partecipative è costituito dal caso dell'ordine di demolizione di un'opera abusiva. La natura vincolata dell'ordinanza di demolizione escluderebbe l'obbligo di comunicare previamente l'avvio del procedimento amministrativo, attesa la preclusione all'amministrazione di valutazioni di interesse pubblico concernenti il mantenimento del bene influenzabili da una partecipazione attiva del destinatario, anche nell'ottica di scongiurare il vano aggravio del procedimento<sup>92</sup>; la ponderazione tra l'interesse pubblico e quello privato si assume effettuata a monte dal legislatore<sup>93</sup>. In aggiunta, sul destinatario del provvedimento di demolizione grava una presunzione di consapevolezza dell'abuso, presupposto fattuale del provvedimento medesimo, rientrante nella sua «sfera di controllo»<sup>94</sup>.

Occorre, in ogni caso, dar conto dell'esistenza di una differente impostazione, sebbene minoritaria, a mente della quale sarebbe più confacente alla *ratio* della L. n. 241/1990 la tesi della necessaria comunicazione di avvio del procedimento nella materia esaminata, in quanto l'accertamento del fatto e il suo corret-

<sup>90</sup> Cfr. Tar Calabria, Reggio Calabria, 26 agosto 2024, n. 542; Cons. Stato, Sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758.

<sup>91</sup> Per approfondire, si veda L. Bordin, *Le interdittive antimafia tra potere prefettizio e sindacato del giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2023, 14, 43 ss. L'Autore, a fronte di una giurisprudenza amministrativa assestata sul modello sindacatorio della discrezionalità tecnica di carattere non sostitutivo, affinché sia garantito un controllo pieno ed effettivo sul potere esercitato dal Prefetto, prospetta l'adesione al paradigma del cosiddetto sindacato di maggiore attendibilità, alla luce delle coordinate ermeneutiche fornite da Cons. Stato, Sez. VI, 19 luglio 2019, n. 4990 (in materia di sanzioni amministrative antitrust); in tal modo, il giudice amministrativo sarebbe chiamato ad esplicitare la ragione per cui la motivazione prefettizia rivestirebbe un grado di attendibilità superiore rispetto a quello insito negli argomenti prodotti dalla parte ricorrente.

<sup>92</sup> Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VII, 21 ottobre 2022, n. 8993; Sez. IV, 22 agosto 2018, n. 5008.

<sup>93</sup> Sul carattere vincolato e obbligatorio del potere repressivo esercitato dall'amministrazione in materia urbanistico-edilizia, si vedano A. Iannelli, *Le violazioni edilizie amministrative, civili e penali*, Milano, 1981; R. Ursi, *Commento ad art. 27 Vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Testo Unico dell'edilizia*, Milano, 2015, 671 ss.

<sup>94</sup> Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 4 maggio 2023, n. 4537; Sez. VI, 7 novembre 2022, n. 9715; Sez. II, 20 maggio 2019, n. 3208.

to inquadramento giuridico integrerebbero momenti imprescindibili della valutazione amministrativa in ordine all'esistenza delle condizioni per l'emissione del provvedimento, sicché risulterebbero indiscutibili l'interesse del destinatario a presentare le proprie osservazioni e la relativa partecipazione<sup>95</sup>.

Si inserisce nel contesto delineato l'esaltazione del risultato dell'azione amministrativa, così come emergente dal testo dell'art. 21 *octies*, comma 2, qui rilevante nella sua connessione con il ridimensionamento delle garanzie formali; persino nella giurisprudenza risalente è rinvenibile una definizione della comunicazione di avvio come obbligo di risultato, la cui inosservanza non sarebbe autonomamente sufficiente a determinare l'integrazione del vizio di violazione di legge<sup>96</sup>. L'indirizzo riportato è anteriore alla L. 11 febbraio 2005, n. 15, che, com'è noto, ha recepito e trasposto nell'art. 21 *octies*, comma 2, l'orientamento sostanzialistico già diffuso in giurisprudenza.

#### 4. *Considerazioni conclusive*

Analizzati alcuni articolati esempi di applicazione dell'istituto partecipativo, è giunto il momento di proporre alcune riflessioni.

Quanto all'attuazione delle misure di partecipazione nel quadro del PNRR, è dato riscontrare un palese scollamento tra il piano europeo, in cui è risultata inestirpabile la consapevolezza del rilievo dell'istituto partecipativo, e l'esperienza nazionale, che ne ha posto in risalto i tratti più marcatamente problematici. La parabola della declinazione assunta dalla partecipazione nel panorama nazionale getta luce sull'esigenza del consolidamento dello strumento partecipativo, sebbene, a rigore, con riferimento alla partecipazione alle politiche pubbliche<sup>97</sup>, tramite un processo da attivarsi a monte, adottando come punto di partenza la riflessione sulle ragioni del relativo fallimento<sup>98</sup>.

Sul procedimento preordinato al rilascio dell'interdittiva antimafia, a fronte dell'attribuzione al Prefetto di ampi margini di apprezzamento dei rischi di infiltrazione, non può disconoscersi l'impellenza di un controbilanciamento da ope-

---

<sup>95</sup> In tal senso, G. Pagliari, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2015, 745; quanto alla giurisprudenza, si vedano, invece, TAR, Abruzzo, Pescara, 11 marzo 2008, n. 157; Cons. Stato, Sez. V, 29 gennaio 2004, n. 296; TAR, Campania, Napoli, Sez. VIII, 28 dicembre 2007, n. 16550.

<sup>96</sup> TAR Toscana, Sez. I, 17 febbraio 1995, n. 92.

<sup>97</sup> Con stretto riferimento all'apporto dei cittadini alla definizione delle politiche pubbliche risulta isolabile una nozione di partecipazione il cui punto nodale risiede nella considerazione e valorizzazione delle posizioni e degli interessi dei cittadini medesimi nell'ambito dei processi decisionali. In tal senso, G. Cassola, *Cittadino e spazi urbani: prospettive per politiche pubbliche partecipative*, in *Federalismi.it*, 2024, 10, 73.

<sup>98</sup> K. Kurcani, *La partecipazione alle decisioni di investimento: il caso del PNRR*, cit..

rarsi attraverso il riconoscimento di garanzie in capo al destinatario della misura nonché attraverso il penetrante sindacato condotto dal giudice amministrativo.

Sul punto, stimola senz'altro riflessioni la recente pronuncia con cui il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, divergendo rispetto alle regole generali elaborate dalla giurisprudenza in materia, ha gravato il destinatario dell'interdittiva illegittima dell'onere di provare gli elementi di responsabilità dell'amministrazione ai fini del risarcimento del danno ritenuto conseguente all'emissione del provvedimento, prova peraltro complicata dalle specificità e delicatezza del contesto in cui si versa<sup>99</sup>.

Nel ventaglio delle conseguenze «sistemiche» della qualificazione dell'attività provvedimentale in materia di interdittiva antimafia è stata annoverata, con la medesima pronuncia, la necessità della sottoposizione dei provvedimenti relativi ad un controllo giurisdizionale effettivo, al cospetto di un ambito di per sé (astrattamente) incompatibile con l'odierno assetto del processo amministrativo, informato all'effettività della tutela giurisdizionale<sup>100</sup>.

La frequente affermazione dell'esigenza di un sindacato pieno, della cui profondità la dottrina ha dimostrato di dubitare, induce a ritenere che il rafforzamento del sistema di garanzie in favore del privato non abbia rinvenuto totale soddisfazione con l'innesto nel Codice antimafia della garanzia procedurale in materia di contraddittorio; ma questo dipende anche (e soprattutto) dall'ineliminabile livello di opinabilità che contrassegna le valutazioni «magnetiche» dell'autorità prefettizia, attesa la necessaria discrezionalità amministrativa in materia ai fini della ponderazione del pericolo infiltrativo concretamente esistente<sup>101</sup>.

Da ultimo, nell'ambito del procedimento di emissione dell'ordine di demolizione della *res* abusiva, il fenomeno della dequotazione delle garanzie parteci-

<sup>99</sup> In particolare, sotto il profilo soggettivo, rileva il CGARS, la configurazione della responsabilità aquiliana dell'amministrazione per esercizio illegittimo del potere presuppone la sussistenza di un *quid plus* rispetto all'illegittimità del provvedimento successivamente annullato, identificato nella rimproverabilità soggettiva della pubblica amministrazione, elemento soggettivo di complesso discernimento, specie nella materia esaminata. È pertanto evidente il contrasto rispetto alla giurisprudenza (facente capo anche allo stesso CGARS) che qualifica l'illegittimità del provvedimento come sintomo della colpa dell'amministrazione, presunzione relativa in corrispondenza della quale l'onere probatorio è invertito, gravando sull'amministrazione medesima la prova contraria circa l'assenza di colpa. Cfr. Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 3 giugno 2020, n. 372. Sul punto, R. Rolli, M. Maggiolini, *Danni, danni a cascata nell'interdittiva antimafia illegittima (nota a CGRS n. 233/2024)*, in *Giustiziainsieme.it*, 2024.

<sup>100</sup> Cfr. Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 28 marzo 2024, n. 233; Cons. Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2022, n. 10624.

<sup>101</sup> Non appare superfluo rammentare che le caratteristiche della misura scrutinata, centrata sulla ricostruzione di un quadro indiziario relativo a tentativi di infiltrazione volti a condizionare le determinazioni dell'impresa, si posizionano in coerenza con i tratti fattuali e sociologici del fenomeno mafioso, così giustificando l'attribuzione al Prefetto di ampi margini di accertamento e apprezzamento. Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 15 settembre 2014, n. 4693; Sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2796; 13 ottobre 2003, n. 6187.

ve tende a sovrapporsi (e a confondersi) con quello della dequotazione dei vizi del provvedimento, attesa la funzionalità della comunicazione di avvio del procedimento alla partecipazione e l'esclusione dell'annullabilità del provvedimento emesso in suo difetto. La giurisprudenza ha comunque ritenuto integrato il vizio della mancata comunicazione di avvio del procedimento nelle ipotesi in cui permanga l'esigenza di accertamenti materiali rispetto ai quali sussista un contrasto sui presupposti fattuali e sulla qualificazione giuridica della fattispecie, al fine di garantire il contraddittorio sul punto<sup>102</sup>. In presenza di tali circostanze, non possono precludersi gli apporti suscettibili di incidere sulla decisione definitiva, tenuto conto che la pretesa partecipativa del privato involge la ricognizione dei presupposti sottesi alla determinazione amministrativa; d'altra parte, non può dirsi sussistente alcun principio né logico né giuridico che impedisca al destinatario dell'atto vincolato di rappresentare all'amministrazione le proprie ragioni, argomentando l'inesistenza dei presupposti ipotizzati dalla norma, nell'esercizio preventivo di quell'attività di difesa che altrimenti rimarrebbe esiliata nella sede giurisdizionale<sup>103</sup>.

In conclusione, il presente lavoro, analizzando lo stato attuale della questione relativa alla partecipazione procedimentale, ha voluto porre in evidenza quanto ancora sia aperta e contraddittoria la discussione su un istituto pur profondamente scandagliato dalla dottrina e dalla giurisprudenza. L'estensione della partecipazione, attesa l'esigenza di adottare una decisione che tenga conto di tutti gli interessi in gioco, è necessaria purché non debordi nel formale rispetto della procedura prevista dalla legge, trascurando il principio costituzionale del buon andamento. In questo antagonismo trovano sintesi molte tra le posizioni sull'istituto della partecipazione.

---

<sup>102</sup> TAR Calabria, Reggio Calabria, 8 luglio 2024, n. 448. Nel caso di specie, l'amministrazione, nell'emaneare i provvedimenti di demolizione e sgombero impugnati, si era espressamente basata sul presupposto della demanialità dell'area che, tuttavia, non era affatto scontato; ciò che avrebbe reso necessario garantire la partecipazione al procedimento dell'interessato, potendone scaturire elementi utili per il definitivo accertamento della natura dell'area occupata. In senso affine, Cons. Stato, Sez. VI, 5 agosto 2013, n. 4073.

<sup>103</sup> Cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. II, 19 ottobre 2006, n. 8683; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 26 agosto 2020, n. 750; Cons. Stato, Sez. III, 14 settembre 2021, n. 6288.

*Cristina Fragomeni - Abstract*

*Il dibattito attuale sulla configurabilità della riserva di partecipazione*

Il contributo, muovendo dalle radici storiche del principio del giusto procedimento, approfondisce l'incidenza dell'istituto partecipativo in alcuni settori dell'azione amministrativa, evidenziandone un'evoluzione nell'assimilazione sotto l'influsso della dialettica costante tra dottrina e giurisprudenza.

*The current debate on the configurability of the participation reserve*

The contribution, starting from the historical roots of the principle of due process, examines the impact of the participatory institute in some sectors of administrative action, highlighting an evolution in the assimilation under the influence of the constant dialectic between doctrine and jurisprudence.

## Ordinamento sportivo e diritto antitrust secondo la Corte di Giustizia dell'Unione Europea: il caso Superlega

Simone Francario

SOMMARIO: 1. La vicenda cd “Superlega”. – 1.1 Il progetto della Superlega. – 1.2 La posizione di FIFA e UEFA e il mancato riconoscimento della Superlega. – 1.3 Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. – 2. La decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea 21 dicembre 2023, Causa C- 333/21 (European Superleague Company SL c. FIFA e UEFA). – 2.1 Sull'applicabilità del diritto dell'Unione Europea alle regole dell'ordinamento sportivo. – 2.2 Sulla compatibilità del potere di previa autorizzazione delle competizioni sportive con l'art. 102 TUFE (abuso di posizione dominante). – 2.3 Sulla compatibilità del potere di previa autorizzazione di competizioni sportive con l'art. 101 TFUE (divieto di accordi con oggetto o effetto anticoncorrenziale). – 3. I rapporti tra l'ordinamento sportivo e gli ordinamenti politici. – 3.1 La soluzione offerta dall'ordinamento statale. – 3.2 La soluzione offerta dall'ordinamento UE. – 4. Conclusioni.

### 1. *La vicenda cd “Superlega”*

#### 1.1. *Il progetto della Superlega*

Nel 2021 una serie di club di calcio professionistici europei (e segnatamente: *Club Atletico de Madrid, Fútbol Club Barcelona, Real Madrid de Fútbol, Associazione Calcio Milan, Football Club Internazionale Milano, Juventus Football Club, Arsenal Football Club, Chelsea Football Club, Liverpool Football Club, Manchester City Football Club, Manchester United Football Club e Tottenham Hotspur Football Club*) ha deciso di istituire la *European Super League Company SL* (per brevità anche solo “ESLC”) con l'obiettivo di organizzare una nuova competizione calcistica internazionale tra club europei, meglio nota come Superlega.





- o nel riconoscimento della Superlega da parte della FIFA e della UEFA;
- o nella concessione, da parte delle autorità amministrative o giurisdizionali competenti, di idonea tutela giuridica in modo tale da consentire ai membri della Superlega di prendere parte al progetto senza vedere pregiudicata la propria presenza nelle competizioni organizzate da FIFA e UEFA e dalle rispettive federazioni nazionali<sup>4</sup>.

In tale ottica, tramite un comunicato ufficiale, la ESLC ha reso nota al pubblico l'intenzione di procedere all'istituzione della Superlega, precisando altresì che avrebbe intavolato un dialogo con FIFA e UEFA per ottenere il riconoscimento del progetto.

### 1.2. *La posizione di FIFA e UEFA e il mancato riconoscimento della Superlega*

Come è noto, FIFA e UEFA, dunque gli enti di vertice dell'ordinamento sportivo calcistico, si sono da subito opposte con fermezza al riconoscimento della Superlega ritenendo il progetto sotto più profili incompatibile con l'ordinamento sportivo<sup>5</sup>.

Secondo FIFA e UEFA, in primo luogo, tale progetto contrasterebbe con i valori e i principi fondamentali dell'ordinamento sportivo in quanto avrebbe come fine ultimo quello di creare una competizione non basata sul merito sportivo e volta a soddisfare unicamente gli interessi personali ed economici di un ristretto gruppo di club<sup>6</sup>. La creazione di una competizione calcistica organizza-

<sup>4</sup> Cfr. Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale, Causa C-333/2021, cit., p. 7, paragrafo 10.

<sup>5</sup> Cfr. Comunicato UEFA del 18 aprile 2021 pubblicato sul sito ufficiale UEFA e reperibile al seguente link <https://www.uefa.com/news-media/news/0268-12121411400e-7897186e699a-1000--statement-by-uefa-the-english-football-association-the-pre/>; Comunicato FIFA del 19 aprile 2021 pubblicato sul sito ufficiale FIFA e reperibile al seguente link: <https://inside.fifa.com/about-fifa/organisation/media-releases/fifa-statement-x3487>.

<sup>6</sup> Cfr. Comunicato UEFA del 18 aprile 2021, cit., ove la UEFA, insieme alle principali federazioni calcistiche nazionali, ha sottolineato che «*UEFA, the English Football Association and the Premier League, the Royal Spanish Football Federation (RFEF) and LaLiga, and the Italian Football Federation (FIGC) and Lega Serie A have learned that a few English, Spanish and Italian clubs may be planning to announce their creation of a closed, so-called Super League. If this were to happen, we wish to reiterate that we – UEFA, the English FA, RFEF, FIGC, the Premier League, LaLiga, Lega Serie A, but also FIFA and all our member associations – will remain united in our efforts to stop this cynical project, a project that is founded on the self-interest of a few clubs at a time when society needs solidarity more than ever.*». Nello stesso senso anche la FIFA, con comunicato del 19 aprile 2021, cit., ha sottolineato che «*it stands firm in favour of solidarity in football and an equitable redistribution model which can help develop football as a sport, particularly at global level, since the development of global football is the primary mission of FIFA. In our view, and in accordance with our statutes, any football competition, whether national, regional or global, should always reflect the core principles of solidarity, inclusivity, integrity and equitable financial redistribution. Moreover, the governing bodies of football should employ all lawful, sporting and diplomatic means to ensure this remains the case. Against this background, FIFA can only express its disapproval to a "closed European breakaway league" outside of the international football structures and not respecting the aforementioned principles.*»

ta al di fuori dell'ordinamento sportivo sarebbe con esso incompatibile in quanto assorbirebbe membri -club e giocatori- che già fanno parte dell'ordinamento sportivo, e condizionerebbe il calendario e gli impegni delle competizioni già regolate FIFA e UEFA<sup>7</sup>.

Con vari comunicati, FIFA e UEFA hanno anche prospettato l'applicazione di varie sanzioni ai giocatori e/o ai club che avrebbero preso parte al progetto Superlega. In particolare i club e i giocatori che avrebbero partecipato alla Superlega sarebbero stati esclusi da qualsiasi competizione calcistica organizzata da FIFA e UEFA a livello nazionale, europeo e mondiale e ai giocatori sarebbe stata preclusa la possibilità di essere convocati nelle rispettive nazionali<sup>8</sup>.

A riguardo giova ricordare che FIFA e UEFA, nella qualità di enti di vertice dell'ordinamento sportivo calcistico e in base ai loro statuti, hanno la competenza a organizzare, in via esclusiva, competizioni calcistiche internazionali -rispettivamente- a livello mondiale ed europeo<sup>9</sup>.

Sempre in base al combinato disposto delle rilevanti disposizioni statutarie ora in esame, anche ad altri soggetti (non necessariamente coincidenti con FIFA e UEFA) è concessa -in teoria- la possibilità di costituire e organizzare competizioni calcistiche internazionali in ambito europeo.

In questo caso, però, l'organizzazione delle predette competizioni da parte di soggetti terzi deve essere, obbligatoriamente, autorizzata in via preventiva dalla UEFA e/o dalla FIFA<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Cfr. Comunicato FIFA del 19 aprile 2021, cit.

<sup>8</sup> Cfr. Comunicato UEFA del 18 aprile 2021, cit., ove si legge che la UEFA e le principali federazioni calcistiche nazionali «will consider all measures available to us, at all levels, both judicial and sporting in order to prevent this happening. Football is based on open competitions and sporting merit; it cannot be any other way. As previously announced by FIFA and the six Confederations, the clubs concerned will be banned from playing in any other competition at domestic, European or world level, and their players could be denied the opportunity to represent their national teams».

<sup>9</sup> Cfr. Statuto FIFA, art. 22, paragrafo 3, ove si legge che «Ciascuna confederazione [quale, appunto, la UEFA] ha i seguenti diritti e obblighi: a) rispettare e far rispettare lo statuto, i regolamenti e le decisioni della FIFA, b) collaborare a stretto contatto con la FIFA in tutti i campi concernenti la realizzazione dell'obiettivo indicato all'articolo 2 e l'organizzazione di competizioni internazionali; c) organizzare le proprie competizioni tra club, in conformità al calendario internazionale; d) organizzare tutte le proprie competizioni internazionali in conformità al calendario internazionale; e) assicurarsi che nessuna lega internazionale o altro analogo raggruppamento di club o di leghe siano costituiti senza il suo consenso e il consenso della FIFA [...]». In maniera speculare, lo Statuto UEFA, art. 49, paragrafo 1, stabilisce che «la UEFA ha competenza esclusiva ad organizzare ed abolire competizioni internazionali in Europa alle quali partecipino federazioni e/o loro club. La presente disposizione non si applica alle competizioni della FIFA.»

<sup>10</sup> Cfr. Statuto FIFA, art. 73, ove si legge che «a tutte le federazioni, le leghe e i club affiliati a una federazione membro è vietato aderire a un'altra federazione membro o partecipare a competizioni sul territorio di questa, salvo circostanze eccezionali. È richiesta, in ogni caso, l'autorizzazione delle due federazioni membri, della confederazione o delle confederazioni interessate e della FIFA.» Nello stesso senso si esprime anche il Regolamento degli incontri internazionali della FIFA all'art. 6. Cfr. Statuto UEFA, art. 49, paragrafo 3, in base al quale «gli incontri, le competizioni e i tornei internazionali che non sono organizzati dalla UEFA ma vengono disputati sul territorio della UEFA necessitano della previa autorizzazione della FIFA e/o della UEFA e/o delle federazio-

A riguardo è necessario, tuttavia, precisare che gli statuti FIFA e UEFA non disciplinano affatto tale procedimento di previa autorizzazione, né (nei predetti statuti e nelle disposizioni e atti attuativi dei medesimi) sono rintracciabili criteri, parametri e limiti per esercitare tale potere autorizzatorio.

Inoltre, in materia, FIFA e UEFA sono anche dotate di poteri di controllo e sanzionatori. In particolare, i predetti enti vigilano affinché nessun club e/o calciatore (che sia membro di federazioni affiliate a FIFA e UEFA) partecipi a competizioni internazionali non autorizzate da FIFA e UEFA, pena l'applicazione di determinate sanzioni come l'esclusione dei predetti club e/o calciatori dalle competizioni nazionali organizzate dalle rispettive federazioni e/o dalle competizioni internazionali organizzate da FIFA e UEFA<sup>11</sup>.

Sempre per quanto riguarda i poteri sanzionatori, è altresì previsto che FIFA e UEFA possano ordinare la soppressione di competizioni internazionali che non siano state previamente autorizzate<sup>12</sup>.

### 1.3. *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea*

Dopo il diniego di riconoscimento della Superlega e la minaccia di sanzioni, la ESLC ha proposto ricorso dinanzi al *Juzgado de lo Mercantil* n. 17 de Madrid (Tribunale commerciale di Madrid) chiedendo, in buona sostanza, di qualificare la condotta di FIFA e UEFA illegittima per violazione del diritto antitrust dell'Unione Europea.

Nello specifico, la ESLC ritiene che le regole contenute negli statuti FIFA e UEFA, relative alla previa e necessaria autorizzazione di nuove competizioni internazionali tra club di calcio professionistici organizzate da soggetti terzi, siano illegittime in quanto tali regole non sarebbero basate su criteri e procedure obiettive e trasparenti ma, al contrario, sarebbero fondate su meccanismi esclusivamente discrezionali che consentirebbero alla FIFA e alla UEFA di mantenere la posizione di monopolista unico sul mercato impedendo ad eventuali terzi *competitors* (quali, appunto, la ESLC) di entrare nel settore dell'organizzazione delle competizioni internazionali tra club<sup>13</sup>.

---

ni membri competenti, conformemente al regolamento degli incontri internazionali della FIFA e alle norme di attuazioni complementari adottate dal Comitato esecutivo della UEFA». Cfr. Statuto UEFA, art. 51, ove si legge che «non possono essere costituiti senza l'autorizzazione della UEFA raggruppamenti o unioni tra federazioni membri della UEFA oppure tra leghe o club direttamente o indirettamente affiliati a diverse federazioni membri della UEFA. I membri della UEFA o le leghe e i club ad essi affiliati non possono disputare né organizzare incontri al di fuori del rispettivo territorio senza l'autorizzazione delle federazioni membri interessate.»

<sup>11</sup> Cfr. Statuto FIFA, art. 73.

<sup>12</sup> Cfr. Statuto UEFA, art. 49.

<sup>13</sup> Cfr. Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale, Causa C-333/2021, cit., p. 8, paragrafi 15-16.

Ad avviso della ricorrente, dunque, le regole di previa autorizzazione contenute negli statuti FIFA e UEFA e la loro applicazione nel caso di specie, integrerebbero, *inter alia*, le fattispecie di abuso di posizione dominante e di intesa restrittiva della concorrenza e ricadrebbero, pertanto, nei divieti previsti dagli artt. 101 e 102 TFUE.

Il giudice spagnolo, ritenendo non manifestamente infondata la domanda proposta dalla ESLC, e rilevando la presenza di gravi indizi che evidenzerebbero la presenza di un abuso di posizione dominante e di violazione del diritto anti-trust dell'UE da parte di FIFA e UEFA<sup>14</sup>, ha sospeso il processo dinanzi ad esso pendente e sottoposto alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea una serie di questioni pregiudiziali volte, per quanto in questa sede rileva, a chiarire se il sistema di previa autorizzazione contenuto negli statuti FIFA e UEFA sia compatibile con il diritto antitrust dell'Unione Europea e se tale sistema costituisca o meno una restrizione contraria alle libertà fondamentali sancite nel TFUE<sup>15</sup>.

## 2. *La decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea 21 dicembre 2023, Causa C- 333/21 (European Superleague Company SL c. FIFA e UEFA)*

### 2.1. *Sull'applicabilità del diritto dell'Unione Europea alle regole dell'ordinamento sportivo*

Questione apparentemente preliminare, ma in realtà centrale, nella decisione resa dalla Corte il 21 dicembre 2023, è quella della verifica dell'applicabilità del diritto dell'Unione Europea alle regole adottate da FIFA e UEFA in materia di previa autorizzazione di competizioni sportive e in materia di partecipazione dei club di calcio professionistico e dei giocatori alle competizioni internazionali<sup>16</sup>.

Sul punto, la CGUE ricorda quello che, secondo il proprio costante orientamento<sup>17</sup>, deve essere il principio generale applicabile; e cioè che quando una attività sportiva assume dimensione economica, questa viene attratta e regolata anche dal diritto UE<sup>18</sup>. In linea di principio, le regole sportive che disciplinano gli aspet-

<sup>14</sup> Ivi, p. 10, paragrafi 21-27.

<sup>15</sup> Ivi, p. 2.

<sup>16</sup> Cfr. Corte di Giustizia, 21 dicembre 2023, Causa C- 333/21, *European Superleague Company SL c. FIFA e UEFA*, punti 82-94.

<sup>17</sup> Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 12 dicembre 1974, Causa C-36/74, *Walrave e Koch*. Corte di Giustizia, sentenza del 15 dicembre 1995, Causa C-415/93, *Bosman*; Corte di Giustizia, sentenza del 11 aprile 2000, Causa C-51/96 e C-191/97, *Deliège*.

<sup>18</sup> Cfr. Corte di Giustizia, *European Superleague Company SL*, cit., punto 83: «nella misura in cui l'esercizio di uno sport configura un'attività economica, esso ricade nelle disposizioni del diritto dell'Unione appli-

ti economici dell'attività sportiva devono essere cioè ritenute soggette al diritto UE e, in particolare, possono rientrare nell'ambito di applicazione:

- delle disposizioni del TFUE in materia di diritti fondamentali<sup>19</sup>;
- delle disposizioni del TFUE in materia di diritto della concorrenza (con la conseguenza che le associazioni sportive possono essere considerate come "imprese" ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE e che le regole da esse adottate possono essere qualificate come "decisioni di associazioni di imprese" ex art. 101 TFUE)<sup>20</sup>;
- dei principi generali del TFUE<sup>21</sup>.

Ribadita l'esistenza del principio generale nei termini suddetti, la Corte ha poi ricordato che, sempre nei casi in cui l'attività sportiva assuma rilevanza economica, tale principio può esser derogato solo se le regole non sono state adottate per ragioni economiche e se disciplinano aspetti puramente sportivi come norme tecniche o regole del gioco (c.d. *sporting exception*). In tali casi si sarebbe comunque in presenza di eccezioni alla regola generale, che rimane ferma nel senso di ritenere applicabile il diritto UE se e in quanto l'attività sportiva assume rilevanza economica<sup>22</sup>.

Ad avviso della Corte, nel caso di specie la *sporting exception* non troverebbe applicazione, in quanto le regole adottate da FIFA e UEFA in materia di previa autorizzazione di competizioni sportive costituiscono «un'attività economica per le imprese che vi si dedicano o intendono dedicarvisi» (cfr. par. 90 e 94). Muovendo da tale premessa, la Corte ha ritenuto che le regole adottate da FIFA e UEFA potessero rientrare nell'ambito di applicazione del diritto UE<sup>23</sup> ed ha con-

---

cabili a siffatta attività.»

<sup>19</sup> La Corte a proposito richiama, a titolo esemplificativo, l'applicabilità dell'art. 45 TFUE in materia di libera circolazione dei lavoratori, dell'art. 49 TFUE relativo alla libertà di stabilimento, dell'art. 56 TFUE in materia di libera circolazione dei servizi e dell'art. 63 TFUE in materia di libera circolazione di capitali. Cfr. Corte di Giustizia, *European Superleague Company SL*, cit., punti 85-86.

<sup>20</sup> Cfr. artt. 101 e 102 TFUE. Cfr. Corte di Giustizia, *European Superleague Company SL*, cit., punto 87.

<sup>21</sup> Cfr. Corte di Giustizia, *European Superleague Company SL*, cit., punto 88.

<sup>22</sup> Ivi, punto 84, ove la Corte specifica che «Devono essere considerate come estranee a ogni attività economica solo determinate norme specifiche che, da un lato, siano state adottate esclusivamente per ragioni di carattere non economico e, dall'altro, vertano su questioni che riguardano unicamente lo sport in quanto tale.» A titolo esemplificativo, la CGUE fa rientrare in questo gruppo di norme le regole relative all'esclusione dei giocatori stranieri dalla composizione delle squadre c.d. nazionali e le regole sulla fissazione dei criteri di classificazione utili per selezionare gli atleti che partecipano a competizione a titolo individuale. Sul punto si rinvia *ex multis* a: Corte di Giustizia, sentenza del 12 dicembre 1974, Causa C-36/74, Walrave e Koch; Corte di Giustizia, sentenza del 15 dicembre 1995, Causa C-415/93, Bosman; Corte di Giustizia, sentenza del 11 aprile 2000, Causa C-51/96 e C-191/97, Deliège.

<sup>23</sup> Tra i primi commenti apparsi in dottrina sulla vicenda Superlega e sulla pronuncia della Corte di Giustizia v. E. Picozza, *Diritto internazionale o diritto europolitano? Note in margine alla sentenza della Corte di giustizia della Unione Europea 21 dicembre 2023 C-333/2021*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2023, pp. 453 ss., generalmente critico sull'orientamento della Corte sostanzialmente incline ad assimilare gli enti esponenziali dell'ordinamento sportivo ad associazioni d'imprenditori sottoposte pertanto alle regole della libera prestazione dei servizi e della concorrenza. Tra gli altri commenti sulla vicenda Superlega si segnalano, *ex multis*, F. Laus, *Lo*

seguentemente ritenuto possibile procedere all'esame delle questioni pregiudiziali poste dal giudice spagnolo.

## 2.2. *Sulla compatibilità del potere di previa autorizzazione delle competizioni sportive con l'art. 102 TUE (abuso di posizione dominante)*

Con la prima questione pregiudiziale, il giudice spagnolo ha chiesto alla CGUE di chiarire se le regole FIFA e UEFA in materia di previa autorizzazione, poiché sprovviste di criteri e modalità procedurali relativi alla loro applicazione, integrino la fattispecie di abuso di posizione dominante ex art. 102 TFUE<sup>24</sup>.

La Corte, in via preliminare, ricorda che l'art. 102 TFUE vieta e sanziona lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante da parte delle imprese che operano nel mercato interno.

Come è noto, la norma appena richiamata non proibisce, *in nuce*, la possibilità per le imprese di acquisire, grazie ai loro meriti, una posizione "dominante" sul relativo mercato, ma ne censura esclusivamente lo sfruttamento abusivo.

Per dimostrare l'esistenza di un comportamento che integri una fattispecie di sfruttamento abusivo di posizione dominante, in applicazione dei criteri stabiliti dalla giurisprudenza della stessa Corte, è necessario dimostrare che una impresa, avvalendosi di mezzi diversi da quelli che reggono la concorrenza tra imprese basate sui meriti, abbia adottato un comportamento che ha l'effetto, attuale o potenziale, di restringere la concorrenza o eliminando dal mercato interessato le imprese concorrenti o impedendo lo sviluppo dei *competitors* oppure impedendo ai *competitors* di accedere al mercato.

---

*sport tra concorrenza, competitività e protezionismo: riflessioni alla luce del caso Superleague» in Federalismi*, 2021; A. Cinque, *Il caso della Superlega. Note a prima lettura*, in *Rivista di diritto sportivo*, 2021; F. Cintioli, *Il caso Superlega e la concorrenza tra ordinamenti (non solo sportivi)*, in *Giustamm*, 2021; A. Circolo, *Gli statuti di FIFA e UEFA al banco di prova del diritto della concorrenza (a proposito della possibilità di una Superlega)*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2021; S. Bastianon, *La Superlega e il modello sportivo europeo*, in *Rivista di diritto sportivo*, 2021; B.G. Di Mauro, «Strumentalizzare» il caso *European Super League (Corte di giustizia, 21 dicembre 2023, causa C-333/21) per ripensare il calcio: verso un sistema aperto e orizzontale fondato su norme sportive comuni?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2023; A. Merone, *Il caso Superlega e la decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Judicium il processo civile in Italia e in Europa*, 2023; B. Zelger, *Object restrictions in sports after the ECJ's decision in ISU and Superleague*, in *Journal of European competition law*, 2024.

<sup>24</sup> Segnatamente, il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di chiarire «se l'articolo 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che vieta un abuso di posizione dominante in base al quale la FIFA e la UEFA stabiliscono nei loro statuti [...] che è richiesta una previa autorizzazione da parte di tali enti, ai quali è stata attribuita la competenza esclusiva di organizzare o autorizzare competizioni internazionali per club in Europa, affinché un'entità terza istituisca una nuova competizione paneuropea per club come la Superlega, in particolare, quando non esiste una procedura regolamentata sulla base di criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori, e tenuto conto del possibile conflitto di interessi che interessa la FIFA e la UEFA». Cfr. Corte di Giustizia, *European Superleague Company SL*, cit., punto 47, numero 1.

La Corte concentra la propria analisi su quest'ultima fattispecie, ossia sul caso in cui un'impresa detenga il potere di autorizzare o negare agli altri *competitors* di accedere al mercato in cui opera.

Tale situazione si presenta particolarmente delicata in punto di rispetto del diritto UE della concorrenza.

Infatti, come nota la stessa Corte facendo sostanzialmente proprie le osservazioni del giudice del rinvio, un'impresa che si trovi nelle condizioni di autorizzare l'ingresso nel relativo mercato di altri *competitors* si trova «in una situazione di conflitto di interessi e [ciò] le attribuisce un evidente vantaggio sui concorrenti, consentendole di impedire loro l'accesso al mercato interessato o di favorire la propria attività e, in tal modo, di impedire lo sviluppo della concorrenza basata sui meriti a danno dei consumatori, ivi limitando la produzione, lo sviluppo di prodotti o di servizi alternativi o ancora l'innovazione»<sup>25</sup>.

Data la delicatezza di tale potere autorizzatorio e considerato che un suo esercizio arbitrario potrebbe essere altamente dannoso per la concorrenza, tale potere deve essere limitato e regolamentato per evitare di ricadere nel divieto posto dall'art. 102 TFUE.

Più nello specifico, la CGUE precisa che tale potere debba essere «disciplinato da criteri materiali trasparenti, chiari e precisi, che consentano di evitarne un esercizio arbitrario»<sup>26</sup> e, inoltre, debba essere disciplinato «da modalità procedurali trasparenti e non discriminatorie»<sup>27</sup> relativamente ai termini applicabili alle domande di previa autorizzazione e al rispettivo procedimento decisionale<sup>28</sup>.

L'assenza dei predetti criteri e modalità procedurali pone il potere di previa autorizzazione (e le norme attributive del medesimo) in contrasto con l'art. 102 TFUE, per sfruttamento abusivo di posizione dominante, in quanto si tratterebbe di un potere con l'effetto, attuale e/o potenziale, di restringere la concorrenza impedendo ai *competitors* di accedere al mercato<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Cfr. Corte di Giustizia, *European Superleague Company SL*, cit., punto 133.

<sup>26</sup> Ivi, punto 135.

<sup>27</sup> Ivi, punto 136.

<sup>28</sup> La necessità di rispettare i criteri e le modalità appena elencate si impone, non solo, quando un sifatto potere di previa autorizzazione è concesso ad una determinata impresa sulla base di leggi o diritti esclusivi e/o speciali da parte di uno Stato membro, ma, a maggior ragione, si impone con maggiore evidenza quando tale potere sia "auto-attribuito" da parte delle stesse imprese. In merito, al punto 137 della sentenza ora in esame, la Corte sottolinea che «requisiti identici a quelli ricordati nei tre precedenti punti della presente sentenza si impongono ancor più quando è con il suo comportamento autonomo, e non in ragione dell'attribuzione di diritti esclusivi o speciali da parte di uno Stato membro, che un'impresa in posizione dominante si colloca essa stessa nella posizione di poter impedire a imprese potenzialmente concorrenti di accedere a un determinato mercato». Sul punto si rinvia anche a Corte di Giustizia, sentenza del 13 dicembre 2001, Causa C-18/88, GB-Inno-BM.

<sup>29</sup> Cfr. Corte di Giustizia, *European Superleague Company SL*, cit., punto 138.



Tali principi trovano applicazione, nelle parole della CGUE, anche e soprattutto nell'ambito dell'attività sportiva calcistica. Dopo aver ribadito che il calcio riveste all'interno dell'Unione una notevole importanza sul piano sociale, culturale e mediatico, la Corte evidenzia che tale disciplina è dotata di caratteristiche peculiari e specifiche nel panorama delle attività sportive.

Il calcio, infatti, ricomprende tra le sue "specificità" quella di dare origine a numerose competizioni nazionali e internazionali, alle quali partecipano -in maniera altrettanto numerosa- svariati club e giocatori professionisti.

La partecipazione a tali competizioni calcistiche è subordinata al raggiungimento di determinati risultati sportivi come, ad esempio, la promozione di un club nella massima serie di un campionato nazionale, il raggiungimento di una determinata posizione in classifica per essere ammessi alle competizioni europee e ancora il raggiungimento di determinati risultati a livello europeo per partecipare alle competizioni internazionali.

Ne risulta che tale sport si fonda, essenzialmente, oltre che su un considerevole numero di competizioni organizzate su più livelli e tutte coordinate tra di loro, anche e soprattutto sul merito sportivo.

Da ciò ne deriva che tale sistema possa essere efficacemente garantito solo in presenza di regole comuni volte, da un lato, a garantire l'omogeneità e il coordinamento di dette competizioni all'interno di un calendario complessivo (si pensi, ad esempio, al necessario coordinamento che deve intercorrere tra il calendario degli incontri nazionali, degli incontri europei e degli incontri internazionali), dall'altro, a tutelare lo svolgimento e l'organizzazione delle competizioni in base al merito sportivo.

In quest'ottica, ad avviso della Corte, risulta legittima l'adozione di regole, come quelle contenute negli statuti FIFA e UEFA, in materia di previa autorizzazione di altre competizioni internazionali, di controllo della partecipazione di club e/o giocatori alle predette competizioni nonché di regole di carattere sanzionatorio.

Tali regole non costituiscono, per sé stesse, una violazione del diritto UE della concorrenza. Volendo utilizzare le parole della Corte «né la loro adozione né la loro applicazione possono essere qualificate, in linea di principio e in termini generali, come 'sfruttamento abusivo di una posizione dominante»<sup>30</sup>.

Tuttavia, ciò viene subito sottolineato dalla CGUE, «nessuna delle specificità che caratterizzano il calcio professionistico può consentire di considerare legittime l'adozione e, a maggior ragione, l'applicazione di norme vertenti sulla previa autorizzazione e sulla partecipazione [e le relative norme sanzionatorie] che non

---

<sup>30</sup> Ivi, punto 145.

siano [...] disciplinate da criteri sostanziali e da modalità procedurali atti a garantirne il carattere trasparente, oggettivo, preciso e non discriminatorio»<sup>31</sup>.

In altre parole, seppur l'attività calcistica risulti caratterizzata da profili speciali, tale carattere di specialità non è idoneo a derogare il principio per cui le regole in materia di previa autorizzazione, di partecipazione e le relative regole sanzionatorie devono, obbligatoriamente, essere disciplinate da “criteri sostanziali e da modalità procedurali atti a garantirne il carattere trasparente, oggettivo, preciso e non discriminatorio” al fine di non ricadere nel divieto posto dall'art. 102 TFUE.

Nel caso di specie, ad avviso della Corte emerge che FIFA e UEFA detengono una posizione dominante, se non addirittura di monopolio, nel mercato relativo all'organizzazione di competizioni internazionali di calcio.

Infatti, come si legge in sentenza, la posizione di FIFA e UEFA nel mercato relativo all'organizzazione delle competizioni calcistiche internazionali è tale che «in pratica, allo stato attuale è impossibile creare una competizione esterna al loro ecosistema che abbia chance di sopravvivenza, tenuto conto del controllo che esse esercitano, direttamente o per il tramite delle federazioni nazionali di calcio che ne sono membri, sui giocatori e su altre tipologie di competizioni, come quelle che sono organizzate a livello nazionale»<sup>32</sup>.

Inoltre, in virtù dei relativi statuti, emerge anche che FIFA e UEFA sono titolari non soltanto del potere di autorizzare preventivamente l'ingresso nel relativo mercato di altri *competitors*, ma sono altresì titolari del potere di autorizzare la partecipazione di club e/o giocatori alle varie competizioni internazionali, nonché del potere di applicare sanzioni in caso di mancato rispetto delle proprie regole.

Tali poteri, tuttavia, non sono disciplinati dai criteri sostanziali e dalle modalità procedurali previamente ricostruite dalla Corte. Né, a riguardo, le regole adottate dalla FIFA e dalla UEFA possono derogare ai predetti criteri sostanziali e modalità procedurali sul presupposto della specificità dell'attività sportiva calcistica.

Pertanto, conclude la CGUE sul punto, i poteri auto-attribuiti a FIFA e UEFA in materia di previa autorizzazione, di partecipazione e i relativi poteri sanzionatori, poiché non sono disciplinati da “criteri sostanziali e da modalità procedurali atti a garantirne il carattere trasparente, oggettivo, non discriminatorio e proporzionato”, integrano, per loro stessa natura, la fattispecie di abuso di posizione dominante e ricadono nel divieto sancito dall'art. 102 TFUE<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Ivi, punto 147.

<sup>32</sup> Ivi, punto 149.

<sup>33</sup> Ivi, punti 151-152.

### 2.3. *Sulla compatibilità del potere di previa autorizzazione di competizioni sportive con l'art. 101 TFUE (divieto di accordi con oggetto o effetto anticoncorrenziale)*

Con la seconda questione pregiudiziale, il giudice spagnolo ha chiesto alla CGUE di chiarire se le regole FIFA e UEFA in materia di previa autorizzazione, poiché sprovviste di criteri e modalità procedurali relativi alla loro applicazione, integrino anche la fattispecie di accordo tra imprese con oggetto o effetto anticoncorrenziale ex art. 101 TFUE<sup>34</sup>.

In primo luogo la Corte ricorda che, ai sensi dell'art. 101 TFUE, sono vietati tutti gli accordi tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto quello di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno<sup>35</sup>.

Dunque, per determinare se un determinato accordo è anticoncorrenziale e ricade nel divieto sancito dall'art. 101 TFUE, occorre verificare innanzitutto se tale accordo ha un "oggetto anticoncorrenziale"<sup>36</sup>.

In caso di risposta positiva, non è necessario verificare anche l'esistenza di "effetti anticoncorrenziali"<sup>37</sup>.

La nozione di oggetto anticoncorrenziale, come noto, non si rinviene in maniera esplicita nel TFUE, ma è stata elaborata dalla giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia secondo cui per oggetto anticoncorrenziale devono intendersi quei tipi di accordi tra imprese «che rivelano un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l'esame dei loro effetti non sia necessario»<sup>38</sup>.

In altre parole, si tratta di accordi che, per loro stessa natura, presentano un elevato grado di dannosità per il buon funzionamento del mercato e della concorrenza<sup>39</sup>.

Infine, prosegue la Corte, per verificare se un determinato accordo presenti un grado di dannosità per la concorrenza sufficientemente elevato (e tale da realizzare una "restrizione della concorrenza per oggetto") il giudicante è tenuto ad

---

<sup>34</sup> Segnatamente, il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di chiarire «se l'articolo 101 TFUE debba essere interpretato nel senso che vieta alla FIFA e alla UEFA di imporre nei loro statuti [...] una previa autorizzazione da parte di tali enti, ai quali è stata attribuita la competenza esclusiva di organizzare o autorizzare competizioni internazionali in Europa, affinché un'entità terza possa istituire una competizione paneuropea per club come la Superlega, in particolare, quando non esiste una procedura regolamentata sulla base di criteri oggettivi e non discriminatori, e tenuto conto del possibile conflitto di interessi che interesserebbe la FIFA e la UEFA». Cfr. Corte di Giustizia, *European Superleague Company SL*, cit., punto 47, numero 2.

<sup>35</sup> Ivi, punto 155.

<sup>36</sup> Ivi, punto 159.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> Cfr. Corte di Giustizia, *European Superleague Company SL*, cit., punto 162.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

esaminare, in particolare, tre profili: i) il tenore dell'accordo, ii) il contesto economico-giuridico in cui si inserisce e iii) gli obiettivi perseguiti<sup>40</sup>.

Sulla scorta delle osservazioni già svolte nella soluzione della prima questione pregiudiziale, la CGUE ha rilevato che, nel caso di specie, dal tenore delle regole adottate da FIFA e UEFA emerge che detti enti:

- detengono il potere di autorizzare l'istituzione e l'organizzazione di qualsiasi competizione di calcio sul territorio dell'Unione Europea, ivi incluse le competizioni eventualmente proposte da terzi;
- controllano la partecipazione dei club e/o calciatori -affiliati a FIFA e UEFA- che intendano aderire a nuove competizioni organizzate da terzi;
- possono applicare sanzioni a club e/o calciatori che intendano partecipare a nuove competizioni organizzate da terzi<sup>41</sup>.

Tuttavia (ed è su questo punto, come visto in precedenza, che ad avviso della Corte emerge in tutta la sua chiarezza la questione di (in)compatibilità con il diritto UE) i predetti poteri di previa autorizzazione e di controllo della partecipazione di club e/o calciatori a nuove competizioni -nonché i relativi poteri sanzionatori- non risultano regolamentati da "criteri sostanziali e da modalità procedurali atti a garantirne il carattere trasparente, oggettivo, non discriminatorio e proporzionato".

Nel contesto in cui si inseriscono, tali regole, poiché risultano sprovviste dei richiamati criteri e modalità procedurali, da un lato, finiscono per attribuire alla FIFA e alla UEFA il potere di autorizzare l'accesso di tutte le imprese al mercato relativo all'organizzazione di competizioni internazionali tra club, nonché la possibilità di determinare il livello di concorrenza all'interno del mercato stesso escludendo, eventualmente, tutte le imprese concorrenti.

Dall'altro, le regole *de quibus* possono privare sia i club, sia i calciatori, della possibilità di partecipare a qualsiasi competizione che non venga organizzata dalle stesse FIFA e UEFA anche laddove tali competizioni rispettino tutti i principi, i valori e le regole base dello sport<sup>42</sup>.

Come ulteriore conseguenza, le predette regole «possono privare in toto gli spettatori e i telespettatori della proposta di assistere a dette competizioni o di guardarne la diffusione.»<sup>43</sup>

Esaminati i profili relativi al tenore delle regole adottate da FIFA e UEFA e la loro collocazione nel relativo contesto economico-giuridico, la Corte passa ad esaminare gli obiettivi perseguiti dalle predette regole.

<sup>40</sup> Cfr. Corte di Giustizia, *European Superleague Company SL*, cit., punti 165-168.

<sup>41</sup> Ivi, punto 171.

<sup>42</sup> Ivi, punto 176.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

In merito, la CGUE ricorda che la specificità dell'attività sportiva calcistica legittima, in via di principio, l'adozione di regole sulla previa autorizzazione di altre competizioni internazionali.

Tali regole -sempre in via di principio- sono deputate al perseguimento di obiettivi legittimi «come quello consistente nel far rispettare i principi, i valori e le regole del gioco alla base del calcio professionistico.»<sup>44</sup>

Tuttavia, anche se tali regole perseguono un obiettivo legittimo, ciò non le esonera dal rispetto dei criteri e delle modalità procedurali idonee ad evitarne un utilizzo ed una applicazione arbitraria.

L'esame del tenore delle regole adottate da FIFA e UEFA, del contesto economico-giuridico in cui si inseriscono e degli obiettivi da esse perseguiti evidenzia la presenza di un accordo di natura anticoncorrenziale.

Sulla scorta di tali motivazioni, la Corte afferma che le regole FIFA e UEFA in materia di previa autorizzazione, di partecipazione e di sanzioni, «qualora non siano disciplinate da criteri sostanziali e da modalità procedurali atti a garantirne il carattere trasparente, oggettivo, preciso, non discriminatorio e proporzionato, [...] presentano, per loro stessa natura, un sufficiente grado di dannosità per la concorrenza e hanno, quindi, per oggetto di impedirla»<sup>45</sup>.

Tali regole, conclude la CGUE, integrano anche la fattispecie di accordo tra imprese avente oggetto anticoncorrenziale e, pertanto, ricadono nel divieto sancito dall'art. 101 TFUE, senza che sia necessario esaminarne gli effetti attuali o potenziali sulla concorrenza<sup>46</sup>.

### 3. *I rapporti tra l'ordinamento sportivo e gli ordinamenti politici*

Profilo sotteso a tutte le questioni affrontate dalla Corte UE nella vicenda Superlega è quello dell'autonomia dell'ordinamento sportivo.

L'affermazione del concetto di ordinamento sportivo, è noto, affonda le proprie radici nella teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici di Santi Romano per cui affianco alla "Istituzione" dello Stato e all'ordinamento statale che perseguono gli interessi di carattere generale dell'intera società, coesistono una serie di altre "Istituzioni" e di ordinamenti -quale l'ordinamento sportivo- che perseguono esclusivamente gli interessi dei propri consociati<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> Cfr. Corte di Giustizia, *European Superleague Company SL*, cit., punto 178.

<sup>46</sup> Ivi, punto 179.

<sup>47</sup> Cfr. S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, seconda ed. Firenze, 1946 ripubbl. in S. Romano, *L'ultimo Santi Romano*, Milano, 2013. Per approfondimenti sul tema della pluralità degli ordinamenti giuridici, come teoria secondo la quale il diritto non va visto quale entità monolitica e centralizzata, rappresenta-

Proprio sulla scorta della richiamata teoria c.d. pluralistica si è affermato che l'ordinamento sportivo possiede tutti i requisiti necessari per essere qualificato come ordinamento giuridico<sup>48</sup>. Esso, infatti, è composto da una pluralità di soggetti, che include atleti, allenatori, dirigenti, arbitri e tifosi che osservano le norme dell'ordinamento sportivo attribuendogli valore vincolante (requisito della plurisoggettività); è retto da una serie di regole per lo svolgimento delle competizioni, si pensi ad esempio a quelle dettate dal CONI o dalla FIGC in Italia, dalla UEFA a livello continentale, dalla FIFA o dal CIO a livello internazionale (requisito della normazione); ed è composto da una propria struttura organizzativa costituita da federazioni, leghe e organismi di controllo e giustizia sportiva (requisito della organizzazione)<sup>49</sup>.

---

ta esclusivamente dallo Stato, quanto piuttosto come un fenomeno complesso e composto da molteplici "istituzioni" a ciascuna delle quali -al ricorrere dei tre requisiti di plurisoggettività, normazione e organizzazione- corrisponde un proprio autonomo ordinamento giuridico, senza pretesa di completezza si vedano, *ex multis*: L. Arata, *L'ordinamento giuridico di Santi Romano*, in *Riv. Corte conti*, 1998, I, p. 253; V. Frosini, *Santi Romano e l'interpretazione giuridica della realtà sociale*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1989, p. 706; M.S. Giannini, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici. Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Atti del XIV Congresso internazionale di sociologia*, 1950, pp. 455 e ss; G. Ambrosini, *La pluralità degli ordinamenti giuridici nella Costituzione italiana*, in *Aa.Vv., Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, I, Milano, 1973, pp. 3 e ss.; W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963 (1<sup>a</sup> ed. 1929); F. Carnellutti, *Appunti sull'ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, pp. 361 e ss.; F. Modugno, *Ordinamento giuridico*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, pp. 678 e ss.

<sup>48</sup> Come evidenziato anche dalla corrente manualistica, i dubbi sull'effettiva natura dell'ordinamento giuridico sportivo quale ordinamento originario o derivato sono tutt'altro che risolti. V. ad es. G. Liotta, *L'ordinamento sportivo*, in *Lezioni di diritto sportivo*, Milano, 2016, pp. 9 e ss., dove l'A. afferma che «l'ordinamento sportivo viene da taluni configurato quale originario e da altri quale derivato. In altri termini, è dubbio se lo Stato si limiti a prendere atto della sua autonoma esistenza o se, al contrario, gli abbia delegato il potere di regolamentare la complessa materia dello sport conferendogli, in tal modo, una qualificata giuridicità. [...] Sta di fatto che, qualunque opinione si voglia accogliere circa l'effettiva natura, originaria o derivata, dell'ordinamento giuridico sportivo, è innegabile che l'idea di sport precede non soltanto il legislatore sportivo ma anche il legislatore ordinario. Questa idea, che vede i caratteri della destrezza e dell'abilità coniugarsi con la competizione nello scrupoloso rispetto di regole di comportamento ispirate al principio di lealtà, presiste allo Stato e non può essere modificata dal *conditio legis*». In tal senso v. anche M. Sanino, *Diritto sportivo*, Padova, 2016. Per approfondimenti sul tema dell'autonomia dell'ordinamento sportivo v. F. Cardarelli, *Morfologia dell'ordinamento sportivo*, in *Amministrativamente*, 1/2022; P. Grossi, *Sui rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo*, in *Dir. amm.*, 202, 1-2, 3 ss; L. Casini, *Il diritto globale dello sport*, Milano, 2010; R. Morzenti Pellegrini, *L'evoluzione dei rapporti tra fenomeno sportivo e ordinamento statale*, Milano, 2007; S. Massera, *Sport e ordinamenti giuridici: tensioni e tendenze nel diritto vivente in una prospettiva multilaterale*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 113 ss; G. Manfredi, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, Torino, 2007; L. Ferrara, *L'ordinamento sportivo: meno e più della libertà privata*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 1 ss; G. Clemente di San Luca, *Dei limiti all'autonomia dell'ordinamento sportivo. Riflessioni intorno a calcio e diritto*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 33 ss; G. Napolitano, *Sport*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5678 ss; B. Marchetti, *Lo sport*, S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, II, Milano, 2003, 925 ss; A. Marani Toro, *Gli ordinamenti sportivi*, Milano, 1977; G. Morbidelli, *Gli enti dell'ordinamento sportivo*, in V. Cerulli Irelli, G. Morbidelli (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994, 171 ss; M.S. Giannini, *Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 671 ss; Id., *Prime osservazioni sugli ordinamenti sportivi*, in *Riv. dir. sport*, 1949, 10 ss; W. Cesarini Sforza, *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, in *Foro It.*, 1933, I, 1381 ss.

<sup>49</sup> Cfr. *ex multis* G. Liotta, *L'ordinamento sportivo*, op. cit., p. 10, dove l'A., richiamando a riguardo anche gli insegnamenti di M.S. Giannini, ha sottolineato che «L'affermazione del concetto di ordinamento

L'affermazione dell'ordinamento giuridico sportivo implica, necessariamente, che esso debba godere di un certo grado di indipendenza e di autonomia nei confronti degli altri ordinamenti cui si affianca.

In particolare, ormai da tempo, si è posto il problema di stabilire i confini tra l'ordinamento sportivo, da un lato, e gli ordinamenti politici, quali quello statale e quello UE, dall'altro.

Più precisamente si tratta di stabilire quanta autonomia abbia l'ordinamento sportivo nei confronti degli ordinamenti politici e se e in che misura questi ultimi possano "sconfinare" nelle materie di competenza dell'ordinamento sportivo.

Il dibattito, come attesta la pronuncia che ha offerto lo spunto per le presenti considerazioni, ad oggi è tutt'altro che sopito ed è in costante evoluzione tanto nell'ambito dell'ordinamento statale italiano, quanto dell'ordinamento UE.

### 3.1. *La soluzione offerta dall'ordinamento statale*

In Italia, il punto di equilibrio tra ordinamento statale e ordinamento sportivo ad oggi è offerto dalla legge 17 ottobre 2003, n. 280 (che converte in legge il d.l. 19 agosto 2003, n. 220), la quale ha per la gran parte codificato principi precedentemente sviluppati dalla dottrina e dalla giurisprudenza<sup>50</sup>.

---

sportivo, ha fondamento nella teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici (c.d. istituzionalistica o ordinamentale) di Santi Romano, presuppone l'accertamento di tre elementi costitutivi, rappresentati dalla plurisoggettività, dalla normazione e dall'organizzazione. La plurisoggettività consiste 'nell'esistenza di un congruo numero di soggetti, persone fisiche o enti legati dall'osservanza di un corpo comune di norme, alle quali essi attribuiscono valore vincolante» (M.S. Giannini). «La normazione sportiva può dividersi in due principali aree che, talora, si intersecano tra loro: la prima è formata dalle regole di fonte statale; la seconda è costituita dai precetti emanati dallo stesso ordinamento sportivo. Esempi della prima specie sono rappresentati dalle disposizioni sull'organizzazione amministrativa del CONI (cfr., art. 117, comma 3, lett. g Cost.) e sulla legislazione lavoristica e previdenziale degli sportivi; esempi della seconda specie si rinvergono nei canoni che, in buona sostanza, governano e regolano lo svolgimento delle gare. L'organizzazione è, invece, definita come un complesso collegato di persone, di servizi personali e di servizi reali che deve avere carattere 'permanente e duraturo, ed esercita sui soggetti componenti l'ordinamento un potere (autorità), che limita, in nome dell'interesse del gruppo, le libertà di ciascun soggetto» (M.S. Giannini).»

<sup>50</sup> Sui rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento italiano si rinvia, *ex multis*, a L. Di Nella, *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, in L. Di Nella, E. Iindraccolo, A. Lepore, P. Del Vecchio e S. Palazzi (a cura di) *Manuale di diritto dello sport*, Napoli, 2021 pp. 19 e ss.; A.G. Parisi, *Manuale di diritto dello sport*, Torino, 2021, pp. 31 e ss.; G. Liotta, *L'ordinamento sportivo*, op. cit., pp. 2 e ss.; G. Manfredi, *Ordinamento statale e ordinamento sportivo. Tra pluralismo giuridico e diritto globale*, in *Diritto amministrativo*, III, 2012, pp. 299 e ss. Con particolare riferimento alle novità introdotte dalla l. 280/2003 si rinvia a C. Castrovano, *Pluralità degli ordinamenti, autonomia sportiva e responsabilità civile*, in *Europa e dir. priv.*, III, 2008, pp. 545 e ss.; G. Vidiri, *Organizzazione dell'attività agonistica, autonomia dell'ordinamento sportivo e d.l. n. 220 del 2003*, in *Giust. Civ.*, XI, 2003, pp. 509 e ss.

L'art. 1, co. 1, della l. 280/2003 recita espressamente che «la Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al Comitato Olimpico Internazionale».

Tale norma assume una rilevanza fondamentale nella delimitazione dei confini tra i due ordinamenti. Il legislatore statale, infatti, riconosce che l'ordinamento sportivo è dotato di un proprio ambito di autonomia rispetto all'ordinamento statale ed entro tali limiti può emanare regole e norme nei confronti dei propri consociati i cui effetti giuridici, che si producono all'interno dell'ordinamento sportivo, saranno riconosciuti dall'ordinamento statale<sup>51</sup>.

A prescindere dalla questione -altrettanto dibattuta- se l'autonomia dell'ordinamento sportivo debba intendersi come originaria oppure come derivata dallo stesso ordinamento statale<sup>52</sup>, in questa sede è opportuno esaminare come e in che modo il legislatore statale “riconosce e favorisce” l'autonomia dell'ordinamento sportivo.

<sup>51</sup> Sull'interpretazione dell'art. 1 della l. 280/2003 C. Castronovo, *Pluralità degli ordinamenti, autonomia sportiva e responsabilità civile*, op. cit., ha infatti sottolineato che «la cosa che interessa qui è cogliere il significato proprio dell'autonomia nella cornice di una pluralità di ordinamenti giuridici, la quale per bocca dello stesso ordinamento statale, come abbiamo appena visto, non risulta più contestabile. Questa autonomia non può significare se non che ciascun ordinamento, ordinamento dello Stato e ordinamenti collaterali, è riconosciuto in quanto sistema normativo relativamente all'ambito suo proprio; cioè è autonomo e dà regole, a sé medesimo e ai soggetti che ad esso si riferiscono, entro i confini propri che lo caratterizzano originariamente, ed entro tali limiti ottiene riconoscimento per i propri effetti giuridici da ognuno degli altri ordinamenti.»

<sup>52</sup> Come è noto infatti in dottrina si rinvencono essenzialmente due tesi tra di loro contrapposte riguardo la natura dell'ordinamento sportivo: secondo alcuni l'ordinamento sportivo, in quanto ordinamento -essenzialmente- di natura settoriale e ad ogni modo subordinato all'ordinamento statale, avrebbe natura derivata in quanto è lo Stato che, in principio, decide di delegare agli organi dell'ordinamento sportivo la competenza a regolamentare la materia sportiva. Secondo altri, invece, l'ordinamento sportivo avrebbe natura originaria: tale tesi si fonda sul fatto che la nozione di sport e la pratica dell'attività sportiva secondo regole ben definite, storicamente, hanno origine antichissima e precedono sia il legislatore ordinario sia il legislatore sportivo. Prescindendo ai fini delle presenti osservazioni dai profili connessi alla recente modifica dell'art. 33 della Costituzione che ha inserito all'ultimo comma il riconoscimento “dell'attività sportiva in tutte le sue forme” (a riguardo tra i primi commentatori vedi: L. Santoro, *L'inserimento dello sport in costituzione: prime osservazioni*, in *Diritto dello sport*, 2/2023; M. Di Masi, *Dall'etica alla costituzionalizzazione dello sport. Brevi note sulla riforma dell'articolo 33 della Costituzione*, in *Federalismi*, 6 settembre 2023; M. Olivetti, *Sport e Costituzione: la legge costituzionale n. 1 del 2023*, in *Il QG. Il quotidiano giuridico*, 28 novembre 2023; E. Battelli, *Il riconoscimento del valore educativo e sociale dell'attività sportiva in costituzione*, in *Rivista AIC*, 5 marzo 2024), è sufficiente rinviare per tutti a G. Liotta, *L'ordinamento sportivo*, op. cit., p. 11, il quale osserva in sintesi che «L'ordinamento sportivo viene da taluni configurato quale originario e da altri quale derivato. In altri termini, è dubbio se lo Stato si limiti a prendere atto della sua autonoma esistenza o se, al contrario, gli abbia delegato il potere di regolamentare la complessa materia dello sport conferendogli, in tal modo, una qualificata giuridicità. [...] Sta di fatto che, qualunque opinione si voglia accogliere circa l'effettiva natura, originaria o derivata, dell'ordinamento giuridico sportivo, è innegabile che l'idea di sport precede non soltanto il legislatore sportivo ma anche il legislatore ordinario. Questa idea che vede i caratteri della destrezza e dell'abilità coniugarsi con la competizione nello scrupoloso rispetto di regole di comportamento ispirate al principio di lealtà, preesiste allo Stato e non può essere modificata dal conditior legis».



Il criterio adottato, in buona sostanza, è quello della c.d. rilevanza (o irrilevanza) della fattispecie<sup>53</sup>.

Quando una determinata fattispecie rileva solo ed esclusivamente nei confronti dell'ordinamento sportivo, non vi è necessità di una "intrusione" dell'ordinamento statale e la fattispecie rimane regolata solamente dal diritto sportivo.

È questo il caso, ad esempio, delle norme regolamentari e organizzative e delle norme che disciplinano lo svolgimento delle competizioni (le c.d. questioni tecniche): spetta agli organi dell'ordinamento sportivo stabilire, *inter alia*, le regole delle competizioni sportive, quanto debba essere grande un campo da calcio, quanto debba durare una partita, quanti giocatori compongano una squadra e via dicendo<sup>54</sup>.

Ancora, compete esclusivamente agli organi dell'ordinamento sportivo il potere di stabilire e irrogare sanzioni disciplinari sportive<sup>55</sup>.

In questi casi, i soggetti competenti a dettare norme precettive sono gli enti dell'ordinamento sportivo e ciò ha anche importanti ricadute sul piano della giustizia e della tutela degli interessi coinvolti<sup>56</sup>.

Infatti, merita di essere ricordato, nelle materie rilevanti esclusivamente per l'ordinamento sportivo vige il c.d. vincolo di giustizia sportiva<sup>57</sup>: in questi casi i membri dell'ordinamento sportivo (si pensi ad esempio agli atleti tesserati presso una data Federazione) si impegnano ad accettare i provvedimenti emanati dalle rispettive Federazioni e, per tutelare i propri diritti e interessi, non potranno

<sup>53</sup> Cfr. art. 1, co. 2, della l. 280/2003 ai sensi del quale «I rapporti tra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento della Repubblica sono regolati in base al principio di autonomia, salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo».

<sup>54</sup> Cfr. art. 2, co. 1, lett. a), della l. 280/2003 ai sensi del quale è riservata a favore dell'ordinamento sportivo la disciplina delle questioni aventi ad oggetto «l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive».

<sup>55</sup> Cfr. art. 2, co. 1, lett. b), della l. 280/2003 ai sensi del quale è riservata a favore dell'ordinamento sportivo la disciplina delle questioni aventi ad oggetto «i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive».

<sup>56</sup> Sul tema della giustizia sportiva si rinvia *ex multis* a G. Manfredi, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, Torino, 2007; F. Gosis, *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa e arbitrato*, Milano, 2007; F. Blando, *La giustizia sportiva. Una introduzione*, in *Sport, Benessere, Diritto e Società, Rivista delle Facoltà di Scienze Motorie della Università di Palermo*, 2008; G. Liotta, *Tutela della persona, rimedi alternativi e giustizia sportiva*, in *Sport, Benessere, Diritto e Società, Rivista delle Facoltà di Scienze Motorie della Università di Palermo*, 2011; L. Casini, *Il Tribunale dello sport*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2012; F.G. Scoca, *Autonomia sportiva e pienezza di tutela giurisdizionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019; F. Auletta, *Riserve agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo e principi fondamentali*, in *Il diritto processuale civile italiano e comparato*, 2023.

<sup>57</sup> Cfr. art. 2, co. 2, della l. 280/2003 in base al quale «nelle materie di cui al comma 1, le società, le associazioni, gli affiliati ed i tesserati hanno l'onere di adire, secondo le previsioni degli statuti e regolamenti del Comitato olimpico nazionale italiano e delle Federazioni sportive di cui agli articoli 15 e 16 del decreto legislativo 23 luglio 1999, n. 242, gli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo». In maniera speculare, l'art. 8 dei Principi di giustizia sportiva stabilisce che «gli Statuti e i regolamenti federali prevedono che gli affiliati e i tesserati accettino la giustizia sportiva così come disciplinata dall'ordinamento sportivo.»

ricorrere al giudice statale ma dovranno ricorrere al sistema giustiziale e agli organi di giustizia sportiva competenti<sup>58</sup>.

Quando la controversia rimane circoscritta a questioni puramente sportive (relative a norme e/o sanzioni c.d. tecniche) non sorgono particolari problematiche e la soluzione prospettata dal legislatore statale (che demanda la conoscibilità di tali controversie esclusivamente agli organi di giustizia sportiva) sembra preservare l'equilibrio tra ordinamento sportivo e ordinamento statale salvaguardando l'autonomia del primo.

Maggiori problematiche, invece, sorgono quando una situazione di carattere sportivo rileva anche al di fuori dell'ordinamento sportivo e produce effetti rilevanti anche all'interno dell'ordinamento statale.

In questi casi, considerata la duplice rilevanza della fattispecie che viene in rilievo, è necessario trovare un punto di equilibrio tra i due ordinamenti<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> Il vincolo di giustizia sportiva, come evidenziato da G. Liotta, *La giustizia sportiva*, in *Lezioni di diritto sportivo*, Milano, 2016, p. 291, «[...] viene sostanzialmente identificato nel dovere posto a carico di tutti i tessereati ed affiliati di accettare i provvedimenti delle singole Federazioni di appartenenza e di rivolgersi, per le controversie originate dalla loro attività sportiva esclusivamente agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo».

<sup>59</sup> La ricerca di tale punto di equilibrio, in presenza di fattispecie che rilevano tanto per l'ordinamento sportivo quanto per l'ordinamento statale, è estremamente delicata. Si pensi al noto dibattito relativo alle sanzioni sportive. Queste ai sensi della l. 280/2003, art. 2, co. 1, lett. b), rientrano nella sfera di competenza esclusiva dell'ordinamento sportivo e, ai sensi del successivo art. 3 della l. 280/2003, sono conoscibili (in teoria) esclusivamente dagli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo (in quanto ritenute tendenzialmente irrilevanti per l'ordinamento statale che non avrebbe interesse a conoscere delle sanzioni puramente sportive quali, ad esempio, delle controversie circa l'espulsione di un giocatore durante una gara.) Tuttavia, in alcuni casi, anche le sanzioni sportive possono avere una certa rilevanza per l'ordinamento statale: è questo il caso, ad esempio, delle sanzioni sportive che impongono l'inibizione dall'attività di dirigente sportivo o la decadenza da una carica federale. In questi casi la giurisprudenza ha ritenuto che il soggetto leso da tali sanzioni, dopo aver esperito i rimedi giustiziali previsti dall'ordinamento sportivo, possa ricorrere al giudice statale (nella specie il giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, ex art. 3, co. 1, l. 280/2003) al fine di richiedere la sola tutela risarcitoria, senza poter richiedere, tuttavia, anche una tutela demolitoria della sanzione irrogata e degli atti ad essa prodromici al fine di salvaguardare appunto l'autonomia dell'ordinamento sportivo evitando che gli atti emanati dagli organi sportivi siano sindacati da un giudice di un altro ordinamento. Tale soluzione è stata duramente criticata dalla dottrina che ha evidenziato un *vulnus* di tutela giurisdizionale per il ricorrente il quale risulterebbe privato di una tutela "piena" così come garantita dall'art. 24 della Costituzione in presenza di un interesse o comunque di una situazione giuridico soggettiva rilevante -anche- per l'ordinamento statale. La Corte costituzionale, con due sentenze dallo stesso iter argomentativo (la n. 49 del 2011 e la n. 160 del 2019), ha confermato tale impostazione. Come si legge nella sentenza n. 49/2011, infatti, «in tali fattispecie deve, quindi, ritenersi che la esplicita esclusione della diretta giurisdizione sugli atti attraverso i quali sono state irrogate le sanzioni disciplinari – posta a tutela dell'autonomia dell'ordinamento sportivo- non consente che si altresì esclusa la possibilità, per chi lamenta la lesione di una situazione soggettiva giuridicamente rilevante, di agire in giudizio per ottenere il conseguente risarcimento del danno. è sicuramente una forma di tutela, per equivalente, diversa rispetto a quella in via generale attribuita al giudice amministrativo (ed infatti si verte in materia di giurisdizione esclusiva), ma non può certo affermarsi che la mancanza di un giudizio di annullamento (che, oltretutto, difficilmente potrebbe produrre effetti ripristinatori, dato che in ogni caso interverrebbe dopo che sono stati esperiti tutti i rimedi interni alla giurisdizione sportiva, e che costituisce comunque, in questi casi meno gravi, una forma di intromissione non armonica rispetto all'affermato intendimento di tutelare l'ordinamento sportivo) venga a violare quanto previsto dall'art. 24 Cost. Nell'ambito di quella forma di tutela che può essere definita come residuale viene, quindi, individuata, sulla base di una argomentata interpretazione della normativa che discipli-

Tra queste fattispecie rientrano le questioni di carattere economico -ovvero- sia le questioni aventi ad oggetto i rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti- comunemente riconosciute come rilevanti anche per l'ordinamento statale.

In merito a tali questioni il punto di equilibrio raggiunto con la l. n. 280/2003 si rinviene nel fatto che le controversie aventi ad oggetto questioni di carattere economico spettano al giudice ordinario o in via alternativa alla giustizia sportiva<sup>60</sup>.

Infine, vi è un'ultima categoria di questioni, per lo più di carattere residuale, che ricomprende le questioni di natura amministrativa concernente i provvedimenti relativi al tesseramento, all'affiliazione ed alla partecipazione ai vari campionati.

Anche tali questioni sono state generalmente riconosciute come aventi rilevanza anche nei confronti dell'ordinamento statale e, come avviene per le questioni di carattere economico, al fine di cercare un punto di equilibrio tra ordinamento sportivo e ordinamento statale, la l. 280/2003 stabilisce che il giudice competente a conoscere delle relative controversie sia il giudice statale, in particolare il giudice amministrativo<sup>61</sup>.

### 3.2. *La soluzione offerta dall'ordinamento UE*

Anche a livello europeo la ricerca di un punto di equilibrio tra ordinamento sportivo e ordinamento UE si presenta particolarmente delicata e in costante evoluzione<sup>62</sup>.

In particolare, sotto questo profilo, la problematica principale riguarda se e in che misura possano trovare applicazione all'interno dell'ordinamento sportivo i principi e le norme fondamentali del diritto UE, specialmente quelle relative al mercato unico e quelle in materia di concorrenza e antitrust.

---

na la materia, una diversificata modalità di tutela giurisdizionale». In dottrina, per una critica di tale impostazione, si rinvia a F.G. Scoca, *I mezzi di tutela giurisdizionale sono soggetti alla discrezionalità del legislatore*, in *Il corriere giuridico*, 2011, e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>60</sup> Cfr. l. 280/2003, art. 3, co. 1.

<sup>61</sup> *Ibidem*, in base al quale «sono in ogni caso devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ed alla competenza funzionale inderogabile del tribunale amministrativo regionale del Lazio, con sede in Roma, le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti di ammissione ed esclusione dalle competizioni professionistiche delle società o associazioni sportive professionistiche, o comunque incidenti sulla partecipazione a competizioni professionistiche.»

<sup>62</sup> Sui rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento UE si rinvia, *ex multis*, a G.G. Carboni, *L'ordinamento sportivo italiano nel diritto comparato*, in *Federalismi*, 2021; S. Bastianon, *Da "Cassis De Dijon a Meca Medina": la specificità dello sport tra divieti e deroghe nel diritto dell'Unione Europea*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2017; G. Liotta, *L'ordinamento sportivo*, op. cit.; R. Carmina, *Il tramonto del sistema sportivo monopolistico in chiave europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016; S. Bastianon, *L'Europa e lo sport: profili giuridici, economici e sociali*, Torino, 2015.

A tal fine è stata elaborata la dottrina della “*sporting exception*”: quando l’attività sportiva rileva -anche- come attività economica, essa ricade nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione Europea e dovrà rispettare i principi e le norme di fonte comunitaria (in tal caso l’ordinamento sportivo assume carattere recessivo rispetto l’ordinamento -politico- europeo che prevale sul primo); quando invece vengono in rilievo regole puramente sportive (si pensi, ad esempio, alle regole di gioco) queste, in virtù della *sporting exception*, non saranno soggette all’applicazione dei principi e del diritto UE e potranno derogare a quest’ultimo (in tal caso l’ordinamento sportivo prevale sull’ordinamento -politico- europeo in quanto vengono in rilievo regole che non hanno rilevanza per l’ordinamento europeo)<sup>63</sup>.

Tale dottrina non è formalmente codificata nei Trattati dell’Unione Europea, ma si è sviluppata principalmente attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea<sup>64</sup>.

Uno dei primi casi in cui viene definito il concetto di *sporting exception* è il noto caso Walrave e Koch<sup>65</sup> ove si afferma, per la prima volta, che «l’attività spor-

<sup>63</sup> Come ricordato da G. Liotta, *L’ordinamento sportivo*, op. cit., p. 21, la *sporting exception* riguarda la «applicabilità, nei soli limiti in cui l’attività sportiva sia rilevante sul piano economico, della normativa comunitaria al settore dello sport. Conseguentemente, secondo l’indirizzo consolidatosi nella giurisprudenza della Corte europea di giustizia, le regole puramente sportive, quali, ad esempio, quelle concernenti la composizione delle squadre nazionali ovvero le regole di gioco, fuoriescono dall’ambito di applicazione del diritto comunitario e, pertanto, possono porsi in contrasto con esso». L’A. inoltre sottolinea che, essendo stato lo sport riconosciuto tra le materie di competenza dell’UE ai sensi dell’art. 165 del TFUE, il dibattito relativo all’autonomia dell’ordinamento sportivo rispetto l’ordinamento UE potrebbe essere risolto anche in virtù del principio di specialità. Cfr. *Ibidem*, p. 21, ove si legge che «il riconoscimento dello sport tra le materie di competenza dell’Unione Europea pone l’interrogativo se la *sporting exception* abbia più ragione di essere invocata per giustificare la contrarietà di una normativa di fonte federale al diritto antitrust. Soccorre, dunque, il principio di specificità che rappresenta la trasposizione in chiave istituzionale della *sporting exception*, consentendo alle organizzazioni sportive di difendere le proprie prerogative di autonomia e indipendenza nella disciplina e organizzazione delle attività sportive.»

<sup>64</sup> Diversamente da quanto avviene nell’ordinamento italiano con la l. 280/2003, l’ordinamento UE non ha codificato espressamente, a livello di fonte legislativa, il criterio di riparto di competenze tra ordinamento sportivo e ordinamento UE, ovvero sia la *sporting exception*. Tuttavia, ciò non significa che il legislatore comunitario sia rimasto totalmente indifferente nei confronti del fenomeno sportivo. A riguardo è opportuno ricordare che lo sport viene ritenuto meritevole di tutela anche a livello comunitario e, a seguito del Trattato di Lisbona, ha ottenuto un riconoscimento ed una dimensione giuridica qualificata. Nell’ambito del titolo XII del TFUE -rubricato, appunto, «istruzione, formazione professionale, gioventù e sport» - l’art. 165 prevede espressamente che “l’Unione contribuisce alla promozione dei profili europei dello sport, tenendo conto delle specificità, delle sue strutture fondate sul volontariato e della sua funzione sociale ed educativa» e che l’azione dell’Unione è intesa «a sviluppare la dimensione europea dello sport, promuovendo l’equità e l’apertura nelle competizioni sportive e la cooperazione tra gli organismi responsabili dello sport e proteggendo l’integrità fisica e morale degli sportivi, in particolare dei più giovani tra di essi.» Viene dunque riconosciuta una competenza specifica dell’Unione in ambito sportivo sotto forma di azione complementare e non sostitutiva delle competenze dei singoli Stati membri e delle organizzazioni sportive.

<sup>65</sup> CGUE, sentenza del 12 dicembre 1974, Walrave e Koch, 36/74, EU:C:1974:140. La fattispecie, come è noto, riguarda essenzialmente l’applicabilità del principio comunitario di non discriminazione anche alle regole sportive. Walrave e Koch erano due cittadini olandesi che lavoravano come “conducenti di moto” nelle competizioni di ciclismo su pista con il compito di guidare i ciclisti dietro di loro a velocità costanti. La Federazione Internazionale di Ciclismo (FIC), nel 1973, ha introdotto una norma per cui tali conducenti di moto dovevano avere la stessa nazionalità dei ciclisti che seguivano. Walrave e Koch contestarono con esito positivo

tiva è disciplinata dal diritto comunitario solo in quanto configurabile come attività economica»<sup>66</sup>.

Nel medesimo caso la Corte ha precisato che esulano dall'ambito di applicazione del diritto comunitario le regole sportive relative alla «composizione delle squadre sportive – e in particolare delle rappresentative nazionali – operata esclusivamente in base a criteri tecnico-sportivi.»<sup>67</sup> È questo, sostanzialmente, il “nocciolo duro” della *sporting exception*: le regole puramente sportive che non incidono sugli aspetti economici dello sport sono escluse dall'ambito di applicazione del diritto UE.

Alla luce di tali principi, la Corte, dopo aver affermato che l'attività sportiva che veniva in rilievo poteva essere configurata come attività economica, ha affermato che le regole sportive che disciplinavano tale attività dovevano rispettare (anche) i principi e le norme del diritto comunitario e, in particolare, il divieto di discriminazione.

Negli anni successivi, la Corte ha continuato a sviluppare il concetto di *sporting exception*, cercando un equilibrio tra il rispetto dell'autonomia dell'ordinamento sportivo e la necessità di applicare le norme dell'UE.

Nel noto caso Bosman<sup>68</sup>, ad esempio, la Corte ha deciso che le regole della UEFA e delle Federazioni calcistiche nazionali riguardanti (i) i trasferimen-

---

tale norma ritenendola violativa del principio di non discriminazione basato sulla nazionalità allora sancito dal Trattato di Roma (artt. 7 e 59, ora artt. 18 e 56 TFUE).

<sup>66</sup> Cfr. sentenza Walrave e Koch, cit., punto 4.

<sup>67</sup> Cfr. sentenza Walrave e Koch, cit., punti 7-10. Come ricordato anche in G.G. Carboni, *L'ordinamento sportivo italiano nel diritto comparato*, op. cit., p. 57, in Walrave e Koch la Corte di Giustizia dell'Unione Europea «ha elaborato inizialmente la propria giurisprudenza partendo dall'assunto che la rilevanza economica delle attività sportive non determina automaticamente l'applicazione delle regole europee su mercato e libertà di circolazione, ma che occorre verificare volta per volta la specificità del contesto (*sporting exception*) e il fine per il quale le regole sportive in discussione sono state emanate. Piuttosto, la Corte ha accolto l'idea di un'autonomia condizionata all'applicazione del diritto europeo, per cui quando non vi sono i presupposti per la *sporting exception* l'atleta professionista, le società quotate in borsa, sottostanno al diritto europeo, ai principi della libera circolazione delle persone e dei servizi, e alle regole della libera concorrenza. Fenomeni la cui dimensione economica surclassa quella sociale, determinando quella che è stata definita la contaminazione americana del modello sportivo europeo.»

<sup>68</sup> CGUE, sentenza del 15 dicembre 1995, Bosman, C-415/93, EU:C:1995:463. La fattispecie sottoposta all'attenzione della Corte di Giustizia riguardava il mancato trasferimento di Jean-Marc Bosman, calciatore belga professionista, da una squadra belga il RFC Liegi ad una squadra francese il USL Dunkerque. Bosman era in scadenza di contratto con il Liegi e intendeva trasferirsi a parametro zero presso il Dunkerque. Tuttavia, nonostante la volontà del giocatore, il Liegi si rifiutò di lasciar andare il giocatore a meno che il club francese non pagasse una somma di denaro come indennizzo. Poiché il Dunkerque non era disposto a pagare, il trasferimento fallì e il Liegi mise Bosman fuori rosa riducendone drasticamente lo stipendio. All'epoca dei fatti, giova ricordare, le regole UEFA e delle Federazioni sportive nazionali ad essa associate impedivano ai giocatori di calcio professionisti di trasferirsi gratuitamente alla scadenza del contratto presso un altro club; in questi casi il club acquirente era tenuto a versare una indennità definita bonariamente tra le parti o, in caso di disaccordo, da un'apposita commissione UEFA. Nel corso del procedimento istaurato presso la CGUE, la Corte si occupa, principalmente, di verificare se le richiamate norme sui trasferimenti dei giocatori, allora vigenti, fossero conformi al diritto comunitario e, in particolare, principio di libera circolazione dei lavoratori all'interno del territo-

ti dei calciatori e (ii) il numero massimo di giocatori stranieri schierabili dalle squadre europee<sup>69</sup> dovevano essere subordinate al diritto UE in quanto l'attività dei calciatori professionisti costituisce un'attività economica e, pertanto, dovevano rispettare i principi e le regole UE sulla libera circolazione dei lavoratori e in materia di non discriminazione<sup>70</sup>.

In *Bosman*, quindi, ad avviso della Corte, vengono in rilievo regole non "puramente sportive", ma che incidono direttamente sugli aspetti economici dell'attività sportiva e pertanto la *sporting exception* non può essere applicata. Ciò comporta che le regole previste dall'ordinamento sportivo in merito ai trasferimenti dei giocatori e al numero massimo di stranieri per partita debbano conformarsi alle regole previste dall'ordinamento UE.

Successivamente, nel caso *Meca-Medina*<sup>71</sup>, la Corte ha affrontato la questione della compatibilità delle regole antidoping con le norme sulla concorrenza e sulla libera circolazione ed ha aggiunto un ulteriore tassello alla nozione di *sporting exception*: le regole sportive che limitano le libertà fondamentali sancite dal

---

rio europeo. Tra i moltissimi autori che hanno commentato la vicenda, si rinvia, *ex multis*, a G. Vidiri, *Il "Caso Bosman" e la circolazione dei calciatori professionisti nell'ambito della Comunità europea*, in *Il Foro italiano*, 1996; M. Di Filippo, *La libera circolazione dei calciatori professionisti alla luce della sentenza "Bosman"*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1996; C. Franchini, *La libera circolazione dei calciatori professionisti: il caso "Bosman"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1996; M. Clarich, *La sentenza Bosman: verso il tramonto degli ordinamenti giuridici sportivi?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996; A. Manzella, *L'Europa e lo sport: un difficile dialogo dopo "Bosman"?*, in *Rivista di diritto sportivo*.

<sup>69</sup> Altra questione sollevata dinanzi la Corte nel caso *Bosman* riguardava il numero massimo di giocatori stranieri-comunitari tesserabili presso le squadre di calcio. All'epoca, la UEFA aveva adottato una regola per cui le federazioni nazionali potevano limitare a tre il numero massimo di calciatori stranieri che un club poteva schierare in una partita di serie A del campionato nazionale.

<sup>70</sup> In conclusione, la Corte, da un lato, ha ritenuto che le contestate norme relative ai trasferimenti dei giocatori «condizionano direttamente l'accesso dei calciatori al mercato del lavoro negli altri Stati membri e in tal modo sono idonee ad ostacolare la libera circolazione dei lavoratori» (sentenza *Bosman*, cit., punti 103) e, pertanto, «costituiscono ostacoli alla libera circolazione dei lavoratori vietati, in linea di principio, dall'art. 48 del Trattato» (sentenza *Bosman*, cit., punto 104). Lo stesso ragionamento, in buona sostanza, è stato utilizzato dalla Corte per dichiarare l'illegittimità e incompatibilità con il diritto UE anche delle norme UEFA che limitavano il numero massimo di giocatori stranieri schierabili durante una partita di serie A.

<sup>71</sup> CGUE, sentenza del 18 luglio 2006, *Meca-Medina*, C-519/04 P, EU:C:2006:492. Il caso esaminato dalla Corte riguarda David Meca-Medina e Igor Majcen, due nuotatori professionisti che furono sospesi per quattro anni dall'esercizio dell'attività agonistica dal Comitato Olimpico Nazionale (CIO) e dalla Federazione Internazionale Nuoto (FINA) per essere risultati positivi ai controlli antidoping. I due atleti hanno contestato la decisione presso la Commissione Europea sostenendo, in sintesi, che le regole antidoping fossero contrarie alle norme antitrust dell'Unione Europea (artt. 101 e 102 TFUE, già artt. 81 e 82 del Trattato CE) poiché limitavano la loro capacità di lavorare come atleti professionisti. La Commissione respinse il ricorso sostenendo che le regole antidoping avevano un carattere puramente sportivo e non economico e, quindi, non erano soggette al diritto della concorrenza dell'UE in virtù della *sporting exception*. I ricorrenti hanno impugnato la decisione della Commissione dinanzi al Tribunale UE di primo grado che ha confermato la decisione della Commissione. Successivamente il caso è stato portato dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, da un lato, ha ribaltato la decisione del Tribunale ritenendo la normativa *antidoping* comunque soggetta al diritto UE essendo questa idonea a incidere sugli aspetti economici dell'attività sportiva, dall'altro, ha ritenuto che la stessa normativa antidoping fosse comunque legittima perché perseguiva un fine sportivo prioritario e le restrizioni imposte erano proporzionate a tale obiettivo.

diritto UE possono essere giustificate solo se proporzionate e necessarie per il raggiungimento di obiettivi prioritari connessi alla natura dello sport quali la tutela del principio di leale competizione e la tutela della salute degli atleti<sup>72</sup>.

In questo caso, quindi, sotto un primo profilo, la Corte ha ritenuto che la legittimità della normativa antidoping prevista dall'ordinamento sportivo possa essere valutata anche alla luce delle norme antitrust dell'ordinamento UE in quanto idonea a limitare l'attività sportiva/economica degli atleti. Tanto basterebbe, alla luce dei principi sanciti in *Walrave e Koch* e *Bosman*, a rendere le regole antidoping illegittime per violazione del diritto UE.

Ciò posto, sotto un secondo profilo, le regole antidoping resistono alla "intrusione" dell'ordinamento UE in quanto hanno l'obiettivo di tutelare i valori fondamentali dello sport e, a tal fine, sono state giudicate come proporzionate.

Orbene, dall'esame del *case law* più rilevante della Corte di Giustizia emerge come la *sporting exception* (ovverosia il criterio che a livello europeo definisce i confini tra ordinamento sportivo e ordinamento UE) non sia ancora un concetto fisso e immutabile, quanto piuttosto un concetto dinamico che, sulla base di un approccio casistico, si evolve in risposta alle interazioni e agli attriti tra ordinamento sportivo e ordinamento UE, e che continua a richiedere un'attenta valutazione da parte delle istituzioni europee per bilanciare correttamente questi due ordinamenti.

Nel *case law* della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, da ultimo, non può che annoverarsi anche il caso *Superlega* che offre molteplici spunti di riflessione.

---

<sup>72</sup> Cfr. sentenza *Meca Medina*, cit., punti 43-45, ove si legge che «Per quanto riguarda il contesto globale in cui la regolamentazione controversa è stata adottata, la Commissione ha potuto considerare a giusto titolo che l'obiettivo generale di tale regolamentazione è combattere il doping in vista di uno svolgimento leale della competizione sportiva e include la necessità di assicurare agli atleti pari opportunità, la salute, l'integrità e l'obiettività della competizione nonché i valori etici nello sport, la qual cosa non è contestata da nessuna delle parti. Peraltro, dato che per garantire l'esecuzione del divieto del doping sono necessarie sanzioni, l'effetto di queste ultime sulla libertà d'azione degli atleti va considerato in linea di principio, come inerente alle regole antidoping. Quindi, anche qualora la regolamentazione antidoping controversa vada considerata come una decisione di associazioni di imprese che limita la libertà d'azione dei ricorrenti, essa non può, tuttavia, costituire necessariamente una restrizione della concorrenza incompatibile con il mercato comune ai sensi dell'art. 81 CE, perché è giustificata da un obiettivo legittimo. Infatti, una limitazione del genere inerisce all'organizzazione e al corretto svolgimento della competizione sportiva ed è finalizzata proprio ad assicurare un sano spirito di emulazione tra gli atleti.»

#### 4. Conclusioni

Conclusivamente, si può affermare che, nel definire i rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento UE, la Corte di Giustizia ha affermato due distinti principi, strettamente connessi ma non esattamente coincidenti.

Il primo, che la mancata regolazione dei presupposti per l'esercizio del potere di previa autorizzazione dell'organizzazione di competizioni calcistiche è tale allo stato da rendere arbitrario l'esercizio del potere da parte degli organi di governo dell'ordinamento sportivo esponendolo all'applicazione delle sanzioni antitrust previste dal diritto UE.

Sotto questo profilo, il principio appare in un certo senso scontato in quanto l'orientamento della CGUE appare già sufficientemente consolidato nel senso di ritenere che in presenza di un'attività a carattere economico il diritto UE è applicabile all'ordinamento sportivo.

Il secondo principio è che il carattere economico dell'attività anche nella materia relativa alla organizzazione di competizioni calcistiche non lascia spazio per l'applicazione della *sporting exception*. Il principio è affermato praticamente a margine del merito della pronuncia, nel risolvere la questione ritenuta preliminare, ma rappresenta l'aspetto forse più significativo della sentenza.

Fino al caso Superlega, il potere di organizzare le competizioni sportive e/o calcistiche è sempre rientrato pacificamente nell'ambito e nel perimetro dell'ordinamento sportivo e, in quanto espressione dell'autonomia dell'ordinamento sportivo, non è mai stato messo in discussione.

Nulla impedisce ad altri soggetti, diversi da FIFA o UEFA o da una federazione sportiva nazionale, di organizzare una competizione calcistica, come avvenuto, ad esempio, nel caso della *King's League*, organizzata in tempi recenti su impulso dall'ex calciatore del Barcellona Gerard Piqué, che prevede vari incontri tra squadre composte da ex giocatori di calcio professionistico e da soggetti del mondo dell'intrattenimento. Si è trattato di una competizione organizzata da soggetti terzi, con regole proprie (e molto differenti da quelle dell'ordinamento sportivo calcistico), che non ha però presentato profili di incompatibilità con l'ordinamento sportivo per il semplice fatto che si è posta completamente al di fuori dell'ordinamento sportivo.

Il principio affermato mette in discussione, invece, proprio il potere degli enti di governo dell'ordinamento sportivo di organizzare e dettare regole circa lo svolgimento delle competizioni tra i propri tesserati, che pur potrebbe ritenersi riservato a tali enti.

Nel caso Superlega si discute infatti dalla possibilità che soggetti appartenenti al medesimo ordinamento sportivo organizzino una competizione calcisti-



ca asseritamente non in conflitto con le competizioni già esistenti e regolate dagli enti esponenziali e di governo dell'ordinamento sportivo, ma in concreto inevitabilmente destinata a incidere sull'organizzazione dell'ordinamento sportivo.

I club e i giocatori che prenderebbero parte alla Superlega sarebbero comunque già tesserati (e membri) dell'ordinamento sportivo; il sistema di accesso alla Blue League della Superlega si baserebbe sui risultati sportivi raggiunti nelle competizioni già regolate dall'ordinamento sportivo; il calendario delle partite della Superlega (che prevederebbe match infrasettimanali nello stesso periodo di tempo in cui si svolgono le competizioni già regolate da FIFA e UEFA) necessariamente dovrebbe coordinarsi e integrarsi con il calendario delle partite organizzate dall'ordinamento sportivo calcistico e via dicendo.

Sotto questo profilo, il principio affermato si segnala poiché offre una interpretazione eccessivamente restrittiva della *sporting exception*, di fatto sottraendo agli enti di governo dell'ordinamento sportivo la prerogativa dell'organizzazione delle competizioni sportive e relegando la loro autonomia al ristretto ambito della pura e semplice determinazione delle regole di gioco (c.d. "*purely sport rules*".)

È comunque evidente che il punto di equilibrio tra ordinamento sportivo e ordinamento generale in ambito europeo viene individuato secondo criteri non coincidenti con quelli previsti dall'ordinamento nazionale<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> Tale effetto è probabilmente riconducibile alla diversa rilevanza dell'ordinamento sportivo in ambito nazionale o internazionale. Sulla morfologia dell'ordinamento sportivo, per tutti, si veda F. Cardarelli, *Morfologia dell'ordinamento sportivo*, op. cit., pp. 129 e ss.

*Ordinamento sportivo e diritto antitrust secondo la Corte di Giustizia dell'Unione Europea: il caso Superlega*

L'articolo affronta la recente vicenda della cd "Superlega", descrivendone il progetto e qual è stata la posizione di FIFA e UEFA con il mancato riconoscimento della Superlega, il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e la relativa decisione circa i rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento UE.

Il principio affermato mette in discussione il potere degli enti di governo dell'ordinamento sportivo di organizzare e dettare regole circa lo svolgimento delle competizioni tra i propri tesserati, che pur potrebbe ritenersi riservato a tali enti, offrendo una interpretazione eccessivamente restrittiva della *sporting exception*, di fatto sottraendo agli enti di governo dell'ordinamento sportivo la prerogativa dell'organizzazione delle competizioni sportive e relegando la loro autonomia al ristretto ambito della pura e semplice determinazione delle regole di gioco (c.d. "*purely sport rules*").

*Sport and antitrust law according to the Court of Justice of the European Union: the Superleague case*

The article deals with the recent affair of the so-called 'Superleague', describing the project and what was the position of FIFA and UEFA with the non-recognition of the Superleague, the preliminary referral to the Court of Justice of the European Union and the related decision on the relationship between the sporting order and the EU order.

The principle affirmed calls into question the power of the governing bodies of the sporting system to organise and dictate rules regarding the conduct of competitions between their own members, which could be considered reserved to these bodies, offering an excessively restrictive interpretation of the *sporting exception*, in fact depriving the governing bodies of the sporting system of the prerogative of organising sporting competitions and relegating their autonomy to the restricted sphere of the pure and simple determination of the rules of the game (so-called '*pure sport rules*').

## La funzione *antitrust* nel prisma della giurisprudenza amministrativa. Orientamenti e questioni aperte nel biennio 2022-2023

Cecilia Police

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Segnalazioni *antitrust*. – 3. Il mercato rilevante. – 3.1 Definizione del mercato rilevante. – 4. Soggetto responsabile dell'illecito. – 5. Elemento soggettivo nell'illecito *antitrust*. – 6. Intesa restrittiva della concorrenza. – 6.1 Nozione di intesa. – 6.2 Nozione di accordo e pratica concordata. – 6.3 Intese restrittive “per oggetto” e intese restrittive “per effetto”. – 6.4 Infrazione unica continuata e “piano di insieme”. – 7. Natura dell'illecito *antitrust*. – 8. Standard probatorio: elementi di prova “endogeni” ed “esogeni”. – 9. L'abuso di posizione dominante. – 9.1 Il concetto di posizione dominante e il relativo abuso. – 9.2 Abuso di posizione dominante e *margin squeeze*. – 9.3 Abuso di posizione dominante e servizi pubblici: l'art. 106 TFUE e la disciplina *antitrust*. – 9.4 Abuso di posizione dominante e la fattispecie di *excessive pricing*. – 10. Immediata efficacia del provvedimento sanzionatorio dell'Autorità. – 11. Conclusioni.

### 1. *Premessa*

Il presente contributo fornisce una panoramica sui principi ed orientamenti in materia *antitrust* emersi in seno alla giustizia amministrativa italiana nel corso del biennio 2022-2023, 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 sostanziali del diritto della concorrenza (mercato rilevante, intese restrittive della concorrenza, abusi di posizione dominante).

## 2. *Segnalazioni* antitrust

Ai sensi dell'art. 12 l. 287/1990, l'Autorità, valutati gli elementi comunque in suo possesso e quelli portati a sua conoscenza da pubbliche amministrazioni o da chiunque vi abbia interesse, ivi comprese le associazioni rappresentative dei consumatori, procede ad istruttoria per verificare l'esistenza di infrazioni ai divieti stabiliti negli articoli 2 e 3. Ebbene tale potere di indagine può essere attivato anche su segnalazione di società private. La giurisprudenza amministrativa ha avuto modo, nel corso del biennio considerato, di concretizzare i requisiti necessari della segnalazione, al fine di dare corso all'attività valutativa dell'AGCM.

Con riferimento a tale questione, nella sentenza dell'11 dicembre 2023, n. 18588, relativa al procedimento C7404 – *Black Oils/Europetrol*, i giudici hanno dichiarato l'infondatezza del ricorso proposto dalla società Europetrol avverso il provvedimento di archiviazione della segnalazione. È stato sostenuto infatti che la segnalazione non deve e non può essere dedotta «in termini assolutamente generici e non circostanziati» così come non può essere articolata in assenza di «alcuna circostanza fattuale specifica, dalla quale poter inferire che la peculiare vicenda potesse essere sintomatica di una più ampia e generalizzata situazione patologica di alterazione del mercato». Del resto, il sindacato sul provvedimento di archiviazione, segue le regole generali del giudizio di legittimità e si sostanzia in un controllo sulla ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione resa dall'Autorità, non sull'adeguatezza e proporzionalità dell'attività istruttoria concretamente svolta. Fuoriesce invece, dall'ambito del giudizio «la valutazione circa la possibilità, per l'AGCM, di svolgere approfondimenti istruttori con riferimento a ogni possibile teorico profilo investigativo o congetturale ipotizzabile nel caso concreto»<sup>1</sup>.

## 3. *Il mercato rilevante*

### 3.1. *Definizione del mercato rilevante*

L'individuazione del mercato rilevante costituisce, attività necessariamente prodromica, e preliminare, rispetto all'applicazione della disciplina *antitrust*. La perimetrazione del mercato in cui emerge l'illecito rappresenta presupposto essenziale dello stesso e a tal fine occorre prendere in considerazione tanto l'estensione geografica in cui l'operazione denunciata si colloca o sortisce effetti, quanto l'ambito del prodotto o del servizio che la medesima operazione investe. Tale verifica, pertanto, implica un accertamento di fatto cui segue l'applicazione ai fat-

<sup>1</sup> In tal senso, si veda Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 2022, n. 528.

ti contestati delle norme giuridiche in tema di mercato rilevante, come interpretate dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale.

Anche sotto il profilo della valenza dell'individuazione del mercato rilevante nei procedimenti per l'accertamento delle intese, rispetto ai procedimenti per la verifica di un abuso di posizione dominante, la giurisprudenza amministrativa, nel corso del biennio 2022-2023 ha confermato i propri, ormai, consolidati orientamenti.

Infatti, con riferimento alla fattispecie di intese anticoncorrenziali, il Consiglio di Stato si è soffermato sulla definizione del mercato rilevante nell'ambito di intese restrittive della concorrenza. Nella sentenza n. 8399 del 30 settembre 2022, relativa al procedimento I821 – *Affidamenti vari di servizi di vigilanza privata*, i giudici di Palazzo Spada hanno stabilito che se è vero che il mercato rilevante va individuato solo dopo aver stabilito l'esistenza dell'intesa anticoncorrenziale, ciò non significa affatto che esso vada anche "ritagliato su misura" della stessa. Si aggiunge che «vero è, piuttosto, che la preliminare individuazione della intesa serve a stabilire la tipologia delle operazioni sulle quali l'intesa può aver riverberato i propri effetti, mentre il mercato rilevante va identificato in un momento successivo affinché possa includere tutte le operazioni della medesima tipologia».

Anche la giurisprudenza, nella sentenza del Tar Lazio, n. 125 del 3 gennaio 2023, relativa al procedimento I839 – *Trasporti speciali infiammabili e rifiuti da e per le isole campane*, ha ribadito, sulla scorta della comunicazione della Commissione europea 97/C 372/03, che al fine di individuare il mercato rilevante, occorre combinare il mercato del prodotto (comprendente i prodotti considerati intercambiabili o sostituibili) con quello geografico (ossia l'area in cui le imprese interessate forniscono il servizio, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee). Inoltre, va aggiunto come «la definizione di mercato rilevante dell'AGCM sia espressione di una valutazione discrezionale (che inevitabilmente rischia di scontare un margine d'opinabilità), sindacabile dal giudice amministrativo solo per mancato rispetto dei generali principi di logicità, ragionevolezza e proporzionalità, oltre che del vincolo di coerenza comunitario».

In particolare, anche nella sentenza del Consiglio di Stato, n. 376 dell'11 gennaio 2023, relativa al procedimento I805 – *Prezzi del cartone ondulato*, si legge che il mercato rilevante «lungi dal coincidere (*ex ante*) con aree geograficamente circoscritte, è individuabile, come il lessico impiegato lascia intendere, solo *ex post*: all'esito della ricognizione delle caratteristiche (merceologiche e dei servizi resi) del settore e delle dinamiche economiche, giuridiche e sociali nelle quali operano le aziende nel segmento dell'attività preso in considerazione».

Con sentenza del 1° marzo 2023, n. 2114, relativa al procedimento A444 – *Akron/Gestione rifiuti urbani a base cellulosica*, i giudici di Palazzo Spada si sof-

fermano sul profilo della corretta delimitazione del mercato rilevante. Si ribadisce che non è corretto un metodo volto a ricercare una definizione assoluta della nozione di mercato rilevante, dal momento che questa assume un significato relativo, in funzione della specifica indagine che viene in considerazione in rapporto al comportamento che si assume illecito e l'operazione di contestualizzazione del mercato «implica margini di opinabilità, atteso il carattere di concetto giuridico indeterminato di detta nozione».

Nella sentenza del 6 marzo 2023, n. 3697, relativa al procedimento I835 – *Mercato dei contatori d'acqua*, la sezione Prima del Tar Lazio ha precisato che «la definizione del mercato rilevante nelle ipotesi di intese restrittive della concorrenza, risulta *ex se* funzionale all'individuazione delle caratteristiche stesse del contesto nel cui ambito si colloca l'illecito coordinamento delle condotte d'impresa, atteso che è proprio l'ambito di tale coordinamento a deliberare e definire l'ambito stesso del mercato rilevante». Vale a dire che la definizione dell'ambito merceologico, operativo e territoriale in cui si manifesta un coordinamento fra imprese concorrenti e si realizzano gli effetti derivanti dall'illecito concorrenziale «risulta funzionale alla decifrazione del grado di offensività dell'illecito».

Con riferimento alla fattispecie di abuso di posizione dominante, essendo l'individuazione del mercato rilevante essenziale ai fini dell'integrazione dell'abuso *ex art.* 102 TFUE, la giurisprudenza, sin dalla sentenza del Tar Lazio, n. 2334 del 28 febbraio 2022, relativa al procedimento A514 – *Condotte Fibra Telecom Italia*, ha affermato che la perimetrazione del mercato rilevante rappresenta un *prius* logico e pratico, quale presupposto essenziale dell'illecito in relazione al quale la condotta ascritta considerata può assumere i tratti dell'abuso come contestato. Nell'ipotesi di abuso di posizione dominante, a differenza di quella di intesa restrittiva, infatti, «la delimitazione del mercato di riferimento inerisce ai presupposti del giudizio sul comportamento che potrebbe essere anticoncorrenziale e, in tal caso, occorre preventivamente accertare l'esistenza di una dominanza nel mercato stesso»<sup>2</sup>. Inoltre, la stessa definizione di “mercato rilevante” non è connotata in senso meramente geografico o spaziale, ma è relativa anche e soprattutto «all'ambito nel quale l'intento anticoncorrenziale ha, o avrebbe, capacità di incidere e attitudine allo svolgimento della corretta dinamica concorrenziale»<sup>3</sup>.

Nella sentenza del Tar Lazio, 20 luglio 2023, n. 12230, relativa al procedimento A524 – *Leadiant Biosciences/Farmaco per la cura della xantomatosi cerebrotendinea*, i giudici affrontano il tema del “mercato rilevante” nell'ambito del mercato farmaceutico sostenendo che «risulta corretto circoscrivere il mercato rilevante a livello del singolo principio attivo e quindi, definirlo dal punto di

<sup>2</sup> Nello stesso senso si veda, Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 2014, n. 2837.

<sup>3</sup> In tale senso si veda anche Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 2015, n. 334.

vista del prodotto». Con riferimento al mercato geografico, il mercato rilevante è «di dimensione nazionale, pari all'intero territorio italiano; ciò in ragione delle diversità istituzionali che caratterizzano i sistemi sanitari e le politiche farmaceutiche dei singoli Stati membri (per tali intendendosi la regolamentazione dei prezzi, delle modalità di rimborso, della classificazione dei medicinali, dei canali distributivi), dei diversi regimi di accesso, nonché in considerazione dell'eventuale diversa diffusione epidemiologica di una determinata patologia e della differente disponibilità economica degli Stati membri».

Con sentenza del 31 ottobre 2023, n. 9380, relativa al medesimo procedimento 1835 – *Mercato dei contatori d'acqua*, la Sesta sezione del Consiglio di Stato si è soffermato sul diverso ruolo giocato dall'individuazione del mercato rilevante nelle intese e negli abusi di posizione dominante. In particolare, ha ribadito che in materia di intese concorrenziali, il mercato di riferimento deve essere costituito da una parte rilevante del mercato nazionale e di regola non può coincidere con una qualsiasi operazione economica. Tuttavia, anche una porzione ristretta del territorio nazionale può assurgere a mercato rilevante, ove in essa abbia luogo l'incontro di domanda ed offerta in condizioni di autonomia rispetto ad altri ambiti anche contigui, e quindi esista una concorrenza suscettibile di essere alterata. Diversamente dai casi di concentrazioni e di accertamenti della posizione dominante, in cui la definizione del mercato rilevante è presupposto dell'illecito, in presenza di una intesa illecita la definizione del mercato rilevante è successiva rispetto all'individuazione dell'intesa poiché l'ampiezza e l'oggetto dell'intesa medesima circoscrivono il mercato.

L'ambito del concetto di mercato rilevante, in definitiva, deve essere individuato concretamente dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ed è frutto di una valutazione non censurabile nel merito da parte del Giudice Amministrativo, se non per vizi di illogicità estrinseca; pertanto, ben può essere desunto all'esito dell'esame della singola e specifica condotta della quale sia sospettata la portata anticoncorrenziale.

Inoltre, il mercato rilevante «deve essere individuato in quella zona geograficamente circoscritta, connotata da condizioni di concorrenza sufficientemente omogenee, nella quale, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra di loro intercambiabili o sostituibili in ragione delle loro caratteristiche, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati, le imprese che forniscono quel prodotto o servizio si pongono tra di loro in rapporto di concorrenza, con utilizzo di regole scientifiche per lo più tratte dalla scienza economica oltre che da regole di comune esperienza»<sup>4</sup>. In sostanza, l'individuazione del mercato rilevante implica un accertamento di fatto che non di rado presenta margini di opinabilità, sui

---

<sup>4</sup> Cons. Stato, sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4873.

quali il giudice amministrativo non può intervenire, 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<sup>5</sup>. Infatti, nella sentenza del Tar Lazio, sez. I, 18 luglio 2022, n. 10147, relativa al procedimento A529 – *Google/Compatibilità app Enel X Italia con sistema Android Auto*, si afferma 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 dal vincolo di coerenza comunitario». In sostanza, il giudice amministrativo 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.

In data 8 febbraio 2024, la Commissione europea ha adottato una nuova Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza<sup>6</sup>, che sostituisce la precedente. In particolare, la revisione di tale definizione si è resa necessaria in relazione ai recenti sviluppi in tema di digitalizzazione, di nuove modalità di offerta di beni e servizi e in particolare per la natura interconnessa dei nuovi scambi commerciali. L'obiettivo è infatti quello di garantire trasparenza e prevedibilità nell'applicazione del diritto della concorrenza, fornendo orientamenti nuovi o aggiuntivi su varie questioni fondamentali per la definizione del mercato rilevante. Tale approccio mira a rafforzare la certezza del diritto e la prevedibilità delle decisioni, con l'intento di apportare maggiore efficienza procedurale per le autorità competenti e di agevolare le imprese a conformarsi al diritto dell'UE in materia di concorrenza<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2014, n. 1673.

<sup>6</sup> Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza, 8.2.2024, C(2023) 6789 *final*.

<sup>7</sup> In particolare, al punto 5, si legge «la maggiore trasparenza e, di conseguenza, la maggiore prevedibilità delle valutazioni della Commissione ai sensi del diritto dell'Unione in materia di concorrenza si tradurranno anche in una maggiore certezza del diritto per le imprese e i loro consulenti, i quali saranno in grado di valutare meglio la portata dei mercati rilevanti e la probabilità che la Commissione individui problemi di concorrenza in un caso specifico. Le imprese potranno tener conto di tali fattori nel loro processo decisionale interno [...]. Gli orientamenti contenuti nella presente comunicazione aiuteranno inoltre le imprese ad anticipare il tipo di informazioni che la Commissione ritiene pertinenti ai fini della definizione del mercato».



#### 4. Soggetto responsabile dell'illecito

La nozione di impresa, ai fini del diritto *antitrust*, deriva dal diritto europeo e si riferisce a un'unità economica anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale entità economica sia costituita da più persone, fisiche o giuridiche.

In particolare, nella sentenza n. 8259 del 15 maggio 2023, relativa al procedimento I814 – *Diritti internazionali*, la Prima sezione del Tar Lazio ha ribadito i costanti orientamenti in materia precisando che, ai fini dell'imputazione delle sanzioni *antitrust*, non deve farsi necessariamente ed esclusivamente riferimento alla persona giuridica che materialmente ha posto in essere la condotta, in quanto «la nozione di impresa va riferita a qualsivoglia soggetto che esercita l'attività economica a prescindere dalla sua conformazione giuridica e dal suo status e, quindi, anche a prescindere dal fatto se essa sia costituita da più persone fisiche o giuridiche»<sup>8</sup>. La visione sostanziale tipica del diritto eurounitario supera lo schermo formale del soggetto giuridico e guarda al fenomeno economico unitario «sicché la condotta anticoncorrenziale può ben essere dedotta da un complesso di elementi riferiti a più soggetti dei quali sia evidente il collegamento comportamentale sul mercato». Tra gli indizi raccolti a supporto della qualificazione della società ben possono rientrare l'identità dei soggetti e la loro capacità di influenzare le scelte della società in ragione delle quote possedute, delle cariche ricoperte e dei ruoli operativi; la stessa continuità della condotta unitaria della società; le modalità operative con cui le società del gruppo agivano nei confronti degli interlocutori esterni, secondo una logica evidentemente congiunta.

La formale separazione tra due imprese conseguente alla loro distinta personalità giuridica non è decisiva, poiché ciò che rileva è l'unità o meno del loro comportamento sul mercato e, in definitiva, la nozione economica di agente economico<sup>9</sup>. La giurisprudenza europea ritiene che il comportamento di una controllata possa essere imputato alla società controllante quando, «pur avendo personalità giuridica distinta, tale controllata non determini in modo autonomo la sua linea di condotta sul mercato, ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla

---

<sup>8</sup> Si veda, sul punto, anche Cons. Stato, sentenza n. 3570 del 9 maggio 2022, relativa al procedimento 1808 – *Gara Consip FM4 – Accordi tra i principali operatori del facility management*. Si veda anche Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 10 aprile 2014, in cause riunite da C-231/11 P a C-233/11 P, *Commissione contro Siemens AG Österreich*, EU:C:2014:256; sentenza del 12 luglio 1984, causa 170/83, *Hydrotherm contro Ditta Compact*, EU:C:1984:271, punto 11; sentenza del 14 luglio 1972, causa 48/69, *Imperial Chemical Industries contro Commissione*, EU:C:1972:70, punto 140.

<sup>9</sup> A livello europeo la nozione di impresa si riferisce a qualsiasi ente che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico del soggetto stesso e dalle sue modalità di finanziamento. Si veda in tal senso, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza dell'11 luglio 2013, in causa C-440/11, *Commissione contro Stichting*, EU:C:2013:514, punto 37.

società controllante, in considerazione, segnatamente, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra le due entità giuridiche»<sup>10</sup>.

Inoltre, il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 4779 del 13 giugno 2022, relativa al procedimento I814 – *Diritti internazionali*, ha ribadito che secondo costante giurisprudenza europea, il diritto dell’Unione in materia di concorrenza riguarda le attività delle imprese e la nozione di impresa abbraccia qualsiasi soggetto che eserciti un’attività economica, a prescindere dallo status giuridico del soggetto stesso. In particolare, «ciò che rileva non è la personalità giuridica delle società, ma l’unità del loro comportamento sul mercato. Tale unità di condotta nel mercato può essere dedotta da un complesso di elementi anche qualora gli stessi, isolatamente considerati, non siano sufficienti per dimostrare l’esistenza di tale unitarietà economica»<sup>11</sup>.

## 5. *Elemento soggettivo nell’illecito antitrust*

La giurisprudenza amministrativa, nel corso del biennio in esame, si è anche variamente soffermata sulla questione della configurazione dell’elemento soggettivo che caratterizza gli illeciti *antitrust*. Nello specifico, con riferimento alle intese restrittive della concorrenza, nella sentenza n. 2117 del 1 marzo 2023, relativa al procedimento I805 – *Prezzi del cartone ondulato*, il Consiglio di Stato ha evidenziato che «il fatto che un’impresa non abbia preso parte a tutti gli elementi costitutivi dell’intesa, e in particolare che non abbia assistito alle riunioni anticoncorrenziali o che non abbia avuto conoscenza di tutti i contatti anticoncorrenziali tra i concorrenti, non è sufficiente a dimostrare che essa non possedeva il grado di conoscenza richiesto al fine di accertare la sua partecipazione a tale infrazione».

Del resto, già con la sentenza n. 8400 del 30 settembre 2022, relativa al procedimento I821 – *Affidamenti vari di servizi di vigilanza privata*, il Consi-

<sup>10</sup> Corte di Giustizia dell’Unione Europea, sentenza del 10 aprile 2014, in cause riunite C-247/11 P e C-253/11, *Areva e Alstom contro Commissione*, EU:C:2014:257, punto 30; sentenza del 18 luglio 2013, in causa C-501/11, *Schindler Holding contro Commissione*, EU:C:2013:522, punto 101). Inoltre, affinché possa dirsi che un gruppo corrisponde ad un’unica entità economica e affinché si possa così imputare alla capogruppo il comportamento concorrenziale della controllata è necessario che vengano soddisfatte due condizioni cumulative: la società madre deve avere la capacità di esercitare una influenza determinante sulla controllata e, soprattutto, essa deve aver esercitato in concreto questo potere (Corte di Giustizia, sentenza del 26 settembre 2013, causa C-179/12P, *The Dow Chemical Company contro Commissione*, EU:C:2013:605, punto 55). La seconda condizione comporta la necessità di provare, in concreto, l’esercizio effettivo dell’influenza determinante della società madre sulla propria controllata, ossia l’intensità e l’impatto di tale influenza, può essere oggetto di presunzione. A tal fine, occorre guardare ai legami organizzativi, economici e giuridici intercorrenti tra l’impresa controllante e controllata, tenendo conto di tutte le circostanze specifiche del caso.

<sup>11</sup> Si veda in tal senso, Corte di Giustizia dell’Unione Europea, sentenza del 1° luglio 2010, causa C-407/08P, *Knauf Gips contro Commissione*, EU:C:2010:389.

glio di Stato aveva evidenziato che in presenza di un illecito collusivo ripetuto da imprese diverse per un certo periodo di tempo, la caratterizzazione della violazione come una singola collusione non comporta la considerevole conseguenza – rilevante in tema di partecipazioni assuntivamente “minori” o “marginali” alla concertazione anti competitiva – che un partecipante deve essere ritenuto responsabile per tutte le azioni del cartello, anche se non abbia preso personalmente parte alla totalità di esse, una volta che abbia deciso di assentire alla concertazione medesima. Ne discende che, «anche alle imprese che sostanzialmente negano il proprio coinvolgimento nella concertazione collusiva accertata dall’Autorità, risulta applicabile il principio secondo il quale la continuità dell’infrazione non può essere esclusa per il solo fatto che la partecipazione soffra di uno sviluppo diacronico – nel caso di intese aventi prolungata articolazione temporale – isolato, ovvero parcellizzato nel corso di individuati e/o circoscritti periodi»<sup>12</sup>. Ciò, in quanto, il cartello è una collusione (“*conspiracy*”) dei suoi membri e, dunque, anche coloro la cui partecipazione sia stata limitata, per non aver preso parte a tutti gli aspetti dell’accordo anti-competitivo o per avervi svolto un ruolo minore, contribuiscono alla cospirazione complessiva. E, pertanto, anche un partecipante in possesso di una quota minore nel mercato di riferimento può contribuire alla collusione. Il solo modo di evitare la responsabilità è quello di presentare una domanda di clemenza confessando la presenza di un accordo o di dissociarsi pubblicamente da quanto è stato concordato.

Con la sentenza del 31 ottobre 2023, n. 9380, relativa al procedimento 1835 – *Mercato dei contatori d’acqua*, invece, il Consiglio di Stato ha affermato che la sola partecipazione di un’impresa alle riunioni nel corso delle quali sono stati definiti gli elementi dell’intesa vietata «rappresenta un dato che non consente a tale impresa di invocare poi la propria estraneità rispetto alla fattispecie oggetto di sanzione: a meno che essa non si sia manifestamente opposta alla pratica che si andava in modo evidente delineando, ovvero riesca persuasivamente a dimostrare che la sua partecipazione alle riunioni non si sia connotata di alcuno spirito anticoncorrenziali».

Con sentenza del 15 dicembre 2022, n. 10993, relativa al procedimento A531 – *Riciclo imballaggi primari/Condotte abusive Corepla*, invece, il Consiglio di Stato ha esaminato le questioni concernenti il coefficiente psicologico di colpevolezza. In particolare, si è evidenziato che «l’accertamento dell’elemento soggettivo, quanto meno della colpa, pure non rilevante ai fini dell’accertamento dell’infrazione e dell’adozione di misure inibitorie, costituisce il presupposto necessario per l’applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie». Ciò in

---

<sup>12</sup> Tar Lazio, Roma, sez. I, 29 marzo 2012, n. 3029, confermata da Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2014, n. 4506.

quanto, facendosi questione di misure punitive, devono trovare giustificazione in un giudizio di rimprovero personale nei confronti dell'agente. Nel caso di specie l'appellante lamentava l'assenza dell'adempimento dell'onere di allegazione e di prova a carico dell'Autorità *antitrust*, da adempiere a pena di illegittimità della sanzione. Il Consiglio di Stato ha puntualmente ribadito il suo granitico orientamento secondo cui la valutazione operata dall'Autorità, consistente nell'allegare e documentare puntualmente le circostanze fattuali da cui poter desumere la finalità escludente delle condotte risulta corretta, emergendo un piano probatorio tale da dimostrare che l'impresa abbia agito con la precisa intenzione di escludere dal mercato un proprio competitore, assumendo condotte economicamente ingiustificabili. Dall'esame delle pronunce sopra riportate, emerge dunque che le disposizioni che vietano gli illeciti anticoncorrenziali, individuando delle fattispecie tipizzate incentrate sulla mera condotta secondo un criterio di agire o di omettere doveroso, ancorino il giudizio di colpevolezza a parametri normativi estranei al dato puramente psicologico, con la conseguenza che, una volta integrata e provata dall'Autorità la fattispecie tipica dell'illecito, grava sul trasgressore, in virtù della presunzione di colpa che permea il sistema della responsabilità da illecito amministrativo (argomentazione *ex art.* 3 l. 24 novembre 1981, n. 689), l'onere di provare di aver agito in assenza di colpevolezza.

## 6. *Intesa restrittiva della concorrenza*

### 6.1. *Nozione di intesa*

La disciplina delle intese costituisce la colonna portante del diritto *antitrust*, nazionale ed europeo.

L'art. 101 TFUE vieta tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese, e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra gli Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno. Il medesimo divieto è posto, nella normativa nazionale, dall'art. 2, l. n. 287/1990. La funzione di tali disposizioni è quella di tutelare la concorrenza sul mercato, al fine di garantire il benessere dei consumatori e un'allocazione efficiente delle risorse.

Con sentenza n. 1466 del 10 febbraio 2023 del Consiglio di Stato, relativa al procedimento I794 – *ABI/SEDA*, il Consiglio di Stato ha avuto modo di precisare che «rientrano nell'ambito delle intese di prezzo vietate non solo le concertazioni con cui le imprese fissano i prezzi a livelli determinati, ma in generale tut-

te le intese che abbiano per oggetto o per effetto quello di cortocircuitare la libera determinazione individuale del prezzo e, quindi, la sua naturale flessibilità».

Invece, con la sentenza n. 10914 del 18 dicembre 2023, relativa al procedimento I835 – *Mercato dei contatori d'acqua*, i giudici di Palazzo Spada hanno ribadito gli ormai cristallizzati principi, sia a livello nazionale che comunitario, concernenti la nozione di intesa. Dopo aver ribadito la formulazione dell'art. 101 TFUE, si afferma che «accordi e pratiche concordate sono forme collusive che condividono la medesima natura e si distinguono solo per la loro intensità e per le forme in cui esse si manifestano e, possono coesistere anche nell'ambito di una stessa intesa<sup>13</sup>. Mentre la fattispecie dell'accordo ricorre qualora le imprese abbiano espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo, la pratica concordata corrisponde ad una forma di coordinamento che, senza essersi spinta fino alla stipulazione di un vero e proprio accordo, sostituisce, in modo consapevole, un'espressa collaborazione fra le stesse per sottrarsi ai rischi della concorrenza».

Tale orientamento si pone in linea di continuità con quanto affermato 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 di Palazzo Spada hanno infatti nuovamente affermato che per intesa restrittiva della concorrenza, si intendono «tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno».

Il testo normativo europeo, di cui all'art. 101 TFUE contempla alcune fattispecie tipiche aventi tuttavia valenza non tassativa. A tal fine, «l'individuazione delle condotte illecite atipiche deve partire dalla concezione sottesa alle norme del TFUE in materia di concorrenza secondo cui ogni operatore economico deve determinare autonomamente la condotta che intende seguire nel mercato interno, cosicché devono ritenersi vietati i contatti diretti o indiretti di qualsiasi genere che possano influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente, attuale o potenziale, o rivelare a tale concorrente la condotta che essi hanno deciso o intendono seguire sul mercato quando tali contatti abbiano quale scopo o effetto una restrizione della concorrenza».

In conclusione, i giudici affermano che la nozione di pratica concordata per oggetto esige il soddisfacimento di tre condizioni: «i) una concertazione tra le imprese interessate; ii) un comportamento sul mercato da parte di tali imprese che dia seguito a tale concertazione; iii) un nesso causale tra concertazione e com-

---

<sup>13</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 5 dicembre 2013, causa C-449/11P, *Solvay Solexis contro Commissione*, EU:C:2013:802.

portamento sul mercato, senza che tuttavia tale comportamento debba ripercuotersi in quanto tale in una concreta restrizione della concorrenza».

## 6.2. *Nozione di accordo e pratica concordata*

La distinzione tra accordo e pratica concordata è stata definita e affinata nella giurisprudenza amministrativa degli ultimi anni, e ha trovato conferma anche nelle sentenze rese dal Tar Lazio e dal Consiglio di Stato nel corso del biennio 2022-2023. La giurisprudenza ha evidenziato, nella sentenza n. 2117 del 1° marzo 2023, del Consiglio di Stato, relativa al procedimento I805 – *Prezzi del cartone ondulato*, la diversità esistente tra le due nozioni di accordo e pratica. Il primo ricorre quando le imprese hanno espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo. La seconda ricorre, invece, quando si realizza una forma di coordinamento tra imprese che senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce, in modo consapevole, un'espressa collaborazione tra le stesse per sottrarsi ai rischi della concorrenza. La sesta sezione ha infatti approfondito tale distinzione, affermando che «l'intesa restrittiva della concorrenza può realizzarsi sia mediante un "accordo", sia mediante una "pratica concordata", cioè attraverso una forma di coordinamento e cooperazione consapevole (concertazione) tra imprese posta in essere a danno della concorrenza, che non richiede una manifestazione di volontà reciproca tra le parti, o un vero e proprio piano»<sup>14</sup>. Viene specificato che la figura dell'accordo sia rara nella prassi, in quanto gli operatori di mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, ed essendo consapevoli della sua illiceità, tenderanno con ogni mezzo di celarla, evitando accordi scritti o accordi verbali espressi e ricorrendo, invece, a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto. Per queste ragioni, la giurisprudenza, consapevole della rarità dell'acquisizione di una prova piena, ritiene che la prova della pratica concordata oltre che documentale possa essere anche indiziaria.

Pertanto, l'accertamento di un'intesa anti-competitiva è il portato di un'analisi complessa ed articolata, che deve tenere conto di tutti gli elementi di prova acquisiti nella loro interezza e nella correlazione reciproca che lega gli uni agli altri. Il "parallelismo dei comportamenti" può essere considerato prova di una concertazione soltanto qualora questa ne costituisca l'unica spiegazione plausibile, tenuto conto della natura dei prodotti, dell'entità e del numero delle imprese.

---

<sup>14</sup> Si veda, in tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2022, n. 4779, relativa al procedimento I814 – *Diritti internazionali*.

Le spiegazioni lecite alternative devono essere esaminate non nella loro astratta plausibilità, ma nel contesto in cui sono concretamente formulate<sup>15</sup> <sup>16</sup>.

Inoltre, si segnala che, in base alla disciplina europea, ogni impresa deve determinare autonomamente le proprie condotte e vieta rigorosamente che fra gli operatori abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi lo scopo o l'effetto di influire sul comportamento tenuto sul mercato da un concorrente attuale o potenziale, ovvero di rivelare ad un concorrente il comportamento che l'interessato ha deciso, o prevede, di tenere sul mercato. Tale ultima previsione è stata confermata, con opportune precisazioni dalla sentenza del 25 luglio 2023, n. 7273, relativa al procedimento I820 – *Fatturazione mensile con rimodulazione tariffaria*, con la quale i giudici di Palazzo Spada hanno affermato che «ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che intende seguire sul mercato. Devono, quindi, ritenersi vietati i contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato». Ciononostante, il parallelismo dei comportamenti può essere considerato prova di una concentrazione «soltanto qualora questa ne costituisca l'unica spiegazione plausibile. L'art. 101 TFEU, infatti, mentre vieta qualsiasi forma di collusione atta a falsare il gioco della concorrenza, non esclude il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti»<sup>17</sup>. Pertanto, ove si ipotizzi la ricorrenza di un parallelismo di comportamenti, diventa necessario accertare se esso non possa, tenuto conto della natura dei prodotti, dell'entità e del numero delle imprese e del volume del mercato, spiegarsi altrimenti che con la concertazione. Anche la Corte di Giustizia, in applicazione del menzionato criterio, ha avuto modo di affermare che, «se la spiegazione del parallelismo di comportamenti basata sulla concertazione non è l'unica plausibile [...], il parallelismo di comportamenti accertato dalla Commissione non può costituire la prova della concertazione»<sup>18</sup>. Anzi, per quanto riguarda la valutazione del materiale probatorio, va rammentato, che nella maggior parte dei casi, l'esistenza di una pratica o di un accordo anticoncorrenziale deve essere dedotta da un certo numero di coincidenze e di indizi i quali, considerati nel loro insieme, possono rappresentare, in mancanza di un'altra spiegazione coerente, la

<sup>15</sup> In tal senso si veda Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2018, n. 3197.

<sup>16</sup> Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2018, n. 3197; Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4123.

<sup>17</sup> Sul punto si veda la sentenza *Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe/Commissione*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, punto 126, in base al quale, in applicazione dell'art. 101 TFEU «la nozione di pratica concordata, implica, oltre alla concertazione tra le imprese interessate, un comportamento sul mercato che dia seguito a tale concertazione e un nesso causale tra questi due elementi».

<sup>18</sup> Corte di Giustizia, cause riunite, C-23 89/85, C-104/85, C-114/85, C-117/85 e da C-125/83 a C-129/85.

prova di una violazione delle norme sulla concorrenza<sup>19</sup>. Simili indizi e coincidenze consentono, se valutati globalmente, di rivelare non soltanto l'esistenza di comportamenti o accordi anticoncorrenziali, ma anche la durata di un comportamento anticoncorrenziale continuato e il periodo di un accordo concluso in violazione delle regole di concorrenza<sup>20</sup>.

### 6.3. *Intese restrittive per “oggetto” e intese restrittive per “effetto”*

La definizione normativa *ex art. 101 TFUE* distingue tra intese restrittive per “oggetto”, ovvero quello che, tenuto conto del tenore delle disposizioni collusive, degli obiettivi perseguiti, del contesto economico e giuridico nel quale si inseriscono, hanno “contenuto” anticoncorrenziale – e intese restrittive per “effetto”, la cui dannosità può essere apprezzata soltanto sul terreno delle ripercussioni negative registratesi sulla struttura del mercato.

Con la sentenza n. 2117 del 1 marzo 2023, relativa al procedimento I805 – *Prezzi del cartone ondulato*, il Consiglio di Stato ha rilevato come «nel coordinamento tra imprese c.d. “per oggetto”, come la fissazione di prezzi o la spartizione del mercato, che possono essere considerate, per la loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, l'Autorità non è tenuta a svolgere ulteriori accertamenti volti a verificare se l'intesa avesse in concreto prodotto effetti anticoncorrenziali sul mercato, una volta stabilito il suo oggetto anti-competitivo, perché la probabilità di effetti negativi è talmente alta da rendere inutile la dimostrazione degli effetti concreti sul mercato<sup>21</sup>».

Tale orientamento sembra confermare la costante giurisprudenza sul punto. Basti richiamare la sentenza n. 3570 del 9 maggio 2022, relativa al procedimento I808 – *Gara Consip FM4 – Accordi tra i principali operatori del facility management*, nella quale il Consiglio di Stato aveva rilevato come tale distinzione, che rileva già sul piano degli elementi costitutivi dell'illecito, comporta un regime probatorio diverso. Per le pratiche qualificate come restrizioni per “oggetto”, non occorre dimostrarne gli effetti sulla concorrenza al fine di qualificarle come “restrizione della concorrenza”, ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, in quanto – secondo la valutazione prognostica del legislatore – siffatti comporta-

<sup>19</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 6 dicembre 2012, *Commissione/Verhuizingen Coppens*, T-441/11, EU:C:2012:778, punto 70.

<sup>20</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 18 marzo 2021, causa C-440/19, par. 110 e 111.

<sup>21</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 19 marzo 2015, causa C-286/13P, *Dole Food contro Commissione*, EU:C:2015:184, punto 115; sentenza del 26 novembre 2015, causa C-345/14, *Sia contro Konkurrences padome*, EU:C:2015:784, punto 20; sentenza del 23 gennaio 2018, causa C-179/16, *Hoffman-La Roche contro Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, EU:C:2018:25, punti 78 e 79.



menti sono di per sé dannosi per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, in quanto determinano riduzioni della produzione e aumenti dei prezzi, dando luogo ad una cattiva allocazione delle risorse a detrimento, in particolare, dei consumatori<sup>22</sup>. Per contro, qualora non sia dimostrato l'oggetto anticoncorrenziale di un accordo o di una pratica concordata, occorre esaminare i suoi effetti al fine di fornire elementi comprovanti che il gioco della concorrenza è stato, di fatto, impedito, ristretto o falsato in modo sensibile<sup>23 24</sup>.

Peraltro, come affermato nella sentenza del 25 luglio 2023, n. 7273 dalla Sesta sezione del Consiglio di Stato, relativa al procedimento I820 – *Fatturazione mensile con rimodulazione tariffaria*, l'accertamento della sussistenza di un'intesa "per oggetto" non può prescindere dal tenore delle disposizioni dell'intesa stessa, dagli obiettivi che si intendono raggiungere, dal contesto economico e giuridico nel quale l'intesa stessa si colloca. Nella valutazione di tale contesto, «occorre prendere in considerazione anche la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione». Nello stesso senso si muove anche la giurisprudenza comunitaria<sup>25</sup>, che ha chiarito che il criterio giuridico fondamentale per determinare se un accordo o una pratica concordata comporti una restrizione della concorrenza "per oggetto", ai sensi dell'art. 101, paragrafo 1, TFUE, risiede nel rilievo che un siffatto accordo o una siffatta pratica concordata presenta, di per sé, un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente per ritenere che non sia necessario individuare gli effetti. Per valutare se un tipo di coordinamento tra imprese presenti un grado sufficiente di dannosità per essere considerato come restrizione del-

<sup>22</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 19 marzo 2015, causa C-286/13P, *Dole Food contro Commissione*, EU:C:2015:184, punto 115; sentenza del 26 novembre 2015, causa C-345/14, *Sia contro Konkurrences padome*, EU:C:2015:784, punto 20; sentenza del 23 gennaio 2018, causa C-179/16, *Hoffman-La Roche contro Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, EU:C:2018:25, punti 78 e 79.

<sup>23</sup> Tale orientamento è stato da ultimo confermato con la sentenza n. 10914 del 18 dicembre 2023, relativa al procedimento I835 – *Mercato dei contatori d'acqua*, nella quale la Sesta sezione del Consiglio di Stato ha ribadito la distinzione che deve essere operata tra le "intese per oggetto" e le "intese per effetto". Le prime si caratterizzano per il fatto che «tenuto conto del tenore delle disposizioni collusive, degli obiettivi perseguiti, del contesto giuridico ed economico nel quale si inseriscono, hanno "contenuto anticoncorrenziale"; per quanto concerne le seconde invece, «la dannosità può esser apprezzata soltanto sul terreno delle ripercussioni negative registratesi sulla struttura del mercato».

<sup>24</sup> In tal senso si veda anche Cons. Stato, sez. VI, 30 settembre 2022, n. 8400, relativa al procedimento istruttorio I821 – *Affidamenti vari di servizi di vigilanza*. In tale pronuncia, il Consiglio di Stato ha ribadito la distinzione che deve essere effettuata tra le "intese per oggetto" e le "intese per effetto" e, soprattutto, del relativo onere probatorio in capo all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Nel caso specifico, i Giudici hanno accolto l'appello della società Sicuritalia, attiva nel mercato dei servizi di vigilanza proposto avverso la sentenza del Tar Lazio n. 8825/2921 che, in primo grado, aveva confermato il provvedimento sanzionatorio. I giudici della Sesta sezione, pertanto, hanno ritenuto fondate le censure degli appellanti, in quanto il quadro probatorio e istruttorio (costituito principalmente da scambi di corrispondenza e documenti societari) ricostruito dall'Autorità non era sufficiente a sostenere una lettura in chiave anticoncorrenziale del comportamento tenuto dalle imprese.

<sup>25</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 26 settembre 2018, causa C-99/17.

la concorrenza “per oggetto”, occorre riferirsi segnatamente alla sua portata, agli obiettivi che esso mira a raggiungere, nonché al contesto economico e giuridico nel quale esso si colloca. Nell’ambito della valutazione di detto contesto, occorre altresì considerare la natura dei beni o dei servizi interessati nonché le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione.

#### 6.4. *Infrazione unica e continuata e “piano d’insieme”*

Per quanto riguarda la configurazione di un’intesa unica e complessa, nel biennio preso in esame nella presente rassegna, sono stati confermati i consolidati orientamenti della giurisprudenza nazionale, ma soprattutto europea.

Nella sentenza n. 4779 del 13 giugno 2022 del Consiglio di Stato, relativa al procedimento I814 – *Diritti* internazionali, nel delineare i tratti essenziali di tale istituto, si afferma che «si configura un unico illecito *antitrust* quando una serie di accordi e/o di pratiche protratte nel tempo perseguano uno specifico obiettivo anticoncorrenziale comune e siano caratterizzati da un nesso di complementarietà, ossia contribuiscono interagendo tra loro alla realizzazione degli effetti concorrenziali voluti dagli autori». Tutto ciò a prescindere dal fatto che una o più imprese abbiano aderito al piano comune solamente in determinate occasioni o per un limitato periodo di tempo<sup>26</sup>. Da tali premesse discende l’assunto secondo il quale, in presenza di un illecito collusivo ripetuto da imprese diverse, la caratterizzazione della violazione come una singola collusione comporta la conseguenza che un partecipante sia ritenuto responsabile per tutte le azioni del cartello, anche se non abbia preso personalmente parte alla totalità di esse, una volta che abbia deciso di assentire alla concertazione medesima.

Con la sentenza n. 1466 del 10 febbraio 2023 del Consiglio di Stato, relativa al procedimento I794 – *ABI/SEDA*, i Giudici di Palazzo Spada rilevano che «l’addebito di una concertazione contraria all’art. 101 TFUE conclusa, eventualmente, in sede associativa, esclusivamente in ragione del ruolo istituzionale svolto in qualità di membro di tale associazione, non risulta in piena sintonia con quella giurisprudenza secondo cui l’affiliazione di un’impresa ad un’associazione di categoria non implica automaticamente che i vari comportamenti illeciti di quest’ultima debbano essere imputati alla singola impresa, se manca la prova di una qualche forma di partecipazione personale dell’impresa alla concertazione di cui si tratta. In altre parole, si richiede un quid partecipativo che non può essere

---

<sup>26</sup> Tribunale dell’Unione Europea, sentenza del 12 dicembre 2007, cause riunite T-101/05 e T111/05, *BASF AG e UCB SA contro Commissione*, EU:T:2007:380.

identificato nella semplice circostanza di essere una delle più importanti imprese aderenti ad una certa associazione».

Con la sentenza del 1° marzo 2023, n. 2117, relativa al procedimento I805 – *Prezzi del cartone ondulato*, il Consiglio di Stato ha illustrato la questione concernente l'unicità o molteplicità di intese e quella del c.d. "piano di insieme". Si afferma che «un piano d'insieme, pur se connotato da una pluralità di azioni e condotte, in realtà descrive l'elemento decisivo ai fini dell'accertamento dell'esistenza di un'infrazione al diritto della concorrenza e, nella specie, di un'unica infrazione specifica volta per volta. Invero, le azioni relative ai due diversi mercati s'inscrivono in altrettanti, ma separati piani globali, dei quali, a seconda che si muovano in uno, nell'altro o in entrambi i contesti, i partecipanti sono ben a conoscenza di qual sia il tipo d'intesa in cui stanno operando».

Riferendosi a copiosa giurisprudenza in materia, i Giudici hanno affermato che «l'unicità dell'intesa va riconosciuta comunque quando si possa stabilire che ciascuna delle parti sia a conoscenza non solo dell'obiettivo comune, ma anche delle azioni poste in essere dalle altre parti per raggiungerlo. Ove manchi la prova della conoscenza del "piano d'insieme", da parte di tutte le imprese coinvolte, l'intesa unica non può essere riconosciuta, nonostante la sussistenza in concreto di alcuni degli elementi indicativi dell'esistenza di detto "piano d'insieme"»<sup>27</sup>. Del resto, viene confermato che «elementi quali la sussistenza di condotte di vario tipo, la sovrapponibilità, più o meno ampia, delle parti delle varie possibili intese, la coincidenza del periodo temporale in cui le condotte sono state poste in essere e l'eventuale complementarietà tra le varie linee di azione assumono rilevanza solo in quanto indici della sussistenza del singolo "piano di insieme", che però, a sua volta, determina l'unicità della intesa solo se sia conosciuto da tutte le parti»<sup>28</sup>. Infatti, l'unicità dell'intesa va riconosciuta comunque quando si possa stabilire che ciascuna delle parti sia a conoscenza non solo dell'obiettivo comune, ma anche delle azioni poste in essere dalle altre parti per raggiungerlo<sup>29</sup>. Ove manchi la prova della conoscenza del "piano d'insieme", da parte di tutte le imprese coinvolte, l'intesa unica non può essere riconosciuta, nonostante la sussistenza in concreto di alcuni degli elementi indicativi dell'esistenza di detto "piano d'insieme"<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Tribunale dell'Unione Europea, sentenza del 13 settembre 2013, causa T-566/08, *Total Raffinage Marketing*, EU:T:2013:423, paragrafo 12; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 7 gennaio 2004, causa C-204/00 P, *Aalborg Portland contro Commissione*, EU:C:2004:6, paragrafo 258; Tribunale dell'Unione Europea, sentenza del 16 settembre 2013, causa T-378/10, *Masco contro Commissione*, EU:T:2013:469, paragrafi 24 ss.

<sup>28</sup> Tar Lazio, sez. I, 24 maggio 2021, n. 6087.

<sup>29</sup> In tal senso, si veda Cons. Stato, sez. VI, 18 novembre 2022, n. 10159, relativa al procedimento A531 – *Riciclo imballaggi primari/condotte abusive Corepla*.

<sup>30</sup> Tribunale dell'Unione Europea, sentenza del 13 settembre 2013, causa T-566/08, *Total Raffinage Marketing*, EU:T:2013:423, paragrafo 12; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 7 gennaio 2004, causa C-204/00 P, *Aalborg Portland contro Commissione*, EU:C:2004:6, paragrafo 258; Tribunale dell'U-

Con sentenza del 30 marzo 2023, n. 3312, relativa al procedimento I792 – *Gare ossigenoterapia (OTD) e ventiloterapia (VTD)*, il Consiglio di Stato ha affrontato la questione dell'onere della prova in presenza di un'infrazione unica e continuata. I giudici, infatti, affermano che «la dottrina dell'infrazione unica e continuata intende ridurre l'onere che l'Autorità di enforcement, nell'applicazione dell'art. 101, paragrafo 1, del TFUE, dovrebbe altrimenti affrontare per stabilire il fatto della collusione, quando un cartello è durato per un lungo periodo, durante il quale la natura della collusione può essere variata tra diverse parti o in momenti diversi». Pertanto, una volta dimostrata l'esistenza di un piano di insieme e di un comune obiettivo anticoncorrenziale, «l'Autorità non è tenuta a dimostrare l'illiceità di ogni singola condotta».

Si deve ricordare che, per consolidata giurisprudenza, alcune forme di coordinamento tra imprese rilevano un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l'esame dei loro effetti non sia necessario, e tra tali ipotesi vanno incluse, secondo la medesima giurisprudenza, le forme di coordinamento tra imprese c.d. “per oggetto” – come la fissazione di prezzi o il coordinamento nella partecipazione alle gare d'appalto (c.d. “*bid rigging*”), o a procedure consimili — che possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, perché la probabilità di effetti negativi è talmente alta da rendere inutile la dimostrazione degli effetti concreti sul mercato, ai fini dell'applicazione dell'art. 81, paragrafo 1, CE<sup>31</sup>.

Infine nella sentenza n. 10914 del 18 dicembre 2023 del Consiglio di Stato, relativa al procedimento I835 – *Mercato dei contatori d'acqua*, nel delineare i tratti essenziali di tale istituto, si afferma che «una violazione dell'art. 101, paragrafo 1, TFUE può risultare non soltanto da un atto isolato, ma anche da una serie di atti o persino da un comportamento continuato, anche quando uno o più elementi di questa serie di atti o di questo comportamento continuato potrebbero altresì costituire, di per sé e considerati isolatamente, una violazione di detta disposizione. Qualora le diverse azioni facciano parte di un «piano d'insieme», a causa del loro identico oggetto di distorsione del gioco della concorrenza all'interno del mercato comune, l'Autorità *antitrust* può imputare la responsabilità di tali azioni in funzione della partecipazione all'infrazione considerata nel suo insieme». Del resto, le singole condotte delle imprese devono essere valutate tenendo conto del quadro complessivo della fattispecie esaminata dall'Autorità e non in modo “atomistico”: ciò perché, in materia di intese restrittive, i singoli comportamenti delle imprese, che presi isolatamente potrebbero apparire privi di speci-

---

nione Europea, sentenza del 16 settembre 2013, causa T-378/10, *Masco contro Commissione*, EU:T:2013:469, paragrafi 24 ss.

<sup>31</sup> Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990.

fica rilevanza “anticoncorrenziale”, qualora si rivelino elementi di una fattispecie complessa, devono essere considerati quali “tasselli di un mosaico”, i cui elementi non sono significativi “in se”, ma come parte di un disegno unitario, qualificabile quale intesa restrittiva della libertà di concorrenza<sup>32</sup>.

Tutto ciò a prescindere dal fatto che una o più imprese abbiano aderito al piano comune solamente in determinate occasioni o per un limitato periodo di tempo<sup>33</sup>. Da tali premesse discende l’assunto secondo il quale, in presenza di un illecito collusivo ripetuto da imprese diverse, un’impresa che abbia partecipato a una tale infrazione unica e complessa «può essere ritenuta responsabile anche dei comportamenti attuati da altre imprese nell’ambito della medesima infrazione per tutto il periodo della sua partecipazione alla stessa».

Si deve ricordare che, per consolidata giurisprudenza, alcune forme di coordinamento tra imprese rilevano un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l’esame dei loro effetti non sia necessario, e tra tali ipotesi vanno incluse le forme di coordinamento tra imprese c.d. “per oggetto” – come la fissazione di prezzi o il coordinamento nella partecipazione alle gare d’appalto (c.d. “*bid rigging*”), o a procedure consimili — che possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, perché la probabilità di effetti negativi è talmente alta da rendere inutile la dimostrazione degli effetti concreti sul mercato, ai fini dell’applicazione dell’art. 81, paragrafo 1, CE<sup>34</sup>.

## 7. *Natura dell’illecito antitrust*

All’interno del panorama giurisprudenziale italiano e convenzionale, è indubbio che le sanzioni irrogate dall’Autorità *antitrust* abbiano natura “penale” ai fini del Trattato CEDU, tenuto conto delle finalità repressive e preventive perseguite e dal fatto che l’accertamento di un illecito *antitrust* determina, oltre all’irrogazione di pesanti sanzioni amministrative pecuniarie e alla condanna al risarcimento del danno eventualmente cagionato, anche un significativo danno reputazionale. Come si ricorda nella sentenza del Consiglio di Stato n. 2117 del 1 marzo 2023, relativa al procedimento I805 – *Prezzi del cartone ondulato*, «è indubbia la natura “penale” in senso convenzionale delle sanzioni irrogate dall’Autorità *antitrust*, tenuto conto delle finalità repressive e preventive perseguite e del fat-

<sup>32</sup> In tal senso si vedano le sentenze del Consiglio di Stato, sez. VI, nn. 8399 e 8400 del 30 settembre 2022, relative al procedimento I821 – *Affidamenti vari di servizi di vigilanza*.

<sup>33</sup> Tribunale dell’Unione Europea, sentenza del 12 dicembre 2007, cause riunite T-101/05 e T111/05, *BASF AG e UCB SA contro Commissione*, EU:T:2007:380.

<sup>34</sup> Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990.

to che l'accertamento di un *antitrust infringement* determina, oltre all'irrogazione di pesanti sanzioni amministrative pecuniarie e alla condanna al risarcimento del danno eventualmente cagionato, anche un significativo danno reputazionale». Del resto, la stessa Corte EDU, ha ritenuto in tema di *market abuse*, che la conformità con l'art. 6 CEDU, e quindi con i fondamentali principi del giusto processo, non viene meno nel caso in cui una sanzione di natura penale sia inflitta da un'Autorità amministrativa, laddove sul provvedimento adottato sia previsto un controllo a posteriori da parte di un organo indipendente e imparziale avente giurisdizione piena. In particolare, i giudici hanno affermato che «secondo la giurisprudenza della Corte Europea, il “*fair trial*” non ha ad oggetto unicamente il processo, ma anche il procedimento amministrativo e, segnatamente, per “tribunale” deve intendersi qualunque Autorità che, pur attraverso un procedimento non formalmente qualificato come “processo” nell'ordinamento interno, adotti atti modificativi della realtà giuridica, incidenti significativamente nella sfera soggettiva di un soggetto privato, anche se tale funzione viene esercitata al di fuori di una organizzazione giurisdizionale». Pertanto, la sanzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, avuto riguardo al particolare grado di severità della stessa, può in astratto assumere natura afflittiva e sostanzialmente penale alla stregua dei criteri individuati dalla giurisprudenza. In più occasioni la sesta sezione del Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare come, in applicazione dei principi sopra menzionati, all'interno della più ampia categoria di “accusa penale” occorre distinguere tra un diritto penale in senso stretto (“*hard core of criminal law*”) e casi non strettamente appartenenti alle categorie tradizionali del diritto penale.

Si ribadisce che l'intesa restrittiva della concorrenza «integra una fattispecie di pericolo, nel senso che il vulnus al libero gioco della concorrenza può essere di natura soltanto potenziale e non deve necessariamente essersi consumato. Il *vulnus* al libero gioco della concorrenza può essere di natura soltanto potenziale e non deve necessariamente essersi consumato»<sup>35</sup>. In altri termini, un'intesa deve ritenersi illecita «per il suo stesso oggetto spartitorio senza necessità di verificarne gli effetti concreti»<sup>36</sup>. Merita inoltre sottolineare anche che, in caso di intesa c.d. “per oggetto”, non è richiesta alcuna dimostrazione degli effetti sul mercato. Nella sentenza del Tar Lazio, 28 febbraio 2022, n. 2334, relativa al procedimento dell'Autorità A514 – *Condotte fibra Telecom Italia*, quanto alla contestazione della mancanza di effetti della condotta abusiva, deve osservarsi che, stante la natura di “pericolo” dell'illecito *antitrust*, non occorre anche che se ne verificino gli effetti concreti, purché venga appurata l'astratta idoneità della condotta ad altera-

<sup>35</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2014, n. 3032 e 24 ottobre 2014, nn. 5274, 5275, 5276, 5277, 5278.

<sup>36</sup> Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5998.

re il normale svolgimento del gioco concorrenziale. L'illecito, in sostanza, si perfeziona attraverso la condotta anticoncorrenziale, nella misura in cui la stessa sia astrattamente idonea a produrre effetti anticoncorrenziali, vale a dire a turbare il funzionamento corretto e la libertà stessa del mercato.

Negli stessi termini, appare significativa la sentenza del Tar Lazio, 11 aprile 2022, n. 4333, relativa al procedimento AGCM A500B – *Telecom Italia/sms informativi aziendali*, nella quale si afferma che l'Autorità non ha in alcun modo chiarito gli effetti anticoncorrenziali della condotta contestata. Infatti, nel caso preso in esame dai giudici, il provvedimento dell'AGCM si limita ad affermare l'illiceità in *re ipsa* della condotta tenuta dalla società sanzionata. Ma tale circostanza è costantemente esclusa dalla giurisprudenza nazionale ed europea, «dovendo l'Autorità dimostrare l'esistenza di un pregiudizio, anche solo potenziale, alla concorrenza». Nel caso di specie, «il pericolo di ledere la concorrenza non è provato risultando necessario almeno un'analisi del mercato, che spieghi e dimostri perché le imprese concorrenti non verticalmente integrate corrano il rischio di essere escluse dal mercato per effetto dell'accertata condotta».

Nella sentenza del Tar Lazio, sez. I, 15 maggio 2023, n. 8259, relativa al procedimento dell'Autorità I814 – *Diritti internazionali*, quanto alla contestazione della mancanza di effetti della condotta abusiva, deve osservarsi che, «deve rammentarsi che il porre in essere un'intesa restrittiva della concorrenza per oggetto costituisce un illecito di pericolo che, di per sé, già turba l'assetto del mercato, senza che occorra verificare se esso abbia prodotto concreti effetti dannosi». L'illecito, in sostanza, si perfeziona attraverso la condotta anticoncorrenziale, nella misura in cui la stessa sia astrattamente idonea a produrre effetti anticoncorrenziali, vale a dire a turbare il funzionamento corretto e la libertà stessa del mercato. Ciò vale in particolare «per le intese che, comportando una riduzione della produzione e un aumento di prezzi, si caratterizzano per la scorretta allocazione delle risorse, con pregiudizio dei consumatori, effetti negativi sul prezzo, sulla quantità e sulla qualità dei prodotti e servizi, tali da rientrare comunque nell'alveo dell'art. 101, paragrafo 1, del TFUE, indipendentemente dalla produzione di effetti concreti sul mercato».

#### 8. *Standard probatorio: elementi di prova “endogeni” ed “esogeni”*

Il principio della presunzione di innocenza, sancito dall'articolo 48, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, si applica alle procedure che possono concludersi con pesanti sanzioni afflittive. Secondo costante giurisprudenza UE, infatti, spetta all'Autorità fornire la prova delle infrazioni che

essa constatata e produrre gli elementi idonei a dimostrare l'esistenza degli elementi costitutivi che integrano la sanzione.

Tale prova può essere fornita mediante presunzioni o indizi, altrimenti, la prova dell'infrazione potrebbe risultare estremamente difficile o praticamente impossibile.

L'accertamento di un'intesa anticoncorrenziale non richiede che essa risulti da documenti o da altri elementi probatori fondati su dati estrinseci e formali, essendo sufficiente anche una prova indiziaria, purché gli indizi siano gravi precisi e concordanti. Più nello specifico, con sentenza n. 2117 del 1 marzo 2023, n. 2117, relativa al procedimento I805 – *Prezzi del cartone ondulato*, la Sesta sezione del Consiglio di Stato ha affermato, sulla scorta di granitica giurisprudenza amministrativa, che «la ricostruzione della fattispecie collusiva postula una valutazione globale delle prove acquisite, al fine di dare evidenza dell'intero assetto dei rapporti intercorrenti tra le imprese; ciò esclude la possibilità di parcellizzare i singoli elementi probatori sulla base di una considerazione meramente atomistica degli stessi. Ai fini dell'accertamento di un'intesa competitiva tra imprese è necessario, pertanto, predisporre un'analisi complessa ed articolata, che deve tenere conto di tutti gli elementi di prova acquisiti nella loro interezza e nella correlazione reciproca che lega gli uni agli altri». Si aggiunge che l'esistenza di una pratica o di un accordo anticoncorrenziale deve normalmente essere dedotta da un elevato numero di indizi e riscontri, i quali, considerati nel loro insieme, possono costituire, solo se manchi una spiegazione alternativa lecita della condotta delle imprese coinvolte, la prova di una violazione delle regole della concorrenza.

La sentenza n. 3697 del 6 marzo 2023 del Tar Lazio, relativa al procedimento I835 – *Mercato dei contatori d'acqua*, richiama alcuni principi generali consolidatisi in giurisprudenza in ordine alla natura e tipologia degli elementi probatori che giustificano l'affermazione della sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, nonché in ordine alla parte sulla quale grava il relativo onere probatorio. L'esistenza di una pratica concordata, considerata l'estremamente difficile acquisibilità della prova di essa tra i concorrenti (c.d. *smoking gun*), «viene ordinariamente desunta dalla ricorrenza di determinati indizi probatori, dai quali inferire la sussistenza di una sostanziale finalizzazione delle singole condotte ad un comune scopo di restrizione della concorrenza». In materia è, dunque, ammesso il ricorso a prove indiziarie, purché le stesse si fondino su indizi gravi, precisi e concordanti. Sempre in materia probatoria deve considerarsi la distinzione tra elementi di prova c.d. «endogeni», afferenti all'anomalia della condotta delle imprese, non spiegabile secondo un fisiologico rapporto tra di loro, ed elementi «esogeni», quali l'esistenza di contatti sistematici tra le imprese e scambi di informazioni. La collusione può essere provata anche «per inferenza», dalle cir-



costanze del mercato. La differenza tra le due fattispecie e le correlative tipologie di elementi probatori – “endogeni” ed “esogeni” – si riflette sul soggetto sul quale ricade l’onere della prova: nel primo caso, la prova dell’irrazionalità delle condotte grava sull’Autorità, mentre, nel secondo caso, l’onere probatorio contrario viene spostato in capo all’impresa. Qualora, a fronte della semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti sul mercato, il ragionamento sia fondato sulla supposizione che le condotte poste a base dell’ipotesi accusatoria oggetto di contestazione non possano essere spiegate altrimenti, se non con una concertazione tra le imprese, «a queste ultime basta dimostrare circostanze plausibili che pongano sotto una luce diversa i fatti accertati dall’Autorità e che consentano, in tal modo di dare una diversa spiegazione in chiave concorrenziale dei fatti rispetto a quella accolta nell’eventuale provvedimento». Qualora, invece, la prova della concertazione non sia basata solo sulla semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti, ma dall’istruttoria emerga che le pratiche possano essere state frutto di una concertazione e di uno scambio di informazioni “in concreto” tra le imprese, in relazione alle quali vi siano ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale, grava sulle imprese l’onere di fornire una diversa spiegazione lecita delle loro condotte e dei loro contatti. A ciò si aggiunga che “le singole condotte delle imprese devono essere valutate tenendo conto del quadro complessivo della fattispecie esaminata dall’AGCM e non in modo “atomistico”. Ciò perché, in materia di intese restrittive, i singoli comportamenti delle imprese, che presi isolatamente potrebbero apparire privi di specifica rilevanza “anticoncorrenziale”, qualora si rivelino elementi di una fattispecie complessa, come nel caso di specie, devono essere considerati quali “tasselli di un mosaico”, i cui elementi non sono significativi “in sé”, ma come parte di un disegno unitario, qualificabile quale intesa restrittiva della libertà di concorrenza. In tale ipotesi, «è sufficiente che l’Autorità tracci un quadro indiziario coerente ed univoco, a fronte del quale spetta ai soggetti interessati fornire spiegazioni alternative alle conclusioni tratte nel provvedimento accertativo della violazione “anticoncorrenziale”».

Con riferimento alla struttura del ragionamento indiziario, il Consiglio di Stato, con la sentenza del 30 marzo 2023, n. 3312, relativa al procedimento I792 – *Gare di ossigenoterapia (OTD) e ventiloterapia (VTD)*, ricorda i principi generali riferibili alla valutazione della prova indiziaria. Con quest’ultima si intende una probabilità della sussistenza del fatto da provare. Il livello di conoscenza scaturente dalla sola valutazione del fatto noto indiziante è variabile, potendo risultare, a seconda dei casi, assai cospicuo ovvero trascurabile. La valutazione della prova indiziaria va scomposta in due stadi. Il primo, è diretto ad «apprezzare la valenza qualitativa del singolo indizio, ovvero la forza di necessità logica con la quale esso è in grado di dimostrare il fatto rilevante, al fine di eliminare gli elementi

che appaiono semplici illazioni o supposizioni arbitrarie, stante l'estrema varietà e molteplicità degli accadimenti che se ne possono desumere secondo le regole di esperienza». Il secondo, è costituito dall'esame globale degli indizi così raccolti al fine di «accertare se gli stessi, una volta integrati gli uni con gli altri, siano in grado di dissolvere la loro intrinseca ambiguità». In questa fase vanno utilizzati i canoni della gravità (la capacità dimostrativa e di resistenza agli argomenti contrapposti), precisione (l'univocità che rende assai inverosimili le interpretazioni alternative) e concordanza (la coerenza narrativa, dovuta alla circostanza che gli elementi raccolti non si pongono in contraddizione tra loro).

Infine, con sentenza del 18 dicembre 2023, n. 10914, relativa al procedimento 1835 – *Mercato dei contatori d'acqua*, i giudici della Sesta sezione del Consiglio di Stato hanno affermato che in tema di prova di intese restrittive della concorrenza, il principio della presunzione di innocenza non osta all'applicazione di presunzione relative, le quali consentono di trarre una determinata conclusione in base a massime di esperienza. È infatti necessario osservare come di norma le attività derivanti da tali pratiche e accordi si svolgono in modo clandestino, le riunioni sono segrete, spesso in un paese terzo, e la documentazione ad esse relativa è ridotta al minimo. Anche se venissero scoperti documenti attestanti in modo esplicito un contatto illegittimo tra operatori, come i resoconti di una riunione, questi sarebbero di regola solo frammentari e sporadici, di modo che si rivele spesso necessario ricostruire taluni dettagli per via di deduzioni. Nella maggior parte dei casi, «l'esistenza di una pratica o di un accordo anticoncorrenziale dev'essere dedotta da un certo numero di coincidenze e di indizi i quali, considerati nel loro insieme, possono rappresentare, in mancanza di un'altra spiegazione coerente, la prova di una violazione delle regole sulla concorrenza».

## 9. *L'abuso di posizione dominante ex art. 102 TFUE*

### 9.1. *Il concetto di posizione dominante e il relativo abuso*

La normativa *antitrust* riserva un'attenzione particolare alle imprese che detengono una posizione dominante all'interno del mercato poiché esse possono falsare e distorcere la libera concorrenza qualora vengano poste in essere condotte di sfruttamento di tale situazione ritenute abusive. L'abuso di posizione dominante si concretizza quando l'impresa sfrutta il proprio potere impedendo ai concorrenti di operare sul mercato con conseguente danno anche per i consumatori. Da ciò discende la responsabilità dell'impresa in posizione dominante di non

tenere un comportamento che ostacoli lo svolgimento di una concorrenza effettiva all'interno del mercato.

In particolare, l'art. 102 TFUE e l'art. 3 della l. n. 287/1990 vietano «le condotte abusive del soggetto che si trovi in una posizione di dominanza rispetto al mercato». Entrambe le norme, però, non offrono una definizione del concetto di abuso di posizione dominante e dei relativi concetti generali, così come è meramente esemplificativa l'elencazione di alcune modalità di realizzazione dell'abuso contenuta nell'art. 102 TFUE. La definizione di tali concetti è stata quindi in vario modo elaborata dalla giurisprudenza nazionale ed europea.

Nella sentenza del Tar Lazio, sez. I, n. 2334 del 28 febbraio 2022, relativa al procedimento A514 – *Condotte Fibra Telecom Italia*, viene analiticamente esposto il concetto di posizione dominante e la fattispecie di “abuso” in cui può concretarsi la condotta di imprese operanti sul mercato in regime di concorrenza. Per posizione dominante si intende «una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva su un determinato mercato e ha la possibilità di tenere comportamenti in linea di massima indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti, e, in ultima analisi, dei consumatori»<sup>37</sup>. La norma di cui all'art. 102 TFUE, come pure l'art. 3, l. n. 287 del 1990, vieta l'abuso di posizione dominante, ma non fornisce una definizione dello stesso, rimettendo, in tal modo, all'interprete la specificazione dei concetti generali presenti nella disposizione nonché l'individuazione delle fattispecie delle condotte meritevoli di sanzione, stante la chiara non esaustività dell'elencazione dei comportamenti ivi descritti.

La norma, dunque, delinea una fattispecie “aperta”, con la conseguenza che per aversi posizione dominante non è necessario che un'impresa si trovi in una posizione di monopolio o di quasi monopolio su un dato mercato, atteso che ciò che rileva è la possibilità per l'impresa di essere in grado (se non di decidere, quantomeno) di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza.

Ciò posto, l'esistenza di una posizione dominante non è di per sé incompatibile con le norme in materia di concorrenza, atteso che è possibile che l'impresa competa lecitamente sul mercato con gli altri concorrenti; si è quindi inferito che la “dominanza” genera nell'impresa una “speciale responsabilità” di non compromettere, con il suo comportamento, lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata in mercati in cui, proprio per il fatto che vi opera un'impresa dominante, il grado di concorrenza è già ridotto<sup>38</sup>. L'applicazione della regola di cui

<sup>37</sup> Nel caso di specie, i giudici hanno confermato che la ricostruzione delle quote di mercato della società insieme al potere di mercato esplicito dalla stessa giustificavano la posizione della società in termini di dominanza sul mercato (quota di mercato pari al 92,5% nel mercato dei servizi all'ingrosso).

<sup>38</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 14 novembre 1996, causa C-333/94P, *Tetra Pak contro Commissione*, EU:C:1996:436.

all'art. 102 TFUE, pertanto, si esplica in un'attività di contestualizzazione frutto di una valutazione complessa che rapporta fattispecie giuridiche che, per il loro riferimento alla varia e mutevole realtà economica, sono di loro necessariamente indeterminate, come quelle di mercato rilevante e di abuso dominante.

Con sentenza del 15 febbraio 2023, n. 1580, relativa al procedimento A508 – *Siae/Servizi intermediazione diritti d'autore*, il Consiglio di Stato ha ricordato che lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante è una nozione oggettiva, non richiedendosi la prova di un elemento intenzionale: l'illegittimità di un comportamento abusivo, inoltre, è indipendente dalla qualificazione di tale comportamento in altri rami del diritto. Pertanto, per accertare un abuso di posizione dominante è sufficiente che il comportamento abusivo dell'impresa dominante miri a restringere la concorrenza, ovvero che sia tale da avere, o da poter avere, un tale effetto; «al più, è stato ritenuto che se la prassi di un'impresa dominante non può essere qualificata abusiva se manca del tutto un minimo effetto anticoncorrenziale, tale effetto non deve comunque essere concreto e totale rispetto alle intenzioni, essendo sufficiente un effetto anticoncorrenziale potenziale».

Con sentenza del 1° marzo 2023, n. 2114, relativa al procedimento A444 – *Akron/Gestione rifiuti urbani a base cellulosica*, il Consiglio di Stato ricorda come la disposizione di cui all'art. 102 TFUE mira a sanzionare non soltanto le pratiche che possono provocare un danno diretto ai consumatori, ma anche quelle che li danneggiano indirettamente pregiudicando la struttura di effettiva concorrenza. La Sezione ha infatti costantemente affermato che «dalla posizione di dominanza discende a carico dell'impresa una speciale responsabilità, alla luce della quale la condotta, che per un altro operatore potrebbe corrispondere a una scelta imprenditoriale libera e legittima, diviene invece fonte di effetti anticoncorrenziali tali da giustificare il divieto, con conseguenti obblighi di astenersi da comportamenti che avrebbero un effetto distorsivo proprio in quanto originari dalla dominanza».

Ai fini della configurazione dell'abuso, la giurisprudenza è costante nel rigettare una c.d. prospettiva atomistica nell'analisi delle condotte delle imprese.

Nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 3793, 14 aprile 2023, relativa al procedimento A500A – *Vodafone/Sms informativi aziendali*, viene analiticamente esposto il concetto di posizione dominante e la fattispecie di “abuso” in cui può concretarsi la condotta di imprese operanti sul mercato in regime di concorrenza. L'art. 102 TFUE dichiara incompatibile con il mercato interno e vietato nella misura in cui possa ritenersi pregiudizievole al commercio tra gli Stati membri, lo sfruttamento abusivo, da parte di una o più imprese, di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di esso.

A sostegno di tale orientamento, i giudici hanno ribadito che «tale nozione mira a sanzionare i comportamenti di un'impresa in posizione dominante che, in

un mercato in cui il grado di concorrenza sia già indebolito a seguito della presenza di tale impresa, hanno l'effetto di compromettere la conservazione di una struttura di concorrenza effettiva»<sup>39</sup>.

Proprio in tale pronuncia, i giudici riaffermano che «l'art. 102 TFUE non ha lo scopo di impedire ad un'impresa di conquistare, grazie ai suoi meriti, e in particolare grazie alle sue competenze e capacità, una posizione dominante su un mercato, né di garantire che concorrenti meno efficienti di un'impresa che detiene una posizione siffatta restino nel mercato. Invero, non tutti gli effetti preclusivi pregiudicano necessariamente la concorrenza poiché, per definizione, la concorrenza basata sui meriti può portare alla scomparsa del mercato o all'emarginazione dei concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori, segnata-mente dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità o dell'innovazione».

Del resto, il divieto di tale abuso di posizione dominante può implicare, nella sua applicazione concreta, una limitazione della libertà economica dell'impresa dominante, e pertanto deve essere giustificato dal perseguimento delle finalità "pro concorrenziali" a cui tende lo strumento azionato dall'Autorità, dovendosi scongiurare che l'intervento di quest'ultima possa, in ipotesi, costituire un deterrente allo sviluppo di nuovi prodotti, o modelli imprenditoriali, suscettibili di rappresentare un beneficio per il settore ed i consumatori. E infatti, «deve essere tenuto presente che l'intervento dell'Autorità – volto a sanzionare una pratica anticoncorrenziale – non può costituire uno strumento di controllo preventivo del mercato, bensì uno strumento atto a sanzionare *ex post* l'eventuale esercizio abusivo di tale potere». In altre parole, deve ritenersi che la valutazione alla stregua del canone di proporzionalità – tra mezzi impiegati e fini perseguiti – tenuto conto che la mera sussistenza di una posizione dominante non priva l'impresa del diritto di tutelare i propri interessi commerciali o rendere più efficiente il proprio processo produttivo, può portare ad ammettere quei comportamenti che influenzino il gioco della concorrenza entro limiti ragionevoli.

L'applicazione della regola di cui all'art. 102 TFUE, pertanto, si esplica in un'attività di contestualizzazione frutto di una valutazione complessa che rapporta fattispecie giuridiche che, per il loro riferimento alla varia e mutevole realtà economica, sono di loro necessariamente indeterminate, come quelle di mercato rilevante e di abuso dominante.

Con sentenza del 31 maggio 2023, n. 5355, con riferimento al procedimento A513 – *Acea/Condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica*, il Consiglio di Stato ha ribadito il costante assunto della giurisprudenza secondo cui ai fini dell'art. 102 TFUE, la prova dell'oggetto e quella dell'effetto

---

<sup>39</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 14 novembre 1996, causa C-333/94P, *Tetra Pak contro Commissione*, EU:C:1996:436.

anticoncorrenziale si confondono tra loro. Se si dimostra che lo scopo perseguito dal comportamento di un'impresa in posizione dominante è di restringere la concorrenza, un tale comportamento è già di per sé pregiudizievole, in quanto può anche comportare tale effetto. L'illecito dell'abuso di posizione dominante infatti «si perfeziona con la condotta anticoncorrenziale, perché di suo idonea a turbare il funzionamento e la libertà del mercato, essendo sufficiente già la mera potenzialità dell'effetto restrittivo». Ha avuto anche l'opportunità di ribadire che nel caso di sussistenza di plurimi elementi oggettivi atti a smentire la ricostruzione fatturale operata dall'Autorità, deve ritenersi necessario un maggiore approfondimento circa la supposta modalità discriminatoria della stessa. In particolare «l'onere della prova dell'idoneità della condotta a produrre effetti escludenti attuali o potenziali grava sull'AGCM. Poiché tale idoneità non deve essere puramente ipotetica, l'AGCM, per assolvere tale onere, doveva quindi dimostrare, nella decisione controversa, sulla base di elementi probatori che il procedimento utilizzato era effettivamente idoneo a favorire la società».

Invece, con riferimento agli elementi costitutivi dello sfruttamento abusivo della posizione dominante, nella sentenza del Tar Lazio, sez. I, del 6 settembre 2023, n. 13627, relativa al procedimento A519 – *Affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico ferroviario nel Veneto*, i giudici hanno affermato, sulla scorta della giurisprudenza comunitaria che «lo scopo proprio dell'articolo 102 TFUE è quello di evitare che i comportamenti di un'impresa che detiene una posizione dominante abbiano l'effetto, a danno dei consumatori, di ostacolare, ricorrendo a mezzi o a risorse diversi da quelli su cui si impernia una concorrenza normale; la conservazione del grado di concorrenza esistente sul mercato o lo sviluppo di tale concorrenza: i) per l'effetto, l'illecito è integrato non soltanto dalle pratiche che possono provocare un danno diretto ai consumatori, ma anche da quelle che li danneggiano indirettamente pregiudicando la struttura di effettiva concorrenza; ii) sebbene l'art. 102 TFUE non osti a che scompaiano o siano emarginati sul mercato in questione concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori, segnatamente dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità o dell'innovazione, ciò potrebbe lecitamente avvenire soltanto in virtù di una concorrenza basata sui meriti; iii) di conseguenza, gli elementi costitutivi dell'infrazione in esame sono rappresentati, da un lato, dalla capacità della pratica, quando è attuata, di produrre un effetto escludente, nel senso che essa può rendere più difficile la penetrazione o il mantenimento dei concorrenti nel mercato di cui trattasi, e, così facendo, può incidere sulla struttura del mercato; dall'altro, dallo sfruttamento di mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti». In particolare, l'art. 102 TFUE mira a sanzionare lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato

interno o su una parte sostanziale di esso indipendentemente dall'eventuale esito fruttuoso di un simile sfruttamento<sup>40</sup>. Ne deriva che «la prova addotta da un'impresa in posizione dominante dell'assenza di effetti escludenti concreti non può essere considerata sufficiente, di per sé, ad escludere l'applicazione dell'articolo 102 TFUE: tale circostanza potrebbe costituire un indizio del fatto che la condotta in questione non fosse idonea a produrre gli effetti escludenti dedotti, ma un tale principio di prova dovrebbe essere integrato, dall'impresa sottoposta ad accertamento, con elementi volti a dimostrare che tale assenza di effetti concreti era effettivamente la conseguenza dell'incapacità di detta condotta di produrre simili effetti».

Inoltre, posto che il benessere dei consumatori, sia intermedi sia finali, costituisce l'obiettivo ultimo che giustifica l'intervento del diritto della concorrenza per reprimere lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale del medesimo, un'impresa che detiene una simile posizione può provare che una pratica escludente non incorre nel divieto di cui all'articolo 102 TFUE, dimostrando che gli effetti che tale pratica può produrre sono controbilanciati, se non superati, da vantaggi in termini di efficienza che vanno a beneficio anche dei consumatori, in particolare in termini di prezzi, di scelta, di qualità o di innovazione

Con sentenza del 20 luglio 2023, n. 12230, relativa al procedimento A524 – *Leadiant Biosciences/Farmaco per la cura della xantomatosi cerebrotendinea*, i giudici affermano che l'analisi delle condotte poste in essere dalla società non deve essere frammentata e analizzata secondo una prospettiva atomistica, che ben può condurre a ravvisare la conformità delle stesse, singolarmente considerate, alle norme di settore. Come più volte sottolineato dalla giurisprudenza, «nell'accertamento degli illeciti *antitrust* deve invece essere privilegiata una visione di insieme. Risulta particolarmente aderente al caso in esame, il principio in base al quale l'abuso di posizione dominante può risultare da un insieme di atti che, singolarmente valutati sarebbero leciti, ma che acquisiscono la loro illiceità per il fatto di inserirsi in una strategia complessivamente abusiva».

Ai fini dell'accertamento dell'esistenza di un abuso di posizione dominante, l'Autorità può servirsi di diversi indici ben potendo l'eccessività del prezzo praticato dall'impresa stessa valere quale elemento di accertamento dell'esistenza dell'abuso. In particolare, nella sentenza di cui sopra, i giudici della Prima sezione del Tar Lazio, hanno affermato che «l'impresa dominante ben può vendere, come avviene per qualunque operatore che persegue uno scopo di lucro, ad un prezzo eccedente i propri costi, ma tale prezzo non può essere esorbitante da tale livello. Appare evidente la difficoltà pratica di determinare a quale livello scatta il discri-

<sup>40</sup> In tal senso si veda anche Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2022, n. 10933.

mine, ovvero quando il livello dei prezzi raggiunge una soglia tale da poterli considerare iniqui». In tale indagine risulta di supporto la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ha individuato dei criteri di massima al fine di determinare quando la fissazione di un dato prezzo esorbiti dal legittimo esercizio della libertà contrattuale dell'impresa ed integri invece un abuso, in quanto il prezzo deve considerarsi non equo. Tali criteri, sulla cui corretta applicazione concreta da parte dell'Autorità si dirà in seguito, sono riassumibili nel principio che un prezzo è eccessivo laddove non ha alcuna ragionevole relazione con il valore economico del prodotto<sup>41</sup>. La verifica per la valutazione dei prezzi eccessivi richiede «di stabilire se vi sia un'eccessiva sproporzione tra il costo effettivamente sostenuto ed il prezzo effettivamente richiesto e, in caso affermativo, di accertare se sia stato imposto un prezzo non equo, sia in assoluto sia rispetto ai prodotti concorrenti<sup>42</sup>». Pertanto, la valutazione può essere scomposta in due fasi: la prima richiede l'accertamento dell'esistenza di un'eccessiva sproporzione tra prezzo e costi e, qualora tale accertamento dia esito positivo, dovrà essere valutata l'iniquità del prezzo in sé stesso, o in confronto con altri. Anche recentemente la Corte di Giustizia, nel giudizio *AKKA*, causa C-177/18, ha ribadito che un prezzo è eccessivo quando risulti «privo di ogni ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita».

Infine, merita una menzione il tema della c.d. *parental liability*, in particolare nel caso di abuso di posizione dominante da parte delle società figlie. Nella sentenza n. 10571 del 1° dicembre 2022, relativa al procedimento A511 – *Enel/Condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica*, il Consiglio di Stato si occupa della c.d. *parental liability* in caso di abuso di posizione dominante. Si legge infatti che «l'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che, quando una posizione dominante è sfruttata in modo abusivo da una o più società figlie appartenenti a un'unità economica, l'esistenza di tale unità è sufficiente per ritenere che la società madre sia anch'essa responsabile di tale abuso». Inoltre, «l'esistenza di una simile unità deve essere presunta qualora, all'epoca dei fatti, almeno la quasi totalità del capitale di tali società figlie fosse detenuta, direttamente o indirettamente, dalla società madre. L'Autorità Garante della Concorrenza non è tenuta a fornire alcuna prova aggiuntiva, a meno che la società madre non dimostri che essa non aveva il potere di definire i comportamenti delle società figlie, le quali agivano autonomamente».

<sup>41</sup> In tal senso si veda, Cons. Stato, sez. VI, 13 marzo 2020, n. 1832.

<sup>42</sup> In tal senso, Corte di Giustizia, C-27/76, *United Brands*.



## 9.2. Abuso di posizione dominante e margin squeeze

Con la sentenza del 14 aprile 2023, n. 3793, relativa al procedimento A500A – *Vodafone/Sms informativi aziendali*, il Consiglio di Stato si è soffermato sulla figura del “margin squeeze” o compressione dei margini che ricorre quando la differenza tra i prezzi al dettaglio praticati da un’impresa dominante ai clienti finali ed i prezzi all’ingrosso dalla stessa praticati ai concorrenti, affinché questi possano offrire servizi confrontabili, è negativa o non sufficiente a coprire i costi specifici che gli stessi concorrenti sostengono per erogare i servizi in questione nei mercati a valle. In particolare, è stato affermato che «il *margin squeeze* è un illecito di prezzo che può essere commesso solo da un’impresa verticalmente integrata, ossia da un soggetto attivo in più stadi della filiera produttiva che vende all’ingrosso l’*input* necessario per la produzione di un determinato bene/servizio finale, competendo poi nel relativo mercato al dettaglio. Si tratta di quei casi in cui il soggetto dominante è, allo stesso tempo, fornitore e concorrente delle altre imprese [...]. L’abuso si verifica quando il differenziale di prezzo tra l’*input* intermedio [...] e il bene/servizio finale [...] è negativo o così ridotto da non mettere in condizione i concorrenti di poter competere».

Secondo la dottrina le condizioni per ritenere integrato l’abuso in esame sono le seguenti: *i*) la presenza di un’impresa verticalmente integrata, che ha una posizione dominante nel mercato dell’*input* e allo stesso tempo opera nel mercato a valle, producendo il prodotto finale in competizione con le stesse imprese alle quali offre l’*input*; vi sono quindi due mercati e imprese attive nel mercato a valle che sono sia clienti sia dirette concorrenti dell’impresa che attua tale condotta; e l’impresa deve ricoprire una posizione dominante nel mercato a monte; *ii*) l’*input* offerto dall’impresa dominante nel mercato a monte deve essere essenziale per la produzione del bene finale e non devono esistere beni alternativi da poter utilizzare; in caso contrario, nel momento in cui l’impresa dominante si dovesse comportare in maniera scorretta attuando tale pratica, le altre imprese potrebbero rivolgersi ad altri fornitori riuscendo ugualmente a produrre l’*output* e, ovviamente, l’impresa dominante non riuscirebbe ad escludere le rivali dal mercato; *iii*) è necessario che il prezzo dell’*input* fissato dall’impresa dominante che per le imprese rivali, operanti nel mercato a valle, rappresenti un’importante porzione dei costi sostenuti per ottenere il bene finale. In caso contrario sarebbe difficile affermare che la “mancanza di redditività” delle imprese rivali sia causata dal prezzo dell’*input* imposto dall’impresa dominante; *iv*) il *margin squeeze* dovrà risultare da specifici test pratici utilizzati dalle autorità *antitrust*; *v*) occorre, infine, verificare l’impatto sulla concorrenza sulle imprese rivali e sui consumatori: la condotta è infatti idonea a danneggiare anche i secondi, quantomeno nel medio periodo, nella misura in cui tali pratiche tariffa-

rie, ostacolando l'ingresso o la permanenze di altri *competitors*, riducono per i consumatori la scelta tra le differenti fonti di approvvigionamento.

Deve però segnalarsi, che secondo costante giurisprudenza europea, tenuto conto della posizione dominante dell'impresa interessata sul mercato dei prodotti all'ingrosso, va precisato che non si può escludere che, in base alla sola circostanza che il prodotto all'ingrosso non è indispensabile per la fornitura del prodotto al dettaglio, una pratica tariffaria che conduce alla compressione dei margini non sia in grado di produrre alcun effetto anticoncorrenziale, neppure potenziale. Spetta pertanto ancora al giudice del rinvio sincerarsi che, anche laddove il prodotto all'ingrosso non sia indispensabile, la pratica di cui trattasi sia idonea a produrre effetti anticoncorrenziali sui mercati rilevanti. In sostanza, la Corte di Giustizia ritiene che il "*margin squeeze*" possa, comunque, configurarsi anche se l'*input* non è indispensabile purché, comunque, si tratti di condotta idonea a produrre effetti anticoncorrenziali sui mercati rilevanti.

### 9.3. *Abuso di posizione dominante e servizi pubblici: l'art. 106 TFUE e la disciplina antitrust*

Con la sentenza del 30 agosto 2023, n. 13477, relativa al procedimento A493 – *Poste Italiane/Prezzi recapito*, il Tar Lazio si è confrontata con la doglianza relativa alla riconducibilità della condotta commerciale di un gestore di servizio economico generale, nella specie di servizio postale, all'esimente di cui all'art. 106 TFUE. In particolare, «la gestione di un servizio economico di interesse generale non esonera l'impresa affidataria dal rispetto delle regole dell'*antitrust*. È possibile una deroga agli obblighi concorrenziali nelle ipotesi in cui la loro osservazione possa pregiudicare l'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata». Anche secondo la giurisprudenza europea, pertanto, «può essere scriminata una condotta contrastante con il generale divieto di abuso di posizione dominante, solo ove ricorrano, oltre all'affidamento del servizio per atto della pubblica autorità, anche altre due condizioni: ossia l'ostacolo delle regole di concorrenza all'assolvimento del servizio pubblico, nonché la non alterazione del regime degli scambi tra Stati membri in misura contraria agli interessi dell'Unione europea<sup>43</sup>».

<sup>43</sup> In tal senso si veda Corte di Giustizia, sez. I, 8 giugno 2023, causa C-50/21.

#### 9.4. *Abuso di posizione dominante e la fattispecie dell' "excessive pricing"*

La regolamentazione del settore farmaceutico influisce sulla vita dei cittadini nel senso più immediato del termine. Il dibattito circa l' "equità" nella determinazione dei prezzi dei farmaci è più acceso che mai. Infatti, il focus che la pandemia da Covid-19 ha posto sui sistemi sanitari ha, se possibile, intensificato un' applicazione continua in questo settore. Si discute, infatti, se l'intervento delle Autorità *antitrust* possa rappresentare uno strumento efficace per ridurre i prezzi dei farmaci considerati "eccessivi". La sentenza del Tar Lazio, 20 luglio 2023, n. 12230, relativa al procedimento A524 – *Leadiant Biosciences/Farmaco per la cura della xantomatosi cerebrotendinea*, ha rappresentato un'ulteriore occasione per tentare di approfondire il cruciale tema dei prezzi eccessivi dei farmaci. I giudici amministrativi si sono, infatti, nuovamente pronunciati sul fenomeno del c.d. *excessive pricing* quale forma di abuso di posizione dominante *ex art. 102 TFUE*, nel mercato farmaceutico ribadendo i principi a suo tempo enucleati dalla giurisprudenza europea. In particolare, si è affermato che la giurisprudenza unionale postula una valutazione che può essere scomposta in due fasi: la prima richiede l'accertamento dell'esistenza di un'eccessiva sproporzione tra prezzo e costi, e qualora tale accertamento dia esito positivo, dovrà essere valutata l'iniquità del prezzo in sé stesso, o in confronto con altri. Anche recentemente la Corte di Giustizia (Corte di Giustizia, 14 settembre 2017, causa C-177/16, *AKKA*) ha ribadito che un prezzo è eccessivo quando risulti «privo di ogni ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita».

La giurisprudenza comunitaria ha delineato, ai fini di tale valutazione, un'analisi da svolgere in due fasi: nella prima occorre stabilire se vi sia una differenza significativa tra il prezzo effettivamente praticato nel mercato rilevante dall'impresa dominante e il prezzo che l'impresa avrebbe ipoteticamente praticato in caso di concorrenza effettiva nel mercato (il «prezzo di riferimento»); tale sproporzione può essere valutata obiettivamente, per esempio, prendendo in considerazione l'entità del margine di profitto dell'impresa dominante, data dal rapporto tra il costo di produzione sostenuto da tale impresa e il prezzo da essa imposto, riconoscendo tuttavia la possibilità di ricorrere ad altre e diverse metodologie ritenute congrue al fine di valutare l'esistenza della sproporzione nel caso di volta in volta esaminato. Una volta accertata una differenza significativa tra il prezzo effettivamente praticato e il prezzo di riferimento, occorre poi stabilire in quale misura tale prezzo effettivo non sia equo, vuoi in assoluto, vuoi rispetto ai prodotti concorrenti; tale seconda fase è volta a stabilire se la differenza di prezzo sia

il mero risultato di un uso abusivo del potere di mercato da parte dell'impresa dominante, o la conseguenza di altre ragioni legittime<sup>44</sup>.

#### 10. *Immediata efficacia del provvedimento sanzionatorio dell'Autorità*

Con la sentenza 14 marzo 2022, n. 2883, relativa al procedimento I748 – *Condotte restrittive del CNF/Inottemperanza*, il Tar Lazio, sede di Roma, ha affrontato il tema del provvedimento annullato in primo grado e successivamente ritenuto legittimo in appello, a seguito del quale venisse richiesto il pagamento della sanzione con la maggiorazione dovuta dagli interessi da ritardo. Nello specifico il Tar sottolinea che «l'atto dell'Autorità, in assenza di sospensione amministrativa o giudiziale, è immediatamente efficace ed esecutivo dalla data di notifica (art. 21-*bis* l. 241/90)». Sicché da tale data inizia a decorrere il termine per impugnare, nonché quello (di 90 giorni) per adempiere all'obbligo di pagare il corrispettivo della sanzione pecuniaria: alla scadenza del termine per il pagamento, iniziano a maturare interessi legali; nondimeno, scaduto il primo semestre questi ultimi vengono assorbiti nella maggiorazione di cui all'art. 27, comma 6 l. 689 cit. In particolare, «l'accoglimento dell'appello dell'amministrazione determina la reviviscenza *ex tunc* dell'originario provvedimento sanzionatorio» (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 7 febbraio 2022, n. 814, che, in un caso di fondatezza dell'impugnazione, chiarisce che «in riforma della sentenza impugnata, va respinto il ricorso di primo grado, con conseguente ripristino dell'efficacia del provvedimento con lo stesso gravato»). Di conseguenza, incentrando l'attenzione sul provvedimento, va osservato che esso deve considerarsi *ab origine legittimo ed efficace*<sup>45</sup>. Tale orientamento si pone in contrasto con precedenti del medesimo Consiglio di Stato, i quali avevano ritenuto esclusa l'esigibilità della sanzione dal momento dell'irrogazione della stessa. Si tratta segnatamente delle sentenze n. 5425/2015 e n. 931/2018, nelle quali si è affermato che «l'annullamento giudiziale della sanzione principale ha determinato la non esigibilità soggettiva della pretesa sanzionatoria. Tale annullamento, privando di efficacia il provvedimento che ha irrogato la sanzione principale, ha giustificato il “ritardo”, con conseguente insussistenza di una condotta colposa della società. In altri termini, essendo la sanzione accessoria dovuta

<sup>44</sup> La Corte di Giustizia ha anche precisato, con riferimento a tale ultima fase, che i due criteri per misurare l'iniquità di un prezzo sono alternativi, con la conseguenza che, per stabilire che un prezzo è illecito ai sensi dell'art. 102, lett. a), del TFUE, è sufficiente che anche solo una delle due alternative previste nella seconda fase del test sia soddisfatta (prezzo iniquo in assoluto/prezzo iniquo se comparato a simili) (Corte Giust. UE, *United Brands*, 14 febbraio 1978, in C 27/76; ordinanza 25 marzo 2009, in C 159/08).

<sup>45</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 25 maggio 2012, n. 3058, che, in un caso perfettamente sovrapponibile, afferma che «gli effetti della sentenza di appello, con la quale è stata caducata la sentenza di prime cure, retroagiscono al momento della proposizione del ricorso originario».

per il “ritardo” nel pagamento della sanzione principale, «se una decisione giurisdizionale, ancorché non definitiva, ritiene che tale ultima sanzione non sia dovuta non può ritenersi colpevole la condotta del soggetto che, in attesa della sentenza definitiva, non corrisponde la somma richiesta. In definitiva, non sussiste il “ritardo” e comunque esso non potrebbe ritenersi di natura colposa<sup>46</sup>».

## 11. Conclusioni

Nel corso del biennio esaminato, le pronunce del giudice amministrativo sulle principali questioni sostanziali in materia *antitrust* si sono perlopiù attestate sulla conferma di principi già saldamente affermati nella giurisprudenza nazionale ed europea.

In particolare, dal punto di vista della disciplina sostanziale merita segnalare che tutte le sentenze relative ai provvedimenti dell’Autorità relativi all’accertamento di un’intesa illecita hanno ribadito i tratti, ormai ben delineati, delle nozioni di intesa restrittiva della concorrenza, di accordo e di pratica concordata. A tal proposito si menzionano le sentenze n. 10159 del 18 novembre 2022, relativa al procedimento A531 – *Riciclo imballaggi primari/condotte abusive Corepla*, e n. 2117 del 1° marzo 2023, relativa al procedimento I805 – *Prezzi del cartone ondulato*, nella quale è stata impiegata, accanto al concetto di infrazione unica continuata, la nozione di “piano d’insieme”, per identificare l’unicità dell’intesa tra più parti coinvolte. La giurisprudenza ha poi riaffermato i consolidati principi in materia di intese “per oggetto” e per “effetto”, con particolare attenzione alle – a tratti spinose – modalità di assolvimento dell’onere della prova (spesso indiziaria).

Anche con riferimento all’abuso di posizione dominante, *ex art.* 102 TFUE, la giurisprudenza nazionale si è attestata sugli approdi già raggiunti in precedenza rimarcando la tendenziale liceità della sussistenza di una posizione di dominio sul mercato: ciò che è vietato rimane, in concreto, l’abuso di tale posizione (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 24 ottobre 2022, n. 9035; Cons. Stato, sez. VI, 1° dicembre 2022, n. 10571; Cons. Stato, sez. VI, 14 aprile 2023, n. 10571; 31 maggio 2023, n. 5355). Si è inoltre ricordato che lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante è una nozione oggettiva, non richiedendosi la prova di un elemento intenzionale (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 febbraio 2023, n. 1580).

Inoltre, i giudici amministrativi hanno avuto modo di soffermarsi sulla figura del “*margin squeeze*” che ricorre quando la differenza tra i prezzi al dettaglio

---

<sup>46</sup> In termini analoghi si veda anche Cons. Stato, n. 4844/2017 secondo la quale si dovrebbe ritenere tempestivo il pagamento della sanzione, come rideterminata dal giudice, entro il termine di 90 giorni dalla sentenza stessa, rendendo illegittima la pretesa al pagamento della maggiorazione.

praticati da un'impresa dominante ai clienti finali ed i prezzi all'ingrosso dalla stessa praticati ai concorrenti, affinché questi possano offrire servizi confrontabili, è negativa o non sufficiente a coprire i costi specifici che gli stessi concorrenti sostengono per erogare i servizi in questione nei mercati a valle (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14 aprile 2023, n. 3793); nonché sulla questione dei c.d. *excessive pricing* nel settore farmaceutico che ormai da anni ricorre nella giurisprudenza nazionale ed europea nel tentativo di conciliare l'opportunità di un intervento da parte delle Autorità *antitrust* e le peculiarità del mercato farmaceutico, soggetto ad una regolamentazione molto rigida.

*La funzione antitrust nel prisma della giurisprudenza amministrativa. Orientamenti e questioni aperte 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 sostanziali (mercati rilevanti, abusi di posizione dominante, intese restrittiva della concorrenza e onere della prova gravante sull'Autorità).

*The antitrust function in the prism of administrative case-law. Legal interpretations and open issues 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 measures of the Italian Antitrust Authority with a focus on substantive issues (relevant markets, abuses of dominant position, restrictive agreements, and the Authority's burden of proof).

## I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici: la funzione nomopoietica del consiglio di stato per un 'nuovo paradigma' di amministrazione\*

Patrizia Marzaro

SOMMARIO: 1. Il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36: il Codice dei principi e del risultato. – 2. L'innovatività del sistema dei principi e il rapporto con la legge delega. – 3. Principi o clausole generali? La funzione nomogenetica dei principi del Codice e il valore 'assiomatico' del principio di risultato. – 4. La funzionalità dei principi all'esercizio della discrezionalità; il peso della legalità sostanziale. – 5. Principio del risultato e semplificazione come comune denominatore dell'azione amministrativa secondo il giudice amministrativo. – 6. Nuovo Codice dei contratti pubblici e rifiuto della cd. burocrazia della trasparenza. – 7. Sulle radici giuridico-culturali del nuovo Codice: il ruolo della funzione *latu sensu* consultiva del Consiglio di Stato per un nuovo paradigma di amministrazione. – 8. Incertezza del diritto e ruolo del giudice amministrativo nella genesi e nell'applicazione del Codice dei principi n. 36 del 2023; per una dottrina dei precedenti.

### 1. *Il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36: il Codice dei principi e del risultato*

Che la disciplina dei contratti pubblici possa dirsi materia "tormentata"<sup>1</sup> non costituisce solo narrazione consolidata ma dato oggettivo che caratterizza la storia del nostro ordinamento.

---

\* Il presente lavoro è frutto della rielaborazione della relazione su "I principi generali del nuovo Codice e la disciplina anticorruzione" tenuta nel convegno su "Il nuovo Codice dei contratti pubblici e i relativi impatti sulla prevenzione della corruzione e sulla trasparenza", Giornata della Trasparenza 2023, Università Ca' Foscari Venezia, 23 novembre 2023, e destinato ad essere raccolto nel volume "Trasparenza e prevenzione della corruzione nel nuovo Codice dei contratti pubblici", a cura di G. Fonderico, ed. Ca' Foscari.

<sup>1</sup> Così Vetrò, Lombardo, Petrachi, *L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione: l'equilibrio instabile dei contratti pubblici*, in *Dir. Econ.*, 2023, 1, 34, a cui si rinvia anche per un'ampia lettura critica dell'evoluzione della disciplina dei contratti pubblici; particolarmente significativa anche l'analisi compiuta da Massera, Merloni, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Pubbl.*, 2022, 587 ss., e da M.A. Sandulli, *Il contenzioso dei contratti pubblici*, in Contessa, Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti commentato*, Napoli 2023.



A partire dalla legge Merloni n. 109 del 1994 – che nel dopo Tangentopoli si caratterizza per la chiara impronta anti-corruttiva – alla legge cd. obiettivo n. 443 del 2001 – con i corridoi accelerati e semplificati per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti di interesse strategico e di interesse nazionale – passando al D.Lgs. n. 163 del 2006 – il primo Codice dei contratti pubblici in cui diventa centrale la prospettiva europea pro-concorrenziale – per arrivare infine al D.lgs. n. 50 del 2016, il secondo Codice dei contratti pubblici, nel quale ritorna forte la matrice anticorruttiva – con la concentrazione in capo all'ANAC tanto della funzione di prevenzione della corruzione, quanto della regolazione e vigilanza del mercato dei contratti pubblici, proseguendo sulla strada aperta dalla legge cd. Severino n. 190 del 2012<sup>2</sup> – si può certamente convenire sul fatto che «dagli anni '90 in poi non si è mai smesso di cercare un equilibrio tra esigenze di celerità ed efficienza e garanzie di correttezza e legalità», in un quadro regolatorio in continua evoluzione e alla ricerca della semplificazione delle procedure, e in una materia di per sé «permeabile agli agenti esterni»<sup>3</sup>.

Il D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, rappresenta dunque una nuova tappa di questo processo evolutivo – il terzo Codice – nella stagione del PNRR, della post pandemia e dei conflitti bellici in Europa o ai suoi confini.

È la tappa del Codice dei principi e del risultato, come in fondo può essere icasticamente rappresentata.

Certo, è anche il Codice della fiducia e dell'accesso al mercato, e del Libro I, Parte I, Titolo I, sui principi, ma pare essere anzitutto, anche se non solo, il Codice dei principi e del risultato, posto all'apice di quell' 'albero dei principi', sul quale il legislatore – *sub specie* del giudice amministrativo, come avviene sempre più spesso nel nostro tempo – ha voluto poggiare il nuovo regime dei contratti pubblici.

Sono certamente molti, e diversi, i profili che caratterizzano la disciplina, ma non vi è dubbio che si debba riservare una specifica attenzione anche a questa 'struttura apicale' voluta dal legislatore, per chiedersi che natura abbiano le disposizioni che contiene, quale sia la loro funzione, da dove ne origini la necessità, in quale rapporto si pongano tra loro e con il resto del Codice, e ancora, e soprattutto, quale sia il significato profondo della scelta di poggiare la disciplina dei contratti pubblici su di un sistema di principi che si accompagni al complesso delle

<sup>2</sup> Cfr. a questo proposito Fracchia, *Il principio di risultato*, in *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici, Un mosaico da ricomporre*, Napoli, 2024, 13 ss., il quale fa riferimento ad una "torsione funzionale della disciplina molto forte, ora superata" e sottolinea che "anche da tale trasfigurazione funzionale è derivata una sorta di ostilità nei confronti della discrezionalità". Su questi aspetti cfr. inoltre, tra gli altri, Delsignore, Ramajoli, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 61 ss.; e Massera, Merloni, *op. cit.*, 622 ss.

<sup>3</sup> Cfr. ancora Vetrò, Lombardo, Petrachi, *op. cit.*, 60.

disposizioni puntuali con le quali il riformatore ha voluto rivedere la disciplina precedente, cercando per quanto possibile di chiarirla e semplificarla.

La forza di questa scelta – su ciò si concentrerà questo lavoro – sta nel fatto che essa è capace di ‘parlare’, di ‘orientare’ anche andando oltre la normativa di settore sui contratti pubblici, e di costituire un segnale di un più ampio processo di cambiamento – o, forse sarebbe meglio dire, di una ineludibile esigenza di maturazione di un cambiamento faticosamente in atto da tempo nell’ordinamento amministrativo – a cui pare proprio opportuno riservare una specifica attenzione e al quale del resto fa riferimento in vari passaggi anche la stessa Relazione illustrativa al Codice<sup>4</sup>.

## 2. *L’innovatività del sistema dei principi e il rapporto con la legge delega*

In realtà i principi del nuovo Codice in loro stessi non paiono così profondamente innovativi, hanno certamente radici nel passato<sup>5</sup>; ciò che sicuramente però è innovativa è la loro sistematizzazione e in ciò sta la forza che sono in grado di sprigionare. È la creazione del sistema dei principi e la collocazione in apertura al Codice di settore – e soprattutto il loro ruotare attorno alla discrezionalità dell’Amministrazione, quasi avvolgendola – ad assumere un significato sicuramente innovativo, o, quantomeno, ad aprire una porta verso una prospettiva innovativa, di cambiamento<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> In [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); sul punto interessanti anche le osservazioni di Tulumello, *Il diritto dei contratti pubblici fra regole di validità e regole di responsabilità: affidamento, buona fede, risultato*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 7 giugno 2023; secondo il quale «perché storicamente il diritto dei contratti pubblici è un ‘diritto precursore’ rispetto al diritto amministrativo generale... decodificare la nuova disciplina dell’affidamento e della tutela per equivalente può essere interessante anche per comprendere le tendenze ordinarie al di là della disciplina di settore».

<sup>5</sup> Un’interessante ricognizione delle “finalità pubbliche avute di mira dal legislatore che ha disciplinato la materia negli ultimi anni” e che indirettamente o direttamente hanno influenzato anche la costruzione dell’attuale sistema è compiuta da Fracchia, *op. cit.*, 13 ss., il quale conclude con una suggestione importante: “L’esperienza della pandemia, infine, ha portato alla luce un ulteriore e primario interesse, forse non sufficientemente messo a tema dalla dottrina, quello relativo alla dignità dell’uomo. Prima ancora che uno strumento finalizzato a garantire la concorrenza, l’ambiente, il corretto utilizzo delle risorse pubbliche, l’esigenza di contrastare la corruzione, il contratto deve essere utile all’uomo”. Sul tema dell’innovatività dei principi cfr. anche tra gli altri Chiariello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. Econ.*, 1/2023, 145; Perfetti, *Art. 1*, in Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, 2023, 5, Milano; Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it); Spasiano, *Dall’amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi*, 9/2024.

<sup>6</sup> Secondo Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn.dir.amm.*, 2023, 287, che «il D.lgs. n. 36/2023, ha deciso di aprire il nuovo Codice con l’affermazione di principi che riguardano l’intera materia dei contratti pubblici in coerenza con la naturale vocazione di un codice a costruire un sistema normativo organico. In questo modo, i principi mirano a esprimere la ‘visione’ complessiva della regolamentazione della materia che, in quanto tale, orienta l’interpretazione e l’applicazione delle singole disposizioni. Può dunque ben dirsi che i principi esprimono una sorta di ‘plusvalore’ giuridico rispetto alle singole norme».

A questo proposito non va sottovalutato anche il rapporto in cui il Codice si pone rispetto alla legge delega, la n. 78 del 2022, che, all'art. 1, comma 1, apre individuando le finalità da assicurare – l'adeguamento della disciplina «al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e dalle giurisdizioni superiori interne e sovranazionali» – ma poi, al comma successivo, prosegue senza fare riferimento alcuno, all'interno dei principi e criteri direttivi su cui si regge la delega, all'individuazione o, ancor più, alla definizione dei principi che apriranno il Codice<sup>7</sup>.

La lett. a) del comma 2, sempre dell'art. 1, fa riferimento in generale alla «inderogabilità delle misure a tutela del lavoro, della sicurezza, del contrasto al lavoro irregolare, della legalità e della trasparenza al fine di assicurare l'apertura alla concorrenza e al confronto competitivo». All'interno delle trentuno lettere che contengono principi e criteri direttivi compare invece spesso e non senza significato, come si potrà vedere nel prosieguo, la finalità della “semplificazione”, che, anche in attuazione della cd. riforma abilitante del PNRR, sembra risultare l'oggetto vivo della delega, ‘illuminato’ dal sistema dei principi, mentre è sì presente un generale riferimento a principi della disciplina dei contratti pubblici ben noti, a un insieme classico di principi<sup>8</sup>, ma nominati nel loro complesso: «pubblicità, trasparenza, concorrenzialità, non discriminazione, proporzionalità, economicità, efficacia, imparzialità” (lett. e), principi taluno dei quali compare talora anche in altre previsioni, ma senza alcuna specificazione ulteriore<sup>9</sup>. I vari criteri direttivi, invece, presentano generalmente un carattere articolato e puntuale, in modo da assicurare un esercizio adeguato ed esaustivo della delega, in grado di rispondere, o almeno di cercare di farlo, alle tante questioni aperte dalla disciplina precedente.

Il quadro naturalmente non sarebbe completo se non si ricordasse l'investitura compiuta dal legislatore nei confronti del Consiglio di Stato dal successivo comma 4, dell'art. 1, che attribuiva al Governo la facoltà di attivare la funzione di ausilio all'amministrazione prevista dall'art. 14, n. 2, del r.d. n. 1054 del 1924, secondo cui il Consiglio di Stato «formula quei progetti di legge ed i

<sup>7</sup> Parla di “principi e criteri direttivi della legge delega invero formulati in modo tale da lasciare molto spazio al lavoro dei redattori” Montedoro, *La funzione nomoflattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 1° giugno 2023.

<sup>8</sup> “I soliti noti” come sono icasticamente definiti da Caranta, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, artt. 1-12, in *Giur.it.*, 2023, 1955.

<sup>9</sup> Cfr. L'art. 1, comma 2, lettera e), «semplificazione della disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, nel rispetto dei principi di pubblicità, di trasparenza, di concorrenzialità, di rotazione, di non discriminazione, di proporzionalità, nonché di economicità, di efficacia e di imparzialità dei procedimenti e della specificità dei contratti nel settore dei beni culturali, nonché previsione del divieto per le stazioni appaltanti di utilizzare, ai fini della selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate»; ma alla semplificazione, sotto profili diversi si riferiscono espressamente anche le successive lettere f), m), n), o), q) r), s) aa), dd), ii).

regolamenti che gli vengono commessi dal Governo», funzione poi effettivamente esercitata con la redazione del progetto del Codice ad opera della Commissione del Consiglio di Stato, nella composizione integrata riportata nella relazione illustrativa al Codice<sup>10</sup>.

### 3. *Principi o clausole generali? La funzione nomogenetica dei principi del Codice e il valore 'assiomatico' del principio di risultato*

La creazione del sistema della disciplina dei contratti pubblici a partire dalla elaborazione di quello che può essere rappresentato come una sorta di 'albero dei principi', è quindi frutto del lavoro e della scelta autonoma della Commissione<sup>11</sup>, ed essi paiono estremamente significativi non soltanto nel contesto del Codice di cui si sta trattando, ma anche in una prospettiva più ampia e rilevante – sulla quale si tornerà più oltre – i cui contorni era tuttavia opportuno tracciare fin dall'inizio, perché in realtà anch'essi non rivestono i caratteri della novità assoluta, non nascono con il nuovo Codice, ma affondano in modo essenziale le proprie radici quanto meno nelle esperienze delle riforme originate dalla cd. legge Madia, n. 142 del 2015, che hanno interessato in modo sistematico il Consiglio di Stato in sede consultiva.

In ogni caso, giunti a questo punto, è evidente che la prima domanda che ci si deve porre è se con principi si abbia effettivamente a che fare – così essi vengono definiti dal Codice e dalla relazione illustrativa, che per questa loro natura fa riferimento ad una pronuncia dell'Adunanza Plenaria del 2013, la n. 13<sup>12</sup> – o, invece, si tratti di clausole generali<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> In [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>11</sup> Del resto, tra i "due importanti valori aggiunti" che presentano i Codici di settore, vi è che «essi sono più delle altre leggi, fucine di principi», così Carbone, *Quali rimedi per l'inflazione legislativa. Abrogazioni e codificazioni in Italia*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 1 febbraio 2022; osserva Montedoro, *op. cit.*, che «in questo caso... non è stata la politica a formulare i principi generali del codice ma la politica ha formulato solo i principi e i criteri direttivi della legge delega lasciando al Consiglio di Stato la formulazione dei principi che sono stati estratti dalla filosofia complessiva che si voleva imprimere alla disciplina».

<sup>12</sup> Sempre in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>13</sup> Osserva Nivarra, "Dentro" e "fuori". *Lo strano caso delle clausole e dei principi generali*, in *Europa e Dir. Privato*, 2022, 59, che «il tema delle clausole e quello dei principi generali... continua a richiamare l'attenzione degli interpreti, e su di essi si è stratificata una letteratura davvero cospicua». A tale proposito ci si limita qui a ricordare tra gli altri M. Luciani, *Certezza del diritto e clausole generali*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), secondo cui «clausole generali e principi generali sono formule utilizzate sinonimicamente, ma non è affatto detto che sia così e non a caso vi sono molti che le distinguono»; mentre secondo Sala, *Le clausole generali nel diritto amministrativo*, in *Giur. It.*, 2012, 1193, «la giurisprudenza tende a confondere principi e clausole generali. Pur se dal punto di vista materiale possono essere (in quanto l'individuazione del contenuto è rimessa per entrambi all'interprete e non senza valutazioni assiologiche) all'apparenza analoghe, si tratta di realtà giuridiche ben diverse». Alpa parla invece di «ambiguità del termine principio», in *Il dialogo sui principi generali tra legislazione, dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. scienze giuridiche*, 2013, 4, 86, e prosegue sempre sottolineando la frequenza della

La questione, infatti, si pone tipicamente quando si affronta questo modo di legiferare, tanto che dottrina che molto se ne è occupata ne sottolinea anzitutto la comune natura di «enunciati normativi connotati da un certo grado di vaghezza»<sup>14</sup>. Mentre, però, si osserva, le clausole generali «operano attraverso il rinvio a standard di giudizio (es. buona fede, correttezza professionale...)» e sono rappresentate attraverso «sintagmi contenuti in enunciati normativi», i principi sono congegnati in modo tale da «incorporare le linee guida, i valori, di un dato sistema giuridico»<sup>15</sup>, e costituiscono i «punti di partenza dai quali è possibile generare per via interpretativa nuove norme»<sup>16</sup>. Essi si presentano come «norme senza disposizione, ... la loro applicazione attiene al legale processo di produzione del diritto... [e] la loro individuazione in via giurisprudenziale incide... sul momento della definizione dell'ordinamento», laddove invece «l'applicazione dello standard appartiene alla qualificazione del fatto e alla valutazione del comportamento, alla luce di modelli costruiti su criteri di comune esperienza»<sup>17</sup>.

I principi esprimono quindi una funzione cd. nomogenetica – che è stata richiamata anche nella relazione illustrativa – e in questa loro essenza paiono meglio adattarsi alla struttura e ai contenuti delle disposizioni del Libro I, Parte I, Titolo I, del Codice dei Contratti, anche se naturalmente quest'opera di individuazione e di definizione dovrebbe essere poi condotta caso per caso all'interno dei primi dodici articoli del D.lgs. n. 36 del 2023, né si può escludere che in qualche caso essi possano contenere al loro interno anche sintagmi riconducibili alle clausole generali, o essere ricondotti *in toto* a questa categoria. Ciò parrebbe proprio essere per l'art. 5, Principio di buona fede e di tutela dell'affidamento.

Vale la pena, tuttavia, soffermarsi ancora un momento sull'interrogativo che ci si è posti e cercare di compiere un passo in più, richiamando la dottrina di un Autore che, pur nella vastità dei contributi che si registrano sul tema, rimane

---

«confusione tra principi generali e clausole generali», in una «panoplia di riferimenti», nella quale «l'espressione 'principio' assume molteplici significati, che si moltiplicano ancor più se si considerano i contesti in cui la parola è impiegata...»; mentre particolarmente pregnanti sono le riflessioni relative alla storia dell'analisi giuridica sul tema dei principi generali, di Montedoro, *op. cit.*, «per ricordare da dove veniamo, di fronte ad una mentalità che promuove ormai la 'mistica dei principi' sottovalutando le regole».

<sup>14</sup> Così Nivarra, *op. cit.*, 59.

<sup>15</sup> Così sempre Nivarra, *op. cit.*, 78; cfr. sul punto tra gli altri anche Massera, *I principi generali*, in *Dir. amm.*, 2017, 438 ss.

<sup>16</sup> Così Pino, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. Pubbl.*, 2018, 537. Morbidelli, *Introduzione ad un dibattito sui principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in Morbidelli (a cura di), *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Collana Cesifin, *Percorsi e prospettive*, Firenze, 2023, 10, fa riferimento alla distinzione tra principi «valore» e principi «regole», elaborata da Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 93, per evidenziare la «virtualità indefinita» del principio «che richiede di essere specificata in sede applicativa, con riguardo alle circostanze che assumono rilevanza nel contesto di applicazione (cd. concretizzazione)», considerata la loro «eccedenza di contenuto deontologico o assiologico che dir si voglia».

<sup>17</sup> Così Sala, *op. cit.*, 1194 ss.

ancora un riferimento imprescindibile per chi se ne occupi approfonditamente<sup>18</sup>; le osservazioni di Luigi Mengoni – per quanto qui non si possa che ricordarle senza soffermarsi in modo approfondito sulle riflessioni che ne scaturiscono – possono infatti aiutare a meglio comprendere la forza e il ruolo della struttura valoriale disegnata dal Codice.

Ci si riferisce in particolare alla distinzione dei principi in due *species*: i principi cd. dogmatici e quelli cd. problematici<sup>19</sup>, per quanto essa “non deve essere intesa in funzione di una rigida contrapposizione tra pensiero sistematico e pensiero problematico”, come avverte lo stesso Autore<sup>20</sup>.

I primi “sono *principia demonstrandi*, hanno valore assiomatico... possono essere espressi, cioè formulati dallo stesso legislatore nella veste di norme di principio, oppure inespressi... cioè indotti da un insieme di norme particolari e condensati in formule dottrinali, dette dai giuristi romani *regulae iuris*”<sup>21</sup>. Essi, quindi, individuano sostanzialmente la premessa maggiore del sillogismo interpretativo operato in sede applicativa: se posti «in rapporto con il sistema, come organismo storico, oltre che logico linguistico... individuano e rideclinano... i valori fondamentali ai quali quel dato ordinamento giuridico si ispira»<sup>22</sup>.

I principi cd. problematici, invece, «forniscono premesse verosimili, punti di partenza accettabili di argomentazioni di tipo dialettico, che concludono con un giudizio di preferenza fra più ipotesi possibili di soluzione di un caso concreto»<sup>23</sup>; essi «si ricollegano ad opzioni di politica del diritto certamente rilevanti, ma non di portata tale da assurgere al rango di infrastrutture del sistema» – com'è per i principi dogmatici – ma offrono comunque dei luoghi, dei «punti di vista interpretativi, necessari ai fini dell'integrazione delle lacune e di ausilio all'interpretazione propriamente intesa»<sup>24</sup>.

Ai fini di cui qui si tratta, proprio per rappresentare la forza della nuova visione del Codice, e senza che questo naturalmente possa esaurire la riflessione sul significato e sulla portata del sistema dei principi adottato dal Codice, pare

---

<sup>18</sup> Cfr. anche Ramajoli, in Clarich, Ramajoli, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021, 43, secondo la quale in questa materia «il pensiero di Mengoni ha rappresentato un importante spartiacque, quasi un punto di non ritorno», eppure, prosegue, «ancor oggi la sistematica in materia è ben lungi dal ritenersi raggiunta».

<sup>19</sup> Così Mengoni, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in “*I principi generali del diritto*”, Roma, 1992, e ora in Mengoni, *Scritti I, Metodo e scienza giuridica*, a cura di Castronovo, Albanese, Nicolussi, Milano 2011, dal quale provengono le citazioni nel testo; dello stesso Autore cfr. anche *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1986.

<sup>20</sup> Così Mengoni, *op. cit.*, 246.

<sup>21</sup> Così Mengoni, *op. cit.*, 241.

<sup>22</sup> Secondo le osservazioni di Nivarra, *op. cit.*, 81.

<sup>23</sup> Così Mengoni, *op. cit.*, 244.

<sup>24</sup> Così ancora Nivarra, *op. cit.*, 81.

però che ai principi cd. dogmatici si possa avvicinare almeno il principio del risultato (di affidamento e di esecuzione del contratto) di cui all'art. 1.

Per quanto asseguibile a bilanciamento – «nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza»(comma 1)<sup>25</sup> – non può essere senza significato che (unico tra gli undici) esso si presenti come espressa «attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità», come «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto», oltre che per la valutazione della responsabilità e l'attribuzione degli incentivi ai funzionari (comma 4); e, ancora depone in questo senso la funzione strumentale al raggiungimento del risultato affidata anche al principio della fiducia (art. 2, comma 2) oltre che a quello di concorrenza, «funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti» (art. 1, comma 2)<sup>26</sup>.

È vero che, giustamente, e molto attentamente, il legislatore, preoccupato dall'esigenza di assicurare loro effettività, non si è limitato a nominare i principi nella più parte dei casi ma ne ha voluto tracciare l'essenza, per cercare di con-

<sup>25</sup> Nella costruzione di Mengoni, *op. cit.*, 242 ss., «i principi dogmatici non sono soggetti a bilanciamento...una volta formulato il principio il suo modo di applicazione è la sussunzione...», ma ciò non sembra porsi in contrasto con la lettura proposta nel testo; tali principi, infatti, «incontrano un limite quando si verificano i presupposti di eccezioni derivanti da altri principi o da norme particolari. Le eccezioni fanno parte della definizione concettuale del principio, non lo contraddicono, ma ne delimitano l'ambito applicativo».

<sup>26</sup> Ad un ruolo assiomatico di questo genere sembra ispirarsi anche la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato che ritiene di richiamare il ruolo del principio del risultato, anche con riguardo a controversie soggette al regime precedente del Codice del 2016. In particolare, pare emblematica sotto questo profilo Cons. Stato, III, 15 novembre 2023, n. 9812, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui «il 'principio del risultato', reso di recente esplicito dal nuovo codice dei contratti pubblici del 2023, ma già immanente nel sistema, in base al quale la tutela della concorrenza e del mercato non deve trasmodare in un pregiudizio per la causa finale e per l'oggetto diretto e principale della tutela approntata dalla disciplina di settore, costituiti «dall'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza», come recita l'attuale art. 1 del nuovo codice di cui al decreto legislativo n. 36 del 2023, in quanto 'la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti'. Il principio del risultato costituisce, peraltro, attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa e chiarisce che la procedura e la forma sono un mezzo, non il fine della disciplina». Cfr. nello stesso senso anche Cons. Stato, V, 27 febbraio 2024, n. 1924, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui: «L'art. 1 è collocato in testa alla disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici ed è principio ispiratore della stessa, sovraordinato agli altri. Si tratta di un principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse da perseguire attraverso il contratto e che esclude che l'azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni che ostino al raggiungimento dell'obiettivo finale che è: a) nella fase di affidamento giungere nel modo più rapido e corretto alla stipulazione del contratto; b) nella fase di esecuzione (quella del rapporto) il risultato economico di realizzare l'intervento pubblico nei tempi programmati e in modo tecnicamente perfetto». Riconosce al principio del risultato «il ruolo di stella polare che deve guidare l'interprete alla scoperta del nuovo impianto normativo», Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici*, *Ius*, in *www.ius.giuffrefl.it*.

tenerne l'indeterminatezza<sup>27</sup> – fatto da cui è possibile trarre argomenti ulteriori anche per non ricondurli alla categorie delle mere clausole generali – e soprattutto si è posto il problema del rapporto in cui stanno tra di loro, fornendo direttive per la loro 'convivenza'<sup>28</sup>. Allo stesso modo, sono stati distinti giustamente anche i primi tre 'articoli-principi' – risultato, fiducia, accesso al mercato – rispetto agli altri, facendone l'asse interpretativo portante, illuminante, di tutto il Codice<sup>29</sup>; ma, se si va a guardare nel suo insieme la rete del bilanciamento tra principi disegnata dai primi dodici articoli del Codice – certamente complessa – non possono non spiccare gli elementi sopra messi in evidenza, che depongono a favore di una differenziazione del principio del risultato rispetto ai rimanenti principi.

E, del resto, è anche la stessa relazione illustrativa al Codice a qualificare il principio del risultato come «interesse pubblico primario del Codice»<sup>30</sup>, mentre in dottrina si è sottolineato che «in una logica di gerarchia, al momento di tracciare il regime dell'azione delle stazioni appaltanti, il Codice colloca il risultato in funzione prioritaria rispetto ad altri principi»<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Sul "campo semantico del principio" cfr. anche Fracchia, *op. cit.*, 13 ss. Cfr. inoltre Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb.App.*, 2023, secondo cui «Lo schema del Codice dei contratti in corso di approvazione... ha l'enorme merito di fornire una precisazione legislativa dei principi, non solo una loro enunciazione generica e così astratta da rappresentare null'altro che clausole generali. Finalmente disponiamo di enunciati normativi non solo suscettibili di diretta applicazione, ma in grado – come proprio dei principi – di comporre le singole fattispecie puntuali, di entrare a far parte delle regole del caso e, quindi, di ordinare il sistema»; sul punto anche Ramajoli, *Articoli 1-11, I principi generali*, in Contessa, Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Napoli, 2023, 47, sottolinea che «il ricorso ai principi generali presenta alcune criticità di cui è conscia la stessa relazione al codice. Infatti, quando si fa un "uso inappropriato e ripetitivo" dei principi generali, tale da sconfinare in un vero e proprio abuso, si rischia di attribuire al giudice un eccessivo potere interpretativo e, conseguentemente, di erodere certezza del diritto e prevedibilità delle soluzioni giudiziali delle controversie. Proprio per scongiurare questi pericoli il codice ha voluto specificare il contenuto concreto e puntuale di alcuni principi, oltremodo elastici...».

<sup>28</sup> Osserva Pino, *op. cit.*, 537, che «i principi sono norme generiche e indeterminate, con un campo di applicazione (fattispecie) molto ampio, e che pertanto tendono a confliggere reciprocamente: la loro applicazione richiede attività di bilanciamento (talvolta caso per caso) e concretizzazione...».

<sup>29</sup> Parla di «differenziata funzione» dei principi sanciti dal Codice dei contratti pubblici, con riguardo a questi primi tre articoli, in quanto presentano un «carattere ampiamente orientante e nomofilattico», Spasiano, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi*, 9/2024, 219; mentre Saitta, *op. cit.*, li definisce «principi cardine»; Morbidelli, *op. cit.*, ascrive alla categoria dei cd. principi "Valore" (vd. supra nota 17) l'art. 1, commi 1, 2 e 3, l'art. 2, commi 1 e 2, e l'art. 3; mentre Napolitano, *Il nuovo Codice*, cit., ritiene che essi si «atteggiano a principi-valori».

<sup>30</sup> Secondo la relazione al comma 1 codifica il principio del risultato ed enuncia quindi l'interesse pubblico primario del codice, come finalità principale che stazioni appaltanti ed enti concedenti devono sempre assumere nell'esercizio delle loro attività: l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, sempre nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, che vengono espressamente richiamati (p. 13).

<sup>31</sup> Così Fracchia, *op. cit.*, 13 ss.; cfr. inoltre Napolitano, *Committenza pubblica e principio del risultato*, in *www.astrid.it*, rassegna 6/2023, che rileva un «ribaltamento della gerarchia degli interessi in precedenza improntato sulla tutela della concorrenza e la libertà di circolazione, rispetto ai quali buon andamento e conseguimento del risultato risultavano postergati»; e Saitta, *op. cit.*, che parla di «deciso ridimensionamento del dogma della tutela della concorrenza».



#### 4. *La funzionalità dei principi all'esercizio della discrezionalità; il peso della legalità sostanziale*

Ancora più al fondo – al di là delle riflessioni sulla portata di ciascun principio – vi è però una coerenza recondita nel ricondurre questo primo insieme di disposizioni alla categoria dei principi; esso infatti ruota nettamente attorno all'esercizio del potere discrezionale della p.a., spazio di scelta all'interno del quale essa è chiamata a raggiungere il miglior risultato possibile, e spazio che per sua natura si nutre di principi, e si muove sotto il governo del principio di legalità sostanziale, ciò che illumina anche la portata del rinvio al principio di legalità, contenuto già nell'art. 1 comma 1, del Codice<sup>32</sup>. «Evidente è il cambio di paradigma – si osserva in dottrina – rispetto a letture orientate a ridurre gli spazi di scelta dell'amministrazione e ad imbrigliarne l'azione: la stazione appaltante, indirizzata al 'fare', può e deve agire per il risultato e tale stella polare consente di guidare la scelta discrezionale senza eccessivi vincoli *ex ante* ordinando in una scala decrescente gli altri interessi e principi coinvolti»<sup>33</sup>.

In particolare, questo sistema 'ad albero', i principi nel loro insieme e i primi due in particolare, costituiscono l'espressione di una vera e propria volontà del legislatore di 'liberare la discrezionalità', in vista dell'efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, attingendo a quella «inesauribile riserva di senso»<sup>34</sup> offerta dai principi costituzionali, e qui nello specifico dall'art. 97 Cost., cui il principio del risultato viene legato espressamente<sup>35</sup>.

Ma, ancora più allargando la visuale, un ulteriore tassello di questa nuova visione della disciplina dei contratti pubblici e dei compiti della p.a. può venire anche da due ulteriori elementi, uno interno al Codice, legato ai principi di trasparenza e digitalizzazione, e uno esterno, ma non estraneo, legato alla finalità di semplificazione e al principio di semplificazione come elaborato dalla giurisprudenza amministrativa.

<sup>32</sup> Sottolinea lo stretto legame tra risultato amministrativo e legalità, Spasiano, *op. cit.*, 211, essendo «ormai ampiamente positivo che la legalità non coincide (più) con il puro formalismo, svincolato da qualsiasi considerazione sostanziale; essa invece induce l'amministrazione e il giudice amministrativo ad andare oltre il mero riscontro della illegittimità formale dal momento che 'la qualificazione di invalidità dipende più che dalla difformità rispetto ad un parametro normativo, dalla devianza rispetto all'obiettivo il cui solo perseguimento legittima il potere dell'autorità'; in questo senso, peraltro, sembra andare anche l'argomentazione del giudice amministrativo in Cons. Stato n. 9812 del 2023, *supra* alla nota 25.

<sup>33</sup> Così Fracchia, *op. cit.*, 13 ss.

<sup>34</sup> Cfr. Nivarra, *op. cit.*, 74, secondo il quale «i principi costituzionali offrono una pressoché inesauribile riserva di senso grazie alla quale il sistema giuridico riesce o, quanto meno, prova a intercettare e incanalare tutti gli input che, con intensità crescente, l'ambiente ad esso esterno gli trasmette».

<sup>35</sup> Non a caso si è ritenuto che «il senso ultimo di queste disposizioni va ravvisato tenendo presente l'obiettivo prioritario del codice, che è quello di incoraggiare e valorizzare – anche simbolicamente – le stazioni appaltanti a ricorrere alla discrezionalità e allo spazio valutativo di tipo tecnico abbandonando una mentalità obbediente alla sola legalità formale»: così Ramajoli, *op. cit.*, 47.

Una trasparenza «funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto» (art. 1, comma 2), dovrebbe essere ispirata a un rifiuto per quella ‘burocrazia della trasparenza’ che aveva oltremodo appesantito la disciplina precedente dei contratti pubblici – anche in uno con l’esercizio del potere normativo vincolante dell’ANAC, oggi soppresso dal Codice – e per ciò stesso dovrebbe essere diretta in primo luogo a permettere la piena conoscibilità dell’esercizio della discrezionalità, rafforzando la fiducia nella e dell’amministrazione<sup>36</sup>. A ciò si dovrebbero peraltro affiancare gli effetti positivi derivanti dalla cd. digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti, tanto per quanto riguarda la trasparenza, «funzionale alla massima semplicità e celerità», quanto per una possibile riduzione del tasso di opinabilità delle valutazioni tecniche che possono venire dall’utilizzo dei dati a disposizione delle Amministrazioni.

##### 5. *Principio del risultato e semplificazione come comune denominatore dell’azione amministrativa secondo il giudice amministrativo*

A ben vedere, però, ci si rende conto che questo disegno del Codice, di rafforzamento della discrezionalità – e della fiducia nell’amministrazione, e dell’amministrazione, nell’esercizio della discrezionalità – trova una propria ragione d’essere anche su un diverso fronte che ha occupato dottrina e giurisprudenza a partire dalla legge sul procedimento, per divenire nel tempo (con vizi e virtù) una sorta di ‘*mainstream*’ dell’ordinamento amministrativo<sup>37</sup>, e che è stato chiamato espressamente in causa anche per la disciplina dei contratti pubblici, dal momento che la legge delega – come si è visto – nel lungo elenco di principi e criteri direttivi, richiama soprattutto finalità di semplificazione<sup>38</sup>.

Non è senza significato anche in questa materia – perché riporta tutto (e tutto tiene legato) ad una visione generale dell’azione amministrativa e dei compiti ricadenti sulla pubblica Amministrazione – la considerazione che il giudice amministrativo riserva in via generale alla semplificazione come «un palpabile

---

<sup>36</sup> Cfr. sul punto tra gli altri Caranta, *op. cit.*, 1960; Pagliarin, *Brevi osservazioni sul principio della fiducia nel Codice dei contratti*, in Manganaro, Paolantonio, Tigano (a cura di), *La riforma dei contratti pubblici*, Messina, 2024, 11; Spagnuolo Vigorita, *La fiducia nell’amministrazione e dell’amministrazione: riflessioni intorno all’articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi*, 2023, 17.

<sup>37</sup> Su questi aspetti, senza pretesa di esaustività, ma per la visione di insieme sullo stato della questione e l’ampiezza dei rinvii dottrinali e giurisprudenziali, sia consentito rinviare a Marzaro, *Silenzio assenso tra Amministrazioni; dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento ‘orizzontale’ all’interno della ‘nuova amministrazione’ disegnata dal Consiglio di Stato*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2016, e *Il silenzio assenso e l’‘infinito’ della semplificazione. La scomposizione dell’ordinamento nella giurisprudenza sui procedimenti autorizzatori semplificati*, in *Riv. Giur.urb.*, 2022, 558 ss.

<sup>38</sup> Cfr. *supra* nota 9.

comune denominatore teleologicamente orientato ad un preciso obiettivo: la ravvisata opportunità e la pressante necessità di dequotare e ridurre gli aspetti puramente formali [della suddetta attività] in funzione della più pronta tutela e valorizzazione dell'interesse sostanziale, quale risultato finale, sia sul versante dell'amministrazione (tenuta alla più sollecita gestione dell'interesse attribuito dalla legge), sia sul versante del cittadino»<sup>39</sup>.

Se, ad avviso del giudice, è «innegabile il connubio» del principio di semplificazione con il principio di efficienza dell'attività amministrativa, «il perseguimento della semplificazione quale principio cardine dell'attività amministrativa»<sup>40</sup> mira ancora una volta ad assicurare il risultato finale secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità<sup>41</sup> in ogni settore in cui deve operare l'Amministrazione, in nome di quello che secondo il giudice costituzionale costituisce «livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost.<sup>42</sup>, e che nella giurisprudenza amministrativa più recente viene elevato espressamente al rango di «bene o valore di natura finale, autonomo rispetto agli interessi curati dalle amministrazioni competenti al rilascio di assensi comunque denominati»<sup>43</sup>. Ora, a prescindere dalle perplessità che può sollevare una tale 'celebrazione' della semplificazione, con la quale il giudice sembra ormai sancire apertamente la definitiva perdita di senso del procedimento amministrativo come luogo di valutazione e composizione degli interessi nell'eser-

<sup>39</sup> Così Cons. Stato, IV, 15 aprile 2021, n. 3106, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>40</sup> Così Cons. Stato, IV, 15 aprile 2021, n. 3112, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>41</sup> Ritieni la semplificazione «strumento di contrasto alla corruzione» Patroni Griffi, *Il contrasto alla corruzione a dieci anni dalla legge 190/2012 (cd. legge Severino)*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 3 gennaio 2023: «più sono complesse e farraginose le procedure, più trova spazio la corruzione», mentre si osserva che «la compressione della discrezionalità amministrativa ha portato ad un irrigidimento per norma delle procedure che si è tradotto più in un aumento del costo della corruzione che in una diminuzione del fenomeno. Più consoni con un'organizzazione che funzioni è procedere nella logica dell'amministrazione di risultato, in cui il prodotto finale deve assicurare standard di qualità e di costi non compatibili con passaggi corruttivi». Allo stesso modo, Vetrò, Lombardo, Petrachi, *op. cit.*, 61, mettono l'accento sulle finalità semplificatorie perseguite dal Codice, sottolineando la necessità «che la semplificazione sia presa sul serio: di questa esigenza, per le novità sul piano dell'impostazione e dei contenuti, sembra farsi carico il nuovo Codice».

<sup>42</sup> Cfr. tra le altre Corte cost., 25 gennaio 2019, n. 9 e 25 novembre 2020, n. 247, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>43</sup> Così Cons. Stato, IV, 2 ottobre 2023, n. 8610, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), su una delle questioni 'semplificatorie' più controverse degli ultimi anni, relativa all'ambito di applicazione dell'art. 17-bis della legge n. 241 del 1990, sul cd. silenzio assenso orizzontale tra amministrazioni, laddove il giudice sottolinea: «1) la trasformazione del ruolo della semplificazione, da valore strumentale (ossia come principio generale da collegare all'esigenza di migliorare l'efficienza amministrativa nel valutare tutti gli interessi che si confrontano nel procedimento e di aumentare l'efficacia nella cura degli interessi pubblici al contempo garantendo una più agevole tutela delle pretese del cittadino) a bene o valore di natura finale, autonomo rispetto agli interessi curati dalle amministrazioni competenti al rilascio di assensi comunque denominati; 2) l'attenuazione della valenza forte e assolutizzante dell'attributo di primarietà associato agli interessi sensibili, nella misura in cui viene ammesso un loro bilanciamento in concreto con altri valori e principi».

cizio dell'attività autoritativa della p.a.<sup>44</sup>, vi è però da osservare che, nella disciplina dell'attività contrattuale della p.a. il ruolo assegnato alla semplificazione pare più meditato ed equilibrato; a partire dal fatto che non la si è compresa in qualità di principio nella struttura di vertice del Codice<sup>45</sup> – e ciò non può che essere ritenuto una scelta consapevole dei redattori, considerata la genesi della normativa – per essere invece finalità assoggettata alla prova dell'applicazione delle norme in concreto, nel gioco del bilanciamento dei principi su cui si regge tutta la disciplina. Non è possibile in questa sede soffermarsi oltre su questo tema, ma non pare un caso che, da questo punto di vista, la giurisprudenza più attenta, dopo avere riconosciuto al principio di risultato il ruolo ispiratore del sistema – laddove, invece, «procedura e ... forma sono un mezzo, non il fine della disciplina» – si preoccupi però anche di chiarire che: «Ciò non significa, naturalmente, che la tutela della concorrenza e del mercato possa essere trascurata o non debba essere adeguatamente perseguita. Il “formalismo” delle procedure di gara, infatti, si impone e prevale ogni qual volta sia in discussione la partecipazione delle imprese del settore ad armi pari al concorso per conseguire le commesse pubbliche»<sup>46</sup>.

## 6. *Nuovo Codice dei contratti pubblici e rifiuto della cd. burocrazia della trasparenza*

Peraltro, da un punto di vista ancora diverso, il legislatore – ma qui è necessario dire meglio il Consiglio di Stato – è consapevole del disegno del cambiamento culturale che sta tracciando, e sceglie di compiere questo passo avanti anche perché può contare da un lato sulla riforma dell'abuso d'ufficio operata dal D.L. n. 76 del 2020, e, dall'altro, sulla presenza di una nuova disciplina della responsabilità erariale sempre riformata dallo stesso decreto legge cd. semplificazioni uno.

Non solo, proprio per assicurare effettività al potere discrezionale, nel Codice ci si preoccupa di perimetrare ulteriormente l'azione discrezionale ispirata al miglior risultato nella fiducia reciproca (art. 2), definendo la fattispecie della colpa grave ai fini della responsabilità amministrativa – qui munita della carattere della specialità – offrendo ai funzionari 'paralizzati dalla paura della firma' anche la gui-

<sup>44</sup> Su questi profili, Marzaro, *Il silenzio assenso*, cit.

<sup>45</sup> Appare singolare, ma certamente significativo, che il termine “semplificazione”, presente innumerevoli volte nelle disposizioni della legge delega che dettano i principi e i criteri direttivi, non compaia mai all'interno dei primi undici articoli del Codice, a prova del fatto che la semplificazione è rimasta finalità incorporata sì nel principio del risultato ma attuata attraverso le disposizioni puntuali dettate nelle varie parti del Codice, strumento volto ad assicurare in concreto il raggiungimento del risultato in modo efficiente ed efficace.

<sup>46</sup> Così Cons. Stato, III, n. 9812 del 2023, cit.

da dell'esonero da responsabilità nel caso in cui si sia fatto riferimento ad «indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti» (oltre al sostegno delle azioni per la copertura assicurativa). Naturalmente qui ci si riferisce sempre alle assi portanti del sistema, fermi restando i problemi interpretativi posti da queste disposizioni, anche se non si può negare che la discrezionalità fisiologicamente propria dell'azione per principi protegga dalla responsabilità penale.

D'altra parte, poco più di un anno fa la Corte costituzionale con la sentenza n. 8 del 2022<sup>47</sup>, rigettava la questione di legittimità costituzionale della riforma dell'abuso d'ufficio, si riferiva espressamente a «disposizioni volte a tranquillizzare i pubblici amministratori», ritenendo la tutela penale «*extrema ratio* cui il legislatore ricorre quando nel suo discrezionale apprezzamento lo ritenga necessario per l'assenza e l'inadeguatezza di altri mezzi di tutela».

È innegabile, peraltro – e ciò a mio avviso costituisce un altro tassello fondamentale delle ragioni da cui origina la scelta del Codice dei principi – che la percezione del rischio della responsabilità non abbia fatto altro che aumentare in questi anni, oltre che per lo stato 'disastrato' dell'ordinamento amministrativo, per l'impatto di una giurisprudenza penale e contabile particolarmente pervasiva, in un quadro di decenni di trascuratezza e disattenzione del legislatore per i profili organizzativi della pubblica Amministrazione.

Tullio Padovani, in uno scritto recente<sup>48</sup>, sempre relativo all'abuso d'ufficio, pur critico nei confronti della riforma del 2020, usa parole sicuramente accese dall'enfasi tipica del penalista, ma che lo studioso di diritto amministrativo non può che condividere con una ferita nell'animo: «... per quanto si possa (e si debba) assicurare alla fattispecie incriminatrice un contenuto rigorosamente determinato, la garanzia così attuata resterà fatalmente incompleta, se non si provvederà nel contempo a definire modi, finalità e limiti delle diverse funzioni amministrative in forma meno contorta, confusa e slabbrata di quanto non sia sinora accaduto, lungo la china di un processo di disgregazione, di atomizzazione e di scoordinamento che ha portato il diritto amministrativo a rappresentare in forma paradigmatica la patologia dell'ordinamento giuridico [nel] sommo disordine che caratterizza il nostro sistema amministrativo, nel tumultuoso accavallarsi delle competenze, nel viluppo inestricabile delle procedure, nell'aleatorietà degli strumenti normativi, della formidabile carenza di efficaci controlli interni».

---

<sup>47</sup> Corte cost. 18 gennaio 2022, n. 8, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>48</sup> T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 7 agosto 2020.

## 7. *Sulle radici giuridico-culturali del nuovo Codice: il ruolo della funzione latu sensu consultiva del Consiglio di Stato per un nuovo paradigma di amministrazione*

Ma il percorso sin qui compiuto non può ancora considerarsi concluso, se – come si accennava in apertura di questo scritto – attraverso le riflessioni indotte dalle novità del sistema dei principi del Codice dei contratti pubblici, non si compie un altro passo e non si scende ancora più in profondità, alle radici del lavoro compiuto dalla Commissione che ha redatto il Codice, la quale – non a caso per prima – nella relazione illustrativa ha parlato di «segno di svolta», di «cambio di passo rispetto al passato», di un «segnale di cambiamento profondo» e fa riferimento alla scelta di «esplicitare a livello normativo questo presupposto culturale e giuridico» (lì riferendosi nello specifico al principio della fiducia).

Non è un caso, perché il Consiglio di Stato (qui nella composizione integrata della Commissione) si è trovato a percorrere una via che già aveva aperto; nell'esercizio della sua funzione di consulenza giuridico amministrativa da tempo, infatti, si è posto apertamente come portatore di un'istanza di cambiamento culturale dell'amministrazione o, comunque ha propugnato una forte presa di consapevolezza della necessità di questo cambiamento.

Già negli svariati pareri che hanno accompagnato l'attuazione della riforma Madia questi concetti – ma forse sarebbe meglio dire valori – accompagnano l'esercizio della funzione consultiva.

Così, per ciò che riguarda la valutazione della performance appare «necessario un vero e proprio cambiamento culturale all'interno e all'esterno dell'amministrazione»<sup>49</sup>; nel parere sullo schema di decreto legislativo sulla revisione e semplificazione in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, si fa riferimento ad una «rinnovata visione della p.a. che il Consiglio di Stato sostiene e incoraggia», si invita ad una «riconsiderazione delle politiche di semplificazione» e alla necessità di «valorizzare ulteriormente il ruolo consultivo del Consiglio di Stato in questa fase di riforme strutturali», anche richiamando ad un'«evoluzione del modello da tempo presente all'art. 14 n. 2, RD 1054/1924»<sup>50</sup>.

Più volte nei pareri si fa riferimento al «principio di buon andamento letto in un'ottica moderna»<sup>51</sup>, o ad una «moderna concezione del canone di buon andamento e del diritto ad una buona amministrazione», alla necessità di un «cambio di paradigma» nell'atteggiamento dei regolatori<sup>52</sup>. Nella stessa relazio-

<sup>49</sup> Così Cons. Stato, Comm. Spec., parere 11 aprile 2017, n. 917, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>50</sup> Così Cons. Stato, Sez. cons. atti norm., parere 18 febbraio 2016, n. 515, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>51</sup> Così Cons. Stato, Comm. Spec., parere 23 giugno 2016, n. 1640, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>52</sup> Così Cons. Stato, Sez. cons. atti norm., parere 7 giugno 2017, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

ne illustrativa al Codice, si ritiene che questo cambiamento passi anche attraverso l'attestazione espressa della «fiducia dell'ordinamento giuridico verso l'organo destinatario dell'attribuzione: esplicitare a livello normativo questo presupposto culturale e giuridico promuove il senso di appartenenza dell'Amministrazione allo Stato-comunità, scongiura l'inerzia, valorizza le capacità e orienta verso il rispetto della legalità sostanziale»<sup>53</sup>.

Ma, spingendosi ancora più avanti, di fronte ad un fenomeno definito di «consumismo normativo» il Consiglio di Stato sottolinea una «fallacia logica purtroppo ricorrente nel concepire il rapporto ... tra normazione e soluzione dei problemi», con riguardo a «quella sorta di illusione normativa che conduce sovente i regolatori, specialmente quelli appartenenti a culture come la nostra, ancora condizionate da un 'astratto idealismo giuridico', a riposare sull'errato convincimento ... che le parole della legge posseggano un'intima forza quasi trascendente e demiurgica che le renda in grado, da sole, di modificare il reale», ponendo in luce invece la necessità dell'introduzione e del continuo affinamento «di una combinazione di rimedi normativi, organizzativi e formativi»<sup>54</sup>, che non a caso vengono richiamati anche in chiusura della relazione al Codice dei contratti, e poi codificati all'art. 2, comma 4, del D.lgs. n. 36 del 2023. in cui si fa riferimento ad «azioni ... per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, compresi i piani di formazione di cui all'art. 15, comma 7».

L'«albero dei principi» del Codice radica, dunque, in una riflessione ormai consolidata e affinata in nome della quale la funzione consultiva del Consiglio di Stato si pone come una sorta di «sostegno *in progress* riferito ad una *policy*, ad un progetto, piuttosto che esclusivamente a singoli provvedimenti individuati»<sup>55</sup>.

Che, peraltro, questo habitat 'virtuale e virtuoso' di fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione – e nella sua efficienza ispirata al principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. – debba confrontarsi con la realtà di un'Amministrazione per molto tempo trascurata e chiusa all'interno di quello che è stato ben definito un «paradigma sfiduciario»<sup>56</sup>, per passare attraverso un insieme di misure, soprattutto organizzative, che ne permettano la graduale realizzazione, è di tutta evidenza, anche se di non semplice attuazione. Il rischio derivante dal disegno di un sistema astratto e colto quale quello perseguito dal Consiglio di Stato, altrimenti, è quello segnalato anche da attenta dottrina che guardando in generale al tema della cd. burocrazia difensiva – in quella prospettiva ampia in cui è maturata anche l'esperienza della redazione del nuovo Codice dei contratti pubblici – sottolinea che «sia le autorevoli indicazioni della Corte costituzionale, che

<sup>53</sup> Cfr. Relazione illustrativa, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), p. 15.

<sup>54</sup> Cons. Stato, parere n. 1458 del 2017, cit.

<sup>55</sup> Cons. Stato, parere n. 1640 del 2016, cit.

<sup>56</sup> Così Pagliarin, *op. cit.*, 11.

nel censurare le leggi provvedimento, ha dato ‘rilevanza costituzionale’ al procedimento amministrativo...sia quelle dell’Unione europea, che con il principio di ‘libera amministrazione’ indica la strada verso un’amministrazione che costruisce il suo modello di organizzazione e di funzionamento entro il perimetro dei principi generali (direttiva n. 23/2014 in tema di concessioni) possono apparire illuministiche forse utopistiche se non segue la realizzazione di un nuovo ‘ambiente’ amministrativo in cui possano farsi realtà»<sup>57</sup>.

Va da sé che, ben consapevole della delicatezza del ruolo che va assumendo in questa veste, il Consiglio di Stato si premura di sottolineare che la funzione consultiva costituisce espressione di «un’attività neutrale di garanzia svolta secondo canoni di assoluta indipendenza» in cui agisce «a servizio dello Stato-Comunità» e non dello Stato-Apparato, laddove però la «concentrazione organica delle funzioni consultive e giurisdizionali voluta dal Costituente, aumenta la resistenza in sede contenziosa delle norme, riducendo i rischi di instabilità ed incertezza del diritto dovuti all’eventuale invalidazione giurisdizionale delle norme medesime»<sup>58</sup>.

#### 8. *Incertezza del diritto e ruolo del giudice amministrativo nella genesi e nell’applicazione del Codice dei principi n. 36 del 2023; per una dottrina dei precedenti*

Da tempo ormai lo stato di incertezza che pervade l’ordinamento amministrativo, la mancanza di ‘sicurezza giuridica’ per il cittadino e gli operatori, l’inciviltà di un sistema che ormai non è più in grado di assicurare questa sicurezza, e il ruolo suppletivo nei confronti del legislatore che il giudice amministrativo è venuto assumendo nel corso del tempo, occupano (e preoccupano) le riflessioni dei giuristi<sup>59</sup>.

Lo stesso giudice amministrativo osserva che il «legislatore non sa più formulare regole e pone principi, il giudice prescinde dalle regole perché coperto e abbacinato dal principio»<sup>60</sup>; tra i costituzionalisti si manifesta «delusione per una legislazione dilettesca» e si sottolinea il «rischio di cadere nell’abisso del soggettivismo più spinto»<sup>61</sup>; i filosofi del diritto<sup>62</sup>, affrontando il tema della certez-

<sup>57</sup> Così M.P. Chiti, “Burocrazia difensiva”: cause, indicatori e rimedi, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2021, 1999 ss.

<sup>58</sup> Cons- Stato, parere n. 1458 del 2017, cit.

<sup>59</sup> Su questi aspetti, anche per l’ampiezza dei riferimenti bibliografici, si rinvia a Marzaro, *Silenzio assenso tra amministrazioni, ovvero della (in)sostenibile leggerezza degli interessi sensibili (a proposito di principi, giudici e legislatori)*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2021, 432 ss.

<sup>60</sup> Così Montedoro, *op. cit.*

<sup>61</sup> Cfr. tra gli altri, M. Luciani, *op. cit.*

<sup>62</sup> Cfr. tra gli altri Pino, *op. cit.*, 524.



za del diritto manifestano una «tendenziale preferenza per una normazione per regole anziché per principi, standards e clausole generali», sottolineando che un «diritto certo opera come fattore di riduzione della discrezionalità interpretativa e applicativa», ma registrano il fatto obiettivo che il diritto dello Stato costituzionale presenta una dimensione assiologica pervasiva<sup>63</sup>.

«La Costituzione – si osserva – è un insieme di principi/valori che funzionano come fondamento dell'intero ordinamento giuridico e hanno la funzione di guidare un processo di profonda trasformazione sociale», in cui «la pratica dell'interpretazione conforme a Costituzione tende a trasformare il giudizio di costituzionalità in un giudizio diffuso, attraverso giudizi di valore». Ne viene dunque naturale, fisiologico, che il «diritto dello Stato costituzionale [sia] un diritto prevalentemente giurisprudenziale»; lo Stato costituzionale «innesca ... una diffusione e forse una prevalenza del momento giurisprudenziale a scapito di quello legislativo...»<sup>64</sup>.

Paolo Grossi<sup>65</sup> – non è possibile definirlo solo storico del diritto – osserva che «noi giuristi italiani... crediamo di trovarci all'estremo di una lunga strada che corre assolutamente liscia dal Settecento al 2019, una strada connotata da una perfetta continuità, tanto che grazie ad essa ci arrivano da allora messaggi con dei contenuti originari ritenuti tranquillamente, pianamente, applicabili nel contesto attuale. Ma non è così» e ci invita a «guardare l'oggi con gli occhi di oggi», e a prendere atto dello «spostamento progressivo dell'asse portante dell'ordine giuridico dai produttori di leggi agli interpreti, connotando sempre più il diritto italiano come giurisprudenziale», definendolo «una provvida valvola che permette un più congruo respiro al diritto positivo italiano», nel «momento di transizione e di crisi che stiamo tuttora vivendo, quando è tangibile l'incapacità del legislatore a ordinare tutto il tessuto dell'esperienza...».

Guardando dunque oggi il Codice 'con gli occhi dell'oggi', forse non si può che concludere allo stesso modo: in origine fu il giudice amministrativo (a rinvenire i principi)<sup>66</sup>, in fine sarà ancora il giudice amministrativo (a sindacare l'appli-

<sup>63</sup> Ma da questo punto di vista, osserva G. Zaccaria, *Postdiritto, Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna 2022, 225, i principi «si presentano come uno strumento ormai irrinunciabile al fine di fronteggiare e governare la complessità giuridica contemporanea. Non vi è più la possibilità di un ritorno ad una giurisprudenza esclusivamente 'per regole', anche se i principi non si presentano come un catalogo chiuso, ma piuttosto come un repertorio aperto, che varia da epoca ad epoca e da settore a settore del diritto... Tutto ciò in una nuova prospettiva del diritto, che attenua la verticalità di un diritto imposto dall'alto verso il basso e ne accentua l'orizzontalità ricorrendo a modelli di orientamento che si formano poco alla volta...».

<sup>64</sup> Così Pino, *op. cit.*, 538.

<sup>65</sup> Cfr. P. Grossi, *A proposito del diritto giurisprudenziale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2019, 7 ss.

<sup>66</sup> Osserva ancora Montedoro, *op. cit.*, che «la radice politica della funzione nomofilattica va sempre tenuta presente, anche nell'esame dei principi forse non casualmente leggibili, come prima impressione, come un vero e proprio manifesto politico destinato ad acquistare la sua pregnanza giuridica proprio se e in quanto si leghi alla funzione nomofilattica. Il punto però è che, nel tempo presente, l'intreccio – sotteso al codice dei

cazione dei principi)...in attesa di un legislatore...e sempre con la consapevolezza della estrema delicatezza di questo assetto<sup>67</sup>: per loro natura, infatti, «i principi soggetti a bilanciamento richiedono una teoria che circoscriva rigorosamente la discrezionalità del giudice connessa a questo modo di applicazione del diritto»<sup>68</sup>.

---

contratti pubblici – fra volontà politica leggibile nella trama dei principi e funzione nomofilattica, è un intreccio ambiguo, sfuggente per la natura elastica dei principi e l'eccesso di frammentazione delle regole, con la conseguenza di definire un assetto normativo che contiene direttive meramente orientative, sulle quali è facile ipotizzare che possano risultare enfatizzate – con eterogenesi dei fini – piuttosto che ridotte le attività interpretative connotate da alta discrezionalità dei giudici.

<sup>67</sup> Qui soccorrendo «la forza dei precedenti però: l'ordinamento essendo inevitabilmente un farsi dinamico nella concretizzazione normativa per opera della giurisprudenza, deve fondarsi sulla forza del precedente giurisprudenziale per conseguire quantomeno stabilità», così Montedoro, *op. cit.*; su questi aspetti si veda anche Severini, *La sicurezza giuridica e le nuove implicazioni della nomofilachia*, in *www.federalismi.it*, editoriale, 10 ottobre 2018, secondo il quale «alla nomofilachia propria della giurisprudenza di ultima istanza si aprono spazi di compensazione dell'incapacità di ordinata produzione normativa da parte delle giuste fonti e ... questi possono facilmente prendere il sopravvento sul conclamato obiettivo di rassicurazione mediante la stabilità. È ben eloquente l'assunto che si arrivi a immaginare di così generare dettagli prescrittivi sulla sola base dei generici e lati 'valori emergenti dalla Costituzione, dalla CEDU o dal diritto comunitario'. Sembrerebbe quasi trattarsi di specchi che si riflettono tra loro per lasciare integra la latitudine interpretativa del giudice: ma il costrutto del sistema costituzionale vuole il giudice sottoposto alla legge (art. 101 Cost.), cioè esclude che la sua funzione possa atteggiarsi a fonte del diritto», avvertendo del rischio di giustificare «una produzione giurisprudenziale di diritto non preceduta da attribuzione espressa e da confronti autenticamente rappresentativi e si indebolisce l'idea autentica di precedente, che incorpora la stabilità dell'impronta del passato. Una via breve per creare, al di fuori del circuito della rappresentanza, nuovi "precedenti", che in realtà precedono solo il futuro, e che sono irrettrabili se non con un difficile *contrarius actus* o mediante improbabili leggi. Il significato stesso di "precedente", in questi casi, può dunque arrivare a mutare: non più antecedente traccia del passato che guida il presente, ma creazione del presente che precede solo e regola il futuro. Prevedibilità e stabilità – le componenti essenziali della sicurezza giuridica – ne sono evidentemente compromesse».

<sup>68</sup> Così Mengoni, in chiusura del suo saggio sui principi generali del diritto, *op. cit.*, 253, concludendo che «la riflessione sui principi generali del diritto finisce col mettere in rilievo l'urgenza di una dottrina del precedente giudiziario compatibile con gli ordinamenti di *civil law*. Essa è uno strumento indispensabile di semplificazione della crescente complessità del sistema giuridico». Peraltro, si è osservato in dottrina, ciò potrebbe anche ulteriormente acuire la delicatezza della situazione, perché «l'innesto della regola dello *stare decisis* nel sistema di *civil law*, da un lato vincolerebbe il precedente, originando un vero e proprio obbligo di osservanza, dall'altro, legittimando l'introduzione di una nuova fonte del diritto, contribuirebbe 'alla rottura della certezza del diritto che solo la legge può dare'... Ciò di cui nondimeno si discute non è un obbligo legale assoluto» si rileva, «bensì una presunzione di vincolo al precedente che in quanto tale può a certe condizioni venire superata e proprio per questo non può equivalere alla surrettizia introduzione di una fonte del diritto alternativa alla legge»; così Pinelli, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. Pubbl.*, 2019, 563, il quale ravvisa le ragioni che giustificano un tale superamento, nella «comprovata esigenza di tutela di un diritto fondamentale, in ipotesi prevalente anche su un 'assetto interpretativo' stabilmente raggiunto».

*Patrizia Marzaro - Abstract*

*I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici: la funzione nomopoietica del consiglio di stato per un 'nuovo paradigma' di amministrazione*

Il lavoro analizza il sistema dei principi previsto dal nuovo Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 e il ruolo che essi assumono nelle dinamiche decisionali del Giudice amministrativo.

*The general principles of the new public contracts code: the nomopoietic function of the state council for a 'new paradigm' of administration*

This work analyses the system of principles envisaged by the new Public Contracts Code, Legislative Decree no. 36 of 31 March 2023, and the role they play in the decision-making dynamics of the administrative judge.

## *Note sui collaboratori*

PATRIZIA MARZARO, Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo, Università degli studi di Padova (patrizia.marzaro@unipd.it)

DANIELE D'ALESSANDRO, Professore associato di Diritto amministrativo, Università della Calabria (daniele.dalessandro@unical.it)

SARA TOMMASI, Professore associato di Diritto Privato, Università del Salento (sara.tommasi@unisalento.it)

SCILLA VERNILE, Professoressa associata di Diritto amministrativo, Università di Milano Bicocca (scilla.vernile@unimib.it)

GIANMARCO POLI, Professore a contratto di Diritto Urbanistico, Università degli studi di Firenze (gianmarco.poli@unifi.it)

SILIA GARDINI, Ricercatrice di Diritto amministrativo, Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro (silia.gardini@unicz.it)

ANDREA MAGLIARI, Ricercatore di Diritto amministrativo, Università degli studi di Trento (andrea.magliari@unitn.it)

MICHELA PETRACHI, Ricercatrice di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Parma (michela.petrachi@unipr.it)

MATTEO PIGNATTI, Ricercatore in Diritto dell'economia, Scuola Superiore Universitaria ad Ordinamento Speciale – CASD (matteo.pignatti@unicasd.it)

KLAUDIA KURCANI, Assegnista di ricerca di Diritto amministrativo, Università IUAV di Venezia (kkurcani@iuav.it)

VIRGINIA CAMPIGLI, Dottoressa di ricerca in Diritto pubblico - Diritto urbanistico e dell'ambiente, Università degli Studi di Firenze (virginia.campigli@unifi.it)

SIMONE FRANCARIO, Dottore di ricerca in Diritto amministrativo, Università del Molise (simonefrancario@gmail.com)

DANILO IACOVELLI, Dottoressa di ricerca in Istituzioni e politiche, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano (danila@iacovelli.eu)

NICOLA BRIGNOLI, Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia (nicola.brignoli@unimore.it)

EMANUELA DELLA CORTE, Dottoranda di ricerca in Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Napoli Federico II ([emanuela.dellacorte@unina.it](mailto:emanuela.dellacorte@unina.it))

CRISTINA FRAGOMENI, Dottoranda di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria ([cristina.fragomeni@unirc.it](mailto:cristina.fragomeni@unirc.it))

CECILIA POLICE, Dottoranda di ricerca, Università Ca' Foscari di Venezia e praticante avvocato Foro di Roma ([cecilia.police@unive.it](mailto:cecilia.police@unive.it))

FRANCESCO ALIBERTI, Docente di igiene generale e applicata ([francesco.aliberti@unina.it](mailto:francesco.aliberti@unina.it))



[www.ildirittodelleconomia.it](http://www.ildirittodelleconomia.it)  
[www.muccheditore.it](http://www.muccheditore.it)