

COLLANA DELLE PUBBLICAZIONI
DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "TOR VERGATA"

QUADERNI DEL DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO

Comitato scientifico:

Prof.ssa Agata Cecilia Amato Mangiameli, Prof. Andrea Buratti, Prof. Cristiano Cupelli, Prof. Antonio D'Atena, Prof. Alessandro Dani, Prof. Luigi Daniele, Prof.ssa Maria Rosa Di Simone, Prof. Marco Fioravanti, Prof.ssa Rosa Maria Geraci, Prof.ssa Alessandra Gianelli, Prof. Giovanni Guzzetta, Prof. Raffaello Lupi, Prof.ssa Stefania Mabellini, Prof. Venerando Marano, Prof. Francesco Saverio Marini, Prof. Gian Piero Giuseppe Milano, Prof.ssa Donatella Morana, Prof.ssa Federica Mucci, Prof. Nino Paolantonio, Prof. Eugenio Picozza, Prof. Aristide Police, Prof. Roberto Rampioni, Prof. Adolfo Scalfati, Prof.ssa Elda Turco Bulgherini.

Direzione:

Prof. Luigi Daniele

Comitato di redazione:

Laura Ancora, Marta Bernardini, Domenico Ciaburri, Susanna De Stefani, Francesca Morganti (Coordinatrice), Luigi Prosia, Marina Righi, Diana Tenenbaum, Chiara Venturini.

La corrispondenza inviata alla direzione o alla redazione della Collana va indirizzata a quaderni.pubblico@gmail.com.

I contributi sono sottoposti alla procedura di referaggio anonimo, conformemente al Regolamento della Collana dei Quaderni del Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico, pubblicato sul sito www.dot.dirittopubblico.uniroma2.it.

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "TOR VERGATA"
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

QUADERNI DEL DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO

-4-

Il ritorno dello Stato.
Spunti giuridici per un rapporto equilibrato
tra mercato e intervento pubblico

a cura di Raffaello Lupi e Marco Fioravanti

WOLTERS KLUWER
Milano

Il presente volume è stato pubblicato con i fondi del Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico del Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano

INDICE

| | |
|-------------------------------------|---|
| Notizie sugli Autori..... | 1 |
| MARCO FIORAVANTI, Introduzione..... | 5 |

SEZIONE PRIMA

LEZIONI

| | |
|---|----|
| EUGENIO PICOZZA, Trasformazioni del concetto di diritto e di ordinamento giuridico | 11 |
| RAFFAELLO LUPI, L'analisi giuridico-sociale come strumento d'efficienza dell'intervento pubblico (ovvero, per il ritorno dello Stato serve andare oltre le norme, ma non troppo)..... | 29 |

SEZIONE SECONDA

L'IMPATTO SUL MERCATO DEL *PUBLIC PROCUREMENT*, DELLE ESTERNALIZZAZIONI E DELLA GESTIONE DIRETTA

| | |
|--|----|
| ANNA PAIANO, Il tramonto del mito della concorrenza..... | 44 |
| CAMILA ALMEIDA PORFIRO, Appalti pubblici socialmente responsabili: incentivi per società controllate da donne e minoranze etniche | 59 |
| FORTUNATO PICERNO, La disciplina delle concessioni e i suoi profili di illegittimità costituzionale alla luce della pronuncia della Corte costituzionale n. 218/2021 | 73 |

GABRIELE DAMMICCO, Il nuovo ruolo delle stazioni appaltanti per il perseguimento degli obiettivi di sostenibilità sociale e ambientale nell'acquisto di beni, servizi e lavori 87

MATTEO DE BIASE, Il modello del PPP contrattualizzato ed i risvolti applicativi del *project financing* 101

SEZIONE TERZA

FISCO, SANZIONI E AUTORITÀ INDIPENDENTI PER REGOLARE IL MERCATO

CLAUDIA NICOLINI, Il giudice amministrativo e le valutazioni tecnico-discrezionali delle autorità indipendenti nel contesto emergenziale 117

LAURA ANCORA, Modelli processuali differenziati a tutela della concorrenza e della stabilità del mercato 131

MARINA RIGHI, Sviluppo economico, neutralità fiscale e tassazione dei dividendi in Brasile..... 143

PIETRO CUTAIA, I nuovi poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di tutela dei consumatori .. 157

VALERIA APICELLA, Interventismo statale e sanzioni 170

SEZIONE QUARTA

IL RITORNO (?) DELLO STATO NEL CONTESTO EUROPEO E GLOBALE

ALESSANDRO FRANCESCANGELI, PNRR, Stato e mercato: un ritorno al passato? 185

| | |
|--|-----|
| DOMENICO CIABURRI, La doverosa disapplicazione della norma contraria a una direttiva <i>self-executing</i> (il caso delle concessioni balneari)..... | 201 |
| LAURA CICOZZI, Partecipazione e dissenso: la tutela degli interessi particolari tra diritto ed economia..... | 215 |
| ROSITA SILVESTRE - SUSANNA DE STEFANI, La disciplina degli aiuti di Stato nelle situazioni di crisi | 225 |

SEZIONE QUINTA

POTERE STATALE, TUTELA DEI DIRITTI E VALORI COSTITUZIONALI

| | |
|--|-----|
| DIANA TENENBAUM, La nuova causa di improcedibilità dell'azione penale introdotta dalla riforma Cartabia: l'ennesima riforma della prescrizione o un nuovo inizio?..... | 249 |
| DOMENICO ANDREA PISANI, Tutela dell'ambiente, sviluppo sostenibile e libertà d'iniziativa economica privata nella recente revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione italiana..... | 263 |
| FRANCESCA MORGANTI, Lo Stato, le Corti e il corpo. Considerazioni sul divieto di gestazione per altri..... | 277 |
| FRANCESCO GUARINO, Appunti sul concetto di Stato in N.M. Korkunov..... | 289 |
| MATTEO MINERVINI, Le residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, tra Stato sociale e "stato di abbandono" | 299 |
| Appendice | 313 |

NOTIZIE SUGLI AUTORI

MARCO FIORAVANTI, Professore associato di Storia del Diritto Medievale e Moderno presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

RAFFAELLO LUPI, Professore ordinario di Diritto Tributario presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

EUGENIO PICOZZA, Professore emerito di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

CAMILA ALMEIDA PORFIRO, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Costituzionale, XXXVI ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

LAURA ANCORA, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Amministrativo, XXXVII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

VALERIA APICELLA, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Penale, XXXV ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

DOMENICO CIABURRI, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Amministrativo, XXXVII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

LAURA CICOZZI, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Penale, XXXVII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

PIETRO CUTAIA, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Amministrativo, XXXVI ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

GABRIELE DAMMICCO, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Amministrativo, XXXV ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

MATTEO DE BIASE, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Amministrativo, XXXVII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

SUSANNA DE STEFANI, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto dell'Unione europea, XXXVII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

ALESSANDRO FRANCESCANGELI, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Costituzionale, XXXVI ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

FRANCESCO GUARINO, Avvocato e Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Teoria Generale dello Stato, XXXIV ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

MATTEO MINERVINI, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Penale, XXXVI ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

FRANCESCA MORGANTI, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Costituzionale, XXXVI ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

CLAUDIA NICOLINI, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Amministrativo, XXXVII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

ANNA PAIANO, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Costituzionale, XXXV ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

FORTUNATO PICERNO, Avvocato e Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Amministrativo, XXXVII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

DOMENICO ANDREA PISANI, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Costituzionale, XXXVII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

MARINA RIGHI, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Tributario, XXXVI ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

ROSITA SILVESTRE, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto dell'Unione europea, XXXVI ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

DIANA TENENBAUM, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Penale, XXXVI ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

INTRODUZIONE

La quarta edizione dei Quaderni del Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico – inseriti all’interno della Collana delle pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Roma “Tor Vergata” – prende le mosse dal riemergere, sia in Europa che ad altre latitudini, del ruolo dello Stato, non solo nel tradizionale intervento pubblico nell’economia, ma in molti settori che nell’ultimo trentennio erano stati relegati ai margini.

Il crollo del comunismo “reale”, nel 1989, per l’Unione Sovietica e i paesi del Patto di Varsavia, ha modificato profondamente il panorama istituzionale. Il fallimento dell’idea di esaurire l’attività economica nell’ambito di pubblici uffici ha rappresentato la fine di un’economia integralmente pubblica. Di un’altra grande caduta del comunismo, o se vogliamo di tradimento dei propositi originali dell’ideologia comunista, si può parlare se si volge lo sguardo alla Cina e alla sua apertura al mercato, in un quadro tuttavia di costanti limiti alle libertà politiche.

Queste “cadute” del comunismo hanno alimentato l’idea della fine dello Stato (e, secondo una provocazione che molti hanno ingenuamente preso per buona, della Storia) e la conseguente enfasi su non meglio precisate privatizzazioni (o liberalizzazioni, secondo una formula più anodina), riducendo il mercato all’unico strumento di controllo sociale e regolamentazione giuridica. Invero, le crisi finanziarie degli anni Dieci del Ventunesimo secolo, in particolare quella del 2007, hanno chiaramente dimostrato il fallimento del mercato se lasciato totalmente libero da vincoli, controlli e contro-poteri: i mutui *subprime*, i cosiddetti *NINJA* (*no income, no job, no assets*, ovvero nessun reddito, nessun lavoro, nessuna garanzia), ne sono un lampante esempio. Sarebbe semplicistico, tuttavia, affermare che il mercato non debba fare nulla, essendo il mercato concorrenziale, tra l’altro,

uno dei pilastri dell'Unione europea. La questione intellettualmente più stimolante, invero, sta nella difficoltà del mercato di autoregolare sé stesso, soprattutto se rimane prigioniero di un'ottica limitata al prodotto dell'azienda, come ricordato a più riprese nei suoi scritti, e da ultimo nel saggio presente in questa silloge, da Raffaello Lupi.

Emergono pertanto due necessità – tra l'altro quasi ovvie – come quella di un'economia mista e del corrispettivo controllo sociale. Un'economia mista, intesa come quello spazio dove i pubblici poteri fanno da contenitore del mercato. È nota in tal senso la metafora di Luigi Einaudi, che vale la pena riportare per esteso:

“Tutti coloro che vanno alla fiera, sanno che questa non potrebbe avere luogo se, oltre ai banchi dei venditori, i quali vantano a gran voce la bontà della loro merce, ed oltre la folla dei compratori che ammira la bella voce, ma prima vuole prendere in mano le scarpe per vedere se sono di cuoio o di cartone, non ci fosse qualcos'altro: il cappello a due punte della coppia dei carabinieri che si vede passare sulla piazza, la divisa della guardia municipale che fa tacere due che si sono presi a male parole, il palazzo del municipio, col segretario e il sindaco, la pretura e la conciliatura, il notaio che redige i contratti, l'avvocato a cui si ricorre quando si crede di essere a torto imbrogliati in un contratto, il parroco, il quale ricorda i doveri del buon cristiano, doveri che non bisogna dimenticare nemmeno in fiera”.

Proprio tra rischio e opportunità si posiziona il ripensamento, oggi, del ruolo dello Stato, e il recupero, non sempre consapevole, delle esperienze giuridiche del passato (si pensi, per esempio, alle intuizioni degli istituzionalisti francesi e italiani, da Maurice Hauriou a Santi Romano). Il dibattito contemporaneo su una possibile dimensione giuridica non statuale e sulla necessità di relativizzare la storia dello Stato si riallaccia proprio a una crisi che oggi sembra ripresentarsi in forme inedite.

Partendo dal presupposto che caratteristiche principali del moderno sono la pulsione verso l'*identità* e la *reductio ad unum* (la ricerca dell'ordine) e la vocazione monistica e antipluralista (la riconduzione dei *molti* all'*uno*, secondo una tradizione che

procede da Hobbes a Schmitt), emerge tuttavia l'idea che questa prospettiva non riguardi la modernità *tout court*, ma la strada da essa percorsa con l'affermazione del diritto pubblico statale. Di fronte alla crisi dello Stato e della sua centralità, come detentore del weberiano monopolio legittimo del potere e della forza, si è aperto un confronto che ha prodotto, però, una retorica uguale e contraria a quella della modernità lineare, monolitica, univoca. Una sorta di "incantesimo del frammento" ha rovesciato l'immagine compatta della modernità in una (speculare) narrazione postmoderna.

Le crisi finanziarie e geopolitiche degli ultimi anni, a partire dall'attentato alle Torri Gemelle del 2001, fino all'attuale guerra alle porte d'Europa, spingono a ridimensionare l'ottimistica visione di un processo di globalizzazione lineare e inarrestabile. Anzi, come ricordato da Eugenio Picozza nel denso saggio presente in questi Quaderni, gli eventi suddetti hanno messo in discussione, da un lato, la tradizionale egemonia politico-giuridica occidentale ed europea, dall'altro, l'idea stessa di un diritto e di un nuovo ordine globale.

Lo Stato, tuttavia, ha subito trasformazioni tali che il diritto costituzionale "tradizionale" viene affiancato da quello della concorrenza e le istituzioni internazionali del commercio contendono agli Stati il ruolo di garanti degli scambi. Nella dimensione giuridica contemporanea, dove proliferano luoghi decisionali e giurisdizionali, si intravede la possibilità di ripensare la genesi delle categorie giuridiche fondamentali anche attraverso il retaggio della storia del diritto, soprattutto quella medievale, quando il diritto poteva essere pensato senza la legge.

Con l'affermarsi di una *lex mercatoria* postmoderna, contestuale all'egemonia di un ordine giuridico del mercato, la funzione legislativa – caratteristica *par excellence* della sovranità moderna – ha iniziato a funzionare indipendentemente dallo Stato, a vantaggio delle relazioni economiche globali, dove i nuovi soggetti legittimati a legiferare sono, tra gli altri, i grandi studi legali internazionali. Nella realtà giuridica contemporanea – in cui lo Stato "*non è più il protagonista assoluto della scena giuridica*" (questione sulla quale si sono soffermati giuristi del calibro di Giuliano Amato e Sabino Cassese) – si assiste al ridimensionamento della produzione normativa affidata tradizional-

mente all'organo legislativo degli Stati, a vantaggio di una funzione nomopoietica assunta da realtà diverse, da quelle locali fino a quelle globali, in un caleidoscopio multipolare e multilivello. Il rischio di un tale ordine giuridico postnazionale, dove il diritto è sempre più produzione di privati, consiste nella progressiva perdita di forza normativa dei testi costituzionali e nel conseguente pericolo di una scissione tra politica e Costituzione, che sancirebbe un processo di involuzione degli ordinamenti giuridici in chiave antitetica allo Stato costituzionale e democratico, relegando la Costituzione stessa a un ruolo meramente descrittivo, contrapposto alla funzione prescrittiva del costituzionalismo moderno.

Premessa, dunque, l'ampiamente condivisa necessità di un'economia mista, la dialettica tra Stato e mercato rimanda alla questione su *dove* e *come* debba intervenire lo Stato, cioè sulla possibilità di interventi pubblici tramite fornitori privati o tramite intervento diretto di dipendenti pubblici.

I saggi che qui vengono raccolti, per la grande maggioranza opera di giovani studiosi, colgono questa sfida, declinando la "rinascita dello Stato" da prospettive diverse, giuspubblicistiche, amministrativistiche e penalistiche, con un'attenzione al profilo storico. Ad affiancare i lavori dei dottorandi appaiono, inoltre, due saggi di altissimo profilo, già evocati in queste mie brevi note introduttive, di Raffaello Lupi ed Eugenio Picozza, ai quali va la mia più viva gratitudine.

Vorrei anche esprimere, per la preziosa collaborazione prestata nella realizzazione del Volume, un vivissimo ringraziamento a tutti i componenti del Comitato di redazione (le dottoresse Laura Ancora, Marta Bernardini, Susanna De Stefani, Marina Righi, Diana Tenenbaum e Chiara Venturini, il dottor Luigi Prosia) e in particolare, per il generoso supporto costantemente offerto, alla coordinatrice del Comitato, la dott.ssa Francesca Morganti, e al dottor Domenico Ciaburri.

Roma, 10 dicembre 2022

MARCO FIORAVANTI

SEZIONE PRIMA

LEZIONI

TRASFORMAZIONI DEL CONCETTO DI DIRITTO E DI ORDINAMENTO GIURIDICO*

EUGENIO PICOZZA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Ai confini della realtà. – 3. I fenomeni emergenti. – 4. Considerazioni personali sul diritto. – 5. Alcune considerazioni sul concetto di ordinamento giuridico. – 6. Diritto, ordinamento giuridico e professioni legali. – 7. Conclusioni: verso un diritto e un ordinamento giuridico virtuale? – 8. Alcune chiose di dettaglio.

1. Premessa

Il concetto di diritto è uno dei più complessi e tormentati dell'intero scibile umano¹.

Non a caso, tutti i filosofi del diritto prima o poi si sono interrogati sulle due domande fondamentali: *Quid est jus?* Cosa è il diritto? – e *Quid juris?* Cosa si può dire del diritto?

* Testo rielaborato dall'Autore a seguito della *lectio magistralis* tenutasi il 27 maggio 2022. Contributo non sottoposto a referaggio in quanto proveniente da autore di chiara fama.

¹ V. A. BALLARINI (a cura di), *La storicità del diritto. Esistenza materiale, filosofia, ermeneutica*, Torino, 2018, e in particolare l'*Introduzione* di C. FARALLI.

Egual complessità regna intorno al concetto di ordinamento giuridico², al quale nel 1800 si preferiva il concetto di sistema³, ma che ne ha preso il posto quando nell'Europa continentale si è preferito puntare alla autonomia anziché alla eteronomia del diritto⁴.

C'è però, in tutti questi ponderosi studi, un difetto di impostazione, come purtroppo si sente anche in questi tempi tristi di guerra: l'eurocentricità del diritto, o più ampiamente la tradizione occidentale del diritto⁵.

Alcuni autori si spingono oltre, e scrivono di una dimensione giuridica in continua evoluzione che porta quali ulteriori conseguenze le nozioni controverse di diritto e perfino di scienza giuridica⁶.

2. Ai confini della realtà

Ai confini della scienza giuridica si pongono poi due discipline dagli esiti creativi molto promettenti:

² Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, e i tre saggi di M.S. GIANNINI sull'ordinamento giuridico, ora raccolti negli *Scritti* in dieci volumi, Milano, 2000-2008: *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici* (1950), *Gli elementi degli ordinamenti giuridici* (1958), *Le relazioni tra gli elementi degli ordinamenti giuridici* (1990).

³ F. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano*, Torino, 1888, trad. it. di V. Scialoja. Sul concetto e sul suo sviluppo, F. LOSANO, *Sistema e struttura del diritto*, 3 voll., Milano, 2002.

⁴ Secondo il noto proclama sul metodo di Vittorio Emanuele Orlando, sul quale v., per tutti, recentemente, S. CAVALIERE, *Il metodo giuridico oggi. A margine di V. Teotonico*, Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico, in *Amministrazione in Cammino*, 15 aprile 2020. A livello di teoria generale del diritto, ricordo, per memoria, che il più illustre propugnatore dell'autonomia delle scienze giuridiche dalle altre scienze umane e sociali è stato Hans Kelsen, in particolare nei suoi scritti sulla dottrina pura del diritto, ma comunque in tutti i suoi numerosi libri e contributi.

⁵ Per le critiche alla pretesa "occidentalizzazione" del diritto, v., per tutti, R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007.

⁶ V., ad esempio, O. ROSELLI, *Riflessioni sulle trasformazioni della dimensione giuridica*, Napoli, 2011.

1) Le neuroscienze, ed in particolare il filone applicativo che viene chiamato comunemente *Neurolaw*⁷, il quale applica un metodo innovativo basato essenzialmente su due presupposti:

a) l'inversione del metodo tradizionale di analisi giuridica, che è quello basato sul ragionamento logico per arrivare alla formulazione di una teoria giuridica, di una dogmatica o comunque di una interpretazione di una norma giuridica, di un provvedimento, di una sentenza o anche di un negozio giuridico.

Nel caso del neurodiritto, invece, si parte dall'analisi del funzionamento del cervello per trarre conclusioni sulla concorrenza della istintualità e della emozionalità ai fini della effettiva consistenza della logica;

b) un tentativo di ricomposizione dei saperi, dal momento che le neuroscienze cognitive non possono essere iscritte alle scienze umane (ivi compresa la tradizionale psicologia, o anche la psicanalisi), ma nemmeno del tutto tra le cc.dd. scienze esatte, quali la fisica, la chimica, la matematica e le altre scienze della terra.

2) L'intelligenza artificiale, chiamata A.I. nel linguaggio internazionale (ovvero *Artificial Intelligence*), che, al contrario, si proietta sugli sviluppi della c.d. intelligenza logica, simulando ed anzi da ultimo superando le potenzialità logiche del cervello umano⁸.

Come è noto, gli esperti distinguono tre tipi di A.I.: quella debole, che consente la selezione di milioni di dati ma sostanzialmente opera come un normale *database*: è stata la grande innovazione della mia generazione, a partire dagli anni Ottanta, con la sostituzione dei *floppy disk*, di memoria molto limitata, da parte dei CD-ROM; quella forte, che consente di svolgere alcuni

⁷ Sul quale v., per tutti, E. PICOZZA (a cura di), *Neurolaw. An introduction*, Torino, 2016.

⁸ Su natura, funzione e sviluppi della I.A. v., *ex multis*, E. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence*, in *Giur. it.*, 7/2019, n. spec. dedicato a *Intelligenza Artificiale e diritto*, pp. 1761 ss.; nonché, più recentemente, G. PESCE, *Funzione amministrativa, intelligenza artificiale e blockchain*, Napoli, 2021, anche per ulteriori riferimenti bibliografici; G. D'ACQUISTO, *Decisioni algoritmiche. Equità, causalità e trasparenza*, Torino, 2022; e soprattutto, A. MASUCCI, *L'automatizzazione delle decisioni amministrative algoritmiche fra big data e machine learning. Verso l'algocratic governance?*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2/2022, pp. 265 ss.

compiti logici meglio degli esseri umani (giocare a scacchi o a *Go*, ecc.); quella denominata superintelligenza, che evolve autonomamente attraverso il c.d. *deep learning* (autoapprendimento profondo) e che può fare previsioni, diagnosi ed anche prendere decisioni predittive. Ma si teme già la nascita di una intelligenza autonoma, la c.d. intelligenza singolare⁹, in grado di superare complessivamente quella umana.

3) Dentro il campo delle scienze giuridiche, e con riferimento al periodo che data *grosso modo* dalle prime costituzioni post-belliche (della Prima guerra mondiale, beninteso) all'epoca attuale, si situano le principali teorie giuridiche sul diritto e sull'ordinamento giuridico, che ricordo brevemente:

a) la dottrina dello Stato, ovviamente statocentrica, in auge soprattutto nei regimi autoritari e totalitari;

b) la dottrina pura del diritto (Kelsen), essenzialmente neo-kantiana, fondata su valori morali e sulla c.d. logica deontica o prescrittiva (*sein/sollen*: essere/dover essere), secondo cui la norma perfetta è solo quella assistita da adeguate sanzioni (una recente applicazione si è avuta, ad esempio, con le ordinanze sul Covid-19);

c) la teoria decisionista, secondo la quale è sovrano chi decide in stato di eccezione, il diritto si basa essenzialmente sulla forza (*Kraft*) e la relazione politica per eccellenza è quella tra amico e nemico: ne vediamo una triste applicazione proprio in questi mesi, con la guerra Russia/Ucraina e le conseguenti propagande politiche;

d) la teoria istituzionistica (Hauriou) e ordinamentale (Santi Romano), secondo cui la norma giuridica non spiega interamente il complesso mondo del diritto, poiché esso abbisogna, oltre che della normazione, anche di una plurisoggettività e di una organizzazione al vertice della collettività¹⁰.

Nel secondo dopoguerra queste dottrine tradizionali sono state sottoposte a critiche anche serrate, attraverso movimenti di

⁹ V., per tutti, R. KURZWEIL, *La singolarità è vicina*, Milano, 2008, trad. it. di V.B. Sala.

¹⁰ Si vedano, sul punto, gli scritti di M.S. GIANNINI già citati *supra*, in nt. 2. Tutte le teorie cui si fa cenno nel testo sono magistralmente descritte nella fondamentale opera in tre volumi di G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, Bari, 2021, con *Prefazione* di C. FARALLI.

pensiero quali il realismo giuridico, il formalismo, il femminismo, la scuola dei cc.dd. *critical legal studies* e, da ultimo, l'analisi economica del diritto e la c.d. economia del diritto¹¹.

Tuttavia, dopo l'attentato alle Torri Gemelle del settembre 2001, le profonde crisi economiche del 2004, 2008, 2012 e le attuali vicende, queste stesse teorie economico-giuridiche sono state messe in crisi, come anche l'idea, ampiamente diffusa, di un diritto globale e di un nuovo ordine globale¹². Proprio Henry Kissinger, in una recente intervista al Corriere della Sera, ha messo in guardia da una visione geopolitica del mondo di tipo occidentale, ripetendo che lo stesso, ormai, è (nuovamente) ripartito in aree regionali, ciascuna con le sue caratteristiche, le sue tradizioni, la sua cultura, il suo concetto di democrazia e le sue relazioni internazionali.

Un dibattito che appassiona quantomeno i cultori delle scienze umanistiche, nonché gli amanti delle *visual and performing arts*, è quello se il mondo sia ancora nella fase del post-moderno e del post-industriale, ovvero nel c.d. transumanesimo, in cui l'essere umano è ormai condizionato dagli artefatti, primo fra tutti lo *smartphone*, il "telefono intelligente".

L'economia occidentale è abbastanza fiduciosa nel rispondere che siamo di fronte alla quarta rivoluzione industriale, quella digitale, da cui l'espressione "Industria 4.0".

Si può obiettare, tuttavia, che siffatte *magnifiche scoperte* si applicano a meno di un ottavo del mondo, e che questa tesi, quindi, potrebbe essere definita post-coloniale, o addirittura – con specifico riferimento agli immigrati, e prima di tutto ai rifugiati – neocolonialista¹³.

¹¹ V., per tutti, G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001.

¹² Cfr. M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, nonché, in una prospettiva non solo giuridica, H. KISSINGER, *Ordine mondiale*, Milano, 2015, trad. it. di T. Cannillo.

¹³ V., in argomento, N. DE GENOVA (a cura di), *The borders of "Europe". Autonomy of migration, tactics of bordering*, Durham, 2017, e, soprattutto, F. PICOZZA, *The coloniality of asylum. Mobility, autonomy and solidarity in the wake of Europe's refugee crisis*, Lanham, 2021.

3. I fenomeni emergenti

Per concludere questa rapida rassegna introduttiva, non si possono dimenticare quattro fenomeni che sono stati descritti in tempi anche non recenti:

i) l'emergere della complessità, fenomeno originariamente descritto dalla fisica e dall'ingegneria dei sistemi¹⁴ ma presto approdato alla sociologia¹⁵ e alla stessa teoria generale del diritto¹⁶, e perfino a singole discipline positive del diritto, prima fra le quali il diritto amministrativo¹⁷;

ii) l'idea di "liquidità" della società contemporanea¹⁸, che rende molto bene il passaggio graduale da una società reale, fatta di contatti umani interpersonali, sociali, economici, politici e, naturalmente, giuridici, alla «società dello spettacolo»¹⁹ (il c.d. *Truman Show*), fino alla transizione verso una identità digitale sostitutiva di quella reale: in pratica, un vero e proprio *avatar* giuridico;

c) la c.d. società del rischio e delle emergenze, come il rischio di guerra nucleare, il rischio ambientale, quello economico, quello sanitario. La dottrina ha messo bene in luce il c.d. rischio sistemico, che ha trovato applicazioni concrete nel diritto dell'Unione europea con la creazione delle tre Autorità amministrative indipendenti nei settori bancario, assicurativo e mobiliare²⁰;

d) la caduta della visione antropocentrica della società e del diritto.

¹⁴ L. VON BERTALANFFY, *Teoria generale dei sistemi. Fondamenti, sviluppi, applicazioni*, Milano, 1971, trad. it. di E. Bellone.

¹⁵ N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, Milano, 2020, trad. it. di R. Schmidt e D. Zoro.

¹⁶ A. FALZEA, voce *Complessità (giuridica)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2007.

¹⁷ V., tra i molti, D. D'ORSOGNA, *Conferenza dei servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002; F. MONCERI, *Complessità e semplificazione nell'azione amministrativa*, Torino, 2020.

¹⁸ Ci si riferisce, naturalmente, ai numerosissimi scritti di Zygmunt Bauman.

¹⁹ G. DEBORD, *La società dello spettacolo*, Milano, 2017, trad. it. di F. Vasarri e P. Salvadori.

²⁰ Sul concetto di rischio sistemico v., per tutti, E. PICOZZA, *Diritto dell'economia: strumento di unificazione*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2015, pp. 507 ss., e la letteratura ivi citata sui concetti di rischio e di pericolo.

4. Considerazioni personali sul diritto

Abbiamo messo molta – forse troppa – carne al fuoco, secondo il detto per cui *melius est abundare quam deficere*. Mi permetto, a questo punto, di fare alcune considerazioni a titolo personale, derivanti dalla mia complessiva esperienza di giurista (quindi non solo come professore, ma anche come avvocato) e di musicista. La prima osservazione è di metodo, la seconda di contenuto.

Per quanto riguarda il metodo: anche i giuristi, come gli economisti, sono troppo abituati alle analisi di microperiodo. Il diritto costituzionale, ad esempio, si basa prevalentemente sugli studi del Novecento, a partire dalla Costituzione di Weimar, o più raramente risale ai presupposti della Rivoluzione americana e/o di quella francese.

La realtà di oggi, compresa la guerra in corso, dimostra che questo non basta.

Ma soprattutto, la dimostrazione è contenuta proprio negli studi di carattere generale su post-moderno e transumanesimo: siamo alla fine di un'era, non di un'epoca (non vale più, cioè, il metodo comunemente usato nei libri di storia scolastici e universitari tra storia moderna e storia contemporanea).

L'analisi, quindi, non si può limitare al microperiodo storico, ma deve tentare comparazioni più ampie, spingendosi fino alla c.d. post-democrazia. In fin dei conti, già M.S. Giannini ha tracciato, almeno per il diritto amministrativo, le linee fondamentali, sia nel Manuale sia nei famosi Studi sassaresi, e in particolare nel suo scritto sui “*Profili storici della scienza del diritto amministrativo*”²¹.

Per quanto riguarda il contenuto, invece: occorre abbandonare l'idea, sempre seducente, della c.d. ideologia giuridica, e smettere di pensare che si possa aderire ad una sola dottrina e ad un solo modo di pensare.

²¹ Si v. anche, ad esempio, l'interessantissimo saggio del filosofo del diritto – e caro collega – G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, 2022.

Questo è un metodo che ritrovo comunemente nei manuali di preparazione ai concorsi pubblici importanti, spesso redatti da magistrati, i quali ritengono che il diritto (principalmente amministrativo, ma anche civile o penale) si identifichi con il processo.

Il diritto vivente è altra cosa, come già riteneva il mio Maestro di Diritto processuale civile, Salvatore Satta, al quale si deve la celebre frase per cui il processo è la metafora della realtà.

Nell'Introduzione ho rapidamente dimostrato come nello stesso periodo (quello dell'emergenza da Covid-19) convivano/siano convissute discipline proprie del decisionismo o ascrivibili alla teoria pura del diritto, settori del diritto globale e teorie tradizionali del diritto internazionale sul potere di sovranità degli Stati.

È necessario, quindi, sia da parte dei ricercatori che degli operatori, un grande sforzo di pensiero: uno sforzo di “pensare senza confini” e senza illudersi circa l'autonomia del diritto; quest'ultima può andar bene, ma solo entro certi limiti (come dirò *infra*, parlando dei rapporti tra diritto ed esercizio della professione di avvocato). Rivolgendomi a dei dottorandi, che costituiscono anche il gradino iniziale della ricerca scientifica, penso di poter affermare con ragionevole fondamento che è indispensabile allargare l'orizzonte della ricerca, non solo oltre i confini del proprio settore scientifico-disciplinare o concorsuale, o addirittura oltre la propria area. Occorre una collaborazione interdisciplinare, nell'ottica di un tentativo di ricomposizione dell'unità dei saperi prima che questo diventi un metodo dell'intelligenza artificiale. Di ciò si è tardivamente reso conto anche il Governo, che nel d.l. n. 36 del 2022, convertito in l. n. 79 del 2022, ha accorpato i settori scientifico-disciplinari ai gruppi disciplinari, in un primo tentativo di introdurre un metodo di interdisciplinarietà, anche se per il momento solo all'interno dello stesso gruppo.

5. Alcune considerazioni sul concetto di ordinamento giuridico

Può essere di qualche utilità ricordare che il concetto di ordinamento giuridico ha dei predecessori – ad esempio, nel c.d. *ordo iudiciarum* medioevale, negli ordini cavallereschi, come sottolinea Gaetano Silvestri in un bel libro sulla separazione dei poteri²². Tuttavia, le radici più prossime sono dovute, in pieno Ottocento, al potente influsso che il positivismo scientifico e sociologico ebbe su quello giuridico. Come ci rammenta Peter Badura in un bellissimo scritto²³, ben presto si diffuse una concezione “*organicistica*” e “*sistemica*” dello Stato, così come per il corpo sociale, intesi alla stregua di un vero organismo vivente e dunque “*ben ordinato*”.

Anche se molti scrittori hanno usato i termini “ordine giuridico” e “ordinamento”, tuttavia, la più avvincente sistemazione spetta senza dubbio a Santi Romano e al suo fortunato libretto su “*L’ordinamento giuridico*”, edito nel 1918²⁴.

Romano, che conosceva e insegnava molto bene anche il diritto costituzionale e il diritto ecclesiastico e canonico, si mosse comunque entro l’ambito generale della dottrina dello Stato e delle concezioni tradizionali del diritto internazionale pubblico, che vedeva negli Stati e in poche altre entità i soli soggetti giuridici del diritto internazionale medesimo: era una teoria che si adattava perfettamente ad un tipo di Stato autoritario come quello fascista, contrassegnato dagli *slogan* “ordine” e “disciplina” e da una tassonomia del diritto amministrativo – ereditata dal diritto amministrativo francese, inventato e collaudato da Napoleone Bonaparte – fortemente accentratrice e gerarchica²⁵.

Si adatta un po’ meno, con tutta evidenza, allo Stato democratico, là dove il pluralismo è l’essenza della democrazia e si tende a sottolineare l’importanza dell’autonomia locale, come fa

²² G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, 2 voll., Milano, 1979-1984, p. 1070.

²³ P. BADURA, *I metodi della nuova dottrina generale dello Stato*, Milano, 1998, che va messo a confronto con W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, 1974, trad. it. di P.L. Lucchini.

²⁴ S. ROMANO, *Op. cit.*

²⁵ F. NEUMANN, *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna, 1984, trad. it. di G. Sivini.

l'articolo 5 della nostra Costituzione, e ad adottare il metodo del decentramento. Sviluppato e portato questo concetto alle estreme conseguenze in tre straordinari saggi di Massimo Severo Giannini, già ricordati²⁶, esso fu veramente una miniera per gli studi successivi, indispensabile per comprendere la nozione di ordinamento organizzatorio (quello militare innanzitutto, ma anche quello sportivo), indipendente (Università e altri Istituti di alta cultura, ordini professionali, ordini imprenditoriali, sindacati), sezionale (banche, assicurazioni, CONSOB), e perfino le prime ideazioni dell'ordinamento multilivello, che ci riporta ai giorni nostri. Il concetto, infatti, viene tuttora usato per descrivere le relazioni tra ordinamento della CEDU e ordinamenti nazionali, tra l'ordinamento dell'UE e quelli degli Stati membri. In fin dei conti, anche i settori che hanno una pretesa di ordinamentazione globale (ad es., l'UNESCO), sia pure nel solo ambito della cultura e dell'arte, applicano questi rapporti e queste relazioni.

Ancora una volta, però, bisogna mettere in guardia da una certa tendenza del giurista, sia teorico che pratico, a fissarsi sui concetti. Il recente conflitto russo-ucraino, ad esempio, ha messo in crisi acquisizioni giuridiche che si trovano fin troppo esibite nei manuali pratici di diritto europeo, amministrativo e costituzionale. Come è noto, lo studio delle relazioni tra ordinamento comunitario (prima ancora che eurounitario) e ordinamenti degli Stati membri ha portato progressivamente alla emersione di tre principali teorie o modi di spiegare i loro rapporti reciproci:

a) all'inizio vigeva una concezione di netta separazione tra gli ordinamenti, con criteri di collegamento quali quelli che si usano per il diritto internazionale privato: una sorta di "separazione coordinata", in cui ogni Stato doveva di volta in volta riconoscere con propria legge la cessione di una quota di sovranità;

b) in un secondo tempo – e non senza sforzi diplomatici e giuridici – si giunse alla nozione di vera e propria "separazione coordinata" tra ordinamenti giuridici, con specifici criteri per fissare la supremazia del diritto comunitario in alcuni settori: il primato, la diretta applicazione, l'obbligo di interpretazione conforme, l'effetto utile ecc.;

c) solo in epoca di privatizzazioni e di massiccio aumento della cessione di quote di sovranità si è cominciato ad accettare

²⁶ V. *supra*, nt. 2.

la teoria della “integrazione tra ordinamenti”, propugnata dalla Corte di giustizia della CEE fin dal 1963/64, con le fondamentali sentenze *Van Gend en Loos* e *Simmenthal*.

A distanza di tempo, è agevole capire come quella tesi servisse alla Corte di giustizia per trovare un criterio uniforme di soluzione dei casi controversi: era un embrione di diritto processuale comunitario, non di diritto sostanziale.

Né più né meno del concetto di “legittimità amministrativa”, visto rispettivamente da un dirigente generale di Ministero o da un giudice amministrativo. Proprio la crisi della guerra e la battaglia sul gas fanno capire, invece, come questi tre modelli di relazione tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali siano tuttora compresenti e usati, l’uno o l’altro secondo la convenienza politica, economica o anche sociale del singolo Stato membro.

In secondo luogo, l’ordinamento giuridico ha subito, dopo la fine del protezionismo nazionale e l’affermazione della globalizzazione almeno economica, una grande trasformazione dall’interno.

Proprio come avveniva con le corporazioni medioevali, infatti, il “*diritto dei privati*”²⁷ è inserito, in determinati settori, nella formazione della norma tecnica, alla base di quella giuridica in campo ambientale, tecnologico e finanziario, attraverso i famosi *standard*²⁸.

Talché spesso la legge rincorre faticosamente le regole volontarie create dalle grandi imprese, sussumendole nei propri testi. Il fenomeno non ha nulla a che vedere con quello dei cc.dd. concetti giuridici indeterminati, nei quali, come è noto, il diritto fa ricorso a clausole generali desumendole da altre discipline, prevalentemente scientifiche, come urbanistica, cure sanitarie, giudizio estetico ecc.: in questo caso si tratta di norme di diritto pubblico completamente formate da organizzazioni economiche private, per cui la normazione non è più nella sovranità dell’organizzazione di vertice di uno Stato, cioè del potere politico e del

²⁷ W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Macerata, 2018.

²⁸ Richiama l’attenzione del lettore su questo problema A. MOSCARINI, *Fonti dei privati e globalizzazione*, Roma, 2015.

suo sottopotere amministrativo o giurisdizionale, secondo la nota tesi di Luhmann²⁹.

Un altro fenomeno interessante è costituito dalle consolidate prassi del diritto commerciale internazionale, in un certo senso mutate dai numerosi tipi di arbitrati internazionali per la composizione delle controversie tra Stati e tra Stati ed investitori privati, oppure tra imprese (arbitrati UNCITRAL, ICC, ICSID), nei quali il diritto si forma durante la controversia. Tra imprese private, così, gli accordi (vale sempre il principio di massima secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti) vengono scritti dalle parti stesse senza alcun riferimento a vincoli territoriali, di competenza ecc.

Allo stesso tempo, le convenzioni internazionali generali (come quella sulla biodiversità o sui cambiamenti climatici) fanno fatica ad imporsi come regole generali, nonostante la loro forza e il loro valore naturali, prima ancora che giuridici. Basti pensare all'orientamento della nostra Corte costituzionale, più volte ribadito nel corso degli ultimi venti anni, secondo cui perfino le norme della CEDU, per applicarsi concretamente, devono superare un vaglio di costituzionalità riguardante la compatibilità delle norme nazionali pertinenti (v., da ultimo, la sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 1/2022). Da ciò si ricava un ulteriore monito rispetto al concetto di ordinamento globale o di diritto amministrativo globale, così tanto di moda in questi ultimi anni: non si devono confondere il diritto come cultura e il diritto come ordinamento. Un quadro globale delle principali discipline è sempre stato fatto, almeno dai cultori seri del diritto comparato.

²⁹ Tra i suoi numerosi scritti, v. almeno N. LUHMANN, *Sociologia del diritto*, Bari, 1977, trad. it. di A. Febbrajo; ID., *La differenziazione del diritto*, Bologna, 1990, trad. it. di R. De Giorgi e M. Silbernagl; ID., *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995, trad. it. di A. Febbrajo; ID., *Potere e complessità sociale*, cit.

6. Diritto, ordinamento giuridico e professioni legali

Dalla teoria scendiamo alla pratica, anche perché il conseguimento del dottorato, secondo una legge ormai risalente nel tempo, garantisce un importante punteggio (ovvero costituisce requisito) per l'accesso ai concorsi pubblici o alla professione legale di magistrato, notaio, avvocato, dirigente.

Le rivoluzioni che hanno investito il concetto di diritto e le conseguenti teorie giuridiche non potevano restare senza effetti nel campo delle professioni legali. In primo luogo, specie nell'ambito degli studi multinazionali, è sempre più frequente doversi confrontare con legislazioni e modelli di ordinamento giuridico molto diversi dal nostro; in secondo luogo, emergono gli “*smart contracts*” e i “*robot ricercatori di dati*”, che vengono frequentemente “offerti” da piattaforma *online* anche in Italia. Ma sono soprattutto due le questioni che maggiormente interessano e preoccupano le suddette professioni:

a) per quanto riguarda il mestiere di giudice, arbitro e mediatore, il ruolo progressivo dell'intelligenza artificiale, non solo nella ricerca delle soluzioni, ma anche nella decisione dei casi. Su questo il prof. Masucci, recentemente scomparso, lanciava un monito importante: l'algoritmo decide in base al criterio di *prevedibilità*, non di *doverosità*; sarà più adatto, forse, per la ricerca della soluzione equa, non della soluzione giusta³⁰;

b) per quanto riguarda la professione di avvocato, già da tempo è ammessa la società di professionisti interdisciplinare e si diffondono le specializzazioni in *due diligence*, *project financing* e *project management*. Ma, come si legge in un recente libro³¹, sono la consistenza e la natura giuridica della professione legale a dover mutare radicalmente, muovendo verso il *legal engineering*. Si osserva, soprattutto nelle grandi metropoli, che il cardine dell'attività forense non è più il contenzioso, ma l'attività di assistenza e consulenza legale preventiva, e che essa si sposta dall'esame e risoluzione di singole questioni ad interi settori di pianificazione e progettazione. In questo contesto, emergono

³⁰ V. R. SUSSKIND, *Online Courts and the future of justice*, Oxford, 2019.

³¹ Così ancora R. SUSSKIND, *L'avvocato di domani. Il futuro della professione legale tra rivoluzione tecnologica e intelligenza artificiale*, Milano, 2019, trad. it. di G. Bizzarri.

studi specializzati³² verso una “nuova attività di consulenza e progettazione legale, proposta in sinergia con altri professionisti esperti nelle discipline della Computer Science, a supporto dei progetti imprenditoriali all’interno della economia digitale e con lo scopo di ridisegnare e valorizzare i modelli di business, ridurre i rischi di impresa e prevenire i contenziosi”³³. Ciò consente di mitigare i rischi e di acquisire vantaggi tecnologici quanto mai preziosi in un futuro digitale. Come si vede, siamo già un passo oltre la *due diligence*, che tutto sommato è una valutazione dei rischi e benefici del progetto, e lo stesso *finance project*, che nasce da un’idea e da uno studio di fattibilità, laddove l’intervento legale si situa a valle e non a monte, ovvero almeno contestualmente all’idea creativa. Ad esempio, uno studioso di Diritto pubblico ha definito l’intero *Next Generation EU* come un’enorme operazione di *legal engineering*³⁴;

c) infine, per quanto riguarda le professioni legali certificate (notaio *in primis*, ma anche non pochi funzionari e dirigenti, pubblici e privati, addetti alla c.d. attività conoscitiva), la grande sfida è costituita dalla ormai celebre tecnologia *blockchain*. Quest’ultima, com’è noto, è una piattaforma *software* che consente l’archiviazione e il trasferimento di risorse digitali (chiamate *asset*) tra due soggetti fisici o giuridici di pari livello (*peer-to-peer*) senza la necessità di intermediari (ad es., notai, pubblici ufficiali roganti ecc.), poiché è la stessa tecnologia ad assicurare l’autenticazione, la validazione e la verifica degli *asset*, e ad operare i trasferimenti tra le due parti. È una (ennesima) inserzione della tecnologia privata nel mondo dell’ordinamento giuridico, ma questa volta in funzione addirittura sostitutiva: in altri termini, un sistema informatico collettivo che sostituisce il concetto di autorità pubblica esercente la potestà certificativa sul presupposto della sovranità dello Stato. Sebbene le prime applicazioni

³² V., a mero titolo di esempio, il sito www.digitalvisionair.org, oppure www.legalengineering.it.

³³ E. PICOZZA - L. CAPPELLO - B. RAGANELLI, *Le professioni legali in trasformazione. Legal engineering, blockchain nella digital economy*, in corso di pubblicazione.

³⁴ V. B. DE WITTE, *The European Union’s COVID-19 recovery plan: The legal engineering of an economic policy shift*, in *Common Market Law Review*, 3/2021, pp. 635 ss., come citato anche in E. PICOZZA, *The Next Generation EU: un passo decisivo verso l’unificazione europea*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2/2022, pp. 315 ss.

della *blockchain* abbiano avuto luogo nel settore delle criptovalute, il diritto internazionale, quello europeo e le leggi dei singoli Stati – la Cina, per esempio – sono interessati allo sviluppo e all'applicazione della tecnologia in questione ai pubblici servizi, tra cui i trasporti, la sanità, l'energia, le certificazioni pubbliche, la validazione dell'attività conoscitiva ed istruttoria, nonché all'evoluzione degli stessi procedimenti di democrazia (la c.d. democrazia partecipativa digitale, che ha avuto un'ampia risonanza anche all'interno del nostro Stato, ad esempio con la piattaforma Rousseau).

7. Conclusioni: verso un diritto e un ordinamento giuridico virtuale?

Siamo dunque giunti, dopo l'esame delle principali trasformazioni del diritto e dell'ordinamento giuridico, alla domanda finale: l'era del postumano e del transumanesimo condurrà verso un diritto virtuale, fatto essenzialmente di algoritmi, o comunque di regole tecniche, pronto a sostituire quello tradizionale? L'ordinamento giuridico virtuale, senza una sovranità, un territorio, un diritto uniforme, si farà momento per momento, come un *work in progress*? Non sono così visionario. Indubbiamente, studiosi di rilievo mondiale come Carl Schmitt ed Ernst Forsthoff già mettevano in luce il pericolo che la tecnica sostituisse gradualmente l'attività politica³⁵, e non avevano certamente torto. La tecnica sta giocando un ruolo progressivamente maggiore nella guerra, oltre che nello sviluppo economico e sociale. Nel contempo, però, le neuroscienze cognitive, che pure si servono di tecnologie raffinate, quali le risonanze magnetiche dinamiche, sono chiaramente dalla parte dell'essere fatto di istinti, di emozioni, di sentimenti e *anche* di ragione. Probabilmente, il loro influsso porterà un grande cambiamento nella concezione del diritto e del processo penale.

³⁵ V. soprattutto C. SCHMITT, *Stato, grande spazio, nomos*, Milano, 2015, trad. it. di G. Gurisatti, e *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in Id., *Le categorie del "politico"*, Bologna, 1972, trad. it. di P. Schiera, pp. 167 ss.; E. FORSTHOFF, *Lo stato della società industriale*, Milano, 2011, trad. it. di A. Mangia.

Sorprendentemente, le conclusioni circa l'empatia, il senso immanente della giustizia inteso come diritto alla parità di trattamento, la plasticità cerebrale, il senso di appartenenza, i neuroni specchio, puntano su un rapporto di solidarietà "di specie" descritto in modo lapidario dall'articolo 2 della nostra Costituzione.

Da una parte, quindi, le visioni di Philip Dick, dall'altra i classici della letteratura mondiale, le musiche di Bach, i quadri di Leonardo, i tesori d'arte del Messico o della Cina.

Il maggiore rischio che noi corriamo, allora, è che non vi sia continuità tra tradizione e progresso, tra conservazione e rivoluzione.

Per questo è necessario che lo studioso di diritto, custode per eccellenza della tradizione, rimanga "curioso" nel senso letterale del termine, indipendente nella scelta e nell'analisi dei temi di ricerca, e non subisca la seduzione del potere politico, da cui in ultima analisi dipende il rendere reali o fittizi il diritto e lo stesso ordinamento giuridico.

8. Alcune chiose di dettaglio

Ne *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, Carl Schmitt affronta la questione della tecnica illustrando la successione dei "centri di riferimento" (*Zentralgebiet*) per ogni epoca: dal teologico (XVI sec.) al metafisico-scientifico (XVII sec.), dal morale-umanitario (XVIII sec.) all'economico (XIX sec.), fino appunto alla *tecnica*, "centro" del XX secolo e culmine del processo³⁶.

Questa divisione coincide, singolarmente, con quella fatta da Jacques Attali – in termini di economia politica, ma – per la storia della musica, nella quale egli distingue, appunto, l'epoca delle celebrazioni nelle corti e nelle chiese; della rappresentazione e del concerto borghese; della riproduzione dal vivo e della nascita del disco (concerti a pagamento e primi dischi); della ripetizione (CD, DVD e *streaming*)³⁷.

³⁶ Cfr. C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, cit.

³⁷ V. J. ATTALIS, *Bruits. Essai sur l'économie politique de la musique*, Paris, 2001.

Come il diritto, anche la musica si evolve dalla *technè*, cioè l'abilità artigianale, "manuale", alla tecnologia, fino al paradosso del *robot* che legge lo spartito attraverso una telecamera e lo suona su un vero pianoforte con le sue dita robotiche.

Tuttavia, il ruolo della tecnica nel diritto è stato studiato pochissimo in Italia, almeno fino all'esplosione delle cc.dd. norme tecniche, specifiche regole (tecniche, appunto) inserite nelle direttive europee sugli appalti pubblici per "ricordare" i principi della concorrenza e del libero mercato³⁸. È notorio come la matrice delle norme in questione sia l'ISO (*International Organization for Standardization*), autore delle famose ISO 9000, certificazioni di qualità aventi natura privatistica ma alle quali si sottopongono anche migliaia di enti pubblici.

In alcuni campi, come le comunicazioni elettroniche, il progresso della tecnologia è stato talmente repentino che perfino l'Unione europea ha sostanzialmente rinunciato a una regolazione, ritenendo ormai effettivamente aperti sia il mercato di settore che la libera concorrenza.

Anche in questo caso, tuttavia, i venti di guerra possono far improvvisamente recedere il processo di liberalizzazione di interi settori economici, quali ad esempio l'energia, i trasporti e le stesse comunicazioni elettroniche, con l'utilizzo di norme speciali sui cc.dd. *golden powers*. C'è, quindi, una sorta di asimmetria informativa e normativa, poiché da un lato esiste addirittura una politica europea di reti transnazionali (acqua, trasporti, energia, comunicazioni); dall'altro, ogni Stato ri-diventa geloso del possesso (o comunque del controllo) delle proprie reti, dando al Governo l'ultima parola sulla loro cedibilità o semplicemente sul loro affitto e/o transito – un nuovo esercizio, è evidente, del potere di sovranità nazionale.

In conclusione, dunque: occorre essere molto attenti a non tentare fughe in avanti, abituandosi all'idea che, così come esistono le cc.dd. lacune o antinomie giuridiche, non deve scandalizzare che alla medesima fattispecie possano applicarsi teorie giuridiche *apparentemente* del tutto incompatibili.

³⁸ Tra gli studi più risalenti, v. G. GUARINO, *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962.

L'ANALISI GIURIDICO-SOCIALE
COME STRUMENTO D'EFFICIENZA
DELL'INTERVENTO PUBBLICO
(OVVERO, PER IL RITORNO DELLO STATO
SERVE ANDARE OLTRE LE NORME, MA NON
TROPPO)*

RAFFAELLO LUPI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il rapporto bidirezionale tra intervento pubblico e sapere giuridico. – 3. Studi giuridici come controllo sociale dell'efficienza dell'intervento pubblico. – 4. Recupero della discrezionalità come strumento per il ritorno dello Stato.

1. Introduzione

Con il crollo del comunismo non è finita la Storia, ma solo l'illusione che lo Stato fosse in grado di occuparsi di tutti i bisogni umani. Chiarito quest'enorme equivoco, l'intervento pubblico resta fondamentale in una società del benessere basata sulla produzione di serie, che abbassa i costi a prezzo di una produzione massiva, cioè rigida. Tra bisogni e produzioni emergono quindi squilibri inconcepibili ai tempi della manifattura artigianale, cui risale la maggioranza dei nostri modelli culturali, compresi quelli di mercato e di concorrenza, alla base dell'Unione europea. Quest'ultima guarda correttamente alla sussidiarietà dell'intervento pubblico, dove il controllo sociale del consumatore non arriva. Tuttavia, proprio la rigidità della produzione allarga l'intermediazione pubblica, dove lo Stato raccoglie risorse,

* Contributo non sottoposto a referaggio in quanto proveniente da autore di chiara fama.

usandole per servizi materialmente o politicamente indivisibili. Il controllo sociale degli utenti diventa quindi più difficile rispetto a quello dei clienti, tra l'altro indebolito dalla riduzione delle possibilità di scelta a seguito dell'inevitabile concentrazione dell'offerta. La soluzione è riproporre il controllo sociale, associato al mercato, anche ove il mercato è insufficiente o assente. Dove le scelte dei consumatori non arrivano ad esprimere l'interesse generale, occorrono altre forme di controllo sociale nell'uso delle risorse, garantite da una discussione pubblica su costi e benefici sociali delle varie opzioni disponibili. Il diritto non può quindi solo seguire le scelte politico-ideologiche, ma deve anche coordinare le riflessioni sulle varie funzioni pubbliche, nella chiave conoscitiva giuridico-sociale.

2. Il rapporto bidirezionale tra intervento pubblico e sapere giuridico

Discutendo di rapporto tra Stato e mercato, proprio mentre stavo scrivendo queste note, Eugenio Picozza ha usato, a proposito di alcune scelte ideologiche dell'Unione europea sull'argomento, l'espressione "*il diritto segue*", sottintendendo che esso segue le scelte politiche. L'influenza della società – e quindi della politica – sul diritto è infatti innegabile, il che rende sfuggente lo stesso inquadramento del diritto, come Picozza rileva nelle prime pagine del suo saggio presente in questo volume¹. Tuttavia, come aspetto delle relazioni umane, *hominis ad hominem proportio*, il diritto caratterizza ogni gruppo sociale, indipendentemente dalle conoscenze disponibili o dalle tecnologie utilizzabili. Tali sono anche le intelligenze artificiali e le neuroscienze, su cui Picozza si sofferma, ma che riguardano prospettive più vaste, per informatici o biologi, in cui il giurista ha gli strumenti per inserirsi fino a un certo punto. Tipico del giurista come studioso sociale è invece gestire gli intrecci tra gruppi sociali diversi, comprese le aziende, la loro *tax mercatoria* e gli accordi internazionali.

¹ Il riferimento è a E. PICOZZA, *Trasformazioni del concetto di diritto e di ordinamento giuridico*, in questo volume.

Gli spunti di Picozza sono quindi un ottimo punto di partenza per inquadrare “il ritorno dello Stato”, tema di questi Quaderni e di cui ogni persona di buonsenso ed onestà intellettuale deve augurarsi l'efficienza. Ritengo infatti inconcepibili smantellamenti di interventi pubblici efficienti in nome del mercato, assunto in via pregiudiziale come mito ideologico. È quanto accaduto spesso negli ultimi decenni, portando talvolta a costruire mercati fittizi, dove non ne esistevano le condizioni (v. *infra*).

Bisogna, invece, laicamente partire dal riconosciuto dato positivo del mercato, rappresentato dalla maggiore efficienza nella soddisfazione della maggior parte dei bisogni. Dove, cioè, il cliente controlla il rapporto qualità-prezzo della prestazione ricevuta, quest'ultima è resa in modo più efficiente dal fornitore. Il mercato, insomma, è uno strumento di controllo sociale, uno strumento di efficienza, non un fine. Quando il cliente consumatore non è in grado di controllare socialmente la prestazione ricevuta, com'è sempre più frequente per i beni ad alta tecnologia e per molti servizi, mancano, appunto, le condizioni di controllo sociale. Qui l'efficienza non deriva dal mercato proprio per la presenza di asimmetrie informative, che il produttore ha la tentazione di utilizzare in modo opportunistico. Davanti a questa eventualità, non si tratta di abbandonare il mercato, dove funziona, ma di affiancargli altri strumenti di controllo sociale che lo integrino, producendo efficienza, anche in termini di riduzione delle esternalità sociali negative della produzione.

Il ritorno dello Stato serve proprio a questo, al contributo del diritto all'efficienza – non solo del mercato, ma anche – dell'intervento pubblico nell'economia. Se infatti si considerano tutti i punti di vista socialmente rilevanti, di breve e lungo periodo, compresa la prospettiva delle nuove generazioni, l'efficienza può essere un obiettivo comune degli studi sociali, senza contraddizioni rispetto all'equità. In questa prospettiva, la matrice tecnico-pratica del diritto ha la sua importanza, ma deve essere valorizzata in chiave di spiegazione sociale. Il diritto non nasce infatti come studio sociale², ed è da sempre al servizio della politica. Ha ragione Picozza, quindi, quando sostiene che il diritto

² Cfr. R. LUPI, *Studi sociali e diritto*, Roma, 2022, disponibile in open access su: <https://romatypress.uniroma3.it/libro/studi-sociali-e-diritto/>.

stesso, e nella specie quello unionale, ha seguito le scelte politiche dell'economia sociale di mercato e dell'ordoliberalismo tedesco, verso le quali, in prima battuta, non ho particolari obiezioni *di merito*, cioè politico-valoriali, da muovere.

Le riflessioni suscitate dall'idea del "diritto che segue la politica" sono piuttosto *metodologiche*, sull'importanza di un ulteriore ruolo del diritto, innestato su quello tecnico, con esso variamente combinato e ad esso spesso necessario. Come tecnica, infatti, il diritto serve a risolvere specifiche casistiche pratiche, il che può avvenire in modo soddisfacente solo con un'adeguata conoscenza del contesto sociale di riferimento. Non a caso, dunque, i giuristi provenivano dalle classi riconosciute come colte, autorevoli, esperte della convivenza e del bilanciamento tra i valori in essa rilevanti. Si tratta di quella che un tempo era chiamata "nobiltà di toga", di cui la politica aveva necessità organizzativa, investendola di una certa dose di poteri. La funzione di giustizia, applicata ai valori e al diritto dei privati, ha creato nei millenni concetti privatistico-giurisdizionali socialmente comprensibili, come accordo, debito, credito, volontà, risarcimento, sanzione, sentenza *etc.* Su questo sfondo di comprensibilità sociale, il diritto può precisare alcuni aspetti tecnici ulteriori, riservati agli addetti ai lavori. Coerentemente, la tradizione giuridica privatistico-giurisdizionale si è dedicata direttamente all'interpretazione-confezionamento tecnico del diritto come sistema di regole (tecniche) per risolvere casi specifici. Le spiegazioni e le tendenze sociali sono state sempre presupposte nel senso comune, casomai precisato nella contingenza dall'indirizzo politico, rispetto al quale, come rilevava Picozza, *il diritto segue*.

Questo bagaglio cultural-esperienziale dei giuristi ha iniziato ad essere insufficiente quando, separandosi dalle antiche metafisiche e filosofie, sono nate le scienze della materia, è cresciuto l'accesso alla lettura e alla scrittura e hanno avuto origine gli studi sociali, in una società sempre meno agricolo-artigianale e sempre più basata sulla produzione tecnologica di serie. Era naturale che il peso relativo dei giuristi-tecnici, rispetto ad una pubblica opinione più numerosa e articolata, dovesse diminuire. Tuttavia, le varie prospettive di analisi della socialità, economiche, politologiche, socio-antropologiche *etc.*, hanno portato assai

poca coesione sociale rispetto a quella venuta meno per l'indebolirsi di metafisiche, ideologie, legami familiari ed etnici³. Le moderne filosofie pratiche, ispirandosi alle scienze della materia, hanno in buona misura mancato quest'obiettivo: esse non hanno elaborato conoscenze condivise, più articolate e adeguate alla complessità sociale, che potessero fare da cornice al diritto come tecnica. A quest'ultimo, allora, non resta che prendere dagli studi sociali quanto essi possono dare – integrandolo, però, per costruire da solo le proprie cornici, cioè le proprie spiegazioni giuridico-sociali. Su di esse, da un lato, si può innestare la tecnica, ma, dall'altro, gli interessati possono guardare ai relativi temi della socialità all'interno dell'opinione pubblica, nonché tra i cultori di diverse prospettive di studio sociale. Solo in questo modo il diritto può svolgere un servizio alla collettività nel suo complesso, e anche alla politica, oltre che a sé stesso.

Lo scopo non è quello di guidare la politica, e ancor meno la società, quanto piuttosto di aiutare entrambe a riflettere, coordinando le proprie riflessioni, intuizioni ed emozioni. Dopodiché, resterà senz'altro il classico rapporto, millenario, rilevato da Picozza, in cui la politica indica la linea, e il diritto come tecnica segue, mettendola a fuoco nel concreto, specificandola, adattandola a una serie imprevedibile di dettagli e di casi particolari. Il diritto come studio sociale, tuttavia, potrà mettere a disposizione di società e politica gli strumenti per decisioni meno emotive e più ponderate: basterà solo estendere la tradizione pratica del diritto come studio di regole all'interpretazione del dato sociale, utile alla pubblica opinione e alla politica per intervenire in modo consapevole. Si tratta di un nuovo livello di intervento, mescolato con l'antico ausilio alla progettazione di regole, in funzione di esigenze politiche pre-giuridiche, cui il diritto non partecipava.

Mi è capitato, come tributarista, di vedere politici ed economisti ideare istituti fiscali quantomeno discutibili, affidandoli poi, per il “confezionamento” vero e proprio, a circuiti giuridici estranei a qualsivoglia interrogativo sulla logica generale di quanto stavano redigendo: è la funzione praticamente notarile del giurista redattore di regole, che traduce progetti altrui nel linguaggio causidico, talvolta chiamato “legalese”. Questa reda-

³ Come spiegato, tra l'altro, in R. LUPI, *Op. cit.*, par. 1.5.

zione di regole, anche se “sotto dettatura” rispetto ai progetti politici, ha una prospettiva più globale e articolata, anche se più vincolata, rispetto all’ordinaria interpretazione. Tutto ciò accade, lo ripetiamo, finché la società e la politica hanno le idee chiare sui temi che hanno già chiesto – o devono chiedere – ai giuristi di regolare. Dopo millenni in cui la cornice sociale delle regole è stata implicita nel bagaglio cultural-esperienziale di classi dirigenti ristrette, oggi servono sempre più spesso spiegazioni sociali. Sono compiti che il diritto potrebbe utilmente aggiungere ai suddetti ruoli tradizionali della “nobiltà di toga”, tendenzialmente incaricata della funzione di giustizia.

Le spiegazioni sociali servono molto di più nel diritto pubblico, cui il nostro Dottorato si riferisce. Per le funzioni non giurisdizionali il suddetto bagaglio cultural-esperienziale comune è in genere insufficiente, sia perché poco diffuso sui diversi temi da regolare, sia perché sottoposto a impulsi contraddittori ed emotivi all’interno di una pubblica opinione ondivaga, le cui incertezze si riflettono sulla politica. Qui non basta più “il diritto che segue” la società o la politica stessa, perché entrambe hanno bisogno di coordinare e organizzare le molteplici tendenze presenti nella pubblica opinione sui temi da regolare. Se esistessero discipline in grado di farsi carico di quest’obiettivo, il diritto potrebbe tranquillamente continuare a svolgere solo il suddetto ruolo tecnico-casistico-notarile, coltivando casi limite sottili e stimolanti. Purtroppo, come anticipato *supra*, per diverse ragioni l’economia, la sociologia, la storia, le discipline demo-antropologiche, aziendalistiche, politologiche *etc.* sono frammentate e autoreferenziali, non in grado di rappresentare punti di riferimento per lo studio sociale delle pubbliche funzioni. La lunga tradizione del diritto con riferimento alla soluzione pacifica dei conflitti privati, in base a valori e regole, consente di contribuire a questo compito di spiegazione sociale e di coordinamento delle riflessioni degli interessati ai vari temi della vita in comune.

Come indicato anche dagli scritti inclusi nel presente volume, infatti, il “ritorno dello Stato” travalica la funzione di giustizia e il diritto dei privati, indirizzandosi a un numero crescente di interventi pubblici: infrastrutture, ambiente, trasporti, istruzione, beni culturali, previdenza, ricerca, sanità, assistenza *etc.* Sono queste (e altre) le pietre di paragone del “ritorno dello Stato”, la cui giuridicità sarebbe travisata se mutuassimo quella

privatistico-giurisdizionale. In ultima analisi, difatti, il segmento privatistico-giurisdizionale del diritto ha sempre oscillato tra valori e regole, tra legislazione e giudici, senza risolvere in modo appagante l'interrogativo se "i giudici creino diritto". "Socializzando" il discorso, invece, capiamo che tutti gli incaricati delle varie funzioni pubbliche, come poliziotti, insegnanti, operatori ecologici, medici del Servizio sanitario nazionale, professori, funzionari dell'Agenzia delle Entrate *etc.*, in un certo senso "creano diritto"; ciò in quanto investiti di una delega della società, tramite la politica ed organi deleganti che, anch'essi, *creano diritto*. In pratica, spiegando(c)i socialmente le funzioni non giurisdizionali riusciamo a spiegare anche quella giurisdizionale, altrimenti eternamente oscillante tra valori, regole e giudici.

Affiancare anche questa prospettiva giuridico-sociale a quella tecnica rende un servizio sia alla società che al diritto come tecnica⁴. Il primo obiettivo, però, è più importante, visto il modestissimo apporto delle altre prospettive di studio sociale rispetto ai compiti di coesione di opinioni pubbliche dove i miti aggreganti s'indeboliscono e va gestito il pluralismo politico-ideologico. Risulta tristemente chiaro, in ultima analisi, che l'impatto sociale di economisti, sociologi, politologi, aziendalisti e altri studiosi sociali è ben poco rilevante rispetto a quello di giornalisti, di romanzieri – con le loro tradizionali narrazioni letterarie –, di uomini di spettacolo, politici e personaggi televisivi vari. Per articolare meglio le spiegazioni sociali, allora, rimane utile la tradizione tecnica dei giuristi, con un intreccio che rende opportuno parlare di spiegazioni giuridico-sociali, come faremo dal punto seguente.

3. Studi giuridici come controllo sociale dell'efficienza dell'intervento pubblico

Per raggiungere gli obiettivi di cui al paragrafo precedente occorre considerare la tradizione tecnica del diritto, comprendendone gli aspetti da valorizzare ai fini delle spiegazioni giuridico-sociali e quelli che, invece, le ostacolano.

⁴ Cfr. R. LUPI, *Op. cit.*, par. 2.4 e 2.5.

Un ostacolo sarebbe ripercorrere il tipo di interlocuzione che per millenni i giuristi hanno svolto, caratterizzata in genere dall'obiettivo di convincere un giudice, un'altra autorità pubblica o altri giuristi, facendo leva su valori o regole immanenti nella società di cui il loro uditorio faceva parte. In quest'ottica, era del tutto normale che il giurista parlasse per riferimenti valoriali-normativi, cioè facesse appello a precetti morali, canoni religiosi, regole codificate, precedenti giurisprudenziali. In chiave tecnica, cioè, era normale che il giurista parlasse per riferimenti, con l'obiettivo di fornire una base decisionale a un'autorità, investita in genere del compito di risolvere una controversia. Questa prospettiva, eminentemente tecnica, ha un bassissimo impatto sociale, in quanto rivolta più ai giudici, agli avvocati e agli altri tecnici del diritto. Si tratta di una prospettiva trascurabile per gli interessati a spiegazioni dell'intervento pubblico, indispensabili per valutarlo socialmente in termini di costi, benefici e – sul piano più valoriale – degli obiettivi perseguiti.

Del diritto come tecnica vanno valorizzati, invece, l'interpretazione, i collegamenti e le distinzioni, la capacità di ripercorrere argomentazioni e di interagire con quelle degli avversari. È dai tempi delle *Quaestiones de iuris subtilitatibus* di Irnerio, quando gli studi sociali economici, politologici *etc.* erano ancora *in mente Dei*, che i giuristi si affinano nella tecnica dell'argomentazione, creando un diritto dei giuristi, che accomunerà *common* e *civil law*⁵. Si tratta solo di riposizionare queste sensibilità tecniche sulla discussione relativa alle varie funzioni pubbliche, ai dati sociali percepiti dagli interessati, alle informazioni sulle modalità di soddisfazione dei bisogni, la produzione, il commercio, il credito, i mercati, le imposte e via enumerando. Questi dati non parlano da soli, come vorrebbe lo scientismo di alcuni economisti, ma hanno bisogno di interpretazione coordinata. Essa deve andare oltre l'incidenza emotivo-letteraria ancora dominante nelle narrazioni che s'intrecciano nella discussione pubblica, e a quest'obiettivo si addicono le suddette capacità dei giuristi.

Le spiegazioni giuridico-sociali, ricordiamo dal punto precedente, sono tali anche perché intrise di concetti giuridici radi-

⁵ Cfr. R. LUPI, *Op. cit.*, par. 3.2.

cati nella tradizione, come pubblico potere, legislazione, interpretazione, discrezionalità, sanzioni, contenzioso, contraddittorio, procedimento, onere della prova, *due process of law*, Stato di diritto e via enumerando. È una sensibilità di cui sono privi altri studiosi sociali, quali economisti, politologi, storici, sociologi, psicologi sociali, e a maggior ragione letterati, conferenzieri, opinionisti e personaggi televisivi. Non voglio spingermi a pensare che i giuristi possano avventurarsi *extra moenia* in spiegazioni della produzione e del mercato, ma mi sembra incontestabile che soltanto loro possano spiegare socialmente le funzioni pubbliche, affiancando alla prospettiva tecnico-professionale quella di studio sociale. Si tratta solo di cambiare parzialmente prospettiva, verso una tipologia di interessati in qualche misura comune, perché include i tecnici del settore, aggiungendo però esponenti della politica, delle classi dirigenti economico-sindacali, dell'alta burocrazia, delle magistrature, del giornalismo, di altri ambiti degli studi sociali. È un allargamento di prospettiva, verso gli interessati al tema nell'opinione pubblica, che può soltanto fare bene al diritto come tecnica, allargandone gli orizzonti allo studio giuridico-sociale, senza divagazioni politico-valoriali. Non c'è, insomma, alcuna conflittualità tra diritto come tecnica e studio giuridico-sociale, ma diverse combinazioni e completamento reciproco. Si tratta, del resto, di due forme di conoscenza variamente combinate tra loro a seconda dei casi.

Queste riflessioni, apparentemente suggestive, vanno circondate da molti *caveat* metodologici, a partire dalla necessità, spesso affermata, che i giuristi guardino più la realtà che le regole. La conseguenza di questo richiamo a "non parlare di norme" è un appiattimento sulla realtà giuridica, cioè sulla casistica, giurisprudenziale e non solo. In questo modo, però, le trattazioni giuridiche non diventano "sociali", ma rischiano di farsi casistico-letterarie, cioè ancorate a specifici episodi nei quali si cerca di intravedere chissà quali verità recondite, finendo per travisarli. Inseguendo la casistica giurisprudenziale, in altri termini, i risultati sono dispersivi, e controproducenti rispetto alla formazione di spiegazioni sociali condivise. Anche per le sentenze, come per tutti gli altri atti espressione di potere, vale infatti la formula secondo cui *lex imperat, non docet*, rimanendo sul piano tecnico-casistico, al massimo emotivo-letterario, ma con ridotto

impatto sociale. Questo conferma la sensazione più generale secondo cui non si trarranno mai spiegazioni giuridico-sociali leggendo materiali normativi, redatti per diverse finalità pratiche. Non si spiegheranno socialmente, cioè, l'attività bancaria, la contabilità aziendale, l'università, lo smaltimento dei rifiuti, la *corporate governance*, la responsabilità medica, i flussi migratori o gli appalti pubblici, leggendo le normative che li regolano, destinate a un interlocutore tecnico.

Si tratta di andare al di là dei tanti episodi casistico-emozionali, come quelli raccontati nelle singole sentenze, che lo studioso sociale giurista deve riportare a fattore comune. Anche la casistica pratica è, insomma, pur sempre tecnica, e non offre spiegazioni sociali che permettano di comprenderla. Le spiegazioni si trovano piuttosto coordinando le varie, diverse e purtroppo scoordinate percezioni collettive dei dati sociali. A questa realtà, in buona misura fatta di opinioni, spunti e riflessioni, deve guardare il diritto come studio sociale, per la sua opera di coordinamento sulla funzione pubblica di volta in volta esaminata.

4. Recupero della discrezionalità come strumento per il ritorno dello Stato

Un altro atteggiamento del diritto come tecnica, non trasferibile nel diritto come studio sociale, è la sopravvalutazione della politica e della legislazione: quest'ultima, quando esistono le spiegazioni sociali (v. *supra*, § 2), soprattutto nel diritto dei privati, le mette a fuoco con precisione; tale razionalizzazione legislativa è possibile proprio perché le questioni sottostanti erano comprese nel senso comune e nell'intelligenza collettiva. Nella misura in cui, invece, le suddette spiegazioni mancano, non spetta alla politica crearle: essa guarda, piuttosto, al consenso, e al limite alla propaganda – c'è molto di vero nell'aforisma per cui *la politica pensa alle prossime elezioni, non alle prossime generazioni*. A queste ultime, dopotutto, deve pensare la pubblica opinione, l'insieme degli interessati al tema, che facendolo pensano, in ultima analisi, alla società, e in una certa misura a sé stessi; è la società, infatti, l'unica entità in grado di sopravvivere a tempo teoricamente indeterminato, rispetto alla sorte degli individui, ed è quindi importante che gli studi sociali ne sviluppino

un'intelligenza collettiva, destinata a trasmettersi, appunto, di generazione in generazione.

Quanto possiamo apprendere dai dati sociali sulle modalità di soddisfazione dei bisogni umani è che, se il mercato è fallito, l'idea che lo Stato potesse occuparsi di tutto è fallita ancora più del mercato. A guardar meglio, l'idea che lo Stato potesse inglobare l'economia nella politica è stata solo un grosso incidente di percorso, che ha portato fuori strada rispetto al punto di partenza, cioè la natura necessariamente mista di tutte le economie. Persino Einaudi ce lo ricorda, quando parla, nel brano riportato integralmente da Marco Fioravanti nell'Introduzione, di "*coloro che vanno alla fiera*": è una delle intuizioni generali di base, secondo cui esistono funzioni cui il mercato non si presta, soprattutto nella presente epoca della rigidità produttiva, da cui dipende il benessere, tipico della produzione di serie. In questo contesto, però, non servono più solo i carabinieri e i giudici, come nell'esempio di Einaudi, ma servono anche strade, sanità, istruzione e altri servizi, intermediati dai pubblici poteri. Questa combinazione pubblico-privato non può avvenire in astratto, ma secondo l'allocazione funzionale della spesa pubblica in diversi settori, come difesa, sicurezza, sanità, giustizia *etc.*

Tutta la spesa pubblica, tuttavia, ha un denominatore comune rispetto a quella privata: essa è basata su un rapporto trilaterale "intermediato", in cui lo Stato preleva risorse dal settore privato, a debito o con imposte, pagando poi i propri dipendenti, o dei fornitori privati, per svolgere funzioni pubbliche. Quest'interposizione, come anticipato, indebolisce, a parità degli altri fattori, il controllo di efficienza svolto dai clienti paganti nei rapporti privati di mercato; è il maggior potere contrattuale dei clienti che giustifica il c.d. principio di sussidiarietà, adottato anche in sede europea, secondo cui l'intervento pubblico va limitato ai settori in cui i privati non riescono ad organizzarsi adeguatamente per loro conto. Il difetto di questa presa di posizione è che si basa su un'idea semplicistica di mercato, come se esso fosse l'unico possibile controllo sociale, che dovrebbe autoprodursi per definizione dovunque esistano scambi. Basta invece guardare la concentrazione produttiva dell'industria moderna, dall'elettronica all'aeronautica alle comunicazioni e ai trasporti, per capire quanto si sia indebolita l'idea di concorrenza come

sceita tra molti negozi di prossimità, individuando quello col miglior rapporto qualità-prezzo: l'industria moderna va verso l'integrazione e l'istituzionalizzazione, con un abbassamento del numero dei produttori, anche per la spinta all'accorpamento dovuta agli elevati costi di ricerca.

Il numero crescente dei settori in cui in qualche misura si inserisce l'intervento pubblico rende evidente che, accanto al controllo sociale dei consumatori, ne servono altri, svolti dagli interessati ai vari argomenti all'interno della pubblica opinione. Questo controllo sociale dipende, oltre che dall'esperienza diretta degli utenti, anche dai dati sociali disponibili, dalle percezioni, dall'accessibilità delle spiegazioni e narrazioni esistenti a beneficio degli interessati al settore. Con un controllo sociale meramente giornalistico, l'intervento pubblico nell'economia è destinato a un pessimo sistema di incentivi, basato sulla fedeltà politico-relazionale e sulla valorizzazione di personaggi-simbolo che incarnano i modelli comportamentali proposti alle masse lavoratrici: è un po' come nel mito del minatore sovietico Stachanov – cui si ispira l'espressione "stachanovismo", elevata produttività di lavoro – ripreso oggi nei Paesi del *Far East*, dove vengono esternalizzate molte produzioni in precedenza effettuate in Occidente.

L'alternativa, adatta a una società aperta e pluralista, è un sistema di incentivi che, sia pure fuori mercato, misuri lo spirito di iniziativa e la diligenza degli uffici pubblici nel farsi interpreti ciascuno della propria funzione. È su questi strumenti di analisi teorica, sull'analisi degli obiettivi e l'impiego di tempi e di risorse limitate, che si parametrizza l'efficienza dei pubblici uffici. Si intravede chiaramente, sullo sfondo, la necessità di un'analisi funzionale della discrezionalità, intesa come criteri utilizzati dai vari incaricati delle diverse funzioni pubbliche nel farsi interpreti dei propri compiti.

Se si vuole l'efficienza del ritorno dello Stato, occorre dare alle funzioni non giurisdizionali modelli comportamentali adeguati. In particolare, occorre superare il modello basato esclusivamente sul rispetto della legge, a immagine e somiglianza della funzione di giustizia. Occorre saper misurare l'amministrazione di risultato, ma per riuscirci serve una spiegazione giuridico-sociale dei compiti realizzabili dalle diverse funzioni pubbliche, alla luce delle risorse assegnate. La discrezionalità non può

quindi più essere esorcizzata, e anzi va allargata dalla valutazione comparativa di interessi diversi alle modalità e ai dosaggi tra vari possibili impieghi di risorse per un interesse unico, tutelabile in modi, profili e sedi differenti. Si tratta di un punto di partenza da riferire alle varie tematiche di volta in volta esaminate, privilegiandone la *narrazione sociale*, che spiega *di che cosa si sta parlando e perché*; la *narrazione normativa* è meno adeguata a raggiungere quest'obiettivo, in quanto meno socialmente percepibile dagli interessati ai temi sottostanti.

È senz'altro apprezzabile, da parte di molti dei giovani Autori che hanno contribuito al presente volume, lo sforzo di unire la prospettiva giuridico-sociale a quella tecnico-normativa. Mi auguro si tratti di un primo passo verso una dialettica tra studi sociali e diritto che, evitando divagazioni valoriali sul senso dell'esistenza, aiuti la discussione pubblica su – e quindi il miglioramento di – tanti aspetti della nostra società complessa.

SEZIONE SECONDA

L'IMPATTO SUL MERCATO DEL *PUBLIC*
PROCUREMENT, DELLE ESTERNALIZZAZIONI E DELLA
GESTIONE DIRETTA

IL TRAMONTO DEL MITO DELLA CONCORRENZA*

ANNA PAIANO

SOMMARIO: 1. Il valore assoluto della concorrenza. – 2. Il conflitto fra tutela della concorrenza e libertà di autorganizzazione. – 2.1. La posizione della Corte costituzionale. – 2.2. La posizione della Corte di giustizia. – 3. Il tramonto del mito della concorrenza e il bilanciamento con altri valori. – 3.1. I principi di resistenza e resilienza. – 3.2. La libertà di iniziativa economica. – 3.3. I principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale. – 4. Conclusioni e prospettive future.

Abstract: The paper will examine the institute of in-house providing and the reasons linked to the myth of competition. Moreover, it will question the opportunity to further tighten the grip on this model of procurement in the current context, still marked from the crisis. In particular, the paper will start from the consideration that the protection of competition in national law has been considered for over a decade as an absolute principle, which cannot be sacrificed in the name of other values. On the contrary, a different trend seems to emerge in some judgments and in recent regulatory interventions. In other words, one begins to reflect on whether the protection of competition can sometimes be sacrificed to protect other values of equal rank.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. Il valore assoluto della concorrenza

È nota la tendenza dell'ordinamento nazionale volta a restringere l'utilizzo dell'istituto dell'*in house*¹, giustificata da una sorta di sfiducia nei confronti di tale strumento e dal timore che gli enti pubblici, soprattutto gli enti locali, possano abusarne, restringendo le potenzialità del mercato e i benefici che esso offre.

In tal senso, l'*in house* è venuto configurandosi come un istituto di carattere eccezionale², il ricorso al quale deve essere disincentivato. Nello specifico, è il fallimento di mercato che giustifica eccezionalmente il ricorso all'*in house*, all'esito di una valutazione che tenga conto dei maggiori vantaggi per la collettività che esso è in grado di offrire rispetto all'alternativa di mercato.

Di questa tendenza si trova traccia nel famoso art. 23-*bis* d.l. 25 giugno 2008, n. 112, che disciplinava l'affidamento dei servizi pubblici locali aventi rilevanza economica³.

In quella norma il legislatore prevedeva che il servizio dovesse essere affidato ad operatori individuati tramite procedure ad evidenza pubblica. La possibilità per l'ente locale di erogare

¹ La definizione di società *in house* è fornita dall'art. 16, d. lgs. n. 175/2016. Cfr., inoltre, gli artt. 5 e 192, d. lgs. n. 50/2016. Per una ricostruzione sistematica dell'istituto, v. M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, IV ed., Milano, 2021, pp. 187 ss.

² Fra le sentenze che riconoscono carattere derogatorio all'affidamento diretto, si ricordano: C. cost., 7 novembre 2010, n. 135; C. cost., 20 marzo 2013, n. 46; più di recente, C. cost., 27 maggio 2020, n. 100; Cons. St., ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1; Cons. St., sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5732; Cons. St., parere 21 aprile 2016, n. 968; Cons. St., sez. V, 22 novembre 2017, n. 5437; Cons. St., sez. V, sent. 27 gennaio 2020, n. 681; Cons. St., sez. III, 10 maggio 2021, n. 3682. Non mancano sentenze di segno opposto: cfr. C. cost., 20 luglio 2012, n. 199; Cons. St., sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762; Cons. St., sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257; Cons. St., sez. V, 18 luglio 2017, n. 3554; Cons. St., sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4902.

³ Sul concetto e sul regime dei servizi pubblici locali, si rinvia ad A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. VI.1, 1924, pp. 379 ss.; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, pp. 136 ss.; M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, t. III, Milano, 2003, pp. 2586 ss.; L. PERFETTI, *Contributo a una teoria dei servizi pubblici*, Padova, 2001; G. CAIA, *I servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F.A. ROVERSI MONACO - F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, IV ed., Bologna, 2005, pp. 13 ss.

il servizio *in house* era riservata a casi eccezionali, in cui il mercato non era in grado di offrire un adeguato livello di efficienza del servizio.

Su tale norma è intervenuto nel 2011 un referendum abrogativo. Successivamente, il legislatore ha introdotto l'art. 4 d.l. 13 agosto 2011, n. 138. Tale norma, sebbene fosse formulata in maniera differente, nella sostanza riproduceva la disposizione di legge abrogata. Di qui la sentenza della Corte costituzionale 17 luglio 2012, n. 199, che ha dichiarato la norma illegittima per violazione dell'art. 75 Cost., ritenendo che il legislatore avesse cercato di sovvertire il risultato referendario.

A seguito della sentenza, nella materia dei servizi pubblici locali si è creato un vuoto normativo che oggi viene colmato applicando i principi generali, desumibili anche dall'ordinamento comunitario⁴. Sulla base di tali principi, *in house* e mercato sono equivalenti, nel senso che l'amministrazione non ha l'obbligo di andare sul mercato. L'amministrazione ha un altro obbligo, che è quello di fare la gara quando decide di rivolgersi al mercato.

In altri termini, in un primo momento l'amministrazione sceglie come organizzarsi e se erogare un certo servizio in proprio oppure affidarlo al mercato. Successivamente, e solo se opta per la seconda alternativa, essa ha l'obbligo di fare la gara ed operare nel rispetto del principio della massima concorrenzialità fra gli operatori.

In tempi più recenti, il legislatore è intervenuto in materia di servizi pubblici locali con l'art. 34, comma 20, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179. Letteralmente, la norma non prevede l'*in house* come eccezione, ma introduce esclusivamente un obbligo di motivazione. Dunque, se l'amministrazione decide di ricorrere all'*in house* in ambito di servizi pubblici locali, deve motivare e dimostrare che sussistano anche i requisiti previsti dall'ordinamento europeo per il ricorso a tale figura. La norma, comunque, tradisce un certo sfavore nei confronti dell'autoproduzione⁵.

⁴ F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5/2012, pp. 723 ss.

⁵ S. SORRENTINO, *La scelta del modello di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2/2016, p. 490 ss.; C. VOLPE, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla*

Un ambito nel quale continua ad esserci un criterio di *extrema ratio* nell'affidamento *in house* è, invece, quello dei contratti pubblici.

Il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, all'art. 192, secondo comma, riconosce sostanzialmente l'eccezionalità dell'autoproduzione. In particolare, se c'è l'alternativa sul mercato, occorre spiegare la maggiore convenienza in termini sia economici, sia di benefici per la collettività, del ricorso all'*in house*. Nella misura in cui da tale onere di motivazione rafforzata deriva la possibilità di ricorrere all'affidamento diretto solo in caso di dimostrazione dell'impossibilità di indire una procedura ad evidenza pubblica, si stabilisce, di fatto, una gerarchia tra le varie forme di affidamento.

In sostanza, il legislatore ha introdotto un criterio preferenziale per il mercato, nel senso che la scelta del modulo organizzativo dell'*in house* è una opzione non più libera, ma eccezionale, da motivare e giustificare, perché la regola dovrebbe essere l'esternalizzazione⁶.

2. Il conflitto fra tutela della concorrenza e libertà di autorizzazione

Quando si discute delle limitazioni che il legislatore nazionale prevede rispetto al fenomeno dell'*in house*, il valore della concorrenza entra in conflitto con la libertà di autodeterminare il proprio assetto organizzativo, e cioè la libertà di scegliere se autoprodurre un determinato servizio attraverso le proprie risorse, oppure rivolgersi al mercato attraverso una procedura ad evidenza pubblica⁷.

luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale, in *GiustAmm.it*, 3/2014.

⁶ Da ultimo, Cons. St., sez. V, 6 maggio 2022, n. 3562. Nello stesso senso anche Cons. St., sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102; Cons. St., sez. IV, 15 luglio 2021, n. 5351; Cons. St., sez. III, 3 marzo 2020, n. 1564.

⁷ L. LONGHI, *L'in house providing tra libera autodeterminazione delle amministrazioni pubbliche e principio di concorrenza*, in *Riv. C. conti*, 1/2019, pp. 280 ss.; su tale tema si veda anche R. CAVALLLO PERIN - D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 1/2006, pp. 59 ss.

Su questo tema si è avuta una divergenza di approccio rispetto al diritto comunitario⁸. Infatti, a livello nazionale c'è un chiaro approccio restrittivo nei confronti dell'*in house*. Per tutelare la concorrenza si limita la libertà di autodeterminazione organizzativa dell'ente.

A livello comunitario, invece, l'*in house* è una figura neutrale. L'affidamento del servizio ad un soggetto *in house* equivale ad una forma di autoproduzione e non comporta alterazione del mercato. Il bene concorrenza, infatti, entra in gioco solo quando si va sul mercato, ma non necessariamente occorre rivolgersi ad esso⁹.

Detto altrimenti, l'obbligo di gara presuppone una scelta *a priori*, quella di rifornirsi sul mercato, ma l'amministrazione può anche liberamente decidere di autoprodurre il servizio. Se non si rivolge al mercato, essa non altera nemmeno la concorrenza, perché quest'ultima si può pregiudicare soltanto andando sul mercato e affidando il contratto con criteri diversi dal merito concorrenziale.

La stessa Corte di giustizia ha più volte affermato (ed è un principio che si desume anche dall'art. 2, par. 1, direttiva 2014/23/UE sulle concessioni) che nessuna disposizione obbliga le amministrazioni ad andare sul mercato. Le amministrazioni possono anche decidere di autoprodurre un determinato servizio, perché hanno libertà di autodeterminazione organizzativa¹⁰.

Dunque, ci si è chiesti se il diritto europeo osti a una disciplina nazionale che colloca gli affidamenti *in house* su un piano

⁸ G. RUBERTO, *La disciplina degli affidamenti in house nel d.lgs. 50/2016, tra potestà legislativa statale e limiti imposti dall'ordinamento dell'Unione europea*, in *federalismi.it.*, 6/2021, pp. 165 ss.

⁹ M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica*, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pp. 27 ss.

¹⁰ Nella sentenza del 9 giugno 2009 della Grande Sezione della Corte di giustizia, causa C-480/06, si legge che "un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e (...) può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche". Sulla stessa linea, C. giust. UE, sez. I, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*; C. giust. UE, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*; C. giust. UE, 10 novembre 1998, C-360/1996, *Arnhem*; C. giust. UE, 9 settembre 1999, C-108/98, *RI.SAN*.

subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara, e se la concorrenza debba essere tutelata al punto tale da giustificare sempre il sacrificio alla libertà di scelta dell'ente pubblico.

Tanto consistenti sono stati questi dubbi che hanno portato a due importanti questioni, una di legittimità costituzionale sollevata dal TAR Liguria¹¹, e una pregiudiziale comunitaria sollevata dal Consiglio di Stato¹².

I giudici, rispettivamente la Corte costituzionale e la Corte di giustizia, hanno concluso che la disciplina nazionale che prevede limitazioni all'*in house* è perfettamente legittima. Il diritto comunitario consente certamente agli Stati di avvalersi dell'*in house*, ma ben possono gli Stati, per assicurare un livello più elevato di tutela, introdurre limitazioni all'autoproduzione.

Queste posizioni, pur molto nette, vanno spiegate tenendo conto dell'oggetto della questione e del parametro invocato.

2.1. *La posizione della Corte costituzionale*

Nel caso della Corte costituzionale, la questione di legittimità è stata incentrata sulla violazione del divieto di *gold plating*¹³, cioè il divieto di introdurre, a carico di cittadini e imprese, restrizioni limitative della concorrenza ulteriori rispetto a quelle previste dalle direttive comunitarie.

La Corte costituzionale, nella sentenza 27 maggio 2020, n. 100¹⁴, ha affermato che non è violato il *gold plating*, perché que-

¹¹ TAR Lig., sez. II, ord. 15 novembre 2018, n. 886.

¹² Cons. St., sez. V, ord. 7 gennaio 2019, n. 138; Cons. St., sez. V, ord. 14 gennaio 2019, n. 296.

¹³ Siffatto divieto costituiva criterio direttivo per la legge 28 gennaio 2016, n. 11, recante le deleghe al governo che hanno portato al recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE. Cfr., sul punto, anche Cons. St., parere 1° aprile 2016, n. 855.

¹⁴ M. TRIMARCHI, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali (nota a Corte costituzionale 27 maggio 2020, n. 100)*, in www.giustizainsieme.it, 11 giugno 2020; A. INDELICATO, *Considerazioni in tema di in house providing alla luce della recente pronuncia della Corte costituzionale (sentenza 27 maggio 2020, n. 100)*, in *Amministrazione in Cammino*, 24 settembre 2020; G. SCARAFIOCCA, *L'in house providing di nuovo all'attenzione delle Corti. L'occasione per uno sguardo d'insieme*, in federalismi.it, 4/2021, pp. 276 ss.

sto divieto fa riferimento a restrizioni a carico di cittadini e imprese che limitano la concorrenza. Invece, i limiti all'*in house* previsti dal legislatore nazionale si rivolgono alla pubblica amministrazione, la quale è ristretta nella sua libertà di autodeterminarsi. La finalità delle restrizioni, peraltro, è pro-concorrenziale. Quindi, la tendenza legislativa nazionale a limitare l'*in house* non è comunitariamente incompatibile. Tale modello organizzativo costituisce il livello minimo di tutela della concorrenza, ferma restando la possibilità per gli Stati di introdurre livelli di tutela più elevati¹⁵.

La Corte, peraltro, si è occupata incidentalmente del rapporto tra l'art. 192 del Codice dei contratti pubblici e l'art. 34 d.l. n. 112/2008.

Essa ha affermato che l'art. 34, quando prevede che la motivazione deve dare atto del rispetto della parità fra gli operatori economici, delle ragioni dell'affidamento e della sussistenza dei requisiti per l'*in house*, introduce un obbligo di motivazione non molto diverso da quello dell'art. 192.

Questo passaggio motivazionale consente di superare in via interpretativa quella che appariva essere una distinzione di disciplina. Si era detto, infatti, che nei servizi pubblici locali, dopo il referendum del 2011, l'*in house* non era più oggetto di un regime restrittivo. La Corte, invece, ha affermato che l'art. 34 deve essere letto in un quadro ordinamentale che mostra sfiducia nei confronti dell'*in house*, sicché esso finisce per avere lo stesso significato dell'art. 192 del Codice dei contratti.

2.2. La posizione della Corte di giustizia

Quando la questione è stata posta alla Corte di giustizia ci si aspettava qualcosa di più, perché questa aveva affermato in diverse occasioni che l'*in house* è una libertà e non un'eccezione, e al mercato si ricorre soltanto dopo aver scelto di non autoprodurre.

La Corte di giustizia¹⁶, invece, ha affermato che la direttiva

¹⁵ V. anche C. cost., sent. 17 novembre 2010, n. 325.

¹⁶ C. giust. UE, sez. IX, ord. 6 febbraio 2020, C-89/19 e C-91/19. Cfr. B. MAMELI, *In house providing. Il principio di autorganizzazione tra eccezione*

2014/24/UE disciplina i requisiti che una società deve possedere per beneficiare di un affidamento diretto, ma non implica anche un diritto dell'amministrazione di ricorrere all'*in house* in presenza dei relativi presupposti, e quindi un obbligo per gli Stati di consentirlo e non restringerlo.

Di conseguenza, la scelta del legislatore nazionale di penalizzare il ricorso all'affidamento diretto deve ritenersi compatibile con il quadro normativo europeo¹⁷.

Qui c'è un fraintendimento. Infatti, l'ordinanza di rimesione, valorizzando il principio di libera organizzazione, ritiene che la scelta fra autoproduzione ed esternalizzazione sia rimessa volta per volta alle singole amministrazioni. Nel ragionamento dell'ordinanza, dunque, escludendo l'*in house*, il legislatore conculca illegittimamente la libertà dell'ente pubblico di determinare il proprio assetto organizzativo.

Invece, secondo la Corte, la scelta sul metodo di gestione può essere effettuata dallo Stato una volta per tutte. Quindi, legittimamente il legislatore limita il ricorso all'*in house* a casi eccezionali. In sostanza, la Corte di giustizia mostra di sovrapporre lo Stato-legislatore con lo Stato-pubblica amministrazione, contribuendo a rafforzare il mito della concorrenza.

3. Il tramonto del mito della concorrenza e il bilanciamento con altri valori

A fronte della tendenza alla mitizzazione della concorrenza, in alcuni arresti giurisprudenziali e in recenti interventi normativi sembra emergere una timida apertura. In particolare, si inizia ad ammettere che la tutela della concorrenza possa essere sacrificata a fronte della necessità di tutelare altri valori di pari rango.

residuale e opzione di base, in *Giur. it.*, 7/2020, pp. 1731 ss.; A. MEALE, *Affidamenti in house e controllo societario. L'affidamento a società in house come eccezione all'esame della Corte di Giustizia*, in *Giur. it.*, 5/2020, pp. 1178 ss.

¹⁷ S. VALAGUZZA, *Nuovi scenari per l'impresa pubblica nella sharing economy*, in *federalismi.it*, 27/2020, pp. 275 ss.; C.P. GUARINI, *Una nuova stagione per l'in house providing? L'art. 192, co. 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria*, in *federalismi.it*, 8/2019, pp. 2 ss.

3.1. I principi di resistenza e resilienza

Il primo caso che viene in rilievo è quello dell’Autorità nazionale anticorruzione, che ha cercato di portare ad ulteriore compimento la parabola che valorizza la concorrenza.

Essa è intervenuta elaborando uno schema di linee guida non vincolanti, che disciplinano l’affidamento *in house*¹⁸ rafforzando l’onere motivazionale previsto dall’art. 192, secondo comma, d. lgs. n. 50/2016.

Nello specifico, si dice che nella motivazione bisogna dare atto dell’impossibilità di acquisire i servizi attraverso un gioco concorrenziale. Quando si parla di prestazioni che possono essere acquisite nel mercato non si fa riferimento soltanto alla concorrenza *nel mercato*, ma anche alla concorrenza *per il mercato*. Secondo questa logica, anche un mercato dove non c’è concorrenza e in cui soltanto un operatore o pochi operatori scelti tramite gara possono erogare la prestazione è preferibile all’*in house*.

Lo schema è stato sottoposto al parere facoltativo del Consiglio di Stato¹⁹. Qui si può rilevare il primo segnale di cambiamento. Il Consiglio di Stato ha affermato che nel contesto attuale, caratterizzato da un assetto interpretativo che – dopo le due pronunce della Corte costituzionale e della Corte di giustizia – si è stabilizzato, non sembra opportuna l’adozione di linee guida non vincolanti (quindi, la cui adozione è rimessa alla discrezionalità dell’autorità emanante) che vanno ad irrobustire ulteriormente l’obbligo motivazionale, perché ciò potrebbe generare confusione fra gli operatori. È vero che per lungo tempo la legislazione nei confronti dell’*in house* è stata restrittiva, però le tendenze normative stanno cambiando.

Da un lato c’è il disegno di legge per la riforma del Codice

¹⁸ ANAC, schema di linee guida “*recanti «Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell’articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.»*”, 14 settembre 2021.

¹⁹ Cons. St., sez. IV, parere 19 ottobre 2021, n. 702. Cfr. G. NATALI, *Pasato, presente e futuro dell’in house nel recente parere interlocutorio del Consiglio di Stato sullo schema di linee guida Anac*, in *Riv. C. conti*, 5/2021, pp. 189 ss.

dei contratti pubblici²⁰, che, in seguito alla crisi economica derivante dalla pandemia, si muove nell'ottica del rafforzamento della capacità dell'amministrazione di attuare in tempi rapidi ed efficienti, anche con risorse proprie, gli investimenti programmati. A ciò si aggiungono tutte le altre riforme che hanno interessato la materia dei contratti pubblici a partire dal 2019, rivolte alla semplificazione e all'accelerazione delle procedure²¹.

Dall'altro lato, nell'ambito delle norme e degli interventi legislativi che hanno dato attuazione al Piano nazionale di ripresa e resilienza, c'è una norma che si occupa di *in house* in controtendenza rispetto ai decenni di restrizione. Si tratta dell'art. 10 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77²². La norma amplia l'area di operatività dell'*in house*, autorizzando le amministrazioni ad avvalersi del supporto tecnico-operativo di società qualificate ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 50/2016. Per di più, essa introduce una disciplina *ad hoc* della motivazione, che deroga all'art. 192, co. 2, d. lgs. n. 50/2016.

In questo quadro, in cui è in atto una silenziosa contro-riforma, per cui il legislatore si rende conto che le restrizioni all'*in house* in nome di una tutela incondizionata della concorrenza non si giustificano più, le nuove linee guida dell'ANAC non sembrano opportune²³. Emergono altri valori, come i principi di ripresa e di resilienza, che vanno ugualmente tutelati, e viene meno la concezione della concorrenza come bene assoluto, da tutelare ad ogni costo. Il mito della concorrenza si va attenuando.

²⁰ D.d.l. AS 2330, recante “*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*”.

²¹ Dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, al d.l. 16 luglio 2020, n. 76.

²² A. AVERARDI, *PNRR, investimenti e partecipate pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2022, pp. 298 ss.

²³ S. MONZANI, *L'affidamento in house providing e il richiamo alle origini euro-unitarie in nome delle prioritarie esigenze di semplificazione ed accelerazione funzionali alla ripresa economica dopo la crisi pandemica*, in *www.giustiziainsieme.it*, 26 gennaio 2022.

3.2. *La libertà di iniziativa economica*

Altro conflitto che viene in rilievo è quello fra concorrenza e libertà di iniziativa economica, che ha interessato la Corte costituzionale nella sentenza del 23 novembre 2021, n. 218²⁴.

Nel caso di specie, la norma censurata era l'art. 177, comma uno, d. lgs. n. 50/2016²⁵, che stabiliva l'obbligo, a carico dei titolari di concessioni affidate direttamente, di esternalizzare tutta l'attività oggetto della concessione mediante appalto a terzi dell'80% dei contratti inerenti la concessione stessa e assegnazione del restante 20% a società *in house*, o comunque controllate o collegate.

In sostanza, per compensare il *vulnus* alla concorrenza dovuto all'affidamento senza gara della concessione, il legislatore ha annichilito la libertà di iniziativa economica, sacrificando la facoltà dell'imprenditore di compiere le scelte organizzative tipiche della stessa attività imprenditoriale.

La Corte, dunque, ha affermato che non si può impedire ad un soggetto imprenditoriale di esercitare totalmente la libertà di iniziativa economica, trasformandolo in una sorta di stazione appaltante. In base alla disposizione censurata, infatti, il soggetto scelto senza gara non poteva esercitare l'attività di impresa, ma doveva individuare mediante gara coloro che avrebbero svolto l'attività.

Pertanto, la misura introdotta dal legislatore è stata ritenuta irragionevole e sproporzionata, perché frutto di un errato bilanciamento fra due beni in potenziale conflitto, cioè concorrenza e libertà di iniziativa economica. Il legislatore ha tutelato la prima al massimo livello, svuotando radicalmente di contenuto la seconda. Così facendo, egli ha omesso di considerare non solo l'interesse dei concessionari, ma anche quelli dei concedenti, degli

²⁴ A. BOTTO - S. CASTROVINCI ZENNA, *Il regime giuridico degli affidamenti dei concessionari: una prospettiva de iure condendo*, in *federalismi.it*, 14/2022; V. DESANTIS, *Corte cost., sent. n. 218/2021. Quando la tutela della concorrenza pregiudica l'attività economica. Un bilanciamento interno all'art. 41 Cost.*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2022.

²⁵ Su cui cfr. E. QUADRI, *Affidamenti dei concessionari*, in M.A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici, V, Concessioni di lavori e servizi. Partenariati. Precontenzioso e contenzioso*, Milano, 2019, pp. 147 ss.

eventuali utenti del servizio e del personale occupato nell'impresa.

Anche questo è un arresto che segna un ridimensionamento del mito della concorrenza in ragione della tutela di altri interessi che, per quanto comprimibili, non possono essere completamente ignorati.

3.3. *I principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale*

Un'ulteriore apertura si può individuare nella vicenda della co-amministrazione con enti del terzo settore²⁶.

Un tempo si riteneva che le procedure di co-amministrazione rientrassero nell'ambito di applicazione del principio della concorrenza, e che, quindi, dovessero rispettare le regole dell'evidenza pubblica²⁷.

La Corte costituzionale²⁸ ha, invece, affermato che (i) concorrenza e (ii) solidarietà e sussidiarietà orizzontale sono due alternative che non necessariamente entrano in conflitto. L'esigenza di assicurare la parità di trattamento e la concorrenza (come il Codice dei contratti pubblici fa con l'obbligo di gara) può essere soddisfatta con altre modalità quando vengono in gioco la solidarietà e la sussidiarietà orizzontale. La co-amministrazione, cioè, fonda un modello di relazione che si basa “*sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune,*

²⁶ A. FICI - L. GALLO - F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore. Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, 2020.

²⁷ Il Consiglio di Stato, nel parere del 26 luglio 2018, n. 1382, affermò che le procedure di affidamento dei servizi sociali contemplate nel Codice del terzo settore potevano considerarsi estranee al Codice dei contratti pubblici solo ove prive di carattere selettivo, ovvero non tese all'affidamento del servizio, ovvero ove il servizio fosse svolto dall'affidatario in forma integralmente gratuita.

²⁸ C. cost., 26 giugno 2020, n. 131. Cfr. G. ARENA, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del terzo settore*, in *Giur. cost.*, 3/2020, pp. 1449 ss.; M. GALDI, *Riflessioni in tema di terzo settore e interesse generale. Osservazioni a C. cost. 26 giugno 2020, n. 131*, in *federalismi.it*, 32/2020, pp. 88 ss.

di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico”.

Quindi, l'affidamento diretto all'ente del terzo settore, ricorrendo le condizioni previste dal legislatore, non rappresenta una deroga alla concorrenza, ma è espressione dei valori costituzionali della solidarietà e della sussidiarietà orizzontale, che devono essere per quanto possibile contemporati²⁹. In questo modo, gli enti del terzo settore innescano un modulo di organizzazione condivisa alternativo al ricorso al mercato, che smorza la dicotomia conflittuale fra tutela della concorrenza e solidarietà sociale³⁰.

4. Conclusioni e prospettive future

Gli interventi giurisprudenziali e normativi esaminati sono il segnale di un cambiamento di prospettiva nei confronti dell'affidamento *in house*. Sebbene questo nell'ordinamento nazionale continui ad esser posto su un piano peggiore rispetto al ricorso al mercato, sembra essere in atto la presa di coscienza della necessità di operare un migliore bilanciamento fra tutela della concorrenza e altri valori di pari rango. In tale prospettiva, la concorrenza non è sempre la soluzione a tutti i mali, ma può essere sacrificata a fronte della necessità di tutelare altri valori meritevoli.

In conclusione, al di là di situazioni patologiche in cui l'affidamento *in house* viene impiegato per scopi distortivi della concorrenza, occorre abbandonare la classica sfiducia nei confronti di tale strumento. Esso potrebbe costituire il modello di gestione più adatto in relazione al mercato di riferimento. A tale fine, bisognerebbe condurre un'attenta analisi del caso concreto per individuare il corretto bilanciamento di tutti gli interessi contrapposti, escludendo che il giudizio si risolva sempre e aprioristicamente a favore del bene concorrenza.

²⁹ A. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del terzo settore e nel Codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, in *Munus*, 1/2019, pp. 139-186.

³⁰ A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2015, pp. 89-137.

In particolare, il modulo organizzativo dell'*in house* potrebbe risultare particolarmente utile per soddisfare quelle esigenze di interesse pubblico che si manifestano e modificano in maniera repentina in situazioni di crisi, e che impongono di considerare come prioritarie non solo la tutela e promozione della concorrenza, ma anche il rilancio economico, la solidarietà sociale, la sussidiarietà e la libertà di iniziativa economica.

Abbandonare il mito della concorrenza, dunque, per poter beneficiare di uno strumento organizzativo adatto a fronteggiare il perdurante stato emergenziale, il quale richiede flessibilità e capacità di adattamento e una maggiore presenza dello Stato, anche nella forma dello Stato-imprenditore³¹

³¹ H. BONURA - M. VILLANI, *Ancora sull'eccezionalità del ricorso all'in house: una possibile rilettura alla luce della giurisprudenza più recente*, in *Riv. C. conti*, 3/2020, p. 24.

APPALTI PUBBLICI SOCIALMENTE RESPONSABILI: INCENTIVI PER SOCIETÀ CONTROLLATE DA DONNE E MINORANZE ETNICHE*

CAMILA ALMEIDA PORFIRO

SOMMARIO: 1. Premessa: gli appalti pubblici come strumenti di giustizia sociale. – 2. Metodi per integrare l'uguaglianza sostanziale nelle gare d'appalto. – 3. Esempi di utilizzo degli appalti per affrontare le disparità sociali. – 3.1. Breve contesto storico: Stati Uniti e Inghilterra. – 3.2. Canada. – 3.3. L'Unione europea. – 3.3.1. Italia. – 3.3.2. Spagna. – 3.3.3. Germania. – 3.4. Brasile. – 4. Conclusioni.

Abstract: Public procurement represents a powerful legal instrument to achieve social and environmental objectives. Public authorities can use strategic purchasing to promote a wide range of goals, fostering anti-discrimination and enhancing substantive equality. This article examines how public procurement play a key role in ensuring the most efficient use of public funds and, at the same time, the achievement of inclusion goals, such as the development of businesses owned by women and members of ethnic minorities. From a comparative perspective, it will analyze some examples in the European Union, England, South Africa, Brazil, United States and Canada. In regulatory terms, the procurement legislation should contain provisions to facilitate the participation and the success of companies that have social concerns, specifically in terms of gender and racial equality. Ensuring wider access of these enterprises to tenders and increasing the likelihood of an award in their favor is a primary social policy

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

objective, additional to maximizing “value for money”, which continues to be one, but not the only, goal of public procurement.

1. Premessa: gli appalti pubblici come strumenti di giustizia sociale

Gli appalti pubblici sono un importante strumento di regolamentazione sociale¹. Essi svolgono un ruolo fondamentale per garantire il più efficiente uso dei finanziamenti pubblici e, allo stesso tempo, il raggiungimento di determinati obiettivi sociali, come la parità di genere, la non discriminazione e l’accessibilità.

In diversi Paesi, gli acquirenti pubblici di beni e servizi non sono soltanto interessati all’acquisto al prezzo più basso o al miglior rapporto qualità/prezzo, ma anche a garantire che tramite gli appalti si raggiunga l’integrazione e l’inclusione di gruppi emarginati. In effetti, gli appalti socialmente responsabili possono costituire un fattore trainante a favore di opportunità di lavoro per le donne, persone con disabilità, lavoratori migranti o provenienti da un contesto di minoranza etnica o religiosa.

La spesa pubblica e le decisioni di bilancio, apparentemente neutre in termini di genere o razza, possono avere un forte impatto sull’uguaglianza sostanziale e agire come un importante strumento contro la discriminazione². Possono anche influenzare le condizioni dei lavoratori impiegati nelle aziende che vogliono stabilire contratti duraturi con il governo. Considerando che gli appalti sono fonti di profitto per le imprese, le autorità pubbliche possono creare incentivi per i concorrenti affinché adottino determinate misure. Se il governo, ad esempio, assegna più punti in una gara alle aziende in cui metà della forza lavoro è costituita da

¹L’amministrazione pubblica può acquistare beni e servizi dal settore privato per svolgere le proprie attività, attuare politiche e fornire servizi pubblici. In Italia, il d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 stabilisce che gli appalti pubblici sono “*i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l’esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi*” (art. 3, co. 1, lett. ii, d. lgs. n. 50/2016).

²C. McCrudden, *Using public procurement to achieve social outcomes*, in *Natural Resources Forum*, 4/2004, p. 257.

donne, le aziende interessate avranno un reale incentivo economico ad assumere donne e a preoccuparsi dell'inclusione di genere³.

Va notato che l'acquisto di beni, opere e servizi è una parte importante della spesa pubblica. Nel 2019, gli appalti pubblici hanno rappresentato in media 12,6% del Prodotto Interno Lordo (PIL) nei Paesi membri dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE)⁴. Sono anche stati evidenziati come “*uno dei compiti più importanti dei governi statali e locali*”⁵. Dato il loro elevato numero, questi contratti possono mirare a promuovere un'ampia gamma di obiettivi politici, soprattutto – ma non solo – nei settori di monopolio pubblico⁶.

Inoltre, l'uso strategico del *procurement* ha una lunga storia. Fin dal XIX secolo è stato utilizzato per creare opportunità di lavoro per i gruppi svantaggiati⁷. Alla fine degli anni '80, il Parlamento europeo già aveva chiesto che i regolamenti relativi agli appalti tenessero conto della riduzione della discriminazione sociale⁸. Recentemente, le attuali direttive europee in materia (direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014) contemplano specificamente la possibilità di integrare le considerazioni sociali nelle varie fasi della procedura di aggiudicazione⁹.

³ EUROPEAN INSTITUTE FOR GENDER EQUALITY (EIGE), *Gender-responsive public procurement*, 2018, disponibile su: eige.europa.eu/gender-mainstreaming/methods-tools/gender-responsive-public-procurement.

⁴ OECD LIBRARY, *Government at a glance 2021. Size of public procurement*, disponibile su: www.oecd-ilibrary.org/sites/18dc0c2d-en/index.html?itemId=/content/component/18dc0c2d-en.

⁵ M. POTOSKI, *State and local government procurement and the Winter Commission*, in *Public Administration Review*, spec./2008, p. S58.

⁶ E. SARTER, *The development and implementation of gender equality considerations in public procurement in Germany*, in *Feminist Economics*, 3/2020, p. 67.

⁷ C. MCCRUDDEN, *Using public procurement*, cit., p. 258.

⁸ GAZZETTA UFFICIALE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, C-246, vol. XXX, 14 settembre 1987.

⁹ V. art. 18, par. 2, e art. 20 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014; art. 36, par. 2, e art. 38 della direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014; art. 24 e art. 30, par. 3, della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014. V. anche i *Considerando* 2, 37, 40, 41, 98, 99 e 101 della direttiva 2014/24/UE.

In questo contesto, l'articolo analizza in che modo è possibile introdurre aspetti sociali lungo tutto il processo del *procurement*. Dal punto di vista di un possibile intervento pubblico, è possibile tenere in considerazione fattori come il sesso o l'etnia come criteri valutativi (con un sistema a punti, ovvero con una preferenza in caso di pareggio) di una impresa candidata ad una gara. Gli appalti possono anche includere obblighi per promuovere l'uguaglianza tra i lavoratori dell'azienda, come la garanzia della disponibilità di strutture per l'assistenza all'infanzia¹⁰. Un altro metodo, utilizzato in Paesi come gli Stati Uniti e il Canada, è stabilire una quota di contratti riservati a imprese di proprietà di membri di gruppi minoritari¹¹.

Verranno inoltre esaminati, in una prospettiva comparativa, alcuni esempi di uso degli appalti per promuovere l'uguaglianza sostanziale nell'Unione europea, Inghilterra, Stati Uniti, Canada, Brasile e Sudafrica. Nei Paesi esaminati, la tendenza generale è che alle società controllate da donne e minoranze sono aggiudicati molti meno contratti di quanto ci si aspetterebbe in base alla loro disponibilità. Tale tendenza appare riconducibile, in sintesi, a due tipi di barriere: barriere alla crescita di queste imprese e alla partecipazione al processo di appalto.

In sintesi, l'articolo sostiene che le regolamentazioni nazionali e transnazionali dovrebbero contenere disposizioni per facilitare la partecipazione di queste aziende alle gare d'appalto. La garanzia di un più ampio accesso e l'aumento delle probabilità di un'aggiudicazione a loro favore costituiscono una finalità primaria di politica economica e sociale, ulteriore rispetto alla massimizzazione del rapporto qualità/prezzo che continua ad essere uno, ma non il solo, degli obiettivi del *procurement* pubblico.

¹⁰C. MCCRUDDEN, *Buying social justice: Equality and public procurement*, in *Current Legal Problems*, 1/2007, p. 121.

¹¹C. MCCRUDDEN, *Using public procurement*, cit., p. 260.

2. Metodi per integrare l'uguaglianza sostanziale nelle gare d'appalto

Esistono varie forme per introdurre le questioni sociali negli appalti. Le misure: (1) possono essere collegate alla fase di selezione dei partecipanti alla gara (il divieto di partecipazione di alcune aziende che, ad esempio, non rispettano la parità di retribuzione tra uomini e donne), (2) possono contemplare la fase di aggiudicazione, come criterio di punteggio o di spareggio, e infine (3) possono trovarsi nella fase di esecuzione dei contratti¹².

Nel primo modello è previsto il divieto di ottenere contratti governativi come sanzione per precedenti illeciti, o per evitare che gli enti pubblici stipulino contratti con coloro che attualmente non raggiungono un particolare *standard* di comportamento in materia di uguaglianza. Un'azienda sarà squalificata dalla gara d'appalto se è stato accertato che non ha rispettato i requisiti antidiscriminazione o di inclusione¹³. Sarebbe quindi possibile escludere quelle che hanno verbali di discriminazione di genere o razziale o che hanno più di mille lavoratori, ma non raggiungono una percentuale minima del 30% di donne impiegate.

Il secondo modello si riferisce alla fase di attribuzione del contratto. È possibile stabilire una quota di contratti riservati a imprese di un determinato tipo. Negli Stati Uniti, per esempio, il *Public Works Employment Act* del 1977 prevedeva che almeno il 10% dei contratti del governo locale venisse assegnato a società di proprietà di membri di gruppi minoritari, come quelli di origine africana¹⁴. Nel 2021 l'attuale Presidente degli Stati Uniti, Joe Biden, ha emesso l'Ordine Esecutivo n. 13.985, annunciando l'obiettivo di aumentare del 50%, entro il 2025, la quota di contratti assegnati a piccole imprese svantaggiate, categoria in cui rientrano le imprese di proprietà di afrodiscendenti, latini e altre minoranze¹⁵.

¹² T. MEDINA-ARNÁIZ, *Integrating gender equality in public procurement: The Spanish case*, in *Journal of Public Procurement*, 4/2010, p. 544.

¹³ C. MCCRUDDEN, *Buying social justice*, cit., pp. 125-126.

¹⁴ C. MCCRUDDEN, *Using public procurement*, cit., p. 260.

¹⁵ Disponibile su: www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/12/02/fact-sheet-biden-harris-administration-announces-reforms-to-increase-equity-and-level-the-playing-field-for-underserved-small-business-owners/.

È inoltre possibile assegnare una preferenza di prezzo o un punteggio maggiore a determinati tipi di imprese durante la gara d'appalto. La legislazione sudafricana, ad esempio, prevede un sistema di punti di preferenza e un elenco non esaustivo di diversi obiettivi di politica sociale, che includono stipulare contratti con società composte da persone storicamente svantaggiate da discriminazioni sulla base della razza, del sesso o della disabilità. Queste aziende ricevono punti in più nella competizione¹⁶.

Anche in Italia, nella regione Lazio, quanta più parità di genere ha una impresa, tanti più punti guadagna per aggiudicarsi l'appalto. I criteri di premialità riguardano anzitutto la percentuale di donne in ruoli apicali, come dirigenti e nei consigli di amministrazione. Alle aziende vengono, ad esempio, assegnati 3 o 4 punti se la percentuale è maggiore del 40%, 1 punto se è compresa tra il 20 e il 40%, e zero punti sotto la soglia¹⁷.

In altri casi, gli elementi sociali funzionano come criterio di spareggio, nei casi in cui le offerte sono uguali. In Brasile, l'art. 60 della legge nazionale sulle gare d'appalto¹⁸ prevede che, in caso di parità di offerte, il terzo criterio di spareggio è lo sviluppo da parte dell'offerente di azioni di equità di genere sul posto di lavoro. Oltre a questi modelli, è anche possibile concedere l'opportunità di una controfferta alle aziende che soddisfano determinati criteri sociali, in modo che possano eguagliare l'offerta più bassa dei loro concorrenti¹⁹.

Il terzo metodo si concentra sulla fase successiva all'aggiudicazione e prevede che il vincitore debba rispettare determinate condizioni nell'esecuzione del contratto²⁰. Durante la costruzione di un'opera pubblica, ad esempio, l'azienda deve fornire un asilo nido vicino al posto di lavoro o garantire un orario ridotto per coloro che hanno figli a carico di età inferiore ai dieci anni. Oppure, i contratti possono stabilire che un numero minimo di persone sottorappresentate debba lavorare alla costruzione di un progetto specifico. Ciò può aprire opportunità di lavoro per questi

¹⁶ C. MCCRUDDEN, *Using public procurement*, cit., p. 262.

¹⁷ Cfr. l. Lazio 10 giugno 2021, n. 7.

¹⁸ L. 1° aprile 2021, n. 14.133, disponibile su: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm.

¹⁹ C. MCCRUDDEN, *Buying social justice*, cit., p. 126.

²⁰ *Ibid.*

gruppi in settori specifici del mercato, come è successo nella costruzione del Parco Olimpico di Londra tra il 2008 e il 2012, dove sono stati introdotti obiettivi per l'occupazione femminile. Sebbene l'obiettivo dell'11% di donne impiegate nel sito olimpico non sia stato raggiunto, ottenendo solo il 5%, si tratta comunque di un esempio importante di meccanismo di promozione dell'uguaglianza²¹.

3. Esempi di utilizzo degli appalti per affrontare le disparità sociali: Unione europea, Inghilterra, Sudafrica, Brasile, Stati Uniti e Canada

3.1. Breve contesto storico: Stati Uniti e Inghilterra

I tentativi di collegare le questioni di giustizia sociale con gli appalti hanno origine soprattutto nel XIX secolo in Inghilterra e negli Stati Uniti²². Nel 1840, l'allora presidente degli Stati Uniti ha emesso un ordine esecutivo che stabiliva la giornata di 10 ore per coloro che lavoravano nell'ambito di alcuni contratti pubblici. Nel 1891, la Camera dei Comuni del Regno Unito approvò una risoluzione sui salari equi. I dipartimenti governativi si sono poi impegnati a inserire in tutti i contratti con il settore privato la clausola che i lavoratori devono essere pagati in modo equo. Una serie di obiettivi socioeconomici sono stati successivamente collegati agli appalti: la promozione di condizioni di lavoro e salari giusti e l'uso di opere pubbliche per affrontare la disoccupazione²³.

Dopo la Prima guerra mondiale gli appalti cominciarono ad essere visti come un meccanismo importante per rispondere alle esigenze dei disabili e lavoratori emarginati. In particolare, il governo britannico ha introdotto un programma significativo per il

²¹ T. WRIGHT - H. CONLEY, *Making reflexive legislation work: stakeholder engagement and public procurement in the Public Sector Equality Duty*, in AA.VV., *Beyond 2015. Shaping the future of equality, human rights and social justice*, London, 2015, p. 59.

²² C. MCCRUDDEN, *Using public procurement*, cit., p. 258.

²³ *Ibid.*

lavoro degli *ex*-militari disabili. Negli Stati Uniti, dopo la Seconda guerra mondiale e durante il periodo dei movimenti per i diritti civili degli afroamericani (1950-1970), uno dei modi in cui il governo federale ha cercato di garantire la non discriminazione è stato quello di imporre condizioni agli appaltatori governativi²⁴.

Successivamente, come narrato dal professore di Oxford Christopher McCrudden, “*sono state introdotte disposizioni per garantire che una parte dei contratti governativi fosse assicurata da imprese di proprietà degli afroamericani, nel tentativo di stimolare ulteriormente lo sviluppo di una classe media nera imprenditoriale*”²⁵. Dagli anni ‘60, i regolamenti si estesero per favorire anche le donne nell’ambito dei contratti con il governo federale e per garantire che le aziende di proprietà femminile si assicurassero una percentuale minima di contratti²⁶.

Nonostante queste politiche storiche, un’indagine condotta negli Stati Uniti nel 2021 ha rilevato che meno del 10% del *budget* federale per gli appalti è destinato alle Piccole Imprese Svanaggiate (PIS), cioè, imprese di proprietà nera, latina e di altre minoranze. Inoltre, mentre le donne possiedono circa il 20% di tutte le piccole imprese a livello economico, meno del 5% dei fondi per gli appalti federali sono destinati a piccole imprese di proprietà femminile²⁷. Per contrastare questo scenario, l’attuale presidente Joe Biden ha pubblicato l’Ordine Esecutivo n. 13985, chiedendo alle agenzie pubbliche di impegnarsi affinché l’11% degli appalti federali venga assegnato alle PIS. Questo è il primo passo per raggiungere l’obiettivo del Presidente di garantire che il 15% dei contratti sia assegnato a queste piccole imprese entro il 2025²⁸.

In Inghilterra, come già evidenziato, la preoccupazione per l’impatto sociale degli appalti pubblici è anche storica. Nel 2006 sono stati introdotti requisiti di uguaglianza razziale nei contratti tra il governo e i fornitori di servizi. I contratti di costruzione del

²⁴ *Id.* pp. 258-259.

²⁵ *Id.* p. 260.

²⁶ *Id.* p. 261.

²⁷ Disponibile su: www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/12/02/fact-sheet-biden-harris-administration-announcereforms-to-increase-equity-and-level-the-playing-field-for-underserved-small-business-owners/.

²⁸ *Ibid.*

Parco Olimpico di Londra, ad esempio, prevedevano quote minime per le donne, aumentando i livelli di occupazione femminile nel settore delle costruzioni, anche se il numero rimane ancora basso²⁹.

3.2. Canada

Dal 1996 il governo canadese stabilisce politiche per aumentare la partecipazione delle imprese aborigene alle gare d'appalto. Le iniziative, chiamate *Procurement Strategy for Aboriginal Business* (PSAB), consistono in una maggiore enfasi sullo sviluppo economico aborigeno nella pianificazione degli appalti e le quote contrattuali destinate a società di proprietà di aborigeni. Fino all'agosto 2021, sono oltre 2.200 le imprese indigene registrate nel *database* del governo³⁰.

In risposta alla pandemia da Covid-19, sono stati assegnati 38 contratti a 30 imprese indigene autoidentificate, per un valore complessivo di circa 126 milioni di dollari. Questi contratti hanno riguardato un'ampia gamma di servizi e beni, tra cui servizi logistici, servizi di alloggio e pulizia, tecnologia dell'informazione, servizi professionali, forniture mediche e di laboratorio, maschere, disinfettanti per le mani e termometri. Inoltre, nell'agosto 2021, il governo canadese ha iniziato ad attuare un "*requisito obbligatorio per i dipartimenti e le agenzie federali per garantire che almeno il 5% del valore totale dei contratti sia detenuto da imprese indigene*"³¹.

3.3. L'Unione europea

Per quanto riguarda l'Unione europea, le norme giuridiche comunitarie consentono esplicitamente l'inclusione di considera-

²⁹ T. WRIGHT - H. CONLEY, *Op. cit.*, p. 59.

³⁰ Disponibile su: www.canada.ca/en/public-services-procurement/news/2021/08/government-of-canada-announces-federal-wide-measures-to-increase-opportunities-for-indigenous-businesses.html.

³¹ *Ibid.*

zioni sociali (come l'uguaglianza di genere) negli appalti. In conformità alle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, gli Stati membri dovrebbero adottare misure adeguate a garantire che, nell'esecuzione di appalti o concessioni, gli operatori economici rispettino, ad esempio, gli obblighi relativi alla parità di retribuzione tra uomini e donne.

Nel 2021, la Commissione dell'Unione europea ha pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'UE il documento "*Acquisti sociali - Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*", in cui prevede che gli appalti pubblici devono essere socialmente responsabili e promuovere "*l'opportunità di lavoro, il miglioramento del livello di competenze e la riqualificazione della forza lavoro, condizioni di lavoro dignitose, l'inclusione sociale, la parità di genere e la non discriminazione, l'accessibilità, una progettazione adeguata per tutti, il commercio etico, nonché cercare di conseguire un rispetto più ampio degli standard sociali*"³².

Di seguito verranno esaminati alcuni esempi nei Paesi membri, come Italia, Spagna e Germania. Si noti, tuttavia, che appalti di questo tipo esistono in diversi altri Stati dell'Unione europea, sia a livello nazionale che regionale.

3.3.1. Italia

In Italia, due regioni hanno previsto il *gender procurement* negli appalti: Lazio e Puglia. In queste regioni, la maggiore parità di genere nelle imprese corrisponde a più punti negli appalti: si riconosce un criterio di premialità. La l. Lazio n. 7/2021 prevede l'istituzione di un "*Registro regionale delle aziende virtuose in materia di parità retributiva*", alle quali saranno attribuiti "*benefici economici e premialità nonché titolo preferenziale*" negli appalti pubblici per l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture.

³² COMMISSIONE EUROPEA, *Acquisti sociali - Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici (seconda edizione)*, 2021/C 237/01, 2021.

Nell'anno 2020, la regione aveva già iniziato a inserire nelle gare per l'affidamento di forniture di servizi criteri premiali a quei concorrenti che garantiscono parità di genere all'interno delle proprie organizzazioni. Tra i criteri introdotti ci sono la percentuale di donne in ruoli apicali, l'assenza di verbali di discriminazione di genere e il possesso della certificazione internazionale di *Social Accountability* (SA 8000), che qualifica le organizzazioni che investono in sostenibilità sociale (ad esempio, in asili nido aziendali o in tutele per la conciliazione tra vita e lavoro)³³.

A sua volta, nella regione Puglia, la delibera della G.r. 28 luglio 2021, n. 1285 – *“Primi indirizzi operativi per favorire l'eguaglianza di genere attraverso gli appalti pubblici”* – ha approvato gli appalti socialmente responsabili. Attraverso la previsione di *“punteggi tabellari”* è possibile valutare la qualità della struttura organizzativa del personale coinvolto nell'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto.

In particolare, la regione ha deciso che può essere valutata positivamente *“l'assenza, negli ultimi tre anni, di verbali di conciliazione extragiudiziale per discriminazione di genere; l'assenza, negli ultimi tre anni, di una sentenza passata in giudicato di condanna al reintegro nel posto di lavoro della lavoratrice licenziata in violazione del divieto di licenziamento; la presenza di politiche aziendali che favoriscono la conciliazione vita-lavoro (es. la flessibilità oraria, il ricorso allo smart working) e la presenza di asili nido aziendali”*.

3.3.2. Spagna

In Spagna, la l. 8 novembre 2017, n. 9 sui contratti del settore pubblico recepisce nell'ordinamento interno le direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014. Questa legge, come si afferma nel suo preambolo, consente di introdurre considerazioni di natura sociale in un appalto, definendole come condizioni speciali per

³³ Cfr. MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE - DIPARTIMENTO DELLA RAGIONERIA GENERALE DELLO STATO, *Le diseguaglianze di genere in Italia e il potenziale contributo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza per ridurle*, 2021, p. 39.

l'esecuzione o come criteri di valutazione delle offerte. Si applica anche un divieto di contrattazione alle persone giuridiche che, nel caso di aziende con più di 250 dipendenti, non rispettano l'obbligo di avere un piano di parità tra donne e uomini³⁴.

A livello regionale, l'Alta Corte di Giustizia della Comunità Amministrativa dell'Estremadura ha confermato l'inclusione della "parità" nei criteri di aggiudicazione dell'appalto per il rifacimento di una strada spagnola. In questo caso, un massimo di 5 punti su 100 possibili è stato previsto per l'offerente con la più alta percentuale di personale femminile a tempo pieno e indeterminato, con l'assegnazione di 5 punti alla percentuale più alta e 0 punti a quella più bassa. La Corte regionale ha ritenuto che questo criterio di assegnazione fosse conforme alle norme giuridiche in materia di parità di genere, che consentono l'applicazione di misure di discriminazione positiva volte a incoraggiare l'ingresso delle donne nel mercato del lavoro³⁵.

3.3.3. Germania

In Germania, la legge contro le restrizioni della concorrenza – *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB) – definisce il quadro di riferimento per gli appalti pubblici. Essa consente esplicitamente di includere gli "aspetti sociali" (par. 97.3, 127.1, 127.3) e gli obblighi contrattuali relativi a considerazioni sociali (par. 128.2) se questi sono collegati all'oggetto del contratto. Tuttavia, la disposizione rimane vaga. A livello regionale, Brema (nel 2009), Turingia (nel 2011), Renania Settentrionale-Vestfalia (nel 2012), Bassa Sassonia (nel 2013), Schleswig Holstein (nel 2013) e Assia (nel 2014) hanno introdotto l'uguaglianza di genere come uno dei criteri sociali nelle loro leggi sugli appalti pubblici³⁶.

³⁴ T. MEDINA-ARNÁIZ, *Op. cit.*, pp. 553-554.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ E. SARTER, *The development and implementation of gender equality considerations*, cit., p. 76.

3.4. *Brasile*

In Brasile, la Nuova legge nazionale sulle gare d'appalto (l. n. 14.133/2021) incorpora preoccupazioni sociali, come la lotta alla violenza domestica, la promozione dell'equità di genere e l'inclusione di *ex*-detenuti del sistema carcerario. All'art. 25, par. 9, clausola I, la legge stabilisce che il bando di gara può richiedere che una percentuale minima della forza lavoro incaricata di eseguire l'oggetto dell'appalto sia composta da donne vittime di violenza domestica o da persone provenienti dal sistema carcerario.

All'art. 60, la legge prevede anche che in caso di parità di punteggio tra le proposte devono essere osservati quattro criteri di sparggio; come terzo criterio, istituisce lo sviluppo da parte dell'offerente di azioni eque tra uomini e donne sul posto di lavoro.

3.5. *Sudafrica*

In Sudafrica, la legislazione nazionale fornisce il quadro di riferimento per l'attuazione della politica nazionale sugli appalti in materia di parità. Essa cerca di perseguire due obiettivi distinti: la promozione dell'uguaglianza, affrontando le disparità derivanti dall'*apartheid*, e la riduzione della povertà. La legislazione prevede un sistema di punti di preferenza. Fissa un elenco non esaustivo di diversi obiettivi di politica sociale, in modo che la conformità a tali requisiti attiri punti di preferenza. Questi obiettivi politici includono, ad esempio, stipulare contratti con persone storicamente svantaggiate da ingiuste discriminazioni di razza, genere o disabilità. Per i contratti con un valore superiore a un importo prescritto, possono essere assegnati al massimo 10 punti durante la gara per la politica sociale specifica³⁷.

³⁷ C. MCCRUDDEN, *Using public procurement*, cit., p. 262.

4. Conclusioni

I critici degli appalti pubblici socialmente responsabili sostengono che l'unica missione dello Stato in questi casi è ottenere beni e servizi al miglior prezzo e qualità possibile. Affermano che gli acquisti pubblici sono soggetti solo a discipline di mercato, in cui valgono esclusivamente considerazioni di efficienza ed economicità. In questa ottica, quando acquista dal settore privato, l'Amministrazione deve agire come un'altra organizzazione commerciale motivata da considerazioni commerciali³⁸.

Gli esempi pratici di diversi Paesi, tuttavia, dimostrano la possibilità e la necessità di integrare le considerazioni sociali negli appalti. Come si è notato fin dal XIX secolo, i contratti del settore pubblico possono e devono essere utilizzati per ottenere ulteriori benefici sociali. Le leggi in questa direzione sono necessarie per garantire che gruppi significativi della società (donne, minoranze) siano inclusi in attività di mercato importanti, affinché ci sia un mercato efficace.

L'amministrazione ha un ruolo importante nell'affrontare la discriminazione da parte degli attori privati: deve usare gli appalti per affrontare la discriminazione nel mercato, acquistando il più possibile da aziende appartenenti a gruppi minoritari o da aziende che hanno preoccupazioni in materia di uguaglianza. I difensori dei diritti umani (e, di conseguenza, dell'uguaglianza) dovrebbero *“smettere di pensare ai diritti umani come delle specie di briscole (trump card) e cominciare a considerarli come un linguaggio che crea le basi per la deliberazione”*³⁹.

³⁸ A.S. MILLER, *Government contracts and social control: A preliminary enquiry*, in *Virginia Law Review*, 1/1955, p. 54. Elenca, analizza e confuta gli argomenti contro l'integrazione delle questioni sociali nelle gare d'appalto. C. MCCRUDDEN, *Buying social justice*, cit., pp. 128-139.

³⁹ M. IGNATIEFF, *Human rights as idolatry*, in A. GUTMANN (a cura di), *Human rights as politics and idolatry*, Princeton, 2001, p. 95.

LA DISCIPLINA DELLE CONCESSIONI E I SUOI PROFILI DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE ALLA LUCE DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 218/2021*

FORTUNATO PICERNO

SOMMARIO: 1. Quadro normativo. – 1.1. Recepimento delle direttive europee 23, 24 e 25 del 2014 a mezzo del d. lgs. n. 50/2016. – 2. Il dibattito giurisprudenziale: TAR Lazio, sentenza n. 9309/2019. – 3. (*Segue.*) Consiglio di Stato, sentenza n. 5097/2020. – 4. (*Segue.*) Corte costituzionale, sentenza n. 218/2021. – 5. Conclusioni.

Abstract: The paper proposes to analyze the limits, relative to the protection of competition, to free enterprise, with specific regard to the concessionary relationship and the obligation to out-source the concession activity imposed by art. 177 of the Code of public contracts, recently submitted to the Constitutional Court. In this scenario, the free economic initiative is evoked as an “internal” limit to the protection of competition, which, as it is functional to the free development of business activity, finds its foundation but also its limit in it. It also emerges that free economic initiative and the limits to its exercise must be the subject of a complex balancing operation that allows identifying the balance point between the need to guarantee competition – “in the market” and “for the market” – between economic operators and the preservation of the freedom of enterprise which concerns, in the first place, the freedom to choose the activities to be undertaken and the methods for carrying them out. It is therefore always necessary to ensure a unitary and not fragmented protection

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

of the constitutional interests at stake, so that none of them benefit from absolute protection and, as Carl Schmitt warned, become a “tyrant”. Not even the interest – albeit fundamental – in the protection of competition cannot escape this balance, especially in the current historical moment in which there is a partial decline in the absolute and mandatory nature of the competition principle, as demonstrated by the renewed attention to forms of auto-production by the Administration for the purposes of implementing the RRP, and as evidenced by the new forms of “partnership” in the third sector, inspired by the principle of solidarity.

1. Quadro normativo

La disciplina della contrattualistica pubblica è caratterizzata da una consistente stratificazione normativa in ragione del rilievo che la materia ha progressivamente assunto all’interno del quadro economico, ma anche dalla sovrapposizione delle fonti interne ed eurounitarie. Appare utile fare un breve cenno al contesto storico normativo, dando atto in modo diacronico dell’evoluzione nazionale e del dibattito che ne è seguito a livello dottrinale e giurisprudenziale.

La prima formulazione normativa in materia di contratti pubblici risale al 1994, anno in cui il legislatore ha ordinato il contenuto a mezzo della legge quadro, la l. 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. legge Merloni)¹.

In seguito, la l. 1° agosto 2002, n. 166 ha allineato la legge Merloni al diritto comunitario in materia di concessioni. Ha liberalizzato, dove poteva, e ha eliminato le materie ultra-comunitarie presenti nella legge che andavano oltre il dettato, irrigidendo eccessivamente le regole. Da un punto di vista economico e giuridico, il legislatore ha ritenuto non utile assoggettare a regole ferree il mondo della piccola e media imprenditoria e prevedere

¹ L. 11 febbraio 1994, n. 109 (*“Legge quadro in materia di lavori pubblici”*); all’art. 8 introduceva un sistema di qualificazione volto a circoscrivere l’accesso al mercato dei lavori pubblici soltanto a soggetti qualificati e in grado di operare secondo i canoni della professionalità e correttezza, in modo da garantire il perseguimento degli obiettivi di efficienza ed efficacia propri della pubblica amministrazione.

invece “*regole più elastiche*” in presenza di un interesse maggiore a realizzare grandi infrastrutture nel più breve tempo possibile².

La Corte sottolinea come, dalla dir. 89/440/CEE e fino alla dir. 18/2004/CE, il legislatore comunitario abbia mantenuto la possibilità per gli Stati membri di imporre ai concessionari di affidare a terzi una percentuale minima dei lavori oggetto della concessione³. Tale opzione è stata poi ripresa dal legislatore italiano.

Infatti, l’obbligo per i concessionari di affidare a terzi una percentuale minima era stata mantenuta anche dalla dir. 2004/18/CE e, dunque, dal connesso d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il quale, all’art. 46, prevedeva che la stazione appaltante può imporre al concessionario di lavori pubblici di affidare a terzi appalti corrispondenti ad una percentuale non inferiore al 30% del valore globale dei lavori oggetto della concessione⁴.

Conseguentemente, le percentuali minime sono aumentate prima del 40 e poi del 60 per cento, rispettivamente secondo l’art. 146 e l’art. 253, comma 25, d. lgs. n. 163/2006.

Tuttavia, la Corte evidenzia come la dir. 2014/23/UE abbia decisamente innovato la disciplina della materia, poiché, per le concessioni, non prevede un obbligo di esternalizzazione. Ciononostante, a livello nazionale c’è stata una tendenza diversa, come meglio si vedrà nel successivo paragrafo.

1.1. *Recepimento delle direttive europee n. 23, 24 e 25 del 2014 a mezzo del d. lgs. n. 50/2016*

A seguito dell’adozione delle direttive comunitarie 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, inerenti all’aggiudicazione dei contratti di concessione, agli appalti pubblici nei settori ordinari e in quelli speciali dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché al riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, si è reso necessario il loro recepimento ad opera del d. lgs. 18

² G. MONTEDORO, *Le concessioni di lavori*, Milano, 2005.

³ A. GIACALONE - M. LOMBARDO, *La Corte costituzionale sugli affidamenti dei concessionari*, in *Urb. app.*, 3/2022, pp. 317 ss.

⁴ *Ibid.*

aprile 2016, n. 50⁵. La concessione “è stata il primo dal punto di vista storico (e, almeno sotto questo profilo, il più importante) dei modi di gestione dei servizi pubblici”⁶.

Per influsso del diritto comunitario e della giurisprudenza della Corte di giustizia⁷ si sono consolidati i principi della concorsualità e della *par condicio*, quali imprescindibili parametri legali per l'affidamento della gestione del servizio.

Rispetto al passato, inoltre, si riscontra l'ampliamento dell'ambito di applicazione soggettiva della normativa relativa all'affidamento dei contratti pubblici, in quanto la platea dei soggetti tenuti all'osservazione del codice si estende fino a ricomprendervi i prima non considerati organismi di diritto pubblico, che, pertanto, a partire dal 2016, sono tenuti al rispetto della procedura di evidenza pubblica ai fini della scelta del contraente⁸.

Del resto, il complesso ordinamentale comunitario è ispirato, come diretto corollario dei principi di libero scambio delle merci, proprio al principio di concorrenza⁹. Ne consegue che, anche in materia di appalti e concessioni, si denota un interesse del legislatore comunitario a garantire l'apertura del mercato degli investimenti pubblici alla concorrenza.

L'art. 177 d. lgs. n. 50/2016 dispone che i soggetti, pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice,

⁵ Il codice del 2016 fa espresso riferimento alle direttive che intende attuare, disciplina un'organica trattazione dei contratti passivi della p.a., appalti e concessioni che vengono qualificati come tali in quanto comportano una spesa per l'erario ai fini dell'approvvigionamento di opere, beni e anche servizi.

⁶ Si vedano, fra gli altri, F.G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Le concessioni di servizi pubblici*, Rimini, 1988, p. 25. Si veda anche G. CAIA, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, pp. 131 ss.; cfr. G. MONTEODORO, *Servizi pubblici e riparto giurisdizione dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, pp. 75 ss.

⁷ In particolare, C. giust. UE, 7 dicembre 2000, C-324/98, *Teleaustria*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 293.

⁸ La definizione di organismo di diritto pubblico si rinviene nell'art. 2, par. 1, n. 4, dir. 2014/24/UE, nell'art. 3, par. 4, dir. 2014/25/UE, nonché nell'art. 6, par. 4, dir. 2014/23/UE, ed è stata recepita nel nostro ordinamento dall'art. 3, comma 1, lett. d, d. lgs. n. 50/2016.

⁹ Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) stabilisce agli artt. 101-109 le norme sulla concorrenza nel mercato interno.

non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea, sono obbligati ad affidare *“una quota pari all’ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica, introducendo clausole sociali e per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia di professionalità”*. La restante parte *“può essere realizzata da società in house di cui all’art. 5 per i soggetti pubblici, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato”*.

Come ha chiarito il Consiglio di Stato in sede consultiva¹⁰, la previsione di cui all’art. 177 del codice, che costituisce l’esplicazione del criterio direttivo previsto dall’art. 1, co. 1, lett. iii, l. 28 gennaio 2016, n. 11, è stata estesa a tutti i concessionari di lavori o servizi pubblici di importo superiore a 150.000 euro che non siano stati selezionati attraverso procedure di evidenza pubblica conformi al diritto dell’Unione. Tuttavia, tale disposizione risulta estranea al perimetro delle direttive UE n. 23, 24 e 25 del 2014¹¹, diretta ai concessionari in quanto tali, a prescindere dalla loro natura pubblica o privata, *“la cui ratio risiede nella volontà del legislatore di restituire a valle parte della concorrenza per il mercato mancata a monte, secondo uno schema che ha ad oggetto, in quota parte, le prestazioni relative alle concessioni a suo tempo affidate direttamente”*¹². Infatti, il legislatore del 2006 manifestava la preoccupazione che, nelle concessioni di lavori, si determinasse una sorta di monopolio della domanda in grado di

¹⁰ Comm. Spec., parere 5 giugno 2018, n. 547, punto 1.2.

¹¹ Sulle direttive si veda M.P. CHITI, *Le direttive 2014 dell’Unione Europea sui contratti pubblici e i problemi della loro attuazione in Italia*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*, Milano, 2016; L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2-3/2015; G. GRECO, *La direttiva in materia di concessioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5/2015.

¹² Comm. Spec., parere 5 giugno 2018, cit., punto 1.3.

alterare la concorrenza e di aumentare i costi per la gestione della concessione stessa¹³.

Sarebbe dunque con tale approccio pro-concorrenziale, imposto dall'Unione con le direttive del 2014, che si giustificerebbero le misure di regolazione del mercato, "*altrimenti invadenti la libertà dell'imprenditore*", in violazione dell'art. 41 Cost.¹⁴.

Tuttavia, la disposizione dell'art. 177, in esame, contrasta le direttive europee del 2014, in quanto si riferisce ai concessionari senza fare una distinzione tra pubblico e privato.

2. Il dibattito giurisprudenziale: TAR Lazio, sentenza n. 9309/2019

Affrontato il quadro storico-normativo di riferimento, occorre puntualizzare che la questione di legittimità costituzionale è stata sollevata con una sentenza non definitiva del Consiglio di Stato in seguito ad un ricorso in appello proposto relativamente alla lesione che la ricorrente riteneva di ricevere dall'applicazione delle linee guida ANAC n. 11¹⁵, ribattezzate *soft law*¹⁶, per la riforma della sentenza del TAR Lazio - Roma.

In particolare, i concessionari sono obbligati ad affidare con procedure ad evidenza pubblica anche le prestazioni che essi attualmente eseguono direttamente, con impiego di mezzi propri e di maestranze alle loro dipendenze: per tale ragione l'adeguamento richiesto determinerebbe la necessità di dismettere parte del patrimonio e di licenziare un gran numero di dipendenti,

¹³ Comm. Spec., parere 5 giugno 2018, cit.; si veda altresì C. RUSSO, *Art. 146*, in R. GAROFOLI - G. FERRARI (a cura di), *Codice degli appalti pubblici e nuova direttiva ricorsi*, Roma, 2012.

¹⁴ Comm. Spec., parere 5 giugno 2018, cit.; si veda altresì M. MACCHIA, *La regolamentazione degli affidamenti da parte dei concessionari*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1/2018.

¹⁵ Recanti "*Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'articolo 177, comma 1, del codice, da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea*", in G.U. n. 178 del 2 agosto 2018.

¹⁶ R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 5/2016, pp. 503-545.

senza garanzia alcuna che essi possano essere ripresi in carico dai futuri affidatari delle prestazioni. Infatti, l'impugnazione ha ad oggetto non solo le citate linee guida, ritenute illegittime per non conformità all'art. 177 d. lgs. n. 50/2016, ma anche lo stesso art. 177, ritenuto incostituzionale, ove interpretato in conformità a quanto disposto dalle linee guida n. 11.

Con la pronuncia del TAR Lazio, il ricorso era stato dichiarato inammissibile per carenza di immediata lesività degli atti impugnati, sul rilievo di contestazione dell'esistenza di una "*situazione di squilibrio*" all'esito della verifica annuale dell'ANAC, successiva all'adozione delle linee guida e alla scadenza del termine per l'adeguamento delle previsioni dell'art. 177, co. 1, d. lgs. n. 50/2016¹⁷.

Il tribunale ritiene che "*le previsioni contenute nella parte I delle Linee Guida dell'ANAC, n. 11, non hanno portata lesiva e non sono, quindi, immediatamente impugnabili*". Le medesime constatazioni valgono anche per la seconda parte¹⁸ delle linee guida, che l'ANAC ha qualificato come vincolante.

Secondo i giudici, "*gli operatori economici che ritengano di non doversi adeguare alle indicazioni ivi contenute in ragione della peculiarità del rapporto concessorio non incorrono immediatamente nella sanzione*". Seguendo tale ricostruzione, l'art. 177, infatti, da una parte stabilisce che le sanzioni vengono applicate dagli enti concedenti solo quando una "*situazione di squilibrio*" sia constatata per due anni consecutivi; d'altra parte prevede invece che la verifica delle situazioni di squilibrio deve essere effettuata annualmente.

Ricostruita la pronuncia di primo grado che ha dichiarato inammissibile il ricorso della ricorrente, delinearemo nel prossimo paragrafo la pronuncia del Consiglio di Stato.

¹⁷ G. RIVOCCHI, *Anche la virtù necessita di limiti: tutela della concorrenza vs. libertà di iniziativa economica*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2022, p. 511.

¹⁸ Nel paragrafo n. 5 sono specificati taluni obblighi in capo al concedente e ai concessionari, anche in relazione alla pubblicazione di dati riguardanti la concessione.

3. (*Segue.*) Consiglio di Stato, sentenza n. 5097/2020

Il Consiglio di Stato interviene, preliminarmente, sulla questione dell'impugnabilità delle linee guida, confermando al riguardo quanto già stabilito in precedenza¹⁹, e, al contrario di quanto argomentato dal giudice di prime cure, afferma che: “*è stata riconosciuta l'impugnabilità degli atti anche generali o regolamentari aventi portata immediatamente prescrittiva ovvero che vincolino la successiva attività amministrativa di guisa che il successivo atto si atteggi quale atto meramente dichiarativo o ricognitivo*”²⁰. Al riguardo, i giudici di Palazzo Spada argomentano la propria decisione partendo dall'analisi dei contenuti delle già menzionate linee guida n. 11 dell'ANAC.

Nello specifico, infatti, sono in esse contenute non solo le modalità operative relative alle modalità di calcolo della soglia di applicazione della procedura ad evidenza pubblica, ma anche e soprattutto le modalità di calcolo della sanzione da applicare ai trasgressori delle stesse.

Secondo il Consiglio di Stato, quindi, “*le indicazioni ora richiamate oltre ad essere immediatamente applicabili, senza bisogno dell'intermediazione di ulteriori provvedimenti attuativi, sono (...) da ritenersi del pari immediatamente lesive, nella misura in cui, come sottolineato dall'appellante, pongono i concessionari di fronte all'alternativa tra l'adeguarsi ad esse o subirne le conseguenze a mezzo del successivo provvedimento applicativo della penale*”²¹.

Partendo dal presupposto, quindi, che le Linee Guida possono essere impuginate anche singolarmente, perché ritenute idonee a determinare un pregiudizio immediato, i giudici procedono all'esame, nel merito, della loro lesività, e, di conseguenza, anche dell'art. 11 d. lgs. n. 50/2016, di cui rappresentano diretta applicazione.

Le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal ricorrente risultano, per il Consiglio di Stato, non manifestamente infondate, innanzitutto sotto il profilo della libertà di impresa sancito dall'art. 41 della Costituzione, in quanto si pone in tensione

¹⁹ Cons. St., sez. V, 23 aprile 2019, n. 2572.

²⁰ Cons. St., sez. V, 19 agosto 2020, n. 5097.

²¹ *Ibid.*

con la citata garanzia costituzionale l'obbligo imposto ai concessionari (titolari di concessioni di importo pari o superiore a € 150.000, come nel caso di specie) di dismettere l'intera concessione a terzi, mediante procedura ad evidenza pubblica, per una quota all'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alla concessione; a soggetti riconducibili al medesimo concessionario per il restante 20% (società *in house* di cui all'art. 5 d. lgs. n. 50/2016 per i soggetti pubblici; società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati); ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, “*l'obbligo di dismissione*” totalitaria previsto dalle disposizioni di legge censurate, ancorché finalizzato a sanare l'originaria violazione dei principi comunitari di libera concorrenza consumatasi in occasione dell'affidamento senza gara della concessione, si traduce in un impedimento assoluto e definitivo di proseguire l'attività economica privata, comunque intrapresa ed esercitata in base ad un titolo amministrativo legittimo sul piano interno. Inoltre, va a snaturare il ruolo del privato concessionario ridotto ad articolazione operativa degli enti concedenti, rispetto alla sua funzione di soggetto proposto dall'amministrazione all'esercizio di attività di interesse pubblico²².

4. (Segue.) Corte costituzionale, sentenza n. 218/2021

Giungendo al merito della decisione, la questione è stata definita dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 218 del 23 novembre 2021, con la quale l'art 177 d. lgs. n. 50/2016 è stato espunto dall'ordinamento. Per la Corte, le questioni sollevate in riferimento agli artt. 3, comma 1, e 41, comma 1, Cost. sono fondate, poiché la limitazione della libertà di iniziativa economica privata derivante dalle norme censurate finisce per trasmodare

²² *Ibid.*

intollerabilmente in una irragionevole compressione di detta libertà²³.

Seguendo la linea argomentativa della Corte, appare evidente l'intento di valorizzare le attività gestorie e organizzative del concessionario quali espressione del principio di libera iniziativa economica²⁴. Il legislatore è tenuto a perseguire l'obiettivo di tutela della concorrenza bilanciando l'obbligo di affidamento all'esterno sulle differenziate situazioni concrete, attuandone la radicalità, se del caso attraverso una modulazione dei tempi, ad esempio laddove la posizione del destinatario apparisse particolarmente meritevole di protezione e comunque mettendo in funzione un adeguato bilanciamento dei diversi aspetti della libertà d'impresa: l'aspirazione a proseguire un'attività in atto e l'esigenza di assicurare la piena concorrenza²⁵.

In considerazione di quanto detto, la Corte ha ritenuto che *“la previsione dell'obbligo a carico dei titolari di concessioni già in essere, non assegnate con la formula della finanza di progetto o con procedure a evidenza pubblica di affidare completamente all'esterno l'attività oggetto di concessione, mediante appalto a terzi dell'80 per cento dei contratti inerenti alla concessione stessa e mediante assegnazione a società in house o comunque controllate o collegate del restante 20 per cento, costituisca una misura irragionevole e sproporzionata rispetto al pur legittimo fine perseguito, in quanto tale lesiva della libertà di iniziativa economica”*²⁶. La conseguenza è la dichiarazione di illegittimità dell'art. 177, comma 1, d. lgs. n. 50/2016 e dell'art. 1, comma 1, lett. iii, l. n. 11/2016, per violazione degli artt. 3, comma 1, e 41, comma 1, Cost.

Invero, la Corte ha precisato che, seppur il legislatore in base a quanto stabilito dall'art. 41 Cost. può intervenire a limitare e conformare la libertà di impresa in funzione di tutela della concorrenza, il perseguimento di tale finalità incontra pur sempre il limite della ragionevolezza e della necessaria considerazione di

²³ Cfr. S. CASSESE, *La costituzione economica europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 6/2001.

²⁴ A. GIACALONE - M. LOMBARDO, *Op. cit.*

²⁵ Cfr. M. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata*, Milano, 2011, p. 20.

²⁶ C. cost., 23 novembre 2021, n. 218.

tutti gli interessi coinvolti.

La libertà di impresa non può subire “*nemmeno in ragione del doveroso obiettivo di piena realizzazione dei principi della concorrenza, interventi che ne determinino un radicale svuotamento, come avverrebbe nel caso di un completo sacrificio della facoltà dell'imprenditore di compiere le scelte organizzative che costituiscono tipico oggetto della stessa attività d'impresa*”²⁷.

Secondo la Corte, l'obbligo a carico dei titolari di concessioni già in essere, non assegnate con la formula della finanza di progetto o con procedure a evidenza pubblica, di affidare completamente all'esterno l'attività oggetto di concessione, costituirebbe “*una misura irragionevole e sproporzionata rispetto al pur legittimo fine perseguito, in quanto lesiva della libertà di iniziativa economica, con la conseguenza dell'illegittimità costituzionale dell'art. 177, comma 1, del d. lgs. n.50/2016 e dell'art. 1, comma 1, lettera iii, della l. n. 11/2016, per violazione degli artt. 3, primo comma, e 41, primo comma, Cost.*”²⁸.

Dopo aver ricostruito la genesi della normativa contenuta nell'art. 177 del codice²⁹ e l'evoluzione normativa che si è registrata rispetto agli obblighi di esternalizzazione da parte dei concessionari, la Corte ha in particolare accolto le questioni sollevate dal Consiglio di Stato con riferimento agli artt. 3, primo comma, e 41, primo comma, della Costituzione.

Si tratta di questioni che la stessa Corte ritiene essere intimamente connesse e che dunque affronta in maniera congiunta: l'art. 177 del codice, nel limitare la libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), sostanzia una irragionevole compressione di detta libertà (in violazione dell'art. 3 Cost.). Ed è in questa prospettiva che la Corte si è pronunciata, realizzando un bilanciamento all'interno dell'art. 41 Cost. tra il principio della concorrenza e la libertà di iniziativa economica.

Questa operazione, secondo la Corte, va compiuta tenendo ben presente “*il contesto sociale ed economico di riferimento e le esigenze generali del mercato in cui si realizza la libertà di impresa, e, per altro verso, le legittime aspettative degli operatori, in particolare quando essi abbiano dato avvio, sulla base di*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ La Corte ha altresì dichiarato l'incostituzionalità dei successivi commi 2 e 3.

investimenti e di programmi, a un'attività imprenditoriale in corso di svolgimento". Tale ultimo aspetto pare particolarmente rilevante, atteso che la Corte riconosce espressamente come la libertà di iniziativa economica abbia, tra i propri aspetti caratterizzanti, la possibilità di scelta spettante all'imprenditore, il quale deve poter liberamente scegliere l'attività economica da svolgere, le modalità di reperimento dei capitali, le forme di organizzazione ritenute più idonee, i sistemi di gestione della propria organizzazione e le tipologie di corrispettivo.

Sul punto, la Corte costituzionale – pur rilevata l'astratta idoneità della misura rispetto all'obiettivo di ripristinare condizioni di piena concorrenza – ritiene che il vincolo derivante dagli artt. 1 della l. n. 11/2016 e 177 del codice non costituisca il "mezzo più mite" tra quelli idonei a raggiungere l'obiettivo prefissato³⁰.

Anche sotto tale aspetto, il legislatore, al fine di imporre ai concessionari il minore sacrificio possibile, avrebbe dovuto bilanciare l'obbligo di esternalizzazione sulle varie situazioni che si presentavano, modulandone i tempi ed escludendolo in taluni casi, così da attenuarne la radicalità in una necessaria prospettiva di bilanciamento tra i vari interessi coinvolti³¹.

3. Conclusioni

Lo studio fin qui esposto ha come punto di riferimento la sentenza della Corte in cui viene statuita l'incostituzionalità

³⁰ Con riferimento al principio di proporzionalità, cfr. D.U. GALETTA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, III ed., Milano, 2020, pp. 107 ss.; nonché M.A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998. A livello europeo, il principio in esame trova un espresso riconoscimento, sulla scorta dell'elaborazione prevalentemente svolta nell'ordinamento tedesco, nell'art. 5 TUE, ed è tradizionalmente affermato dalla Corte di giustizia (*ex multis*, C. giust. UE, 10 luglio 2014, C-358/12, *Consorzio Stabile Libor*; C. giust. UE, 11 giugno 2015, C-98/14, *Berlington Hungary e a.*; C. giust. UE, 3 marzo 2011, C-134/10, *Commissione c. Regno del Belgio*).

³¹ A. BOTTO - S. CASTROVINCI ZENNA, *Il regime giuridico degli affidamenti dei concessionari: prospettiva de iure condendo*, in *federalismi.it*, 14/2022.

dell'obbligo in questione, in quanto lesivo del principio di concorrenza.

Tale arresto, infatti, traccia un solco argomentativo certamente significativo, suscitando interrogativi su quale sarà l'effetto pratico e quale l'impatto operativo di tale pronuncia. Con l'argomentazione della Corte si valorizzano maggiormente le attività gestorie ed organizzative del concessionario, quale espressione del principio di libera iniziativa economica.

La pronuncia, infatti, appare certamente condivisibile nell'ottica di un ripristino di un contesto giuridico caratterizzato da incertezza e instabilità delle regole. Infatti, la libera concorrenza si può considerare come un processo dinamico e non una condizione naturale del mercato. Per questo è necessario che gli interventi pubblici di correzione siano attuati ogniqualvolta il mercato lo richieda in presenza di effetti inefficienti³².

Il legislatore, pertanto, è tenuto a scegliere il mezzo meno invasivo affinché la concorrenza tra gli operatori possa essere l'espressione oggettiva della libertà.

Con la sentenza in oggetto si sostanzia una critica al legislatore nazionale per non aver perseguito l'obiettivo di tutela della libera concorrenza, non attraverso una misura radicale e ad applicazione indistinta, ma calibrando l'obbligo di affidamento all'esterno sulle varie e distinte situazioni presenti nel mercato. Dunque, laddove ci sia bisogno di particolare protezione, è necessario intervenire, comunque tenendo conto di un adeguato bilanciamento degli aspetti della libertà di impresa, ovvero, il perseguimento dell'attività in atto e l'esigenza di assicurare la piena concorrenza dall'altro³³.

È evidente, dunque, come la Corte abbia lasciato dei parametri al legislatore nazionale che auspicabilmente saranno utilizzati per colmare il vuoto normativo in seguito a tale pronuncia di incostituzionalità.

In vista di future limitazioni e in seguito alle considerazioni fin qui esposte sui concessionari e sulle naturali complessità dei contratti di concessione in corso di esecuzione, potrebbe essere una buona pratica evitare meccanismi distorsivi ed eccessi, calando il sistema degli affidamenti dei lavori in un regolamento

³² N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2016.

³³ M. DELSIGNORE, *Op. cit.*

interno che ne individui termini, limiti e modalità³⁴.

Nel quadro delineato, dunque, possiamo concludere che il legislatore dovrà necessariamente intervenire ora che, cancellato l'art. 177 del codice, le modalità di individuazione dei terzi esecutori dei lavori sono da chiarire e definire, tenendo conto dei principi costituzionali e di quelli eurounitari.

³⁴ A. GIACALONE - M. LOMBARDO, *Op. cit.*

IL NUOVO RUOLO DELLE STAZIONI APPALTANTI PER IL PERSEGUIMENTO DEGLI OBIETTIVI DI SOSTENIBILITÀ SOCIALE E AMBIENTALE NELL'ACQUISTO DI BENI, SERVIZI E LAVORI*

GABRIELE DAMMICCO

SOMMARIO: 1. Premessa: il contributo degli appalti pubblici agli obiettivi di sviluppo sostenibile. – 2. I recenti interventi normativi. – 3. Le criticità della disciplina dei contratti pubblici. Considerazioni conclusive.

Abstract: Public procurement is a key sector to reach the goals of sustainable development. As it emerges from the latest regulatory changes, ecological transition of the market and the productive system is a priority in the international, European and national political agenda. For an effective involvement of contracting authorities in the pursuit of these ambitious goals, it is however necessary a thorough consideration of the distinctive characteristics and criticalities of public procurement sector.

1. Premessa: il contributo degli appalti pubblici agli obiettivi di sviluppo sostenibile

È ormai da tempo riconosciuta l'importanza, a livello economico, del settore degli appalti pubblici, e l'influenza che l'attività contrattuale dell'amministrazione è in grado di esercitare

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

sul mercato, complessivamente considerato¹. A questo proposito, deve innanzitutto evidenziarsi il “valore” degli appalti pubblici all’interno delle economie nazionali: si stima, infatti, che gli acquisti pubblici rappresentino all’incirca il 12% del PIL dei Paesi OCSE², il 13% del PIL dei Paesi appartenenti all’Unione europea e circa l’11% di quello italiano³. È stato altresì osservato che il settore vale fino al 25-30% del PIL dei Paesi in via di sviluppo, che raggiunge percentuali anche più alte nelle economie emergenti⁴.

In considerazione della rilevanza del settore, si è fin da subito compresa la capacità dell’attività delle amministrazioni nell’acquisto di beni, servizi e lavori di condizionare le dinamiche di mercato. Il libero esplicarsi dell’autonomia negoziale dei pubblici poteri è stato, al contempo, ritenuto un potenziale pericolo per le dinamiche di mercato; l’attività contrattuale dei pubblici poteri è stata di conseguenza assoggettata a una disciplina particolarmente dettagliata e incisiva, tesa alla sua funzionalizzazione non solo al rispetto delle dinamiche di mercato, ma anche e soprattutto al loro sviluppo nella direzione considerata desiderabile dal legislatore⁵.

¹ Tale consapevolezza è espressa, per esempio, dalla Commissione europea nel *Libro bianco sul completamento del mercato interno*, comunicazione del 14 giugno 1985, COM(85) 310 final, in particolare ai paragrafi 81 ss. In tale documento si segnala il ruolo cruciale degli appalti pubblici per la creazione del mercato interno; ivi si evidenzia, infatti, la “*tendenza delle autorità interessate a mantenere i loro acquisti e contratti all’interno del paese*”, ciò rappresentando una “*compartimentazione in singoli mercati nazionali*” in grado di impedire la “*piena realizzazione di un vero mercato interno*”.

² Cfr. OCSE/OECD, *Size of public procurement*, in ID., *Government at a glance 2019*, 2019, pp. 134 ss.

³ COMMISSIONE EUROPEA, *Public procurement indicators 2017*, 2019, pp. 1 ss.; AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, segnalazione del 23 marzo 2021, n. S4143, in merito a “*Proposte di riforma concorrenziale, ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza - anno 2021*”.

⁴ OCSE/OECD, *Putting green growth at the heart of development*, in ID., *OECD Green Growth Studies*, 2013, p. 80.

⁵ In questo senso cfr. A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008, p. 399. Cfr. anche J.M. GIMENO FELIÚ, *Public procurement as a strategy for the development of innovation policy*, in G.M. RACCA - C.R. YUKINS (a cura di), *Joint public procurement and innovation. Lessons across borders*, Bruxelles, 2019, pp. 275 ss., il quale tratta l’evoluzione della visione burocratica e contabile dei contratti pubblici quali strumenti legali, utili al perseguimento dei fini e delle politiche istituzionali delle pubbliche autorità.

A quest'ultimo proposito, sono evidenti gli sforzi, a livello europolitano, tesi a modificare il sistema economico e produttivo verso la sostenibilità sociale e ambientale, oltre che all'attuazione della transizione ecologica, tanto che è possibile riconoscere un vero e proprio "protagonismo" dell'Unione, specialmente nella promozione di politiche globali di contrasto ai cambiamenti climatici e ambientali⁶.

È naturale, allora, che anche la disciplina degli appalti sia coinvolta in tale trasformazione, e che le stazioni appaltanti siano chiamate a contribuire, con la propria azione, al raggiungimento di tali ambiziosi obiettivi.

L'apporto che il settore è in grado di offrire al riguardo può essere sia diretto, nel corso dell'esecuzione del contratto – per esempio, nell'ipotesi in cui il fornitore, nell'eseguire la prestazione in favore dell'amministrazione, riduca le emissioni di anidride carbonica, ovvero impieghi lavoratori in condizioni svantaggiate – sia indiretto, laddove le stazioni appaltanti spingano le imprese a mutare le proprie pratiche aziendali servendosi di strumenti quali, ad esempio, criteri di aggiudicazione che valorizzino aspetti qualitativi delle offerte⁷. Lo Stato cerca, in tal modo, di condizionare il mercato agendo dall'interno, nella più umile veste di consumatore, incentivando e promuovendo attraverso la domanda pubblica comportamenti virtuosi mediante le proprie scelte di consumo, alla ricerca di esternalità positive⁸.

Si parla, a questo riguardo, di *public procurement* "sostenibile", concetto che combina in sé i termini *public procurement* e

⁶ Così A. MOLITERNI, *Transizione ecologica, ordine economico e sistema amministrativo*, in *Rivista di diritti comparati*, 2/2022, p. 406.

⁷ Così A. SEMPLE, *The link to the subject matter. A glass ceiling for sustainable public contracts?*, in B. SJÄFJELL - A. WIESBROCK (a cura di), *Sustainable public procurement under EU law. New perspectives on the State as stakeholder*, Cambridge, 2015, pp. 50 ss.; cfr. anche S. ARROWSMITH - P. KUNZLIK (a cura di), *Social and environmental policies in EC procurement law. New directives and new directions*, Cambridge, 2009; R. CARANTA, *Sustainable public procurement in the EU*, in R. CARANTA - M. TRYBUS (a cura di), *The law of green and social procurement in Europe*, Copenhagen, 2010, pp. 15 ss.; L. VENTURA, *Public procurement e sostenibilità. Convergenze trasversali dei sistemi giuridici contemporanei*, in *Dir. comm. intern.*, 1/2020, pp. 243 ss. Più in generale, sul ruolo degli appalti pubblici nella transizione alla *green economy* cfr. E. RONCHI, *La transizione alla green economy*, Milano, 2018, pp. 95 ss.

⁸ In tali termini si esprime D. CAPOTORTO, *Lo Stato "consumatore" e la ricerca dei suoi principi*, in *Dir. amm.*, 1/2021, pp. 161 ss.

sviluppo sostenibile⁹, e sta a rappresentare proprio l'integrazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile nell'acquisto di beni, servizi, lavori o altre utilità da parte delle pubbliche amministrazioni¹⁰.

2. I recenti interventi normativi

I più recenti interventi normativi diretti a orientare il sistema economico e produttivo verso la sostenibilità ambientale e sociale si riallacciano alla complessiva strategia europea di risposta alle gravi conseguenze socioeconomiche derivanti dalla pandemia da Covid-19. Tali iniziative, a loro volta, si inseriscono all'interno del progetto regolatorio del c.d. *Green Deal* europeo, al quale hanno contribuito a dare forza e credibilità e che si prefigge come obiettivo fondamentale quello di rendere l'Europa il primo continente a impatto climatico zero entro il 2050¹¹.

⁹ Per la definizione del quale si veda il c.d. rapporto Brundtland, per cui lo sviluppo sostenibile è quello che “soddisfa i bisogni dell’attuale generazione senza compromettere la capacità di quelle future di rispondere alle loro esigenze”; cfr. BRUNDTLAND COMMISSION, *Our common future*, allegato al documento A/42/427, 1987, par. 27 ss. La definizione è stata fatta propria e sviluppata in una prospettiva attenta alla dimensione sociale dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite nella Dichiarazione di Rio sull’ambiente e lo sviluppo del 12 agosto 1992, A/CONF.151/26. In dottrina, cfr. F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell’altro tra protezione dell’ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010; ID., *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell’ambiente*, 0/2010, pp. 13 ss.

¹⁰ Cfr. le definizioni elaborate da UNEP, *Sustainable public procurement: How to “wake the sleeping giant”. Introducing the United Nations Environment Programme’s approach*, 2021, p. 15; UK SUSTAINABLE PROCUREMENT TASK FORCE - DEPARTMENT OF ENVIRONMENT, FARMING AND RURAL AFFAIRS, *Procuring the future. Sustainable procurement national action plan: recommendations from the sustainable procurement task force*, giugno 2006.

¹¹ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA – DIREZIONE GENERALE DEGLI AFFARI ECONOMICI E FINANZIARI, *The sectoral impact of the COVID-19 crisis: An unprecedented & atypical crisis*, Luxembourg, 2021, p. 8, che afferma: “the COVID-19 crisis has acted as an accelerator for the political support to the green transition, which was already high on the EU agenda with the European Green Deal”; cfr., in dottrina, A. MOLITERNI, *Transizione ecologica*, cit., p. 413; S. LAZZARI, *La transizione verde nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza «Italia Domani»*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell’ambiente*, 1/2021, pp. 198 ss.

Come noto, nel luglio 2020 il Consiglio europeo ha approvato il c.d. *Next Generation EU*, un “pacchetto ambizioso e articolato” di investimenti volto a “promuovere la convergenza, la resilienza e la trasformazione nell’Unione europea” e a sostenere la “ripresa e (...) resilienza delle economie degli Stati membri”¹². Per l’accesso alle risorse contenute nel principale programma elaborato a livello europeo, ossia il Dispositivo per la Ripresa e Resilienza, è previsto che gli Stati membri redigano piani nazionali per la ripresa e la resilienza (PNRR), sottoposti alla valutazione della Commissione, in cui sia definito un programma di riforme e investimenti “coerenti con le pertinenti sfide e priorità specifiche”¹³. Requisito fondamentale è, inoltre, che sia destinato il 37% della dotazione totale del Piano alla “transizione verde, compresa la biodiversità”¹⁴.

L’azione europea si sviluppa così coerentemente con gli obiettivi di sviluppo sostenibile affermati nei Trattati istitutivi¹⁵, nonché con i *Sustainable Development Goals (SDGs)* contenuti nell’Agenda 2030 elaborata dall’ONU, espressamente richiamati dalla normativa europea¹⁶.

A livello nazionale, pare opportuno innanzitutto richiamare le disposizioni del PNRR italiano, il quale muove dalla consapevolezza che “la pandemia di Covid-19 è sopraggiunta in un momento storico in cui era già evidente e condivisa la necessità di adattare l’attuale modello economico verso una maggiore sostenibilità ambientale e sociale” e si allinea in modo esplicito agli obiettivi del *Green Deal* europeo e dell’Agenda ONU 2030¹⁷.

¹² Cfr. le *Conclusioni* adottate dal CONSIGLIO EUROPEO nella riunione straordinaria del 17, 18, 19, 20 e 21 luglio 2020, EUCO 10/20, e in particolare le premesse e il par. I, dedicato al *Next Generation EU*.

¹³ Cfr. gli artt. 17 ss. del regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, “che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza”.

¹⁴ Cfr. *considerando* 23 e artt. 16, par. 2, lett. b, e 18, par. 4, lett. e, del reg. (UE) 2021/241.

¹⁵ Si vedano in particolare gli artt. 3 e 21 TUE, gli artt. 11 e 191 TFUE, nonché l’art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

¹⁶ Cfr. ASSEMBLEA GENERALE DELLE NAZIONI UNITE, *Trasformare il nostro mondo: l’Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile*, risoluzione 25 settembre 2015, A/RES/70/1. V. inoltre art. 18, par. 4, lett. o, reg. (UE) 2021/241, il quale esplicitamente richiama l’obiettivo n. 5, dedicato alla “Parità di genere”.

¹⁷ Cfr. in particolare il par. 1, “Obiettivi generali e struttura del Piano”, del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza italiano (PNRR), il quale è stato

Il Piano “*si sviluppa intorno a tre assi strategici condivisi a livello europeo*”, due dei quali riguardano appunto “*transizione ecologica*” e “*inclusione sociale*”¹⁸. La prima è posta “*alla base del nuovo modello di sviluppo italiano ed europeo*” e si articola su molteplici fronti, quali la riduzione delle emissioni inquinanti, il dissesto del territorio, la minimizzazione dell’impatto delle attività produttive sull’ambiente¹⁹. La seconda, a sua volta, è ritenuta “*fondamentale per migliorare la coesione territoriale, aiutare la crescita dell’economia e superare disegualianze profonde spesso accentuate dalla pandemia*”, e individua quali “*priorità principali (...) la parità di genere, la protezione e la valorizzazione dei giovani e il superamento dei divari territoriali*”²⁰.

Alla luce di questo cambio radicale di paradigma che si intende imprimere al sistema economico e produttivo europeo, si coglie il senso delle recenti modifiche costituzionali in materia ambientale, introdotte con l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1²¹. Come

approvato dal Consiglio dei ministri il 12 gennaio 2021 e poi da Camera e Senato il 27 aprile 2021, trasmesso alla Commissione europea in data 30 aprile 2021 e approvato definitivamente dal Consiglio ECOFIN il 13 luglio 2021.

¹⁸ Il terzo “asse”, in realtà indicato per primo dal Piano, è rappresentato da “*digitalizzazione e innovazione, transizione ecologica, inclusione sociale*”; cfr. PNRR, par. 1.

¹⁹ Evidenzia significativamente F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 4/2021, pp. 779 ss., come il PNRR fornisca una “*fotografia*”, dalla quale “*la situazione ambientale nel nostro Paese appare gravemente compromessa*”.

²⁰ Cfr. PNRR, par. 1.

²¹ La comprensione della riforma costituzionale alla luce del nuovo contesto è valorizzata da A. MOLITERNI, *Transizione ecologica*, cit., p. 418, il quale peraltro evidenzia il ruolo imprescindibile del soggetto pubblico per la promozione di innovazioni radicali in campo ambientale. Su tale aspetto cfr. anche I. MUSU, *Green Economy: great expectation or big illusion?*, in *Rivista italiana degli economisti*, 1/2010, pp. 21 ss.; sulla riespansione del ruolo statale nell’economia per l’attuazione degli obiettivi di sostenibilità cfr. A. MOLITERNI, *La transizione alla “green economy” e il ruolo dei pubblici poteri*, in G. ROSSI - M. MONTEDURO (a cura di), *L’ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, Torino, 2020, pp. 51 ss.; ID., *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell’ambiente*, 2/2020, pp. 32 ss.; A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all’indirizzo politico “normativo”?*, in *federalismi.it*, 18/2021, pp. 235 ss.; F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica*, cit., p. 795; E. RONCHI, *Op. cit.*, pp. 95 ss.

noto, la legge ha modificato gli artt. 9 e 41 Cost.; all'art. 9 è stato aggiunto un terzo comma, in forza del quale la Repubblica “*tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*”, mentre nell'art. 41 Cost. è stato specificato che l'iniziativa economica non deve svolgersi “*in modo da recare danno alla salute, all'ambiente*”, anche perché la legge può indirizzarne e coordinare l'esercizio “*a fini (...) ambientali*”. La riforma costituzionale è stata accolta generalmente in modo favorevole dalla dottrina, la quale ha sottolineato l'importanza non meramente simbolica dell'intervento²².

Anche il settore degli appalti pubblici è stato interessato da modifiche normative in questo senso. Ne è un esempio l'art. 47, d.l. 31 maggio 2021, n. 77²³, il quale introduce, per le “*procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse*” del PNRR, significative novità volte a favorire l'inclusione sociale e lavorativa. Le stazioni appaltanti sono, per esempio, chiamate a prevedere “*nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, specifiche clausole dirette all'inserimento, come requisiti necessari e come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, di criteri orientati a promuovere l'imprenditoria giovanile, l'inclusione lavorativa delle persone disabili, la parità di genere e l'assunzione di giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne*”. Il contenuto di tali clausole è determinato tenendo conto, tra l'altro, “*dei principi di libera concorrenza, proporzionalità e*

²² Cfr. F. VETRÒ, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1/2022, pp. 53 ss., il quale tuttavia stigmatizza la mancata inclusione dell'espressione “*sviluppo sostenibile*”; R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *federalismi.it*, 6/2022, pp. 2 ss.; A. MOLITERNI, *Transizione ecologica*, cit., p. 422; 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 www.apertacontrada.it, 28 febbraio 2022; per i profili giuslavoristici, cfr. M. DEL FRATE, *La tutela dell'ambiente nel riformato art. 41, secondo comma, Cost.: qualcosa di nuovo nell'aria?*, in *Dir. rel. ind.*, 3/2022, pp. 907 ss.

²³ Convertito, con modificazioni, dalla l. 29 luglio 2021, n. 108 (“*Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*”).

non discriminazione, nonché dell'oggetto del contratto, della tipologia e della natura del singolo progetto in relazione ai profili occupazionali richiesti, dei principi dell'Unione europea"²⁴.

Meritano di essere citati, inoltre, i nuovi artt. 93 e 95 del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, come modificati dal d.l. 30 aprile 2022, n. 36²⁵, i quali stabiliscono, rispettivamente, una riduzione dell'importo della garanzia definitiva nell'ipotesi in cui l'offerente sia "*in possesso di certificazione della parità di genere*"²⁶ e la possibilità esplicita di introdurre criteri premiali volti a promuovere l'inclusione di "*giovani professionisti*" e le offerte che presentino "*un minore impatto sulla salute e sull'ambiente*"²⁷.

Il quadro normativo complessivo fornisce dunque indicazioni univoche circa la direzione verso la quale il sistema economico e produttivo dovrà orientarsi nel prossimo futuro. Gli obiettivi di sviluppo sostenibile rischiano, tuttavia, di essere difficilmente attuati nel contesto degli appalti pubblici, se non vi è un efficace coordinamento con i diversi interessi che le stazioni appaltanti sono chiamate a tutelare nell'attività di acquisto di beni, servizi e lavori.

3. Le criticità della disciplina dei contratti pubblici. Considerazioni conclusive

La disciplina in materia di appalti pubblici è, in effetti, il risultato di stratificazioni normative che non sempre si sono sovrapposte l'una sull'altra in maniera armonica.

La prima disciplina elaborata a livello nazionale si caratterizzava, infatti, per una visione di "*matrice contabilistica*"²⁸, la

²⁴ Cfr. art. 47, co. 4, d.l. 77/2021.

²⁵ Convertito, con modificazioni, dalla l. 29 giugno 2022, n. 79 ("*Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)*") v. in particolare l'art. 34 del decreto citato nel testo.

²⁶ Cfr. art. 93, co. 7, d. lgs. 50/2016.

²⁷ Cfr. art. 95, co. 13, d. lgs. 50/2016.

²⁸ L'espressione è utilizzata da M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in AA.Vv., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione (Atti del LXI Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione)*, Milano, 2016, pp. 265 ss.; ID., *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 1/2016, pp. 71 ss.; ID., *I modelli contrattuali*,

quale tutelava in via esclusiva l'interesse di natura finanziaria alla minore o migliore spendita di denaro pubblico²⁹.

La principale minaccia alla gestione efficiente delle risorse dell'erario pubblico era individuata nella collusione tra stazione appaltante e operatori economici³⁰. La normativa in materia di contratti pubblici si caratterizzava così per un estremo rigore formale³¹, per la preferenza nei confronti di meccanismi automatici di affidamento piuttosto che di carattere discrezionale³², nonché per la presenza di un articolato sistema di controlli sull'affidamento del contratto³³, proprio per limitare il più possibile gli spazi di manovra dell'amministrazione³⁴.

In tale contesto, la gara fra operatori economici³⁵ era considerata lo strumento ideale, soddisfacendo contestualmente tre interessi diversi: la convenienza delle scelte dell'amministrazione,

in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2/2017, pp. 415 ss.; S. CASTELLANA SOLDANO, *Affidamenti in house e tutela sostanziale della concorrenza nel diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 4/2021, pp. 441 ss.

²⁹ M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2/2008, pp. 297 ss.; l'esclusività della tutela della posizione dell'amministrazione è enfatizzata da A. POLICE - G. GRÜNER, *Le fonti*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, pp. 109 ss.

³⁰ Cfr. S. SIMONE - L. ZANETTINI, *Appalti pubblici e concorrenza*, in L. FIORENTINO (a cura di), *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2007, p. 121; M. CLARICH, *I modelli*, cit., pp. 416 ss.

³¹ Cfr. S.S. COCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, in C. FRANCHINI (a cura di), *Op. cit.*, p. 290; cfr. anche A. CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1957, pp. 255 ss.

³² Cfr. A. CIANFLONE, *Op. cit.*, p. 256; M. CLARICH, *I modelli*, cit., pp. 416 ss.

³³ Cfr. F.P. PUGLIESE, *Sulla normazione contrattuale dopo l'unificazione*, in *Quaderni storici dell'Istituto di Storia e Sociologia dell'Università di Ancona*, 3/1971, pp. 738 ss.; afferma G. BONCOMPAGNI, *Appalti e concorrenza*, in AA.VV., *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Milano, 1996, pp. 197 ss., con specifico riguardo alla disciplina sui lavori pubblici, che sono imposti "troppi controlli. Tuttavia essi sono controlli sui mezzi, non sui risultati: si controlla la spesa, non l'opera. Inoltre sono controlli sugli atti e non sui progetti: si controlla il contratto non l'opera".

³⁴ S. SIMONE - L. ZANETTINI, *Op. cit.*, pp. 119 ss.

³⁵ Ovvero, per utilizzare la felice espressione coniata da Massimo Severo Giannini, l'"evidenza pubblica"; cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, p. 677.

l'imparzialità dell'agire amministrativo e la concorrenza tra i privati³⁶.

L'intervento della disciplina comunitaria, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, ha progressivamente stravolto le coordinate normative e interpretative dell'intera materia. Le prime direttive adottate dal legislatore europeo si sono rese portatrici, infatti, di una nuova visione, per la quale la tematica degli appalti pubblici è stata guardata essenzialmente sotto il profilo dell'incidenza dell'attività dei pubblici poteri sul mercato, tenendo presente l'obiettivo dell'integrazione dei mercati nazionali³⁷. Ciò che si tutela principalmente con le procedure competitive è la libera circolazione dei beni e dei servizi e il gioco concorrenziale in ambito europeo³⁸; aumentano le garanzie di pubblicità e di trasparenza, si allargano le possibilità di partecipare alle gare e si rafforzano i meccanismi volti a evitare discriminazioni fra degli operatori economici³⁹. Inoltre, la flessibilità, che agli occhi del legislatore italiano era la negazione dell'imparzialità, è ora considerata il presidio della libertà di iniziativa economica e della scelta della migliore offerta da parte dell'amministrazione⁴⁰.

Al momento del recepimento delle direttive europee, non sono mancati punti di frizione fra l'ordinamento nazionale e quello europeo. È possibile citare, a titolo esemplificativo: il caso del criterio del prezzo più basso, spesso ancora favorito da stazioni appaltanti e operatori economici, in particolare per contratti di importo contenuto⁴¹; il tema delle offerte anormalmente basse, che ha visto la contrapposizione fra esclusione automatica, pre-

³⁶ S. SIMONE - L. ZANETTINI, *Op. cit.*, p. 121; cfr. anche A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008, p. 400; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, p. 410. Sul rapporto fra concorrenza e convenienza cfr. M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001, pp. 122 ss.

³⁷ A. LALLI, *Op. cit.*, pp. 400 ss.

³⁸ Su cui cfr. M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, cit., pp. 265 ss.; A. HEIMLER, *Appalti pubblici, prassi applicative e controlli: quale spazio per gli aspetti sostanziali?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1/2015, p. 184.

³⁹ M. D'ALBERTI, *Op. cit.*, p. 299.

⁴⁰ S. SIMONE - L. ZANETTINI, *Op. cit.*, p. 132.

⁴¹ Cfr. M. CLARICH, *I modelli*, cit., pp. 420 ss.

ferita dalle stazioni appaltanti, e valutazioni discrezionali, preferite dal legislatore europeo⁴²; la stessa disciplina dell'offerta economicamente più vantaggiosa, recepita dal legislatore nazionale in modo tale da renderlo, di fatto, un meccanismo automatico di valutazione delle offerte, nonostante la sua chiara natura di strumento discrezionale nella normativa europea⁴³.

L'ingresso di nuovi valori assiologici aventi valenza centrale nella normativa settoriale rischia così di sovraccaricare l'attività di approvvigionamento dello Stato⁴⁴ e di riaprire il conflitto sul giusto bilanciamento degli interessi in gioco. Tutela della concorrenza ed esigenza di garantire la convenienza dell'acquisto da parte dell'amministrazione, pur collimando in larga misura, essendo la prima utile strumento, tra le altre cose, al conseguimento della migliore offerta⁴⁵, sono tuttavia entrate in contraddizione in diverse occasioni. L'integrazione nella disciplina degli appalti pubblici anche di un terzo interesse rischia di affaticare la difficile opera di bilanciamento fra i diversi valori coinvolti.

Ciò peraltro risulta ancora più complesso, se si considera il particolare approccio regolatorio finora impiegato a livello europeo e sovranazionale.

Si è infatti sottolineato in dottrina come lo sviluppo sostenibile e il connesso principio di integrazione richiedano per definizione una simultanea e coerente incorporazione di aspetti economici, sociali e ambientali, su un piano di parità, nello sviluppo di politiche pubbliche e nell'elaborazione di processi decisionali⁴⁶.

⁴² Cfr. M. ZOPPOLATO, *Anomalia delle offerte negli appalti pubblici, metodo di calcolo della soglia, contraddittorio e giustificazioni: una nuova sconfitta per il legislatore nazionale (e per la giurisprudenza prevalente)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6/2001, p. 1238; M. CLARICH, *I modelli*, cit., p. 421.

⁴³ Su cui v. F. KARRER - F. SATTA, *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in www.apertacontrada.it, 21 febbraio 2017; A. POLICE, *Le nuove procedure di scelta del contraente ed i criteri di aggiudicazione*, in F.G. SCOCA - A.F. DI SCIASCIO (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50 del 18 aprile 2016). Profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2017, pp. 11 ss.

⁴⁴ D. CAPOTORTO, *Op. cit.*, p. 162.

⁴⁵ M.E. COMBA, *Green and social considerations in public procurement contracts: a comparative approach*, in R. CARANTA - M. TRYBUS (a cura di), *Op. cit.*, pp. 299 ss.

⁴⁶ A. WIESBROCK, *Socially responsible public procurement: European value or national choice?*, in B. SJÄFJELL - A. WIESBROCK (a cura di), *Op. cit.*, pp. 75 ss.; cfr. anche F. DE LEONARDIS, *La transizione*, cit., p. 787.

Il metodo utilizzato è stato così definito “olistico”⁴⁷, proprio allo scopo di evidenziare la simultanea considerazione di tutti e tre i suddetti aspetti. L’idea è quella di una crescita *qualitativamente* (e non solo quantitativamente) differente⁴⁸, in grado di favorire un miglioramento della qualità della vita dell’uomo, senza mettere a repentaglio il capitale naturale e gli ecosistemi; nonché di tipo *selettivo*, che guardi all’ambiente non già come un limite esterno al libero svolgimento delle attività economiche, ma innanzitutto come una variabile interna (e presupposta) alle stesse traiettorie di sviluppo⁴⁹.

Immaginando di calare tale approccio nel contesto particolare degli appalti pubblici, il risultato non appare desiderabile. La mancanza di una gerarchia tra i diversi interessi e valori rischia infatti di lasciare alle stazioni appaltanti eccessivi margini di discrezionalità nello scegliere di favorire l’uno o l’altro⁵⁰ nel momento in cui entrino in contraddizione, con il rischio di un sistematico disinteresse nei confronti delle esigenze di sostenibilità sociale ed ambientale. In ogni caso, in mancanza di una precisa scala di valori predeterminata dal legislatore, sulle stazioni appaltanti stesse graverebbe un’eccessiva responsabilità nell’individuazione del punto di equilibrio fra gli interessi al risparmio di spesa, alla tutela della concorrenza e al perseguimento degli obiettivi connessi all’attuazione della transizione ecologica⁵¹.

⁴⁷ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Delivering on the UN’s Sustainable Development Goals – A comprehensive approach*, 18 novembre 2020, SWD(2020); F. DE LEONARDIS, *La transizione*, cit., p. 787; ID., *La riforma*, cit., p. 13. L’approccio è anche noto come *triple bottom line*, ovvero *triple-P bottom line*, in quanto considera aspetti sociali (*people*), ambientali (*planet*) ed economici (*profit*); cfr. J. ELKINGTON, *Cannibals with forks. The triple bottom line of 21st century business*, Oxford, 1997; v. anche T.F. SLAPER - T. HALL, *Triple bottom line: what is it and how does it work?*, in *Indiana Business Review*, 1/2011; L. VENTURA, *Op. cit.*, p. 244.

⁴⁸ F. CAPRA - H. HENDERSON, *Crescita qualitativa. Per un’economia ecologicamente sostenibile e socialmente equa*, Sansepolcro, 2017.

⁴⁹ Così A. MOLITERNI, *Transizione ecologica*, cit., p. 405.

⁵⁰ Difficoltà di approcci sono state peraltro già evidenziate in dottrina con riguardo all’implementazione delle direttive europee in materia di appalti pubblici, confrontando le esperienze di diversi Stati membri dell’UE; v. M.E. COMBA, *Op. cit.*, pp. 299 ss.

⁵¹ Allo stato, tale equiordinazione di interessi non è peraltro riflessa nelle direttive europee di riferimento, né nelle decisioni della Corte di giustizia dell’Unione europea. Al contrario, parrebbe mantenere la propria primazia il

Più efficace appare, allora, l'approccio utilizzato dal legislatore italiano: nell'imporre *ex ante* determinate condizioni, con riguardo, per esempio, alla presentazione delle offerte, ovvero specifici requisiti di organizzazione aziendale, e prevedendo dunque limitazioni alla concorrenza fra le imprese in ragione del (superiore) interesse alla sostenibilità sociale e ambientale, stabilisce già una gerarchia fra i diversi valori che emergono nel corso della procedura di affidamento⁵². Anche in vista della prossima approvazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, si auspica che il legislatore prosegua in questa direzione, promuovendo con sempre maggiore vigore la transizione ecologica anche attraverso l'azione delle stazioni appaltanti. Al contempo, occorre che queste ultime esercitino con coraggio la discrezionalità che è loro riconosciuta, in considerazione del ruolo strategico del *public procurement* "sostenibile".

principio di concorrenza; ci si riferisce, in particolare, al tema del *link to the subject-matter*, fortemente limitativo della facoltà per le stazioni appaltanti di inserire clausole di carattere sociale o ambientale. Sul punto cfr. A. SEMPLE, *Op. cit.*, pp. 50 ss.; M. MARTENS - S. DE MARGERIE, *The link to the subject-matter of the contract in green and social procurement*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 1/2013, pp. 8 ss.; R. CARANTA, *Sustainable public procurement*, cit., pp. 15 ss; in giurisprudenza, su tutte, cfr. C. giust. UE, 20 settembre 1988, C-31/87, *Beentjes*; C. giust. UE, 17 settembre 2002, *Concordia Bus Finland*.

⁵² Appare comunque "ridimensionare" tale intervento il riferimento alla considerazione "dei principi di libera concorrenza, proporzionalità e non discriminazione, nonché dell'oggetto del contratto", visto in precedenza; cfr. art. 47, co. 4, d.l. 77/2021.

IL MODELLO DEL PPP CONTRATTUALIZZATO ED I RISVOLTI APPLICATIVI DEL *PROJECT FINANCING**

MATTEO DE BIASE

SOMMARIO: 1. Il contesto evolutivo interno e sovranazionale del partenariato pubblico-privato (PPP). – 2. Cenni sulla disciplina del *project financing*. – 2.1. Struttura e natura del *project financing*. – 3. Riflessioni a chiusura del cerchio.

Abstract: The paper will focus on the analysis of the Innovation Policy that can be considered the link between technological development and the safeguarding of public interest. Among the innovative and competitive activities that have characterized the EU and national legislation, we must turn our attention to the Public-Private Partnership issue and its specific application, which can be found in Project Financing. Firstly, we will start with the most relevant elements of the contractualised Public-Private Partnership (PPP), concerning the legal transactions that arise between the PA and the Economic Operator so as to deal with a higher-ranking interest, paying attention mainly to two aspects: Risk and Atypicality. Once the above-mentioned aspects are defined, the next step will be to evaluate the discipline of the Project Financing Contract, its evolution over time, some comparative analysis, the legal and economic function to which the institute responds to and finally the relationship that regards the protection of the general principles that govern the entire matter of competition. Within the paper, a constant analysis of the current PPP system, and specifically, on the Project Financing will also prevail, with the aim of underlining the already existing and

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

potential problems of the National Legal System of Reference, in which there is a Gordian knot: that of corruption. At the end we will show how it affects the position of the end user, that undergoes the (mal)function of the Legal System.

1. Il contesto evolutivo interno e sovranazionale del partenariato pubblico-privato (PPP)

I rapporti tra gli enti pubblici e i soggetti privati, nell'attuale ordinamento interno ed in quello sovranazionale, si stanno spingendo sempre di più verso la ricerca di sistemi ed istituti giuridici innovativi, a causa dell'attuale contesto sociale ed economico che si presenta in divenire.

In un momento di riduzione progressiva delle sovvenzioni dallo Stato agli enti locali, così come di vincoli posti alla spesa per investimenti ai fini della risoluzione del problema legato al debito pubblico, molte amministrazioni e aziende pubbliche sono state indotte a ricorrere al finanziamento degli investimenti stessi con capitali privati, di fatto giungendo al superamento della distinzione rigida tra pubblico e privato che nel corso del tempo si era, invece, radicalizzata

¹.

Tale premessa consente di cogliere il quadro di fondo entro cui le scelte più innovative della p.a. possono collocarsi, in special modo con riguardo alla disciplina del *public procurement* nella sua formula attuativa rappresentata dal partenariato pubblico-privato (in seguito PPP), che richiama una dualità di ipotesi giuridiche: il PPP istituzionalizzato ed il PPP contrattualizzato, cui dedicheremo attenzione.

Se la prima delle tipologie indicate si sostanzia nella costituzione di un soggetto nuovo detenuto dal *partner* pubblico e dal *partner* privato, legalmente valorizzato, il diverso partenariato contrattualizzato è volto ad individuare le azioni di comparteci-

¹ F. CINTOLI, *Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario*, in *Dir. econ.*, 3/2020, pp. 13 ss.

pazione pubblica-privata, in cui emerge un rapporto convenzionale vero e proprio, con non pochi risvolti sul piano pratico ed applicativo.

Il rapporto è certificato da un contratto a titolo oneroso, stipulato per iscritto, con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici, per un periodo di tempo previamente determinato, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, modifica, costruzione, trasformazione, manutenzione e gestione di un'opera o di un servizio in cambio della sua disponibilità o del suo sfruttamento economico o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione del rischio da parte dell'operatore medesimo². L'obiettivo finale è evitare che i costi ricadano in capo alla p.a. coinvolta, rimettendoli in capo al privato, il quale potrà ottenere profitto dalla gestione dell'opera.

Per citare alcuni passaggi rilevanti, deve ricordarsi che passi in avanti significativi nella implementazione dei PPP sono stati registrati sia a livello comunitario, con l'adozione del Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati³, sia in Italia, ove è sorta la concezione di cittadino-cliente, nella prospettiva della teoria del c.d. *new public management*⁴.

² Sul tema del rapporto contrattuale pubblico-privato, S. VALAGUZZA, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, 2018; L. FACONDINI, *Il contratto di partenariato pubblico privato*, in www.diritto.it, 1° settembre 2021; F. CINTOLI, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Soveria Mannelli, 2020, p. 22; M. MATTALIA, *Il project financing come strumento di partenariato pubblico privato*, in *Foro amm. C.d.S.*, 6/2010; F. CORTESE, *Concetti e istituti del coordinamento pubblico-privato: sotto la lente del partenariato*, in B. MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Trento, 2013, pp. 7 ss.

³ COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, 30 aprile 2004, COM(2004) 327 final.

⁴ In tal senso si vedano: I. BARBAFIERI, *I PPP contrattuali: esperienze applicative della provincia di Pisa*, in M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, 2009, pp. 421 ss.; R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006, pp. 93 ss.; G. NAPOLITANO, *Espansione o riduzione dello Stato? I poteri pubblici di fronte alla crisi*, in ID. (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012, p. 473.

Volgendo lo sguardo ad alcune esperienze nazionali vicine alla nostra, le esigenze che sottostanno a tale forma di collaborazione sono risultate evidenti anche in Francia, ove i servizi idrici e ambientali soggiacciono ad una gestione combinata pubblico-privata già dagli anni Novanta; in Spagna, dove a partire dagli anni Duemila la normativa interna si è avvicinata a quella italiana; in Gran Bretagna, nella cui esperienza si registra la normativa di più ampio respiro, grazie al *Private Finance Initiative*, capace di prevedere l'esistenza di un contratto globale onnicomprensivo di costruzione e manutenzione o di gestione di un'opera⁵.

Ciononostante, nel tempo erano emersi diversi dubbi in ordine all'ampiezza dei poteri privatistici della pubblica amministrazione. Una soluzione sosteneva che, purché sia perseguito il pubblico interesse, ogni azione amministrativa negoziale possa ammettersi⁶. Un diverso orientamento, oggi recessivo, aveva invece paventato l'ipotesi secondo cui la capacità privatistica della p.a. sarebbe speciale ed abbraccerebbe i soli atti espressamente indicati come adottabili dal legislatore⁷.

Tuttavia, il dubbio "a monte" se ammettere solo forme vincolate di convenzioni o se consentire alla p.a. anche contratta-

⁵ Sul ruolo della contrattazione pubblico-privata si vedano: T. PROSSER, *Il Private Finance Initiative e gli altri recenti sviluppi in materia di appalti pubblici*, in E. FERRARI (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Torino, 2003, pp. 53 ss.; G. ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia semi-globalizzata. L'impresa pubblica nei sistemi permeabili e in competizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1/2014, pp. 39 ss.; E. IOSSA - F. ANTELLINI RUSSO, *Potenzialità e criticità del partenariato pubblico privato in Italia*, in *Riv. pol. econ.*, 5-6/2008, pp. 125-158.

⁶ Cfr. Cons. St., sez. VI, 16 luglio 2015, n. 3571: "un contratto atipico, espressione di autonomia negoziale, non è d'altra parte estraneo all'ambito dell'attività contrattuale di diritto privato, che l'amministrazione è abilitata a svolgere, pur nell'osservanza delle regole procedurali pubblicistiche circa la formazione della volontà negoziale e l'individuazione del contraente, per rispettare i parametri di buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione", e "(...) il raggiungimento degli obiettivi di interesse pubblico perseguiti non richiede quindi, necessariamente, il ricorso a forme contrattuali tipiche disciplinate dalla legge, ma può all'occorrenza essere modulato in termini particolari".

⁷ S. BUSCEMA - A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, Padova, 2008, pp. 40 ss.

zioni prive di tipizzazione legale pare poter essere risolto partendo dal presupposto che illumina ogni attribuzione amministrativa: la migliore tutela del pubblico interesse. Se a ciò si aggiunge, poi, che è ormai stata riconosciuta la pienezza dell'autonomia negoziale agli enti pubblici, ai sensi dell'art. 1, co. 1-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, a sua volta richiamante l'art. 1322 c.c., allora si potrà concludere per l'ammissibilità di rapporti convenzionali atipici.

Oltre alla atipicità citata, l'ulteriore elemento caratterizzante i contratti di partenariato è l'allocatione dei rischi provenienti dalla realizzazione dell'opera o del servizio, in tre forme principali: il rischio di costruzione, il rischio di disponibilità, il rischio della domanda. Senza voler entrare nelle singole definizioni, è indispensabile che almeno due di questi rischi siano trasferiti in capo alla controparte privata, poiché proprio in tal modo può distinguersi un rapporto di partenariato da un contratto di appalto, ove detti rischi ricadono integralmente in capo alla p.a.

2. Cenni sulla disciplina del *project financing*

Tratteggiato l'istituto del PPP sul piano generale, ci si può avvicinare, volendo stringere il cerchio argomentativo, ad esporre le questioni che attengono alla disciplina del peculiare contratto di *project financing* (o finanza di progetto)⁸, che costituisce campo di interesse in dottrina ed in giurisprudenza per le sue peculiarità.

Sebbene non voglia essere il principale aspetto argomentativo, è certamente utile accennare all'attuale disciplina che segue detto strumento giuridico ed alla sua evoluzione più recente.

Invero, la prima normativa organica dell'istituto è stata fornita con la l. 11 febbraio 1994, n. 109, c.d. legge Merloni, che, *ex*

⁸ Osserva V. MONTANI, *Il project financing. Inquadramento giuridico e logiche manutentive*, Torino, 2018, p. 5, che “*si dovrebbe discorrere di project finance per riferirsi alla tecnica di finanziamento nel suo insieme; mentre la locuzione project financing sarebbe riferibile solamente agli aspetti procedurali del finanziamento e della realizzazione del progetto*”. V. anche L. GRASSO, *Promotore*, in R. GAROFOLI - G. FERRARI (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2013.

artt. 37 ss., limitava il ricorso alla finanza di progetto solo ad alcune ipotesi, oggetto di esplicita previsione e programmazione specifica.

Nel 2006 la legge Merloni è stata abrogata e sostituita dal d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, il quale metteva a disposizione delle Amministrazioni appaltanti ben quattro diverse procedure⁹.

Restando fermi i soggetti protagonisti del rapporto, le principali modifiche successive che sono intervenute hanno riguardato il compimento di *iter* più snelli e flessibili: permangono due procedure diverse, quella ad iniziativa pubblica del promotore monofase e quella con iniziativa totalmente privata.

La gara con modello di *project financing* ad iniziativa pubblica, disciplinata oggi dall'art. 183, commi 1-14, del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. Codice appalti), è caratterizzata da un bando di gara che è frutto di un previo studio di fattibilità. La migliore proposta viene valutata dall'amministrazione appaltante, e da tale momento partono delle sotto-fasi interne: o l'offerta è perfettamente calzante alle attese della p.a., con conseguente aggiudicazione dell'opera al promotore, o può aprirsi una discussione su modifiche richieste dalla p.a. Si può dire che si tratta di stipula contrattuale sottoposta a condizione sospensiva, consistente nell'accettazione delle richieste di modifica provenienti dal lato pubblico. Tuttavia, se l'aggiudicazione avviene per un soggetto diverso dal primo classificato in fase di gara (e cioè dal promotore originario dell'opera), questi avrà diritto al rimborso delle spese, ma non avrà alcun diritto di prelazione e non

⁹ Per una più approfondita disamina, M. RICCHI, *La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo correttivo*, in *Urb. app.*, 12/2008, pp. 1377 ss.; A. FLORIS, *Linee storiche ed evolutive del project financing*, in *www.altalex.com*, 6 ottobre 2003; C. BENTIVOGLI - E. PANICARA - A. TIDU, *La finanza di progetto*, in M. BIANCO - P. SESTITO (a cura di), *I servizi pubblici locali. Liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale*, Bologna, 2010, p. 262; C. SALVATO, *Le operazioni di project financing: lineamenti normativi e operativi dei rapporti*, in U. DRAETTA - C. VACCÀ (a cura di), *Il project financing: caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, 1997, p. 5; G. MULAZZANI - M. ROVERSI MONACO, *La finanza di progetto alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 6/2017, pp. 715-729.

potrà, dunque, pareggiare *ex post* l'offerta altrui per essere riconosciuto quale aggiudicatario¹⁰.

La gara con modello di *project financing* ad iniziativa privata ricalca quella precedente, ed è indicata dai commi 15-19 dell'art. 183 c. app., ma è utilizzabile soltanto in caso di lavori pubblici o di pubblica utilità, non inseriti in alcun modo in elenchi di programmazione. Il privato avvia la procedura ad evidenza pubblica con un progetto di mera fattibilità, non di carattere definitivo. La verifica della controparte pubblica, a questo punto, si estende sulla riuscita potenziale della proposta. Se il progetto di fattibilità avrà approvazione¹¹, questo diventerà oggetto di gara a cui prende parte il proponente. Egli, però, come nel passato, non è operatore economico come qualunque altro, ma gode di un diritto di prelazione che intende "ricompensarlo" dell'impegno profuso nella fase dello studio di fattibilità¹².

2.1. *Struttura e natura del project financing*

Il funzionamento del PPP contrattualizzato nella forma del *project financing* ha introdotto importanti novità nel rapporto tra il soggetto pubblico e quello privato, e ciò impone di considerare certamente i risvolti economici che emergono, ma soprattutto di concentrarci sulle peculiarità giuridiche dell'istituto, cui sempre più spesso si fa ricorso.

In termini di analisi economica, si registra una modifica strategica circa il reperimento delle risorse da parte delle p.a., che ricorrono al mercato in modo robusto, come inevitabile conse-

¹⁰ G.F. CARTEI, *La finanza di progetto: modello e varianti*, in M.P. CHITI (a cura di), *Op. cit.*, pp. 75 ss.; G. TAGLIANETTI, *Il partenariato pubblico-privato e il rischio operativo. Dalla tradizionale concessione di costruzione e gestione al project financing*, Napoli, 2014, pp. 22 ss.; A. TRAVI, *Il partenariato pubblico-privato: i confini incerti di una categoria*, in M. CAFAGNO - A. BOTTO - G. FIDONE - G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2010, pp. 10 ss.

¹¹ L'omesso parere della p.a. costituisce un silenzio-inadempimento impugnabile ex art. 31 c. proc. amm., come detto da Cons. St., sez. V, 24 gennaio 2019, n. 603.

¹² R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo. Parte generale e speciale*, XIII ed., Molfetta, 2020, pp. 1438 ss.

guenza dello stato comatoso e deficitario delle finanze pubbliche¹³. A voler compiere una completa osservazione, il potenziale limite di rapporti come quello che si costruisce in ipotesi di finanza di progetto riguarda il fatto che il soggetto pubblico coinvolto (tendenzialmente) ben sa quale interesse garantire, ma non conosce alcun elemento tecnico o esecutivo per giungere al risultato ultimo. A differenza di questi, la controparte privata ha come obiettivo massimizzare il profitto. Lo squilibrio informativo, c.d. *gap*, è fisiologico quindi di tali rapporti contrattuali, e si acuisce al complicarsi dell'oggetto del contratto¹⁴.

Appare ancor più importante, tuttavia, inquadrare giuridicamente il fenomeno sotto la specie contrattuale più adeguata, considerando che è dalla natura giuridica del *project financing* che discendono le conseguenze rimediali in caso di vizi o patologie del contratto.

Il tema di fondo, nodo gordiano della questione, è capire se sussista una figura unitaria negoziale o se vi sia un collegamento negoziale di contratti.

La tesi che attribuisce alla finanza di progetto una consistenza negoziale autonoma, basata sulla interpretazione complessiva del contratto di cui all'art. 1363 c.c., parte dal contestare l'equivoco di fondo, che è quello di confondere sul piano pratico diversi rapporti giuridici che in realtà non sussistono, poiché si riducono ad elementi costitutivi piegati ad una logica unitaria di rapporto. Si vuole sostenere che se dalla regolamentazione di interessi differenti si ha un'unione causale o della prestazione contrattuale, si sostanzia la figura del contratto misto o di quello

¹³ M. BLASI - L. SANTANIELLO, *La valutazione degli investimenti negli enti pubblici*, in *Amministrazione e finanza*, 8/1994, pp. 428 ss.

¹⁴ M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001, pp. 311 ss.; M. PROTTO - L. MAZZEO, *Project financing e infrastrutture strategiche: aspetti di criticità dell'attuale sistema e loro (possibile) superamento alla luce della direttiva 2014/23/UE*, in G.F. CARTEI - M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2015, pp. 64 ss.; G. FIDONE, *Dalla rigidità della legge Merloni al recepimento del dialogo competitivo: il difficile equilibrio tra rigore e discrezionalità*, in *Foro amm. T.A.R.*, 12/2007, pp. 3971 ss.

complesso. Tale soluzione non persuade, poiché è difficile immaginare che possa esserci un'unica operazione economica disciplinata come nel caso in esame¹⁵.

L'orientamento che valorizza il collegamento negoziale parte dal presupposto che il fine ultimo è unico: la sola realizzazione del progetto regge l'intero legame negoziale e la riuscita dell'operazione unitariamente intesa¹⁶. Si tutelano le parti, inoltre, poiché così facendo i finanziatori-promotori possono esperire un'azione risolutiva verso la stazione appaltante in caso di patologia esecutiva del rapporto, al fine di ottenere la restituzione delle somme erogate. E ciò finisce per coinvolgere tutti i rapporti ad esso connessi in modo interdipendente, poiché si fa applicazione del sistema del *simul stabunt simul cadent*¹⁷, facendo venir meno tutti gli ulteriori contratti sorti. Questa soluzione estrema trova una mitigazione nella giurisprudenza¹⁸, che prospetta un'applicazione analogica delle regole sulla nullità parziale, di cui all'art. 1419 c.c., per cui si ha caducazione dell'intero assetto contrattuale solo qualora risultasse che senza il contratto nullo le altre parti non avrebbero concluso gli altri contratti esecutivi successivi.

Tale indagine è funzionale ad individuare la disciplina applicabile alla figura in esame.

Si è fatto riferimento alla possibilità di ricondurre la finanza di progetto, nei vari contratti che concorrono alla sua formazione,

¹⁵ G. DE DONNO, *Profili civilistici del project financing*, Napoli, 2022; D. SCARPA, *Project financing nella ricerca civilistica dei tratti scriminanti l'operazione di finanziamento*, in *Il nuovo diritto delle società*, 4/2020, pp. 465 ss.

¹⁶ S. CASTENASI, *Profili civilistici del project financing*, in M.P. CHITI (a cura di), *Op. cit.*, pp. 75 ss.; L. COSTANTINO, *Profili civilistici del project financing e gruppi di contratti*, in *Contr. impr.*, 1/2003, pp. 395 ss.

¹⁷ Da intendersi come propagazione di eventi patologici ad altri rapporti; per una completa disamina dell'istituto in senso civilistico, *ex multis*, P. GIULIANO, *La causa e le principali classificazioni del contratto*, in P. FAVA (a cura di), *Il contratto*, Milano, 2012, pp. 685 ss.; M.C. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2015, pp. 84 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2012, p. 216.

¹⁸ Si vedano, in tal senso, Cass. civ., n. 12733/1995, in *Foro it.*, 1/1996, pp. 2162 ss.; Cass. civ., n. 321/1988, in *Giust. civ.*, 1/1988, p. 1214; Cass. civ., n. 4822/1987, in *Giust. civ.*, 1/1987, pp. 2883 ss.

a due contratti tipici, quali il mandato e l'apertura di credito, da cui discende la relativa disciplina¹⁹.

Quanto al mandato, occorre precisare che esistono delle differenze di tipo strutturale con la figura della finanza di progetto, poiché la banca è qualificabile quale mandatario, ma non esercita un'attività nell'interesse proprio, bensì nell'interesse altrui. Ciò non accade con riguardo al rapporto promotore-p.a., e pertanto, trattandosi di un interesse personale del mandatario (che tale non è), verrebbe meno il presupposto che ha spinto il legislatore del 1942 all'attribuzione degli strumenti di tutela previsti dagli artt. 1705, co. 2, e 1706 c.c. in favore del mandante²⁰.

In relazione all'apertura di credito, invece, occorre precisare che la stessa è volta a soddisfare le esigenze di chi necessita di capitali solo eventualmente, oppure ha necessità di prelevarli in diverse *tranches* e in momenti non determinati *a priori*, non conoscendo al tempo della stipulazione né l'entità dei fondi richiesti, né il momento in cui li utilizzerà, né, persino, se avrà necessità di prelevarli. Da questi rilievi emerge una netta differenza con l'operazione di cui è trattazione, poiché si ha una necessità continuativa di somme, si determinano i tempi ed il *quantum*²¹.

Di recente, inoltre, si è fatta strada la tesi che accomuna alla finanza di progetto il mutuo di scopo²². La rilevanza dello scopo attribuisce al mutuante un potere di controllo sull'effettivo perseguimento dello scopo ultimo, individuandosi, così, un punto di coincidenza con lo schema del *project financing*, ove parimenti sussiste il potere di ingerenza, che caratterizza il soggetto erogatore dei fondi, il quale potrà intervenire nella gestione delle somme. Pure qui, tuttavia, possono sottolinearsi dei difetti interpretativi: *in primis*, in tale ricostruzione restano sullo sfondo altri rapporti negoziali che non assumono rilievo alcuno; in seconda

¹⁹ Si veda, in tal senso, il parere reso dal Cons. St., 6 dicembre 2000, n. 1504.

²⁰ G. DI ROSA, *Rappresentanza e gestione. Forma giuridica e realtà economica*, Milano, 1997, pp. 101 ss.

²¹ S.M. SAMBRI, *Project financing. La finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche*, in E. PICOZZA - E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'economia*, Padova, 2006, pp. 83 ss.; S. COPIELLO, *Progetti urbani in partenariato. Studi di fattibilità e piano economico finanziario*, Firenze, 2011; E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1994, p. 378.

²² R. TETI, *I mutui di scopo*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2007.

battuta, nel mutuo di scopo l'erogatore ed il soggetto finanziato non hanno medesimi fini, mentre nella finanza di progetto lo scopo è comune²³.

3. Riflessioni a chiusura del cerchio

Le procedure di aggiudicazione basate sul PPP contrattuale, e soprattutto sulla finanza di progetto, sono indubbiamente caratterizzate dall'esistenza di principi di derivazione comunitaria, che rappresentano un limite alle scelte che il legislatore e l'amministrazione possono mettere in campo²⁴. Ciò si ricollega alla necessità di implementare normative capaci di esaltare la flessibilità delle procedure e, quindi, la discrezionalità amministrativa, troppe volte limitata o disattesa in chiave interna, ed invece auspicata a livello comunitario.

Questa affermazione non è affatto apodittica.

Analizzando la disciplina del *project financing* si è, infatti, evidenziata la prelazione riconosciuta in favore dell'operatore economico che concluda lo studio di fattibilità. È discutibile se tale prelazione, per le sue conseguenze applicative, sia compatibile coi principi di *par condicio* e di concorrenza del diritto europeo, poiché agevola la posizione di una parte, che ha più tempo e possibilità per proporre un progetto giudicabile, in potenziale violazione dei canoni comunitari²⁵. Infatti, nella precedente strutturazione normativa si riconosceva al *promoter* un vantaggio a danno degli altri operatori economici e della stessa p.a., non essendo incentivato a presentare la migliore offerta possibile e con i minori costi, se si poteva successivamente eguagliare sempre e comunque l'eventuale offerta migliore di un altro partecipante.

²³ A. ZIMATORE, *Mutuo di scopo*, in N. IRTI (a cura di), *Dizionario del diritto privato*, I, *Diritto civile*, Milano, 1980; C. PAGLIETTI, *Profili civilistici del project financing*, in *N. giur. civ.*, 3/2003, pp. 284 ss.

²⁴ G. MANGIALARDI, *La società di progetto per la realizzazione e/o gestione di infrastrutture e servizi*, in *Urb. app.*, 2000, pp. 237 ss.

²⁵ Così Cons. St., sez. VI, 24 maggio 2000, n. 3009, e la comunicazione interpretativa della Commissione delle Comunità europee "sulle concessioni nel diritto comunitario" del 12 aprile 2000, 2000/C 121/02.

Tale *modus operandi* finiva per determinare un paradossale processo di selezione avversa, che altera le regole concorrenziali e la stessa garanzia del pubblico interesse.

Le modalità selettive dannose, di fatto, originavano da una ipertrofia legislativa che tentava di regolamentare ogni fase della procedura, in un'ottica di vincolatività dell'*agere* amministrativo. Optare per modelli rigidi mal si concilia con le esigenze discrezionali della p.a.²⁶.

Proprio in relazione alla contrattazione di PPP, questi protocolli rigidi mostrano tutta la loro debolezza, dato che la complessità del progetto spesso impone ampio margine di movimento e scelta (discrezionale) della p.a. coinvolta. Ciò accade per la scarsa fiducia che si ha nella amministrazione da parte del legislatore nazionale, poiché si teme che l'esercizio di un potere discrezionale possa tramutarsi in un sistema capace di alimentare la corruzione sistemica istituzionale.

Ed ecco che si giunge, così, all'altro aspetto peculiare della vicenda esposta, vale a dire quello che coniuga la tutela delle parti in gioco, ivi compresa quella dell'utente finale, da intendersi alla stregua di un consumatore, che resta comunque il destinatario del pubblico servizio e che subisce i (mal)funzionamenti del sistema.

L'obiettivo cui mira il legislatore sovranazionale resta quello di perseguire un pubblico interesse, unico e vero scopo che consente di avviare procedure ad evidenza pubblica. Questo significa invertire l'ordine dei fattori: la corruzione non è elemento da cui far discendere la normativa di riferimento, ma conseguenza da limitare con appositi strumenti normativi.

Si tradisce, diversamente, una questione di metodo.

Si è equiparato il fenomeno corruttivo ad un rapporto di agenzia vero e proprio che si crea tra gli amministratori (*agent*) e gli amministrati (*principle*), ove i primi godono di una posizione

²⁶ Sul tema della corruzione sono intervenuti, tra gli altri, G.F. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 1/2015, pp. 127 ss.; ID., *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2015, pp. 325-344; A. VANNUCCI, *Atlante della corruzione*, Torino, 2012; B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2007; G. NAPOLITANO, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, pp. 203 ss.

privilegiata a livello informativo rispetto ai secondi, che possono sfruttare a proprio vantaggio privato ed in danno della collettività. Tuttavia, ritenere che si possa ostacolare la corruzione mediante procedimenti ricchi di automatismi è tutt'altro che confermato, anche dai fatti di cronaca. L'amministrazione che ricopra il mero ruolo di esecutore, svuotato dei suoi tipici connotati discrezionali, perde efficienza amministrativa e non persegue bene il pubblico interesse.

Invertendo, allora, il ragionamento, si potrà dire che la corruzione nasce dalla normativa carente nel (mirare a) tutelare la pubblica collettività, e che la contrattualistica pubblica deve tendere a promuovere procedure che consentano alla p.a. scelte realmente discrezionali, dovendosi predisporre all'esterno un sistema di controlli e monitoraggi atti a limitare il fenomeno corruttivo²⁷.

In tale prospettiva, dunque, si può ribadire il filo rosso che si segue nell'intero testo, secondo cui sono l'atipicità contrattuale e la corretta gestione del rischio in capo all'operatore economico che consentono di implementare una disciplina di partenariato pubblico-privato efficace e conveniente per tutte le parti coinvolte, ivi compresi gli utenti finali.

²⁷ M.A. SANDULLI - A. CANCRINI, *I contratti pubblici*, in F. MERLONI - L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010, pp. 437 ss.; A. VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in G.D. COMPORTI (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011; G.M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici*, in B.G. MATTARELLA (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013; M. CLARICH, *The rules on public contracts in Italy after the Code of Public Contracts*, in *Italian journal of public law*, 2013, pp. 43-56.

SEZIONE TERZA

FISCO, SANZIONI E AUTORITÀ INDIPENDENTI
PER REGOLARE IL MERCATO

IL GIUDICE AMMINISTRATIVO E LE VALUTAZIONI TECNICO-DISCREZIONALI DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI NEL CONTESTO EMERGENZIALE*

CLAUDIA NICOLINI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le autorità indipendenti e il rapporto con la discrezionalità tecnica. – 3. I tratti essenziali della discrezionalità tecnica nel progressivo sviluppo del sindacato giurisdizionale. – 4. Il sindacato sugli atti delle autorità indipendenti nell'esercizio delle funzioni di regolazione e sanzione. – 5. I recenti sviluppi emersi nel contesto della pandemia e del conflitto russo-ucraino – 6. Conclusioni.

Abstract: This paper attempts to highlight the main issues concerning the intensity of judicial review on the acts of the Italian public administration which imply technical arbitrary decisions. As the balancing of the different interest and rights involved in evaluation procedures carried out by public authorities is still evolving, determining criteria to foresee the potential outcome of a judicial review is also still complicated. As the current historical and political frameworks seem to be stressing the issue, this analysis aims to outline the new crucial factors that drive and define the extent of the judicial review, especially in key sectors.

1. Introduzione

Dagli anni Novanta del XX secolo si è assistito ad un gra-

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

duale inserimento delle autorità indipendenti nel nostro ordinamento, che ha segnato il passaggio da un sistema in cui l'intervento pubblico in materia di regolazione di attività economiche era diretto ad un sistema in cui viene privilegiata la libera iniziativa di mercato.

I caratteri peculiari di questo nuovo modello organizzativo hanno da subito ravvivato il dibattito dottrinale circa la natura delle valutazioni tecnico-discrezionali adottate dalla pubblica amministrazione. Tale assetto organizzativo, infatti, sembra essersi sviluppato in risposta alla crescente inadeguatezza della pubblica amministrazione di fronte alla complessità sociale degli ultimi decenni, nonché alla necessità di ricorrere a valutazioni di carattere tecnico e scientifico¹.

Le prime considerazioni proposte in relazione alle autorità indipendenti si sono dunque inserite nel contesto di un dibattito già ricco di autorevoli contributi, nonché di posizioni contrastanti, che hanno qualificato e distinto la discrezionalità amministrativa rispetto alla discrezionalità tecnica.

In proposito, le diverse posizioni della dottrina e della giurisprudenza hanno delineato un quadro in continuo mutamento, sia in termini di analisi sui caratteri essenziali delle valutazioni tecnico-discrezionali operate dalle pubbliche amministrazioni, sia in termini di controllo di queste ultime in sede giurisdizionale. Il filo rosso che lega le diverse proposte dottrinali, che spesso si sono poste tra loro in chiave di superamento e affinamento progressivo, può essere infatti individuato nel tentativo di conciliare esigenze contrapposte: ovvero, porre al centro la persona giuridica pubblica e munire i soggetti privati di adeguati strumenti di garanzia².

Un simile approfondimento si rende ancora oggi necessario, a maggior ragione in relazione agli spazi di competenza delle autorità indipendenti. L'ambito in cui operano tali enti, e la loro estraneità al circuito politico, infatti, richiede una particolare attenzione rispetto al controllo che gli organi giurisdizionali sono chiamati ad operare.

Nonostante il problema del sindacato giurisdizionale risulti

¹ P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, p. 32.

² L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, pp. 19-20.

essere, da sempre, una delle principali problematiche poste dalla struttura delle autorità indipendenti³, la tematica non ha perso attualità. Al contrario, l'attuale contesto storico, segnato dalla pandemia da Covid-19 e dal conflitto armato in Ucraina, non solo impone di tornare ad analizzare i margini di intervento delle autorità indipendenti che operano nei principali settori strategici, ma sembra anche offrire nuovi spunti di analisi sul sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo.

2. Le autorità indipendenti e il rapporto con la discrezionalità tecnica

Le autorità indipendenti rappresentano un fenomeno giuridico sviluppatosi nel nostro ordinamento al fine di garantire una adeguata gestione dei settori sensibili rispetto ai quali si è, nel tempo, rivelato necessario un apporto tecnico qualificato e neutrale. In particolare, le autorità indipendenti sono il risultato della “*progressiva recessività del modello della gestione diretta dei servizi pubblici*” e, più in generale, dell'abbandono del modello di organizzazione amministrativa classica in sede di gestione e regolazione di settori sensibili⁴.

Al fine di esaminare i tratti essenziali del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti, è tuttavia necessario tenere in considerazione la peculiare posizione sia istituzionale che funzionale di tali autorità. Per quanto attiene al profilo strutturale, infatti, il collocamento delle autorità al di fuori del circuito della responsabilità politica e la loro spiccata competenza tecnica ne differenziano il rapporto con il giudice rispetto a quello tradizionale delle pubbliche amministrazioni. Dal punto di vista funzionale, invece, il potere esercitato

³ Già nella sua opera del 1988, Martin Shapiro ha posto l'interrogativo: “Who guards the guardians?”. Cfr. M. SHAPIRO, *Who guards the guardians? Judicial control of administration*, Athens (GA), 1988.

⁴ L. MAZZELLA, *Lo Stato italiano al bivio tra federalismo esterno e federalismo interno. Il ruolo dell'Avvocatura dello Stato*, relazione dell'Avvocato Generale dello Stato al Convegno di Studi patrocinato da *The International Association of Lions Clubs* e dalla Provincia di Salerno (Palazzo Sant'Agostino, 9 marzo 2002), in *Rass. Av. St.*, 2001, pp. XXVIII ss.

dalle autorità indipendenti implica l'apprezzamento di fatti tecnici complessi, nonché l'individuazione della soluzione tecnica che determini il miglior equilibrio fra i diversi interessi coinvolti. Inoltre, sotto altro profilo, si deve rilevare il carattere eterogeneo delle funzioni attribuite alle autorità indipendenti, che variano opportunamente a seconda del settore in cui operano⁵.

In questa prospettiva, uno dei caratteri fondamentali da tener presente, e che incide maggiormente sull'intensità del sindacato giurisdizionale, riguarda l'esercizio delle funzioni regolatorie e delle funzioni sanzionatorie⁶. L'attività regolatoria implica, infatti, un ampio potere di valutazione circa le regole ritenute maggiormente idonee a garantire il soddisfacimento delle esigenze del mercato. L'attività sanzionatoria implica, invece, un'attività di risposta doverosa e vincolata alle condotte degli operatori, ed implica l'accertamento della sussistenza degli elementi costitutivi delle fattispecie sanzionatorie⁷.

Ad ogni modo, il comune denominatore che caratterizza le autorità indipendenti può rintracciarsi nelle particolari e qualificate competenze tecniche di cui queste sono dotate, al fine, a seconda dei casi, di ottenere un'azione tecnicamente adeguata e scevra da valutazioni politiche. Tale profilo segna la differenza essenziale rispetto al modello ordinario di amministrazione. E infatti, l'attività svolta dalle autorità indipendenti non si risolve in attività di gestione, tipicamente pubblicistica, ma consiste invece in attività di regolazione, controllo e sanzione⁸.

⁵ F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, in *Il processo*, 3/2020, p. 749.

⁶ Per approfondire il tema del sindacato sugli atti sanzionatori delle autorità indipendenti: F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 1/2018, p. 1; *Id.* *La disapplicazione come strumento di estensione del giudicato eliminatore in materia sanzionatoria antitrust?*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2020, p. 757; G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5/2016, p. 999; *Id.*, *L'illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4/2021, p. 469.

⁷ R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in *www.giuridanella.it*, 30 marzo 2013.

⁸ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo. Parte generale e parte speciale*, XIV ed., Roma, 2020, p. 635.

I profili richiamati caratterizzano dunque l'esercizio del potere delle autorità indipendenti e si riflettono sul sindacato giurisdizionale sugli atti di tali autorità, che assume a sua volta tratti peculiari.

3. I tratti essenziali della discrezionalità tecnica nel progressivo sviluppo del sindacato giurisdizionale

In termini generali la giurisprudenza, con la nota sentenza Cons. St., sez. IV, del 9 aprile 1999, n. 601, ha avviato un percorso, tuttora in atto, verso un controllo di attendibilità della valutazione tecnico-discrezionale sotto il profilo del criterio tecnico impiegato e del suo esito applicativo, sia con riferimento ai presupposti per l'esercizio del potere, sia con riferimento al momento più propriamente legato alla scelta⁹. In particolare, si è chiarito che il giudice amministrativo non deve limitarsi al mero controllo formale dell'*iter* logico seguito dall'autorità amministrativa, ma deve condurre una verifica diretta dell'attendibilità e correttezza delle operazioni tecniche¹⁰.

Ulteriore impulso in questa direzione è giunto altresì dal legislatore che, introducendo la consulenza tecnica d'ufficio, ha consentito un effettivo ampliamento della sfera di conoscenza del giudice amministrativo¹¹.

Nonostante il sindacato sulle valutazioni tecniche sia stato così definitivamente ammesso, in giurisprudenza si sono distinte posizioni differenti a seconda del carattere delle valutazioni tecniche. In particolare, operando una distinzione tra l'accertamento tecnico e le valutazioni o apprezzamenti tecnici, è stato delineato

⁹ La sentenza n. 601/99 – est. Baccharini – riproduce e sintetizza il pensiero di F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, spec. pp. 228 ss.; di recente, S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1/2020, p. 97.

¹⁰ M. CLARICH, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm.*, 11/2002, p. 3858.

¹¹ L. 21 luglio 2000, n. 205.

un diverso grado di conoscibilità da parte del giudice amministrativo, a seconda del livello di certezza ed oggettività garantito dai criteri tecnico-scientifici applicati¹².

L'analisi sul fenomeno delle autorità indipendenti conduce, tuttavia, ad esaminare il problema del sindacato giurisdizionale sotto ulteriori e peculiari profili, in relazione ai quali in dottrina e giurisprudenza sono state prospettate diverse soluzioni.

In una prima fase, presto superata da una pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione¹³, si è ipotizzato che un controllo giurisdizionale sulle autorità indipendenti non fosse nemmeno necessario, stante la loro natura definita quasi giurisdizionale, l'intrinseco carattere neutrale e l'assenza di una legislazione di riferimento.

Superate le posizioni che mettevano in dubbio l'ammissibilità, in linea generale, di un sindacato sugli atti caratterizzati da valutazioni tecnico-discrezionali e, in particolare, sugli atti delle autorità indipendenti, il problema si è spostato sulla valutazione dell'intensità del sindacato stesso¹⁴. In questa prospettiva, l'intensità del sindacato è stata qualificata, a seconda dei casi, come forte oppure come debole.

L'indirizzo rimasto a lungo prevalente, sia in dottrina che in giurisprudenza, privilegiava un sindacato di tipo debole nei confronti delle valutazioni tecniche, non solo della pubblica amministrazione in generale, ma anche delle autorità indipendenti. Secondo detta impostazione, infatti, la valutazione del giudice amministrativo si sarebbe dovuta limitare ai profili estrinseci della valutazione complessa operata dall'amministrazione, escludendo che nella valutazione del giudice possano trovare ingresso censure relative al contenuto della valutazione. In senso critico rispetto a tale impostazione, si è osservato come dovrebbe essere riconosciuta la possibilità, al giudice amministrativo, di conoscere della validità dei criteri tecnici elaborati o applicati

¹² A. LALLI, *Le autorità indipendenti: controllo giurisdizionale e indipendenza*, disponibile su www.astrid-online.it.

¹³ Cass., sez. un., 29 luglio 2003, n. 11632.

¹⁴ F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005, p. 322.

dall'amministrazione, con il solo limite di sostituire un proprio e diverso criterio ritenuto migliore¹⁵.

Queste diverse impostazioni teoriche rivelano il carattere contraddittorio della discrezionalità tecnica e delle sue diverse declinazioni. Se da un lato, infatti, si può ricorrere al concetto di discrezionalità tecnica al fine di giustificare il carattere riservato della scelta, in relazione al quale la pubblica amministrazione è il solo soggetto legittimato a compiere tali valutazioni, dall'altro, sembra essere la stessa discrezionalità tecnica a giustificare un sindacato giurisdizionale maggiormente incisivo, in quanto fondato su elementi e criteri scientifici che, pertanto, devono essere oggettivamente verificabili.

Nonostante la diversità delle posizioni ancora presenti nel panorama dottrinale, così come le oscillazioni della giurisprudenza, che non sembrano consentire di poter dipingere un quadro uniforme della materia, si deve rilevare il superamento della distinzione tra sindacato forte e debole.

Con la sentenza del 19 gennaio 2016, n. 162, infatti, il Consiglio di Stato ha definitivamente superato la distinzione formale tra sindacato forte e debole in favore di un'impostazione tesa a garantire l'effettività della tutela. Attraverso tale pronuncia, facendo particolare riferimento al sindacato sulle funzioni regolatorie attribuite alle autorità, i giudici di Palazzo Spada hanno rilevato come la complessità dei criteri utilizzati dalle autorità *“non giustifica un indebolimento del sindacato giurisdizionale, che, anzi, in questi casi deve essere particolarmente approfondito, specie sotto il profilo dell'attendibilità, della ragionevolezza e della adeguata motivazione, proprio al fine di evitare che l'utilizzo della tecnica possa giustificare una forma di arbitrio nell'esercizio della regolazione”*.

¹⁵ A. TRAVI, *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia “amministrativa”*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2006, p. 312.

4. Il sindacato sugli atti delle autorità indipendenti nell'esercizio delle funzioni di regolazione e sanzione

Esaminati i tratti essenziali dello sviluppo giurisprudenziale sul sindacato degli atti espressione di discrezionalità tecnica, è bene analizzare più nel dettaglio il sindacato sugli atti delle autorità indipendenti, rispettivamente nell'esercizio delle funzioni regolatorie e sanzionatorie. Come anticipato, infatti, le peculiarità proprie di ciascun profilo di attività delle autorità indipendenti determina un differente ambito di indagine del giudice amministrativo.

È opportuno avviare l'analisi dal sindacato sugli atti regolatori adottati dalle autorità che richiama, in particolare, le questioni relative alla legittimità costituzionale delle autorità stesse, nonché i dubbi sollevati da più parti circa il rispetto del principio di legalità.

Si è parlato, infatti, di un difetto di legalità sostanziale, in quanto i margini dei poteri regolatori delle autorità, non essendo delimitati dal legislatore, sembrano rivelare una carenza di legittimazione democratica dei soggetti cui sono attribuite delicate funzioni regolatorie.

La giurisprudenza ha tuttavia superato la questione della legalità e della legittimazione sulla base delle modalità operative delle autorità, ovvero in ragione del peculiare procedimento seguito dalle stesse nell'adozione degli atti regolatori, caratterizzato da rilevanti garanzie procedurali. In proposito, si dice sussistere una *“correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi in bianco, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni”*¹⁶.

In questa prospettiva, dunque, l'esercizio dei poteri regolatori mediante adeguate garanzie partecipative consente di superare le rilevate carenze sul piano della rappresentatività e della

¹⁶ R. CHIEPPA, *Il differente controllo del Giudice amministrativo sulle attività di regolazione e giustiziali delle autorità amministrative indipendenti*, in AA.VV. *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare, sugli atti delle autorità indipendenti*, Milano, 2009, p. 67.

responsabilità, spostando il controllo in sede giurisdizionale. L'esercizio di un contraddittorio completo e paritario, infatti, consente al giudice amministrativo di concentrare il proprio sindacato sui vizi che attengono la fase istruttoria dell'esercizio del potere¹⁷.

Tale ordine di considerazioni, peraltro, non esclude che il sindacato sugli atti regolatori debba ritenersi limitato agli aspetti procedurali. Resta, infatti, la possibilità per il giudice amministrativo di valutare la correttezza, la ragionevolezza e la logicità delle scelte tecniche delle autorità e sottese agli atti regolatori adottati¹⁸.

Per quanto attiene, invece, al sindacato sugli atti adottati dalle autorità indipendenti nell'esercizio della funzione sanzionatoria, è necessario prendere in considerazione i diversi profili legati al carattere della funzione stessa.

A tal riguardo, la giurisprudenza si è prevalentemente sviluppata in materia antitrust, nonché sui provvedimenti sanzionatori adottati dall'AGCM, ed è in questo contesto che si è fatto particolare riferimento ai canoni del sindacato debole e forte del giudice amministrativo, riscontrando le relative critiche sul profilo dell'effettività della tutela.

Pacificamente ammesso il sindacato di legittimità su tali atti, il Consiglio di Stato ha chiarito i tratti distintivi del procedimento con cui i provvedimenti sanzionatori dell'Autorità antitrust vengono adottati, delineando così, di conseguenza, i tratti assunti dal sindacato giurisdizionale sugli stessi¹⁹.

In particolare, il giudice amministrativo ha confermato come la tutela giurisdizionale, perché possa dirsi effettiva, non possa limitarsi ad un sindacato estrinseco, dovendosi invece consentire

¹⁷ F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2/2002, p. 181.

¹⁸ R. CHIEPPA, *Op. cit.*, p. 71.

¹⁹ Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199. Il giudice amministrativo ha individuato, in questa sede, quattro distinte fasi che caratterizzano il controllo svolto dall'Autorità antitrust, ovvero: "a) una prima fase di accertamento dei fatti; b) una seconda di «contestualizzazione» della norma posta a tutela della concorrenza, che facendo riferimento a «concetti giuridici indeterminati» necessita di una esatta individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito contestato; c) una terza fase in cui i fatti accertati vengono confrontati con il parametro come sopra «contestualizzato»; d) un'ultima fase di applicazione delle sanzioni, previste dalla disciplina vigente".

al giudice un controllo intrinseco accompagnato da quelle stesse regole e conoscenze tecniche applicate dall'amministrazione.

Pertanto, come conferma lo stesso Consiglio di Stato, è possibile ritenere che il sindacato sulle valutazioni tecniche delle autorità si manifesti in un sindacato intrinseco purché non sostitutivo, dovendosi in ogni caso limitare alla verifica di attendibilità della soluzione individuata dall'amministrazione.

Proprio con riferimento alla giurisprudenza in materia di sindacato sugli atti sanzionatori dell'Autorità antitrust²⁰, si è peraltro sviluppata, negli ultimi anni, un'ulteriore tecnica di sindacato giurisdizionale, definita di maggiore attendibilità. Il Consiglio di Stato, infatti, nella pronuncia sul noto caso Avastin-Lucentis²¹, nel ricollegare le circostanze di fatto oggetto della controversia a concetti giuridici tecnici e indeterminati (nel caso di specie, quello di mercato rilevante) ha ridefinito i margini del proprio sindacato, al fine di garantire una tutela piena ed effettiva²².

In termini generali, e sulla scorta della giurisprudenza della Corte di giustizia²³, il Consiglio di Stato ha rilevato come la pienezza del sindacato giurisdizionale sulle sanzioni antitrust non debba trovare alcun ostacolo. In particolare, si è detto che la tutela giurisdizionale “*deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della quaestio facti sotto il profilo della sua intrinseca verità. Al sindacato (non sostitutivo) di «attendibilità» va dunque sostituito un sindacato pieno di «maggiore attendibilità»*”.

²⁰ Per un approfondimento sul sindacato sulle sanzioni dell'Autorità antitrust, M. RAMAJOLI, *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie anti-trust dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2005, p. 330.

²¹ Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990.

²² Per una più completa analisi, G. PARODI, *Il sindacato di “maggiore attendibilità” nella recente giurisprudenza amministrativa in materia di farmaci*, in *Corti supreme e salute*, 2/2021, p. 242; in senso critico, M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 740.

²³ C. giust. UE, 11 settembre 2014, C-382/12 P, *MasterCard Inc. e a.*

5. I recenti sviluppi emersi nel contesto della pandemia e del conflitto russo-ucraino

Il sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti ha dunque portato il giudice amministrativo ad approfondire progressivamente la ricerca di un punto di equilibrio tra le diverse e contrapposte esigenze di garantire l'effettività della tutela e la certezza del diritto²⁴.

L'ambito di indagine, come si è visto, attiene principalmente a due forme di sindacato ben distinte: quella sui provvedimenti che irrogano sanzioni e quella sui provvedimenti adottati in ambito regolatorio. In particolare, la più recente giurisprudenza sui provvedimenti sanzionatori adottati dalle autorità indipendenti sembra ispirarsi con crescente insistenza ad un modello di *full jurisdiction*, escludendo che vi siano spazi di attività riservati alle autorità e, pertanto, non sindacabili dal giudice amministrativo.

Il sindacato di maggiore attendibilità che, come si è visto, ha trovato il suo principale ambito di applicazione rispetto ai provvedimenti sanzionatori, sembra avere acquisito ulteriore rilievo anche rispetto ad altri ambiti applicativi.

Uno spunto di riflessione, in questa direzione, viene da alcuni recenti interventi del giudice amministrativo che ha affrontato delicate questioni, sorte nel contesto pandemico e del conflitto russo-ucraino.

In questa prospettiva, risulta di immediato rilievo l'intervento del Consiglio di Stato che, in accoglimento di un appello cautelare, ha esercitato un penetrante sindacato su una nota dell'AIFA²⁵. La vicenda, in particolare, chiedeva al giudice amministrativo di valutare se il divieto, posto dall'AIFA, di impiegare *off label* un farmaco per il trattamento del SARS-CoV-2 avesse un solido fondamento scientifico.

In questa prospettiva è interessante rilevare come il Consiglio di Stato, pur accogliendo l'appello cautelare, abbia chiarito che *“in tale contesto, per quanto attiene all'esercizio della discrezionalità tecnica dell'autorità indipendente, il giudice amministrativo non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve*

²⁴ R. CHIEPPA, *Regolazione e sindacato giurisdizionale*, in P. BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, 2012, p. 124.

²⁵ Cons. St., sez. III, 11 dicembre 2020, n. 7097.

solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta, sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma posta a tutela della salute che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato (...) senza che sia consentito al giudice amministrativo, in coerenza con il principio costituzionale di separazione dei poteri, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali".

Seguendo uno schema che ricorda quello solitamente adottato nel sindacato sui provvedimenti sanzionatori, il Consiglio di Stato ha condotto, in tale sede, un giudizio sulla ragionevolezza tecnica della decisione di AIFA. Il giudice amministrativo ha tuttavia rilevato come la decisione dell'Autorità fosse stata dettata da una situazione di dubbio, ovvero l'incertezza sulla sicurezza ed efficacia di un farmaco impiegato per il trattamento di una patologia diversa da quella per cui era formulato.

Tali rilievi, unitamente alle considerazioni sulle ulteriori e altrettanto rilevanti esigenze di tutela poste dal caso concreto (quali, ad esempio, la tutela della salute dei pazienti e della salute pubblica, nonché dell'efficienza del Servizio sanitario nazionale), hanno determinato un giudizio penetrante del Consiglio di Stato, che ha così accolto la domanda cautelare proposta, sospendendo il provvedimento dell'Autorità²⁶.

È possibile individuare un ulteriore spunto di riflessione nel giudizio incardinato dinanzi al TAR Lombardia - Milano, chiamato da un gruppo di operatori a decidere sulla legittimità di un provvedimento dell'ARERA.

Il provvedimento dell'Autorità²⁷ ha ad oggetto, in particolare, i criteri per l'aggiornamento biennale delle predisposizioni tariffarie del servizio idrico integrato e, come chiarito nelle premesse al provvedimento stesso, è stato adottato tenendo in considerazione sia le peculiarità della fase di ripresa dallo stato di emergenza pandemica, sia la necessità di consentire l'efficace applicazione degli strumenti del *Next Generation EU*.

²⁶ Per un approfondimento sul sindacato della discrezionalità tecnica dell'ARERA, F. CAPORALE, *L'uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica. Il caso dell'ARERA*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2020, p. 429.

²⁷ ARERA, deliberazione 30 dicembre 2021, n. 639/2021/R/idr.

In questa prospettiva, risulta interessante l'ordinanza di *re-mand* adottata dal TAR che, facendo riferimento “*alla straordinaria e documentata entità dei rincari dei costi energetici*”, ha posto in dubbio l'effettiva idoneità del provvedimento ad assicurare la copertura dei costi di investimento e di esercizio degli operatori, ordinando il riesame da parte dell'Autorità del provvedimento in questione²⁸.

Pur non essendo ancora intervenuto il giudizio di merito, la sola circostanza che il giudice amministrativo abbia posto in dubbio l'idoneità del provvedimento ad assicurare la sostenibilità della gestione del servizio per gli operatori sembra rappresentare l'esercizio di un sindacato incisivo²⁹.

6. Conclusioni

Dai recenti provvedimenti giurisdizionali richiamati sembra potersi intravedere un ampliamento dello spettro decisionale del giudice amministrativo. Anche prendendo in considerazione ambiti e materie profondamente differenti, quali il settore farmaceutico e il settore idrico energetico, è possibile riscontrare l'evoluzione del sindacato discrezionale sui provvedimenti delle autorità indipendenti, caratterizzati da profili altamente tecnici.

Come si è osservato, i recenti sviluppi esaminati sembrano inserirsi e prendere spunto dal processo evolutivo relativo ai provvedimenti sanzionatori, già da tempo avviato. In un simile contesto, gli elementi di novità riscontrati, coinvolgendo il diverso genere di atti delle autorità indipendenti relativo alla funzione regolatoria, sembrano suggerire i segnali di un più generale ampliamento del sindacato giurisdizionale.

La particolare delicatezza dei settori strategici presi in considerazione, accentuata dal contesto straordinario causato dalla

²⁸ TAR Lomb. - Milano, 25 marzo 2022, nn. 373, 383, 384, 385 e 386.

²⁹ In ottemperanza all'ordinanza del TAR, l'Autorità ha adottato un ulteriore provvedimento (deliberazione 24 maggio 2022, n. 229/2022/R/idr) con cui ha confermato le previsioni di cui al provvedimento impugnato, integrate da ulteriori meccanismi di calcolo e dalla previsione di un sistema di anticipazione finanziaria.

pandemia e dal conflitto in Ucraina, sembra aver imposto un sindacato giurisdizione pieno ed incisivo, nonostante il carattere strettamente tecnico delle questioni trattate.

Tale rilievo sembra, del resto, porsi in linea con il dichiarato obiettivo del giudice amministrativo di garantire l'effettività della tutela, avendo riguardo non solo ai criteri tecnici impiegati dall'amministrazione, ma anche allargando lo sguardo al contesto in cui questi vengono impiegati.

Se, tuttavia, i profili esaminati riguardano gli aspetti messi forzatamente in luce dall'attuale contesto storico, restano ancora diversi profili da approfondire, sia per quanto riguarda la struttura delle autorità indipendenti, sia per quanto riguarda, più direttamente, il rapporto con il potere giurisdizionale.

In proposito, infatti, la dottrina segnala da tempo la necessità di un intervento legislativo al fine di codificare i meccanismi costitutivi, le garanzie partecipative e procedimentali, nonché la più netta definizione delle rispettive funzioni e attività condotte da ciascuna autorità³⁰.

Sotto altra prospettiva, resta la necessità di approfondire i rapporti tra la funzione amministrativa e la funzione giurisdizionale, con particolare riguardo alle rispettive strutture organizzative ed ai livelli di competenza, al fine di meglio definire i margini del sindacato del giudice amministrativo³¹.

³⁰ R. CHIEPPA, *Regolazione e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 126.

³¹ A. MOLITERNI, *Streamlining the judicial review of administrative decisions: a comparative institutional approach*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2018, p. 571.

MODELLI PROCESSUALI DIFFERENZIATI A TUTELA DELLA CONCORRENZA E DELLA STABILITÀ DEL MERCATO*

LAURA ANCORA

SOMMARIO: 1. Stato ed economia: dal *Welfare State* alla proliferazione delle *Authorities*. – 2. La tendenza al rafforzamento dei poteri delle *Authorities*. – 2.1. La legittimazione a ricorrere *ex lege* dell'AGCM e dell'ANAC. – 3. Modelli processuali differenziati: caratteri. – 4. Considerazioni conclusive.

Abstract: The abdication of the State from direct intervention in the economy was followed by the establishment of multiple Independent Administrative Authorities which ensure the proper functioning of a market economic model in which private operators act in full compliance with the competition rules. In this context, the Legislator has enhanced the role and powers of these Authorities toward other Administrations through the recognition of an objective standing. In this way, it has been witnessed to the consequent proliferation of special procedural models, structurally different from the traditional one of a subjective nature and functionalized, juxtaposed, to the protection of particularly sensitive public interests such as competition, as well as proper functioning and stability of the market. In particular, this paper analyzes the standing of the AGCM and ANAC.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. Stato ed economia: dal *Welfare State* alla proliferazione delle *Authorities*

I rapporti fra Stato ed economia sono storicamente condizionati da plurimi fattori di carattere politico, giuridico e sociale che ne definiscono gli assetti e l'evoluzione¹.

Come noto, nella fase iniziale del XX secolo, si è assistito ad un massiccio intervento pubblico nell'economia, caratterizzato per il fatto che lo Stato sociale o interventista (c.d. *Welfare State*) non solo assunse il compito di erogare e gestire con proprie strutture organizzative gran parte dei servizi pubblici (sovente in regime monopolistico), ma ebbe un ruolo determinante anche in campo imprenditoriale, agendo in settori di mercato in concorrenza con operatori privati. Tuttavia, a partire dagli Novanta del secolo scorso si è registrata una progressiva abdicazione dello Stato dall'intervento diretto nell'economia: lo Stato-interventista si è trasformato in Stato-regolatore, svestendosi dunque della sua veste di attore e ricoprendo quella di arbitro. Questo risultato, perseguito attraverso i ben noti fenomeni delle privatizzazioni (consistenti nelle graduali alienazioni di parti rilevanti dell'azionariato pubblico) e delle liberalizzazioni (che hanno avuto per oggetto i principali servizi pubblici, aprendo alla concorrenza le relative attività economiche), è stato incentivato, in particolare, dal diritto europeo, che – mediante il suo *corpus*

¹ Per un'attenta ricostruzione dei rapporti fra Stato ed economia e della loro evoluzione, si vedano, *ex multis*, M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1985; A. DI MAJO (a cura di), *Le politiche di privatizzazione in Italia*, Bologna, 1989; E. PICOZZA - V. RICCIUTO, *Diritto dell'economia*, Torino, 2017; G. MORBIDELLI (a cura di), *Le privatizzazioni tra ragion pura e ragion pratica (una rilettura attraverso i percorsi di Franco Bonelli)*, Firenze, 2018.

di norme e principi in materia² – ha dato vita a quella che in letteratura viene definita quale “*nuova Costituzione economica*”³. Difatti, nel quadro sistematico del diritto comunitario, la tutela della libertà di concorrenza costituisce un elemento fondamentale del processo di integrazione tra gli Stati membri: essa, invero, non solo rappresenta lo strumento attraverso cui è possibile garantire la competitività e l’efficienza del mercato unico, ma consente altresì di potenziare e assicurare i diritti tutelati dal Trattato, essendo strumentale rispetto alle quattro libertà fondamentali riconosciute dal diritto eurounitario (*i.e.* libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali).

Ebbene, con l’obiettivo di stimolare un processo di effettiva liberalizzazione, teso cioè a garantire l’apertura dei mercati e l’ingresso nei medesimi di nuovi operatori, il legislatore nostrano – mutuando il modello di Amministrazione proprio dei Paesi di *common law* – ha contestualmente provveduto ad introdurre una molteplicità di Autorità di regolazione, le cc.dd. Autorità amministrative indipendenti, con il precipuo compito di garantire il corretto funzionamento e la stabilità di un settore di mercato (lavori pubblici, trasporti, telecomunicazioni, ecc.)⁴. D’altronde, la

² La politica economica dell’Unione, dovendo essere condotta “*conformemente al principio di un’economia di mercato aperta e in libera concorrenza*” (art. 119 TFUE), si fonda precipuamente su due gruppi di disposizioni contenute nel Titolo VII del TFUE: in particolare, il primo gruppo (artt. 101-106) riguarda le regole di concorrenza applicabili alle imprese e consistenti nel divieto di intese e di abuso di posizione dominante, nonché nella disciplina delle imprese pubbliche; il secondo gruppo di norme (artt. 107-109), invece, concerne le regole valide per gli Stati, ai quali è fatto divieto di concedere aiuti – in qualsiasi forma – ad imprese o a categorie di imprese, in quanto ciò comporterebbe un’irragionevole agevolazione per le stesse rispetto alle imprese concorrenti.

³ In questo senso, fra tutti, P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella «Costituzione europea»*, in *Quad. cost.*, 1/2000, pp. 15 ss.; S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Bari, 2004. Si tratta di un’espressione evidentemente tesa ad evidenziare che il diritto europeo ha sostituito quello interno nella materia *de qua*; pertanto, pure gli artt. 41 ss. Cost. (c.d. Costituzione economica) risultano applicabili solo ove conformi al primo.

⁴ Sul tema la letteratura è amplissima; si vedano, *ex pluribus*, G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/1997, pp. 645 ss.; A. PREDIERI, *L’erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; C.P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione “indipendente” del mercato*, Bari, 2005; N. LONGOBARDI,

creazione di queste *Authorities* ha risposto ad ulteriori esigenze: in primo luogo, si è tentato di risolvere il fenomeno patologico della c.d. crisi della legge, da intendersi quale incapacità della stessa di definire un sistema puntuale e completo di regole comportamentali tale da permettere ai destinatari della disciplina di valutare *ex ante* e con certezza i propri comportamenti in termini di liceità o illiceità. Questo problema era (ed è) senza dubbio significativo nei settori in cui agiscono le Autorità, atteso che si tratta di settori fisiologicamente esposti ad un'evoluzione di mercato e tecnologica assai rapida, difficilmente regolamentabili, quindi, mediante leggi che siano in grado di regolare le nuove realtà emergenti. In secondo luogo, la moltiplicazione di questi nuovi soggetti è stata stimolata dalla sfiducia nei confronti del tradizionale sistema amministrativo, ritenuto inidoneo a svolgere taluni compiti di particolare complessità tecnica (c.d. fuga dall'Amministrazione). In terzo luogo, attraverso l'istituzione di tali enti si è cercato di assicurare – come peraltro imposto anche dal diritto europeo – una gestione dei settori *de quibus* libera da condizionamenti da parte del potere politico: ciò si è tradotto nella previsione della garanzia di indipendenza tanto sul crinale strutturale, per cui i membri delle stesse, scelti fra soggetti altamente qualificati, vengono nominati mediante un procedimento che prescinde totalmente dal Governo, quanto sul crinale funzionale, per il quale le Autorità agiscono in maniera del tutto svincolata da influenze o indirizzi provenienti dall'Esecutivo.

È d'uopo rilevare, inoltre, che, diversamente dalle tradizionali Amministrazioni, le Autorità amministrative indipendenti non solo operano secondo il canone della neutralità anziché secondo quello di imparzialità, ma si caratterizzano altresì per essere titolari di funzioni che si sovrappongono, caso per caso, al potere legislativo, esecutivo e giudiziario. Questa concentrazione di funzioni in un unico soggetto si spiega proprio in virtù del fatto che le *Authorities* realizzano la propria attività in settori particolarmente sensibili, per cui risulta pienamente giustificata la deroga al classico principio della separazione dei poteri.

In ultimo, giova porre in evidenza – sebbene sia generalmente risaputo, tanto che potrebbe sembrare quasi ultroneo ribadirlo – che le diverse Autorità, pur condividendo i tratti poc’anzi individuati, differiscono notevolmente le une dalle altre: in altri termini, non appare possibile ricondurre le stesse in un’unitaria categoria concettuale e giuridica, stante giustappunto il carattere polimorfe delle medesime.

2. La tendenza al rafforzamento dei poteri delle *Authorities*

Sebbene l’istituzione di tali Autorità sia stata accolta inizialmente da un generale entusiasmo, in dottrina sono state tuttavia avanzate ben presto talune perplessità: superate quelle vertenti sulla copertura costituzionale delle stesse, attualmente il dibattito si è spostato sull’esigenza di una loro riduzione e di un loro riassetto, stante – come detto – l’inorganicità e l’eterogeneità delle discipline⁵.

Ad ogni modo, in questa sede non si intende affrontare le citate questioni; *e converso*, ci si propone di esaminare una contrapposta tendenza emersa nell’ultimo trentennio: si fa riferimento al potenziamento e alla valorizzazione, da parte del legislatore, del ruolo e dei poteri dei suddetti enti anche nei confronti delle altre Amministrazioni, attraverso il riconoscimento *ex lege* di una legittimazione a ricorrere di tipo oggettivo⁶. In tal guisa,

⁵ Per una ricognizione del dibattito A. PAJNO, *Quali prospettive per le autorità indipendenti?*, in *www.astrid.eu*, 2009.

⁶ In ordine a tali previsioni, parte della dottrina ha avanzato dubbi di legittimità costituzionale con riferimento all’art. 103 Cost., il quale, prevedendo che la giurisdizione amministrativa tutela nei confronti della P.A. soltanto interessi legittimi e, in particolari materie, diritti soggettivi, non riconoscerebbe al g.a. la tutela di interessi generali. In questo senso, F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *federalismi.it*, 12/2012, p. 4. Tuttavia, non si ritiene condivisibile tale impostazione, in quanto, come è stato debitamente evidenziato, l’ex art. 103 Cost. è una disposizione garantistica che “*come tutte le norme di garanzia [...] impone un minimo, non preclude un di più*”. In altri termini, attraverso tale disposizione “*il costituente ha voluto che ai titolari degli interessi legittimi [...] fosse garantita la possibilità di adire il giudice amministrativo*”, ma al contempo non ha vietato “*al legislatore di disciplinare tale processo in modo tale che esso assicuri la protezione anche di altri interessi*”. Così A. ROMANO, *Il giudice amministrativo di fronte alla tutela degli interessi cd. diffusi*, in

si è assistito alla conseguente proliferazione di speciali modelli processuali differenti – per le ragioni che meglio si esporranno – rispetto a quello tradizionale. A ben vedere, si tratta di un fenomeno assai rilevante per il tema qui trattato: difatti, la previsione di tali disposizioni è funzionale alla tutela di interessi pubblici particolarmente sensibili, fra i quali si annovera proprio la concorrenza, nonché il corretto funzionamento e la stabilità del mercato.

2.1. *La legittimazione a ricorrere ex lege dell'AGCM e dell'ANAC*

Nella categoria degli speciali modelli processuali posti a tutela degli interessi pubblici poc'anzi menzionati, si ascrivono senza dubbio quelli che concernono l'AGCM e l'ANAC⁷.

Più dettagliatamente, in forza dell'art. 21-bis l. 10 ottobre 1990, n. 287⁸, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad impugnare gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti adottati da qualsiasi P.A. in violazione delle norme poste a tutela della concorrenza e del mercato (co. 1), previa emanazione – entro il termine di sessanta giorni⁹

AA.Vv., *Rilevanza e tutela degli interessi diffusi: modi e forme di individuazione e protezione degli interessi della collettività* (Atti del XXIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, 22-24 settembre 1977), Milano, 1978, p. 33; nel medesimo senso, M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo articolo 21 bis della l. n. 287/1990*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, pp. 865 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2014, pp. 370 ss.

⁷ Per un puntuale e generale approfondimento sulle posizioni legittimanti pubbliche, si veda S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2019, pp. 356 ss.

⁸ Disposizione inserita dall'art. 35, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modifiche, in l. 22 dicembre 2011, n. 214.

⁹ In assenza di specifica previsione normativa, l'orientamento prevalente ritiene che il termine di sessanta giorni per l'adozione del parere decorra non dalla pubblicazione dell'atto, ma da quando l'AGCM abbia avuto – per qualsiasi via – conoscenza dell'atto stesso, in quanto solo a partire da tale momento l'AGCM sarebbe realmente in grado di esercitare la propria funzione. Così, Cons. St., sez. VI, 15 maggio 2017, n. 2294; TAR Lazio, sez. III-ter, 15 marzo

– di un parere motivato, nel quale vengono specificatamente indicati i profili delle violazioni riscontrate (co. 2). Al fine di evitare l'impugnazione dell'atto, l'Amministrazione è tenuta a conformarsi entro il termine di sessanta giorni – decorrente dalla comunicazione del citato parere – alle prescrizioni ivi contenute, procedendo ad annullare l'atto ritenuto illegittimo dall'Antitrust¹⁰. Quest'ultima, in caso di inerzia o rifiuto o adempimento parziale della P.A., potrà adire il g.a. nei successivi trenta giorni: l'oggetto del giudizio così instaurato sarà rappresentato non già dall'inerzia ovvero dall'atto di rifiuto ovvero dall'adempimento parziale dell'Amministrazione, bensì dalla violazione originaria¹¹. A ben guardare, il ricorso al g.a. si configura quale *extrema ratio*: infatti, il processo costituisce – nell'intenzione del legislatore – “una sorta di rimedio al fallimento del procedimento o del coordinamento amministrativo, quale ideale ambito di composizione del conflitto” tra gli interessi coinvolti¹², ragion per cui la previa adozione del parere da parte dell'AGCM costituisce condizione di ammissibilità del ricorso stesso¹³.

2013, n. 2720. In dottrina, P. QUINTO, *L'art. 35 del decreto Monti e il Codice del processo amministrativo*, in *GiustAmm.it*, 2011.

¹⁰ Si discute se la disposizione in esame configuri un'ipotesi di annullamento d'ufficio doveroso ovvero richieda comunque la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 21-*nonies* l. 7 agosto 1990, n. 241, implicando dunque un apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione. Nel primo senso, TAR Lazio, n. 2720/2013; nel secondo senso, TAR Lazio, sez. II, 1° settembre 2014, n. 9264. In dottrina, B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2016, p. 296, ritiene si tratti di un'ipotesi di annullamento d'ufficio doveroso; *contra* F. CINTIOLI, *Op. cit.*, p. 13.

¹¹ Così, Cons. St., sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323; TAR Sic. - Catania, sez. IV, 3 marzo 2014, n. 676.

¹² In questo senso, M. MACCHIA, *La legittimazione giudiziale delle pubbliche amministrazioni*, in ID. (a cura di), *Quando lo Stato fa causa allo Stato. La legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019, p. 31.

¹³ La lettura congiunta dei primi due commi dell'art. 21-*bis*, l. n. 287/90, per la quale l'AGCM è tenuta ad adottare il summenzionato parere prima di adire il g.a., è caldeggiata pure dall'orientamento prevalente. Segnatamente, tale conclusione risulta suffragata sia dalla *littera legis*, sia dalla *ratio legis*: come detto, il parere si atteggia e come mezzo di collaborazione fra Amministrazioni, e quale strumento di deflazione del contenzioso. In giurisprudenza, Cons. St., sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246, e n. 2720/2013; C. Cost., 14 febbraio 2013, n. 20. In dottrina, A. ARGENTATI, *Concorrenza e liberalizzazioni: i nuovi poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 1/2012, p. 37. *Contra*, M. CLARICH, *Il “public enforcement” del diritto*

La disciplina ora esaminata è stata in parte replicata per l'Autorità nazionale anticorruzione, alla quale la legittimazione a ricorrere è stata attribuita secondo due distinte modalità¹⁴. Segnatamente, l'art. 211¹⁵ del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Cod. contr. pubbl.) prevede, al comma 1-*bis*, un ricorso diretto che consente all'ANAC di impugnare bandi, altri atti generali e provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto¹⁶, emessi da qualsiasi stazione appaltante, laddove ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Si tratta, dunque, di uno strumento che permette all'Autorità di fronteggiare in maniera rapida situazioni patologiche che denotano un più serio pericolo per il pubblico interesse al corretto svolgimento delle procedure di gara rispetto a quello derivante dalle violazioni di cui al comma 1-*ter*. In quest'ultimo comma, infatti, la predetta norma disciplina il ricorso previo parere motivato, procedura meno snella della quale l'Autorità si avvale in caso di violazioni meno gravi, che potrebbero essere superate attraverso un preventivo intervento in autotutela della stazione appaltante a fronte delle censure mosse dall'ANAC. Più dettagliatamente, ove una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento in violazione del Codice medesimo¹⁷, l'ANAC –

antitrust nei confronti della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 21-bis della l. n. 287/90, in Concorrenza e mercato, 2018, p. 105, che evidenzia come la possibilità di adire direttamente l'autorità giudiziaria consentirebbe all'AGCM di agire più rapidamente a tutela della concorrenza, potendo avvalersi della tutela cautelare in via anticipata.

¹⁴ A differenza di quanto detto per l'AGCM, per la quale l'orientamento maggioritario assevera l'obbligatorietà del parere precontenzioso in ogni caso, sia il Consiglio di Stato (Comm. Spec., parere del 4 aprile 2018, n. 1119), sia l'ANAC (regolamento 13 giugno 2018, n. 572, adottato sulla base dell'art. 211, comma 1-*quater*, Cod. contr. pubbl.) hanno chiarito che l'art. 211 Cod. contr. pubbl. disciplina due distinte modalità di proposizione del ricorso. Tale conclusione è suffragata dal fatto che non sussistono ragioni letterali né sistematiche per ammettere che le previsioni di cui ai commi 1-*bis* e 1-*ter* dall'*ex* art. 211 Cod. contr. pubbl. siano contenutisticamente identiche.

¹⁵ Articolo modificato dal d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito in l. 21 giugno 2017, n. 96.

¹⁶ Per la definizione di “*contratti di rilevante impatto*”, cfr. art. 3 del regolamento dell'ANAC citato *supra*, in nt. 14.

¹⁷ Per l'individuazione delle “*gravi violazioni*” delle norme in materia di contratti pubblici che legittimano l'ANAC ad attivare la procedura in esame, cfr. art. 6 del prefato regolamento dell'ANAC.

dapprima – procede ad emettere, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato in cui indica analiticamente i vizi di legittimità ravvisati e nel quale assegna un termine, non superiore a sessanta giorni, per rimuovere le illegittimità riscontrate; solo nell'ipotesi in cui la stazione appaltante non si conformi alle criticità rilevate entro il termine assegnato¹⁸, l'ANAC potrà presentare ricorso – nei successivi trenta giorni – dinanzi al g.a. È evidente, allora, che per la fattispecie in oggetto si ripropongono le osservazioni svolte *supra*: la fase processuale, successiva a quella precontenziosa, è eventuale, e viene instaurata soltanto in caso di difetto di coordinamento fra le Autorità¹⁹.

In ultimo, giova porre in rilievo che tra le due fattispecie di legittimazione a ricorrere *ex lege* ora esaminate ben potrebbero registrarsi talune interferenze, non essendo affatto remota la possibilità che una P.A. commetta una violazione delle norme in materia di contratti pubblici e, al contempo, delle regole a tutela della concorrenza. Ebbene, in ipotesi di tal fatta, ambedue le Autorità possono ricorrere in giudizio, con la conseguenza che, se entrambe agiscono in via principale ed autonoma, il g.a. potrà disporre la riunione dei giudizi; viceversa, ove solo una delle Autorità proponga ricorso principale, l'altra potrà intervenire in giudizio *ad adiuvandum*²⁰.

¹⁸ Come per l'*ex art. 21-bis*, l. n. 287/90, anche per tale fattispecie si discute se il potere di autotutela della stazione appaltante sia discrezionale ovvero doveroso. La tesi maggioritaria propende nel primo senso: così, R. DE NICTOLIS, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, in www.sipotra.it, 1° luglio 2017; M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'ANAC*, in www.italiappalti.it, 4 luglio 2017.

¹⁹ In questo senso anche M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2018, p. 570.

²⁰ Così pure E. ROMANI, *La legittimazione straordinaria dell'ANAC: un frammento di giurisdizione oggettiva nel processo di parti. Riflessioni a margine del parere del Consiglio di Stato del 26 aprile 2018, n. 1119*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2019, p. 281, la quale peraltro auspica – in virtù del principio di leale collaborazione – la stipulazione di intese tra le due Autorità al fine di coordinare eventuali azioni giudiziarie.

3. Modelli processuali differenziati: caratteri

Alla luce della disamina condotta, è possibile individuare i caratteri comuni ai modelli processuali ora illustrati.

Innanzitutto, come già ampiamente rilevato, tanto all'AGCM quanto all'ANAC viene riconosciuta *ex lege* una legittimazione a ricorrere di tipo oggettivo: invero, diversamente da quanto sostenuto da taluni Autori²¹, non è possibile affermare che l'interesse pubblico alla cui tutela sono preposte l'AGCM e l'ANAC, potendo integrare in sé un bene della vita, sia idoneo a configurare – in capo ad esse – la titolarità di una situazione giuridica soggettiva sostanziale (nella specie, essa consisterebbe in un interesse legittimo). Difatti, atteso che per “bene della vita” si intende l'utilità sostanziale concreta (protetta dall'ordinamento giuridico) che il titolare di una situazione giuridica soggettiva sostanziale mira ad acquisire ovvero a conservare, è un'evidente forzatura far coincidere tale nozione con quella di pubblico interesse alla cui cura è preposta una P.A. Del resto, aderendo alla ricostruzione avversa – per cui le Autorità sarebbero titolari di una situazione equivalente (seppur con proprie peculiarità) a quella degli altri soggetti di diritto – l'obbligatorietà della fase precontenziosa rappresenterebbe un'innegabile (e inaccettabile) disparità di trattamento²².

Ancora, il secondo tratto in comune delle disposizioni analizzate è costituito dal necessario espletamento, a monte, di una particolare procedura di tipo precontenzioso e tesa ad assicurare,

²¹ In questo senso, M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l.n. 287 del 1990*, in *federalismi.it*, 12/2012; M. ANTONIOLI, *La legittimazione a ricorrere degli enti pubblici tra situazioni sostantive, soggettività della tutela e funzionalizzazione dell'interesse pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2015, p. 359.

²² Così F. ARENA, *Atti amministrativi e restrizioni della concorrenza: i nuovi poteri dell'Autorità antitrust italiana*, contributo per la X edizione del Convegno “Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea”, Treviso, 17-18 maggio 2012; N. PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2020, p. 238, e spec. nt. 1; M. RAMAJOLI, *Op. cit.*, p. 571; E. ROMANI, *Op. cit.*, p. 285; G. URBANO, *I nuovi poteri processuali delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 10/2012, p. 1026.

da una parte, un momento collaborativo con le Amministrazioni coinvolte e, dall'altra, la deflazione del contenzioso²³.

Terzo ed ultimo elemento proprio di entrambe le fattispecie in esame è rappresentato dalla sussistenza (e dalla necessaria tutela) di un interesse pubblico particolarmente sensibile: *i.e.* concorrenza nel caso dell'AGCM, legalità e corretto funzionamento del mercato dei lavori pubblici per quanto riguarda l'ANAC.

È di tutta evidenza, allora, che quelli delineati dall'*ex art.* 21-bis l. n. 287/90 e dall'*ex art.* 211 Cod. contr. pubbl. sono modelli processuali differenziati rispetto all'ordinario assetto del processo amministrativo²⁴, stanti i caratteri strutturali ora enucleati. Peraltro, è indubbio che le deroghe alle tradizionali regole del processo amministrativo si giustificano proprio in forza dell'esigenza di assicurare una speciale protezione agli interessi pubblici summenzionati.

Occorre avvertire, però, che con ciò non si intende certo asserire, come pure è stato caldeggiato da taluno²⁵, che si tratti di fattispecie che segnano un ritorno ad una giurisdizione amministrativa a carattere oggettivo. Invero, non si può fare a meno di notare che la tesi che deduce un vero e proprio automatismo tra legittimazione a ricorrere di tipo oggettivo ed obiettività del processo è priva di pregio: in disparte la modalità di accesso alla giustizia (per cui nelle fattispecie *de quibus* non è necessaria la dimostrazione della titolarità di una situazione giuridica soggettiva protetta), la struttura del processo rimane pressoché la stessa. Infatti, il processo continua, anche in questi casi, ad essere disciplinato come processo di parti, il cui oggetto è strettamente cir-

²³ Carattere che, come visto, difetta nella fattispecie di cui all'*ex art.* 211, comma 1-bis, Cod. contr. pubbl.

²⁴ Così A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati e legittimazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Concorrenza e mercato*, 2018, p. 62. Per un'attenta analisi degli altri modelli processuali differenziati introdotti dal legislatore a tutela di ulteriori interessi pubblici sensibili, v. ID., *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso degli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2014, p. 423.

²⁵ F. CINTIOLI, *Op. cit.*, pp. 3 ss.

coscritto alle deduzioni di parte e che, sul piano probatorio, riserva solo limitati poteri acquisitivi al giudice²⁶. Pertanto, si assiste semplicemente alla costruzione di modelli processuali che, pur essendo connotati dalle predette diversità strutturali e per la funzionalizzazione alla tutela di concreti e determinati interessi pubblici, si aggiungono al tradizionale modello di tipo soggettivo: in altri termini, non si tratta di “*un ritorno al passato, di una contrapposizione, cioè, tra due tendenze tra loro discordanti, quanto piuttosto di una linea evolutiva che corre in parallelo, senza sovrapporsi a quella tradizionale*”²⁷.

4. Considerazioni conclusive

Alla luce della breve analisi condotta, risulta opportuno svolgere talune considerazioni conclusive. Nei precedenti paragrafi si è avuto modo di constatare che gli interessi pubblici della concorrenza nonché del corretto funzionamento e della stabilità del mercato – vista la loro rilevanza nello spazio europeo e, di conseguenza, la necessità di assicurare loro una speciale protezione – hanno esatto un ragguardevole rafforzamento dei poteri delle *Authorities*. Queste ultime, dunque, grazie alle novelle legislative degli ultimi anni, provvedono alla cura dei suddetti interessi non solo mediante l’ordinaria attività amministrativa di controllo, ma anche attraverso l’instaurazione di un apposito giudizio a fronte di violazioni degli interessi medesimi poste in essere da altre Amministrazioni. Pertanto, si ha ragione di condividere la lucida osservazione di chi²⁸ ha affermato che, nelle ipotesi in esame, il processo amministrativo, da strumento di tutela di situazioni giuridiche soggettive che si assumono ingiustamente lese nell’ambito di singoli rapporti concreti, è divenuto strumento di cura di interessi generali per iniziativa di soggetti legittimati. Sicché, le

²⁶ Così V. CERULLI IRELLI, *Op. cit.*, p. 363; del medesimo avviso, *ex pluribus*, M. RAMAJOLI, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, Milano, 2017, p. 148; N. PICA, *La tutela processuale dell’interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell’AGCM*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2019, p. 848.

²⁷ Così, A. CARBONE, *Op. cit.*, pp. 1-7.

²⁸ In questo senso, V. CERULLI IRELLI, *Op. cit.*, p. 344.

Autorità amministrative indipendenti, specie attraverso le loro funzioni di regolazione e di vigilanza, hanno contribuito (e contribuiscono) a rafforzare tanto il valore della cittadinanza, risultando notevolmente protetti i diritti e gli interessi dei consociati, quanto le basi della (nuova) democrazia economica²⁹: che tali attività rappresentino il *proprium* degli attuali rapporti tra Stato ed economia è innegabile.

²⁹ In questi termini pure E. CHELI, *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna, 2012, p. 175.

SVILUPPO ECONOMICO, NEUTRALITÀ FISCALE E TASSAZIONE DEI DIVIDENDI IN BRASILE*

MARINA RIGHI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il rapporto tra la tassazione degli utili e dei dividendi e gli obiettivi di politica economica e fiscale dello Stato. – 3. Il regime tributario degli utili e dei dividendi in Brasile. – 4. L'attuale realtà economica e imprenditoriale brasiliana. – 5. Il problema della neutralità dell'attuale norma. – 6. La scelta del legislatore fiscale del 1995. – 7. Conclusioni.

Abstract: In recent decades, a strong “liberalist” imprint has often argued the need to stimulate economic development by mitigating corporate taxation. The Brazilian tax system’s peculiarity in corporate and shareholder taxation coordination can be found in this background, which introduced a wide and general exemption for dividends distributed in the country. The choice dates to 1995 and is still the subject of numerous discussions in the political debate, often characterized by ideological positions, which hinder the social-legal debate on the subject. Due to the limited space of this work, despite it overlooks other issues, only the problem of tax neutrality among the legal forms adopted by the entrepreneurs will be examined. At this point, this paper will consider the possible ways to avoid double taxation on corporate income and the Brazilian current economic reality considering mainly the total corporate tax burden and the size typology of Brazilian companies. The goals of simplifying controls, combating evasion, and stimulating investment in productive activities will also be examined. Briefly, trying to move away from slogans

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

and demagogy, the present work proposes to examine the institution's fiscal coherence and its economic effects.

1. Introduzione

In vista di un nuovo governo in Brasile, con l'avvicinarsi delle elezioni presidenziali del 2022, riaffiora una vecchia questione che, dall'introduzione della l. 26 dicembre 1995, n. 9.249, di tanto in tanto guadagna spazio nel dibattito pubblico brasiliano: la tassazione degli utili e dei dividendi.

Rispetto ad altre nazioni, il regime tributario brasiliano in materia è del tutto eccezionale. Mentre, negli ultimi anni, si verifica una maggior tendenza degli Stati a concentrarsi sulla riduzione dell'imposta sul reddito delle società, trasferendo la tassazione del reddito prodotto tramite queste organizzazioni ai soci, il Brasile continua a muoversi nella direzione opposta. Cioè, ad adottare il metodo di integrazione basato sull'esenzione totale dell'imposta a carico dei soci.

Al di là delle ragioni giuridiche che hanno portato il legislatore ad adottare tale metodo, la norma è stata parte di un complesso di misure liberali del governo dell'epoca. Occorre però evidenziare che questa scelta è stata mantenuta negli ultimi 30 anni anche di fronte all'alternanza di potere tra sinistra e destra, proprio perché si inseriva in un contesto di particolarità apartitica del sistema fiscale brasiliano. A questo punto, si verifica che, mentre in altre parti del mondo si sostiene l'idea del ritorno dello Stato, per quanto riguarda la tassazione degli utili e dei dividendi, il Brasile continua ad avvalersi di una scelta legislativa di natura liberale.

Tuttavia, a differenza di quanto viene affrontato nel dibattito pubblico, questo non è di per sé un problema. Il che non significa però che la norma sia immune da critiche. Significa soltanto che la corretta valutazione del tema dipende necessariamente da una comprensione delle particolarità del sistema tributario brasiliano e soprattutto della realtà del Paese all'epoca dell'adozione del regime. In altre parole, vuol dire soltanto che qualsiasi giudizio in merito alla norma non può darsi in modo totalmente disgiunto dal

contesto storico e dalle ragioni economiche e giuridiche che hanno portato alla sua scelta, come di solito succede.

2. Il rapporto tra la tassazione degli utili e dei dividendi e gli obiettivi di politica economica e fiscale dello Stato

Un'analisi del tema implica necessariamente una rassegna delle teorie sugli utili prodotti dalle persone giuridiche. Da una parte c'è chi difende la sua doppia imposizione: in un primo momento con la tassazione in capo alla persona giuridica, in un secondo, quando questi vengono distribuiti, in capo ai soci. Questo ragionamento tiene conto dell'esistenza di due manifestazioni diverse di capacità contributive dei soggetti coinvolti¹.

In un'ottica di politica economica, questo regime, che è stato per molto tempo adottato dal sistema tributario nordamericano, solleva numerose critiche. Sono frequenti le opinioni secondo cui la scelta legislativa sulla doppia imposizione comporta un incentivo alla ritenzione degli utili nelle persone giuridiche², creando una sorta di interferenza dello Stato nella politica interna di distribuzione dei dividendi³. A questo argomento si può aggiungere il fatto che gli utili distribuiti di solito non sono deducibili dalla base imponibile dell'imposta sul reddito, rendendo i dividendi, dal punto di vista fiscale, meno attraenti degli interessi, e favorendo una situazione di rischio in cui il finanziamento dell'attività aziendale diventa più vantaggioso sotto forma di debito che di capitale⁴.

D'altro canto, come posizione maggioritaria, ci sono i difensori della *aggregation view*, secondo cui la tassazione in capo alle persone giuridiche deve essere vista come un'anticipazione della

¹ R. ALTSHULER - B. HARRIS - E. TODER, *Capital income taxation and progressivity in a global economy*, New Jersey, 2011, pp. 10-11.

² R. CARROLL - G. PRANTE, *Corporate dividend and capital gains taxation: A comparison of the United States to other developed nations*, London, 2012, p. 1.

³ J. McNULTY, *Corporate Income Tax reform in the United States: Proposals for integration of the Corporate and Individual Income Taxes, and international aspects*, in *International Tax & Business Lawyer*, 12/1994, pp. 172-173.

⁴ W. HELLERSTEIN - G. KOFLER - R. MASON, *Constitutional restraints on corporate tax integration*, in *Tax Law Review*, 62/2009, pp. 15-17.

tassazione dei redditi dei soci⁵. In quest'ottica le persone giuridiche, anche se dal punto di vista del diritto civile sono soggetti con capacità giuridica autonoma, dal punto di vista tributario sono considerate come un semplice mezzo organizzativo, privo di capacità contributiva propria⁶. È come se lo stesso reddito fosse osservato da prospettive diverse, in momenti diversi, in capo a soggetti diversi, ma rimanendo sempre lo stesso reddito⁷.

A questo punto, diventa quindi necessario un intervento del legislatore tributario nel decidere in quale momento tassare il flusso reddituale. Acquista quindi rilevanza il c.d. metodo di integrazione, nelle sue varie forme (credito d'imposta, esenzione totale o parziale, o addirittura deduzione). In pratica, la tassazione può applicarsi soltanto sul risultato societario, sui beneficiari finali del reddito o anche con la mitigazione di questi due⁸. Questa scelta di allocazione della tassazione si ricollega direttamente agli obiettivi di politica economica e fiscale che il legislatore intende raggiungere⁹.

A titolo di esempio si può ricordare che, nella seconda metà del secolo scorso, diversi Paesi, come è stato il caso dell'Italia, sono passati a regimi di integrazione la cui modalità più comunemente utilizzata è stata quella del credito d'imposta¹⁰. Questo metodo, pur garantendo la completa eliminazione della doppia imposizione e la progressività al livello del singolo individuo¹¹, ha prodotto una discriminazione basata sull'origine del capitale. Questa distinzione, a fronte delle scelte di politica economica

⁵ R. AVI-YONAH, *Corporations, society, and the State: A defense of the corporate tax*, in *Virginia Law Review*, 5/2004, p. 1201.

⁶ M. DERZI - F. FONSECA, *Reforma tributária, imposto de renda mínimo e tributação de lucros e dividendos: uma análise crítica do regime brasileiro de isenção dos resultados distribuídos*, Belo Horizonte, 2020, p. 38.

⁷ R. LUPI, *Dai presupposti economici d'imposta alle basi imponibili nella parte speciale del diritto tributario*, Milano, 2020, p. 168.

⁸ M. DERZI - F. FONSECA, *Op. cit.*, p. 45.

⁹ J. ARAÚJO - J. SILVA - M.A. OLIVEIRA - M. SOARES, *Tributação de lucros e dividendos: uma análise comparativa do modelo brasileiro*, in *Agenda brasileira*, 3/2021, p. 7.

¹⁰ G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, XII ed., Padova, 2018, pp. 291-292.

¹¹ A. FANTOZZI - F. PAPARELLA, *Lezione di diritto tributario dell'impresa*, II ed., Padova, 2019, p. 89.

adottate dall'Unione Europea, è stata ritenuta dalla Corte di Giustizia incompatibile con il principio della libera circolazione dei capitali¹².

A questo contesto si aggiunge, come già anticipato, una tendenza mondiale alla riduzione della tassazione del reddito nella persona giuridica, aumentandola nel momento in cui esso viene trasferito ai soci. Questa scelta, giustificata dall'esistenza di una concorrenza fiscale internazionale provocata dal crescente fenomeno della globalizzazione¹³, ha indotto la gran parte dei Paesi ad optare per metodi misti rappresentati o dalla combinazione di aliquote ridotte in capo a persone diverse, o addirittura dall'esenzione parziale¹⁴.

Nonostante questo contesto, a seconda degli obiettivi di politica economica e fiscale che il legislatore intende raggiungere, la riscossione dell'imposta presso le persone giuridiche presenta comunque dei vantaggi amministrativi in termini di semplificazione, in quanto il numero di persone giuridiche è sempre inferiore a quello dei soci¹⁵. Come verrà dimostrato in seguito, il legislatore brasiliano ha adottato questa linea di ragionamento al momento dell'introduzione della l. n. 9249/1995, la quale attualmente si conferma in controtendenza rispetto a quelle adottate dalla maggior parte dei Paesi.

3. Il regime tributario degli utili e dei dividendi in Brasile

Come già accennato, nel 1995 è stata promulgata la l. n. 9249/1995, che stabilisce, nel suo art. 10, l'esenzione degli utili e dei dividendi percepiti sia da persona fisica che da persona giuridica domiciliata in Brasile o all'estero. La norma è particolarmente ampia, in modo da coprire qualsiasi utile che venga distribuito ai soci, indipendentemente dalla natura o dal regime fiscale della società tramite la quale viene prodotto e da chi sia il suo

¹² G. FALSITTA, *Op. cit.*, p. 294.

¹³ Si v. il Progetto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), sviluppato dall'OCSE.

¹⁴ M. DERZI - F. FONSECA, *Op. cit.*, p. 47.

¹⁵ R. AVI-YONAH, *Op. cit.*, pp. 1201-1202.

socio, ivi compreso quello che viene prodotto dalle società di persone, visto che in Brasile non è in vigore un regime di trasparenza fiscale.

Va notato da subito l'intento di semplificazione del legislatore. Questo obiettivo viene appunto espressamente dichiarato al punto 2 della Relazione Illustrativa della legge. Al di là della finalità di semplificazione, il legislatore nel punto 12 esplicita anche il suo intento di: (i) inibire l'evasione fiscale; (ii) stabilire "*la completa integrazione tra la persona fisica e la persona giuridica, tassando questo reddito esclusivamente nella società ed esentandolo quando viene percepito dai beneficiari*"; (iii) stimolare "*grazie alla parità di trattamento e delle aliquote applicabili, gli investimenti in attività produttive*"¹⁶.

Come già detto, al di là dei molteplici problemi sollevati dall'attuale norma, per allontanarsi dalle demagogie e dalle confusioni create nel dibattito pubblico, questo contesto non può essere trascurato, soprattutto se l'intento è quello di elaborare critiche che possano essere considerate davvero valide e costruttive.

4. La scelta del legislatore fiscale del 1995

Il Brasile ha una lunga storia in materia di tassazione degli utili e dei dividendi. A causa della complessità con cui l'argomento è stato trattato nel tempo, la sua disciplina è stata da sempre assoggettata ad infiniti mutamenti¹⁷. Un'analisi più approfondita non potrà essere sviluppata nel presente lavoro: basti qui sottolineare che questo storico – caratterizzato da numerose eccezioni – è stato, appunto, uno dei principali motivi che ha spinto il legislatore a riformulare l'intera disciplina, rendendola la più semplice e chiara possibile.

Non si può dimenticare di aggiungere a questo contesto l'elemento chiave per la definizione del contenuto di tale norma: l'approccio liberale del governo brasiliano a quel tempo. Questo

¹⁶ Relazione illustrativa della legge n. 9249/1995, disponibile su: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9249-26-dezembro-1995-349062-exposicaoomotivos-149781-pl.html>.

¹⁷ A titolo di esempio, tra molti altri possibili, in un dato momento si è avuta la ritenuta alla fonte, definitiva o anticipata, e in un altro momento si è avuto un regime di trasparenza fiscale per alcuni contribuenti.

scenario ha portato all'introduzione di una serie di norme che miravano a favorire lo sviluppo delle attività produttive nel Paese, tra cui il regime in esame¹⁸. Sebbene la tassazione sia di per sé un intervento dello Stato nell'economia, essa può basarsi su giustificazioni di natura più liberale o sociale.

Da quanto si può desumere dalla Relazione Illustrativa di tale legge, il legislatore del 1995, grazie alle aliquote previste, ha inteso incoraggiare lo sviluppo delle attività economiche del Paese tramite le persone giuridiche. Proprio per raggiungere questo obiettivo si può constatare che la legislazione brasiliana è andata incontro a un serio problema, se osservata dal punto di vista della neutralità della tassazione delle forme giuridiche per i piccoli imprenditori: per queste persone è diventato molto più vantaggioso, in termini puramente fiscali, svolgere un'attività economica mediante una persona giuridica¹⁹.

Comunque, una serie di ragioni rendeva questa scelta particolarmente promettente in quel momento, giacché era proprio il risultato derivante dall'assenza di neutralità quello che il legislatore voleva ottenere.

Il Brasile si trovava in un periodo caratterizzato da una grande evasione fiscale, derivante soprattutto da un livello significativo di informalità nell'attività economica, che si traduceva

¹⁸ G. BRIGAGÃO, *A proposta de retorno à tributação de dividendos não pode prosperar*, disponibile su: <https://www.conjur.com.br/2018-out-24/proposta-retorno-tributacao-dividendos-nao-prosperar>.

¹⁹ Questo perché, all'epoca, un reddito prodotto tramite una società sarebbe stato sempre assoggettato ad un'aliquota nominale del 15%, a titolo di imposta sul reddito societario, a meno che la sua base imponibile accumulata non avesse superato il limite mensile di R\$20.000,00 (moneta brasiliana), nel qual caso avrebbe dovuto essere aggiunta una percentuale del 10% all'imposta da pagare. Lo stesso reddito prodotto da una persona fisica invece sarebbe stato assoggettato ad un'aliquota progressiva: esenzione fino a R\$900,00, un'aliquota del 15,00% da R\$900,01 a R\$1.800,00, e un'aliquota massima del 25,00% da 1.800,01 reais in poi. Dunque, per un imprenditore con un reddito netto mensile superiore a R\$1.800 ed inferiore a R\$20.000, l'esercizio della sua attività tramite una persona giuridica diventava molto più vantaggioso dal punto di vista fiscale. Per i grandi imprenditori, invece, esisteva una sorta di neutralità, poiché, se la loro base imponibile avesse superato il limite di R\$20.000,00 stabilito dalla legge, l'aliquota nominale applicabile sarebbe stata la stessa sia che avessero svolto la propria attività come persone fisiche che come persone giuridiche.

in una grande difficoltà da parte delle autorità fiscali nell'effettuare un controllo efficace di tutti i contribuenti.

La situazione si aggravava perché questa informalità si concentrava sulle persone fisiche. Considerando soprattutto la dimensione continentale del Paese e le difficoltà informatiche e tecnologiche, era quasi impossibile un controllo efficace delle attività sviluppate dai singoli individui e, di conseguenza, della loro corretta tassazione. Il risultato pratico era dunque l'assenza di tassazione di gran parte della ricchezza generata.

A questo punto, l'idea era: se i piccoli imprenditori iniziasero a svolgere le loro attività economiche mediante le persone giuridiche, l'universo di persone da controllare sarebbe molto più piccolo e, dunque, il controllo e la tassazione diventerebbero molto più efficaci.

Si nota che, più o meno nello stesso periodo, (anche) per facilitare l'opzione dell'imprenditore di sviluppare la sua attività tramite persona giuridica sono stati introdotti due regimi fiscali agevolati: il *Lucro Presumido* e il *Simples Nacional*.

Alla luce di tutte queste circostanze, proprio perché la scelta dell'esenzione è stata parte di una politica economica di governo più ampia, il presente lavoro non è la sede più adatta per stabilire un rapporto diretto di causa-effetto tra la norma e la concretizzazione delle sue intenzioni. Tuttavia, è innegabile che, nonostante gli innumerevoli problemi esistenti, l'obiettivo di aumentare la formalizzazione e il controllo fiscale effettuato dalle autorità brasiliane sia stato raggiunto con risultati notevoli.

A questo punto si può già concludere che la posizione di isolamento del legislatore brasiliano, dato l'intero contesto politico ed economico in cui si trovava il Paese, aveva assolutamente senso. In realtà, non si tratta affatto di una posizione isolata, poiché il legislatore, come nella maggior parte dei Paesi, ha optato per il metodo dell'integrazione. Tuttavia, il modo in cui è stata raggiunta l'integrazione mirava a favorire gli obiettivi più importanti della realtà socioeconomica del Paese: semplificazione amministrativa, riduzione dell'evasione fiscale e stimolo agli investimenti in attività produttive.

Da allora, la realtà è cambiata in modo significativo, e le domande che rimangono sono le seguenti: ha ancora senso mantenere la regola dell'esenzione degli utili e dei dividendi? Il modo

migliore per stimolare lo sviluppo economico è ridurre la tassazione? Per cercare di rispondere a queste domande, si rendono indispensabili alcune riflessioni sull'attuale realtà del Paese.

5. L'attuale realtà economica e imprenditoriale brasiliana

Nel 2021 il Brasile ha presentato un PIL di 8,7 trilioni di reais²⁰, corrispondente a circa 1,61 trilioni di dollari. È altresì degno di nota il fatto che, nello stesso periodo, la pressione fiscale lorda complessiva del Paese ha raggiunto il 33,90% del PIL²¹, di cui l'8,02% sono tributi sul reddito²², mentre il 14,76% sono tributi sui consumi e sui servizi.

Da un punto di vista più liberalista, si potrebbe ritenere che il Brasile, avendo un carico fiscale complessivo più basso rispetto all'Italia (circa il 43%), abbia cittadini più soddisfatti. D'altra parte, da un punto di vista più socialista si potrebbe ritenere che il problema del Brasile stia nella sua bassa pressione fiscale sul reddito, per cui vi sarebbe un innegabile spazio per abrogare la regola dell'esenzione, tassando i dividendi²³. Tuttavia, entrambe le posizioni affrontano la questione in modo troppo semplicistico.

Anche se il rapporto tra gettito tributario e PIL esprime la percentuale di reddito nazionale assorbita dai tributi, dimostrando il peso dell'intervento pubblico in economia, va sottolineato che una percentuale elevata risultante da questo rapporto non è necessariamente qualcosa di negativo. Questo perché tale

²⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, *Produto Interno Bruto - PIB*, disponibile su: <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>.

²¹ Cfr. SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL, *Estimativa da Carga Tributária Bruta do Governo Geral*, disponibile su: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACAO:43205.

²² SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL, *Op. cit.*

²³ Nel 2020, ad esempio, gli utili e i dividendi ricevuti dai soci hanno raggiunto un totale di R\$384,27 miliardi (si v., sul punto, MINISTERIO DA ECONOMIA, *Grandes Números IRPF - Ano-Calendário 2020, Exercício 2021*, disponibile su: <https://www.gov.br/receitafederalt/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos/imposto-de-renda/estudos-por-ano/gn-irpf-2021-2020.pdf>).

relazione, da sola, non è in grado di indicare la qualità e la quantità dei servizi pubblici forniti dallo Stato ai suoi cittadini e dunque la soddisfazione dei loro bisogni, fattori cruciali per la produzione di un consenso sociale sulla tassazione.

Sulla base di questi presupposti, si può affermare che la pressione fiscale brasiliana è molto elevata. Nei fatti, questa situazione può essere dimostrata dal recente lavoro pubblicato dall'*Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário*²⁴, che ha evidenziato, in una classifica dei 30 Paesi con la più alta pressione fiscale del mondo, come il Brasile figuri all'ultimo posto, con il peggior ritorno in termini di servizi di qualità alla popolazione in rapporto al gettito raccolto²⁵. Questa realtà è certamente uno dei principali ostacoli alla modifica della norma.

Inoltre, per quanto riguarda la tassazione sul reddito, è importante sottolineare che di questo 8,02%, oltre all'imposta sul reddito corporativo, che rappresenta il 2,42%, è previsto anche un contributo a carico delle società che rappresenta l'1,30%.

In questo contesto risulta opportuno verificare che, se da un lato vi è una differenza tra le aliquote nominali dell'imposta sul reddito delle società (15%) e delle persone fisiche (le aliquote progressive previste al momento dell'introduzione della esenzione sono state modificate, arrivando oggi al 27,5%), dall'altro, se confrontate dal punto di vista del carico fiscale complessivo, tale differenza, quasi doppia, diventa pressoché inesistente. Questo perché il contributo sopramenzionato viene riscosso sugli utili netti di tutte le persone giuridiche domiciliate nel Paese, cioè con una base imponibile quasi identica a quella dell'imposta sul reddito, a cui viene applicata un'aliquota del 9%, in modo tale che la tassazione sul reddito raggiunge il 24%, arrivando al 34% se viene applicato il 10% aggiuntivo.

²⁴ Lo studio prende in considerazione la pressione fiscale di ciascun Paese (gettito tributario in rapporto al PIL), ottenuta utilizzando i dati più recenti dell'OCSE, e l'ISU, che misura il grado di sviluppo in relazione all'istruzione, alla salute e al reddito in una determinata regione.

²⁵ F. ORTEGA, *Brasil tem o pior retorno de impostos à sociedade, segundo estudo*, disponibile su: <https://investnews.com.br/economia/brasil-tem-o-pior-retorno-de-impostos-a-sociedade-segundo-estudo-veja-ranking/>.

D'altra parte, con riferimento alla suddivisione della pressione fiscale tra tributi sui redditi e tributi sui consumi, è importante sottolineare che in Brasile esistono anche tributi che ricadono direttamente sui ricavi. Questi tributi, che nel 2021 hanno rappresentato circa il 3,77% del PIL, vengono considerati nella suddivisione come tributi sul consumo, perché sono di norma soggetti a un regime non cumulativo e vengono pertanto di solito trasferiti al consumatore finale.

Tuttavia, sebbene la norma generale brasiliana preveda un regime non cumulativo per le società che optano per il regime fiscale del *Lucro Real*, la maggior parte delle società rientra nella già citato *Simple Nacional* o nel *Lucro Presumido*. Per questi regimi specifici, anche se sono soggetti ad aliquote ridotte (ad esempio, il 3,65% sui ricavi lordi nel *Lucro Presumido*), la regola della non cumulabilità subisce l'“eccezione” della cumulabilità. Da ciò si può trarre un'altra conclusione: per la maggior parte delle imprese brasiliane, proprio perché soggette a un regime cumulativo, i tributi sui ricavi sono molto più vicini a un tributo sul reddito che sul consumo.

In questo contesto, anche se si considera che l'attuale aliquota nominale dell'imposta sul reddito delle società (15%) è molto bassa se confrontata con quella della maggior parte dei Paesi sviluppati, si può notare che il carico fiscale corporativo complessivo non è così basso e non è necessariamente nemmeno così diverso dalla tassazione imposta alle persone fisiche. A livello mondiale non esiste un Paese con una tassazione così pesante sui “ricavi”²⁶.

Tali considerazioni non intendono negare la necessità di migliorare la disciplina della tassazione degli utili e dei dividendi attualmente in vigore in Brasile: sono state sviluppate solo al fine di dimostrare, anche se brevemente, che la profondità del problema della tassazione del reddito in Brasile è molto maggiore di quanto non si sia soliti pensare.

Quindi, sarebbe sì opportuno ripensare la tassazione del reddito corporativo in Brasile, soprattutto in relazione al metodo di

²⁶ H. TORRES, *Tributação de dividendos e outros erros da “reforma” que pode esperar*, disponibile su: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-21/consultor-tributario-tributacao-dividendos-outros-erros-reforma-esperar>.

integrazione adottato, ma soltanto se prima o contemporaneamente venisse modificata la tassazione delle imprese nel suo complesso, in particolare considerando gli effetti della tassazione sui ricavi. Solo con una riforma più profonda si potrebbe sostenere una tassazione più severa sui redditi societari, in modo che incida effettivamente sui profitti e non tanto sui ricavi, come accade attualmente. E non solo: è indispensabile un cambiamento radicale nell'atteggiamento dei governanti brasiliani in termini di gestione del servizio pubblico messo a disposizione dei cittadini. Solo così un aumento della pressione fiscale del Paese risulterebbe più accettabile da parte dei brasiliani.

6. Il problema di neutralità dell'attuale norma

Come già detto, l'attuale normativa brasiliana dovrebbe per forza subire diverse modifiche. Comunque, a causa della brevità dello spazio stabilito per questo lavoro, verrà affrontato solo l'aspetto che chi scrive ritiene il più importante: l'adozione di un regime di trasparenza fiscale.

Sebbene nel 1995 la trasparenza fiscale fosse inefficace rispetto al problema che si voleva risolvere con l'adozione del regime di esenzione, giacché tale problema aveva origine appunto nella difficoltà derivante dalla tassazione delle persone fisiche, la realtà di oggi è cambiata. L'informalizzazione e l'evasione fiscale, che hanno portato a una semplificazione della tassazione degli utili e dei dividendi, nonostante siano ancora problemi presenti nel Paese, possono e devono essere combattute in modi diversi, grazie all'informatizzazione e alle numerose risorse a disposizione delle autorità fiscali.

La tassazione dovrebbe di norma perseguire la sua stessa neutralità, anche se, in ragione della sua natura di intervento statale nell'economia, ha come effetto quello di indurre dei comportamenti. Questo non implica necessariamente un'idea liberale di assenza di tassazione.

Quanto ai dividendi, questa neutralità dovrebbe essere raggiunta tramite la neutralità della tassazione delle forme giuridiche, affinché la semplice scelta di svolgere un'attività economica in modo organizzato sotto forma di persona giuridica non sia influenzata dallo specifico regime fiscale.

Il problema dell'attuale disciplina non risiede quindi in un qualche odioso incentivo ai redditi da capitale che favorisca così lo strato più ricco della popolazione, come spesso si dice nei dibattiti pubblici. Il reale problema della disuguaglianza si trova nella tassazione stessa del reddito proveniente dal lavoro. Nelle società di più piccole dimensioni, soprattutto quelle di persone, gli utili prodotti sono direttamente collegati alla prestazione dei propri soci nella realizzazione dell'oggetto sociale. In altri termini, questo tipo di società esiste solo come mezzo di generazione di ricchezza *da e per* l'individuo stesso.

In questi casi, pertanto, come succede in Italia, la disciplina fiscale dovrebbe imputare il reddito prodotto direttamente ai soci, in modo tale da tassarli conformemente alla tabella progressiva dell'imposta sul reddito delle persone fisiche²⁷.

Un tale cambiamento non richiederebbe una riforma globale del sistema fiscale, né un cambio di mentalità dei brasiliani, e potrebbe essere implementato più rapidamente, in modo da garantire almeno una tassazione più adeguata, assicurando l'attuazione dei principi costituzionali della progressività e dell'uguaglianza.

7. Conclusioni

Da tutto quanto si è detto finora, risulta possibile implementare una serie di miglioramenti in materia di tassazione degli utili e dei dividendi in Brasile. Questo non vuol dire però che l'implementazione della norma nel 1995 sia stata segnata da irrazionalità.

Le discipline fiscali, in quanto forme di intervento dello Stato nell'economia, vengono utilizzate come fondamentali strumenti di politica economica statale, per cui, considerando la realtà economica del Paese in quel momento, l'integrazione nella forma dell'esenzione totale dei risultati distribuiti rappresentava la maniera più idonea per raggiungere gli obiettivi di carattere liberale desiderati. Non si trattava dell'isolamento di per sé, in

²⁷ P. HARRIS, *Corporate Tax Law: Structure, policy and practice*, Cambridge, 2013, p. 181.

quanto la norma di esenzione in quel caso era anche una norma tecnica mirata a realizzare il metodo di integrazione.

Come detto, questo non rende la norma in questione immune da critiche, specialmente se si considera che la realtà economica nazionale e mondiale è cambiata. Si è verificato che la tesi secondo cui meno tasse corrispondono a più sviluppo economico è troppo semplicistica. Comunque, anche qualora si difenda un ritorno dello Stato in materia, si è sostenuta una sorta di cautela nelle critiche, per evitare che tale norma diventi il capro espiatorio di un problema in realtà strutturale della tassazione del reddito in Brasile.

Per questo motivo si è deciso di concentrarsi su una soluzione che può essere adottata più facilmente, almeno per minimizzare il suo grave problema di neutralità, soprattutto se osservata dal punto di vista del reddito prodotto dal lavoro.

Si è quindi concluso che, oltre ad altri cambiamenti necessari nel sistema fiscale brasiliano, l'introduzione di un regime di trasparenza fiscale è un grande passo verso una tassazione più equa, più progressiva e, di conseguenza, più adeguata dal punto di vista costituzionale.

I NUOVI POTERI DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO IN MATERIA DI TUTELA DEI CONSUMATORI*

PIETRO CUTAIA

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'AGCM e la tutela dei consumatori. – 2. I poteri dell'Autorità in materia di clausole vessatorie prima della riforma. – 3. La Legge europea 2019-2020 e i nuovi poteri dell'Autorità. – 4. Brevi considerazioni conclusive.

Abstract: The paper aims to provide an analytical overview of the new powers granted to the Italian Competition Authority by Law No. 238 of 23 December 2021, regarding administrative protection against unfair terms, as well as a general reflection on the strengthening, at the national and European levels, of public enforcement of consumer protection regulations, as a sign of re-discovery of the role of the State and its involvement in the economy.

1. Introduzione: l'AGCM e la tutela dei consumatori

Se c'è un'autorità amministrativa indipendente di cui il nostro tempo sembra non poter fare a meno, questa è l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM)¹.

Anche se il principale compito istituzionale dell'Autorità consiste nella tutela e nella promozione della concorrenza, per le

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

¹ In dottrina lo afferma anche T. PASTORI, *La tutela amministrativa del consumatore nei contratti B2C: le clausole vessatorie*, in C.E. CAZZATO (a cura di), *I contratti e le nuove tutele dei consumatori*, Santarcangelo di Romagna, 2022, p. 277.

quali essa è stata istituita dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, nel corso degli anni si è assistito a un notevole ampliamento dei suoi ambiti di intervento, fino a ricomprendere, ad esempio, la supervisione sull'attività della pubblica amministrazione, nonché, soprattutto, la tutela dei consumatori.

Lo svolgimento congiunto di compiti di tutela della concorrenza e di protezione dei consumatori non è una peculiarità dell'ordinamento italiano: basti pensare all'esperienza anglosassone della *Federal Trade Commission* statunitense o dell'*Office of Fair Trading* britannico. Si consideri, peraltro, che le competenze dell'Autorità in materia di tutela dei consumatori, pur caratterizzate da canoni applicativi a sé stanti, presentano una spiccata complementarità con le attività di tutela della concorrenza. La *ratio* di tale disciplina, infatti, va individuata nella salvaguardia della libertà di scelta dei consumatori, i quali devono poter adottare in modo consapevole e incondizionato le proprie decisioni commerciali. Il compito assegnato all'AGCM risulta quindi funzionale, anche in questo caso, ad assicurare il corretto funzionamento del mercato².

La legislazione in materia di tutela dei consumatori – e, più in generale, della concorrenza – non opera isolatamente per il raggiungimento di obiettivi di efficienza del sistema economico, ma si inserisce nel più ampio contesto degli strumenti di intervento pubblico nell'economia. Come è stato riconosciuto, nel corso degli ultimi decenni la politica economica dei principali Paesi industriali è passata da un'impostazione interventistica a una che, al contrario, privilegia l'utilizzo di strumenti indiretti nell'indirizzo dei comportamenti economici, così da fornire un quadro di riferimento per gli operatori economici³; quest'ultima impostazione ha acquistato un particolare significato in virtù delle spinte concorrenziali derivanti dall'ordinamento europeo⁴.

² M. D'OSTUNI - M. BERETTA, *Il diritto della concorrenza in Italia*, Torino, 2021, p. 204.

³ Per un'analisi, sotto un profilo più attuale, sul ruolo della crisi finanziaria e di quella pandemica nella società globale, nonché sull'individuazione di un nuovo rapporto tra i regimi privati e la regolazione pubblica dell'economia, si rinvia a S. DE NITTO, *Regolazione per standard: un valore aggiunto?*, in *federalismi.it*, 19/2022, pp. 81 ss.

⁴ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Relazione annuale sull'attività svolta nel 1990*, p. 1.

In tale contesto, la centralità del ruolo dell'AGCM nell'azione a tutela dei consumatori, della quale è oggi indiscussa protagonista, si è consolidata per effetto di una serie di esplicite scelte del legislatore⁵. Basti pensare che, nel corso dell'anno 2021, l'Autorità ha condotto complessivamente 97 procedimenti istruttori ai sensi del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo, abbr. c. cons.) a fronte di (soli) 25 procedimenti istruttori in applicazione della normativa a tutela della concorrenza, di cui alla l. n. 287/1990⁶.

Anche la produzione legislativa dell'Unione europea destinata alla protezione dei consumatori, come è stato riconosciuto in dottrina⁷, sta registrando un significativo sviluppo nel suo processo di riforma, articolato in numerosi interventi sia di aggiornamento che di nuovo conio, al fine di tener conto dell'evoluzione del mercato e della società. In particolare, ad esito del processo di revisione della normativa consumeristica, la Commissione europea ha adottato, ad aprile 2018, un articolato pacchetto di misure, che si inseriscono nell'ambito del c.d. *New Deal for Consumers*, mediante il quale l'Unione si è prefissa di introdurre norme moderne e adeguate alle mutate prassi commerciali, nonché specifici correttivi al fine di superare le diverse lacune e incongruenze normative⁸.

Il legislatore europeo ha di recente adottato la dir. 2019/2161/UE (c.d. direttiva modernizzazione), che modifica una serie di precedenti direttive per assicurare una migliore applicazione delle norme dell'Unione europea relative alla tutela dei consumatori, in quanto ritenute in parte obsolete alla luce delle innovazioni tecnologiche degli ultimi anni. Da ultimo, inoltre, sono state adottate le direttive 2019/770/UE e 2019/771/UE, nonché la dir. 2020/1828/UE, relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi dei consumatori, che hanno consolidato il

⁵ F. CARONNA, *La tutela del consumatore nell'ordinamento nazionale*, in A. CATRICALÀ - C.E. CAZZATO - F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto antitrust*, Milano, 2021, p. 1270.

⁶ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2021*, p. 83.

⁷ S. GAMBUTO, *La tutela del consumatore nell'ordinamento comunitario*, in A. CATRICALÀ - C.E. CAZZATO - F. FIMMANÒ (a cura di), *Op. cit.*, p. 1241.

⁸ *Id.* p. 56.

trend europeo di rafforzamento dell'azione di *public enforcement* a tutela dei consumatori.

A livello nazionale, tra gli interventi più recenti e significativi si segnala l'entrata in vigore – in data 19 maggio 2020 – della nuova disciplina in materia di *class action*, introdotta con la legge 12 aprile 2019, n. 31. Più di recente, sull'onda del rinnovamento avviato dall'Unione europea con il menzionato *New Deal for Consumers*, il legislatore italiano ha modificato e integrato il Codice del consumo, la cui nuova disciplina è entrata in vigore a gennaio 2022⁹.

A ciò si aggiunge la recente istituzione, a ottobre 2021, della Commissione parlamentare di inchiesta sulla tutela dei consumatori, cui è stato attribuito, fra l'altro, il compito di “*indagare sulle forme più ricorrenti di truffe o di pratiche commerciali scorrette a danno dei consumatori e degli utenti nella fornitura di beni e servizi, quali le clausole vessatorie nei contratti, l'utilizzo improprio dei dati personali, la pubblicità ingannevole e altri fenomeni assimilabili*”¹⁰.

Il diritto dei consumatori, come si è visto, promana da una molteplicità di fonti, soprattutto di natura comunitaria. A queste si aggiunge l'attività svolta dalle autorità amministrative indipendenti competenti (in Italia, appunto, l'AGCM), le quali concorrono a definire in concreto i contenuti della materia, rappresentando così un presidio ineludibile per garantire un'effettiva tutela dei consumatori¹¹.

2. I poteri dell'Autorità in materia di clausole vessatorie prima della riforma

Le tendenze normative appena illustrate risultano ancora più evidenti alla luce di una recente riforma, di matrice comunitaria,

⁹ Ci si riferisce, nello specifico, al d. lgs. 4 novembre 2021, n. 170, di attuazione della dir. 2019/771/UE, e al d. lgs. 4 novembre 2021, n. 173, di attuazione della dir. 2019/770/UE.

¹⁰ Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, delibera 13 ottobre 2021, e in particolare l'art. 1, co. 2.

¹¹ Così F. CARONNA, *Op. cit.*, p. 1255.

che ha interessato, in particolare, la disciplina in materia di tutela amministrativa contro le clausole vessatorie¹².

Per la tutela dei consumatori che intrattengono rapporti contrattuali con professionisti¹³, nella consapevolezza che i primi si potrebbero trovare in una situazione di vulnerabilità, nel 2012 è stato attribuito all'AGCM, con l'introduzione dell'art. 37-bis all'interno del Codice del consumo, il potere di accertare – ex

¹² Sul tema della tutela amministrativa contro le clausole vessatorie si rinvia, senza pretesa di esaustività, a E. GRAZIOSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, Milano, 2010; E. MINERVINI, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *N. leggi civ.*, 3/2012, pp. 563-573; V. PANDOLFINI, *La tutela amministrativa dei consumatori contro le clausole vessatorie*, in *Corr. giur.*, 5/2012, pp. 47-60; C. CAMARDI, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul Codice del consumo*, in *Jus civile*, 5/2013, pp. 305-337; E. POSMON, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie: luci e ombre di un modello di controllo*, in *N. leggi civ.*, 4/2013, pp. 823-850; D. ACHILLE - S. CHERTI, *Le clausole vessatorie nei contratti tra professionista e consumatore*, in G. RECINTO - S. MEZZASOMA - S. CHERTI (a cura di), *Diritti e tutela dei consumatori*, Napoli, 2014; M. SINISI, *Tutela amministrativa contro le clausole vessatorie: i nuovi poteri dell'AGCM di cui all'art. 37 bis del Codice del consumo e il sindacato del g.a. sui relativi atti*, in *federalismi.it*, 5/2014; E. BATTELLI, *L'intervento dell'Autorità Antitrust contro le clausole vessatorie e le prospettive di un sistema integrato di protezione dei consumatori*, in *Eur. dir. priv.*, 1/2014, pp. 217-269; E. MINERVINI, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato e la violazione dei diritti dei consumatori nei contratti*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, pp. 485-496; M. ANGELONE, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie alla luce dell'attività provvedimentale condotta dall'AGCM nel triennio 2013-2015*, *ivi*, pp. 525-551; G. ALPA - A. CATRICALÀ, *Diritto dei consumatori*, Bologna, 2016; V. SANASI D'ARPE, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie: un primo bilancio applicativo verso una moral suasion degli operatori*, in *Id.*, *Studi di diritto dell'economia. Riflessioni sui temi scelti alla luce delle più recenti novità normative e giurisprudenziali*, Napoli, 2017, pp. 107-120; E. CAPOBIANCO, Art. 37 bis, in E. CAPOBIANCO - S. MEZZASOMA - G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2019; A. BARENGHI, Art. 37 bis, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, 2019; A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Padova, 2017; M. ANGELONE, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie (anni 2019-2020)*, in *Concorrenza e mercato*, 2021, pp. 443-460; M.S. RESTA, *Le clausole vessatorie*, in A. CATRICALÀ - C.E. CAZZATO - F. FIMMANÒ (a cura di), *Op. cit.*, pp. 1513 ss.; M. D'OSTUNI - M. BERETTA, *Op. cit.*; C.E. CAZZATO (a cura di), *Op. cit.*

¹³ Per le nozioni di “consumatore” e “professionista” si rinvia all'art. 18, comma 1, lett. a e b, c. cons.

*ufficio*¹⁴ o sulla base di segnalazioni – “*la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari*” (art. 37-*bis*, comma 1), in attuazione della dir. 93/13/CEE¹⁵.

Il dato testuale dell’art. 37-*bis*, comma 1, c. cons. dispone che l’AGCM dichiara la vessatorietà¹⁶ di una clausola “*sentite le associazioni di categoria rappresentative a livello nazionale*”; a seguire, una volta che il responsabile del procedimento ritenga la pratica sufficientemente istruita, comunica alle parti la data di conclusione dell’istruttoria e indica loro un termine entro il quale presentare eventuali memorie conclusive e documenti.

Sulla scorta del rinvio testuale all’art. 14, comma 2, della l. n. 287/1990 (di cui all’art. 37-*bis*, primo comma), ai fini del potere di accertamento, l’Autorità, in ogni momento dell’istruttoria, può “*richiedere alle imprese, enti o persone che ne siano in possesso di fornire informazioni e di esibire documenti utili ai fini dell’istruttoria; disporre ispezioni al fine di controllare i documenti aziendali e di prenderne copia, anche avvalendosi della collaborazione di altri organi dello Stato; disporre perizie e analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell’istruttoria*”.

¹⁴ In dottrina è stato osservato che il potere di controllo d’ufficio va a compensare la posizione di strutturale inferiorità dei consumatori, i quali potrebbero non essere consapevoli dei loro diritti e, pertanto, non contestare il carattere abusivo delle clausole contrattuali (T. PASTORI, *Op. cit.*, p. 281).

¹⁵ Secondo la giurisprudenza comunitaria, il sistema di tutela istituito con la dir. 93/13/CEE si fonda sull’idea che i consumatori si trovano in una posizione di *inferiorità* nei confronti dei professionisti per quanto riguarda (i) il potere negoziale e (ii) il livello di informazione (cfr. C. giust. UE, 26 gennaio 2017, C-421/14, *Banco Primus*) tale da giustificare la previsione in base alla quale le clausole abusive non sono vincolanti nei confronti dei consumatori. Secondo la giurisprudenza comunitaria si tratta di una disposizione imperativa tesa a sostituire all’equilibrio “formale” del contratto un equilibrio “reale” (in questi termini C. giust. UE, 21 dicembre 2016, C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Gutiérrez Naranjo et al.*).

¹⁶ In particolare, secondo la disciplina vigente, “*si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*” (art. 33, comma 1, c. cons.).

In caso di inottemperanza del professionista, l'Autorità può applicare una sanzione amministrativa pecuniaria da 2.000 a 20.000 euro (comma 1, terzo periodo).

Valutata la clausola come vessatoria, fino al 31 gennaio 2022 l'AGCM era titolare di poteri molto limitati – se paragonati a quelli di cui disponeva (e dispone tuttora) in materia di intese restrittive, abuso di posizione o pratiche commerciali scorrette – consistenti essenzialmente in un potere di mero accertamento (art. 37-*bis*, comma 1) e un correlato potere di pubblicazione del provvedimento (art. 37-*bis*, comma 2)¹⁷.

Solo in caso di mancata pubblicazione del provvedimento da parte del professionista, l'AGCM era (ed è tuttora) tenuta a irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria di importo compreso fra 5.000 e 50.000 euro (art. 37-*bis*, comma 2)¹⁸.

Ne discende che, nella disciplina in vigore fino al 31 gennaio 2022, l'AGCM non godeva di alcun potere inibitorio o sanzionatorio diretto (né tantomeno di poteri cautelari), potendo solo limitarsi a dichiarare la vessatorietà di una o più clausole e disporre la pubblicazione del relativo provvedimento¹⁹.

¹⁷ Inoltre, nella fase preistruttoria, secondo quanto previsto dall'art. 23, comma 5, del “*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore*” adottato con la delibera n. 25411 del 1° aprile 2015, ad eccezione dei casi di particolare gravità, qualora sussistano fondati motivi per ritenere che le clausole inserite in contratti tra professionisti e consumatori siano vessatorie, il responsabile del procedimento, dopo averne informato il collegio, può informare per iscritto il professionista della probabile vessatorietà della clausola contrattuale (c.d. *moral suasion*).

¹⁸ Ad esempio, con il provvedimento n. 26596 dell'11 maggio 2017 l'AGCM ha accertato la vessatorietà di alcune clausole delle condizioni generali di contratto utilizzate da *WhatsApp Inc.* Dal momento che la società non ha dato seguito all'ordine di pubblicazione dell'estratto del provvedimento dell'AGCM, quest'ultima ha deliberato l'avvio di un procedimento volto ad accertare l'inottemperanza della società, che si è concluso con l'irrogazione di una sanzione di importo pari al massimo edittale (prov. n. 26933 del 10 gennaio 2018).

¹⁹ Nondimeno, i poteri dell'AGCM risultano rafforzati alla luce del fatto che i provvedimenti che accertano la vessatorietà di una clausola (o qualsiasi altra violazione) hanno natura di “*prova privilegiata*” (Cass., sez. I, 31 agosto 2021, n. 23655); inoltre, si segnala che, ai sensi dell'art. 15 della dir. 2020/1828/UE, la decisione definitiva di un'autorità amministrativa di qualsiasi Stato membro relativa all'esistenza di una violazione a danno degli interessi collettivi dei consumatori può essere invocata da tutte le parti come prova nell'ambito di eventuali altre azioni dinanzi ai rispettivi organi giurisdizionali

L'Autorità, pertanto, non poteva sanzionare il professionista che avesse inserito una clausola ritenuta vessatoria, né tantomeno dichiararne la nullità o adottare provvedimenti risarcitori – poteri, questi ultimi, riservati da sempre al giudice ordinario. È infatti “*fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario sulla validità delle clausole vessatorie e sul risarcimento del danno*” (art. 37-bis, comma 4), essendo quindi possibile per un consumatore o un gruppo di consumatori, a prescindere da un accertamento dell'Autorità, agire in giudizio (civile) per ottenere la nullità della clausola vessatoria ovvero il risarcimento dei danni.

Emerge quindi che, nella sua impostazione originaria, l'intervento dell'Autorità è stato limitato a informare il pubblico circa l'eventuale natura vessatoria di una o più clausole contrattuali²⁰, parlandosi al riguardo di un mero “*controllo anticipato*” dell'Autorità sulla vessatorietà delle clausole²¹.

In dottrina si è sostenuto inoltre che il legislatore, non attribuendo all'AGCM alcun potere coercitivo, abbia cercato di favorire “*forme di autodisciplina*” volte a realizzare “*la moralizzazione delle condotte imprenditoriali e ad incentivare la diffusione di una corretta etica mercantile*”²², nonché a fungere da deterrente per il professionista a utilizzare clausole siffatte²³.

Sebbene a fronte degli accertamenti dell'AGCM molti professionisti abbiano provveduto all'eliminazione (ovvero alla modifica) delle presunte clausole vessatorie²⁴, tale regime non ha mai convinto del tutto l'Autorità. Infatti, qualora l'impresa non avesse ottemperato all'obbligo di pubblicazione e non si fosse obbligata spontaneamente a modificare la presunta clausola abusiva, l'Autorità – non avendo poteri di diffida per vietare l'uso

nazionali, al fine di ottenere provvedimenti risarcitori nei confronti dello stesso professionista per la medesima pratica.

²⁰ M. D'OSTUNI - M. BERETTA, *Op. cit.*, p. 240.

²¹ M.S. RESTA, *Op. cit.*, p. 1543.

²² M. ANGELONE, *La tutela amministrativa*, cit., p. 447.

²³ E. MINERVINI, *L'Autorità garante della concorrenza*, cit., p. 491.

²⁴ Nella prassi, per evitare gli effetti negativi della pubblicazione i professionisti si sono spesso mostrati disponibili a un ravvedimento operoso, intervenendo con la pronta modifica delle clausole in questione (cfr., ad es., il provvedimento n. 28494 del 15 dicembre 2020, “*CV221 – Lecce-Clausole rimborso biglietti*”).

della clausola – risultava di fatto “*priva di qualunque strumento di intervento*”²⁵.

La consapevolezza da parte dell'Autorità della scarsissima incisività del precedente regime “sanzionatorio” – i cui limiti edittali si possono ancora considerare quasi irrilevanti – è emersa a chiare lettere già nella segnalazione inviata ai Presidenti del Parlamento e al Presidente del Consiglio dei ministri in data 6 novembre 2017²⁶, con cui l'AGCM, al fine di rendere più efficace la propria azione amministrativa, ha proposto una modifica normativa volta all'inserimento, nell'art. 37-*bis*, di un richiamo ai contenuti dell'art. 27, comma 8, del Codice del consumo, nell'ottica di introdurre nel procedimento in materia di clausole vessatorie un potere di diffida analogo a quello previsto in materia di pratiche commerciali scorrette.

Tale richiesta è stata successivamente ribadita dall'attuale Presidente dell'AGCM Roberto Rustichelli, in occasione della sua prima audizione alla Commissione parlamentare d'inchiesta sulla tutela dei consumatori: “*l'ambito di intervento dell'Autorità in materia appare inadeguato poiché viene ad essa riconosciuta soltanto la facoltà di valutare se il testo delle condizioni generali di contratto adottate dall'impresa contenga o meno clausole vessatorie in violazione degli articoli 33 e seguenti del Codice, senza alcuna conseguenza sulla loro validità o necessità di modificarle o eliminarle*”²⁷.

Un sistema così concepito ha rivelato, nel corso del tempo, tutti i limiti di un controllo amministrativo privo di mezzi direttamente attivabili dall'Autorità al fine di poter obbligare le imprese alla modifica (ovvero all'eliminazione) delle presunte clausole vessatorie.

²⁵ T. PASTORI, *Op. cit.*, p. 286.

²⁶ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Bollettino settimanale* n. 43 del 13 novembre 2017, pp. 131-133.

²⁷ Il resoconto stenografico dell'audizione, svoltasi in data 3 maggio 2022, è disponibile sul sito della Camera dei deputati: <http://documenti.camera.it/leg18/resoconti/commissioni/stenografici/pdf/81/audiz2/audizione/2022/05/03/leg.18.stencomm.data20220503.U1.com81.audiz2.audizione.0019.pdf>.

3. La Legge europea 2019-2020 e i nuovi poteri dell'Autorità

In data 1° febbraio 2022 è entrata in vigore la legge 23 dicembre 2021, n. 238, recante “*Disposizioni per l’adempimento degli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea - Legge europea 2019-2020*”, la quale ha introdotto, con il Capo VI, nuove “*Disposizioni in materia di protezione dei consumatori*”. Fra queste, rivestono notevole importanza quelle previste dall’art. 37, relative all’attuazione del reg. (UE) 2017/2394, che detta una disciplina finalizzata ad assicurare un’efficace attuazione della normativa europea a tutela dei consumatori, garantendo meccanismi di cooperazione tra le autorità competenti a livello nazionale e, al contempo, prescrivendo che tali autorità siano dotate di un *set* minimo di poteri, idoneo a garantire l’efficacia della loro azione²⁸.

L’art. 37 della legge ha modificato, fra gli altri, l’art. 37-bis c. cons., designando l’AGCM “*quale autorità competente responsabile dell’applicazione della direttiva 93/13/CEE*” (primo periodo) e disponendo che “*in materia di accertamento e di sanzione delle violazioni della citata direttiva 93/13/CEE, si applica l’articolo 27 del presente codice*” (secondo periodo).

La novità più significativa della riforma consiste proprio nel rinvio integrale all’art. 27 c. cons., il quale conferisce all’Autorità la facoltà di esercitare, in materia di clausole vessatorie, il medesimo (ampio) ventaglio di poteri di cui la stessa dispone in materia di pratiche commerciali scorrette, rendendone così l’azione amministrativa in tale ambito molto più efficace.

Nello specifico, grazie al richiamo ai contenuti del comma 8 dell’art. 27 del Codice del consumo, l’AGCM è stata dotata, *in primis*, di un potere di diffida nei procedimenti in materia di clausole vessatorie analogo a quello previsto, fino al 31 gennaio 2022, solo in materia di pratiche commerciali sleali.

Inoltre, al fine di rendere più efficace tale potere di diffida, la modifica normativa in esame prevede la possibilità per l’Autorità di irrogare sanzioni sia nel caso in cui venga dichiarata la vessatorietà di una clausola ai sensi dell’art. 36, commi 2 e 5, c. cons. (in forza del rinvio all’art. 27, comma 9), sia nel caso in cui

²⁸ F. CARONNA, *Op. cit.*, p. 1271.

un professionista continui a utilizzare clausole contrattuali dichiarate vessatorie con decisione definitiva (in forza del rinvio all'art. 27, comma 12, per i casi di inottemperanza).

A ciò si aggiunge la possibilità di esercitare anche poteri cautelari (in virtù del rinvio al comma 3), al fine di disporre, ad esempio, la sospensione provvisoria dell'impiego delle clausole ritenute vessatorie, nonché la possibilità di ottenere dai professionisti l'assunzione di impegni volti a porre fine alla presunta infrazione (comma 7), ferma restando l'applicabilità di tutti i poteri già descritti in precedenza, che restano inalterati.

Sul fronte sanzionatorio si segnala che, già prima dell'entrata in vigore della l. n. 238/2021, la c.d. direttiva modernizzazione, entrata in vigore il 7 gennaio 2020 e attualmente in fase di recepimento, ha previsto espressamente la possibilità di irrogare sanzioni in caso di violazione, fra le altre, della disciplina sulle clausole abusive di cui alla dir. 93/13/CEE²⁹.

Sul punto va segnalato che l'art. 4 del disegno di legge di delegazione europea 2021, recante, fra l'altro, "*Principi e criteri direttivi per il recepimento della direttiva (UE) 2019/2161*", prevede – nell'ultima versione disponibile³⁰ – che i poteri sanzionatori citati nella direttiva (fra i quali anche quelli relativi alle clausole vessatorie) siano esercitati dall'AGCM "*anche in relazione alle fattispecie di esclusivo rilievo nazionale*" (comma 1, lett. d).

Inoltre, si prevede che il massimo edittale delle sanzioni inflitte a norma dell'art. 21 del reg. (UE) n. 2017/2394 – relative, cioè, alle infrazioni diffuse e alle infrazioni diffuse aventi una dimensione unionale³¹ – sia almeno pari al 4% del fatturato annuo del professionista nello Stato membro o negli Stati membri interessati (comma 1, lett. e)³².

²⁹ Cfr. art 1, dir. 93/13/CEE.

³⁰ Il disegno di legge è stato approvato in prima lettura dalla Camera dei deputati in data 16 dicembre 2021, e successivamente, in data 30 giugno 2022, è stato approvato con modificazioni dal Senato della Repubblica, che lo ha ritrasmesso alla Camera per l'approvazione definitiva, avvenuta in data 2 agosto 2022.

³¹ Per le nozioni di "*infrazione diffusa*" e "*infrazione diffusa avente una dimensione unionale*" si rinvia all'art. 3, nn. 3 e 4, del reg. (UE) n. 2017/2394.

³² La direttiva contiene una previsione analoga in relazione ai casi di violazione della dir. 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, "*relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno [...] («direttiva sulle pratiche commerciali*

Il testo del disegno di legge, nella prima versione approvata dalla Camera, prevedeva che tale previsione si applicasse anche alle sanzioni “*derivanti dalla violazione delle norme contenute negli articoli da 18 a 27-quater, da 33 a 38 e da 45 a 67 del codice del consumo*”. Tuttavia, già nel testo successivamente licenziato dal Senato il riferimento a tali articoli del Codice è stato rimosso, con la conseguenza che l’innalzamento della soglia sanzionatoria, salvo ulteriori emendamenti, avrà una portata applicativa ridotta rispetto a quella inizialmente proposta.

4. Brevi considerazioni conclusive

Le novità normative appena descritte si inseriscono in un più ampio contesto di revisione del diritto, sia comunitario che nazionale, in materia di tutela dei consumatori e, contestualmente, di rafforzamento delle tutele loro destinate.

Ne è un (recente) esempio anche la proposta di direttiva annunciata dalla Commissione europea in data 30 marzo 2022, che prevede, fra l’altro, la modifica della direttiva sulle pratiche commerciali sleali al fine di ampliare l’elenco delle caratteristiche dei prodotti su cui i professionisti non possono ingannare i consumatori, inclusi l’impatto ambientale o sociale, la durabilità e la riparabilità³³. Essa prevede altresì l’introduzione di nuove pratiche considerate ingannevoli in base a una valutazione delle circostanze del caso, come la formulazione di dichiarazioni ambientali prive di impegni e obiettivi chiari, oggettivi e verificabili, o senza un sistema di monitoraggio indipendente.

Di recente, peraltro, la Corte di giustizia dell’Unione europea si è pronunciata sull’interpretazione della dir. 93/13/CEE³⁴,

sleali)”, e della dir. 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, “*sui diritti dei consumatori*”, come previsto dagli artt. 3 e 4 della direttiva modernizzazione.

³³ Si tratta della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio “*che modifica le direttive 2005/29/CE e 2011/83/UE per quanto riguarda la responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante il miglioramento della tutela dalle pratiche sleali e dell’informazione*”, del 30 marzo 2022.

³⁴ La pronuncia fa seguito a una serie di domande di pronuncia pregiudiziale sollevate da giudici spagnoli e italiani, nonché da un giudice rumeno, i quali si erano chiesti se principi processuali nazionali, come l’autorità di cosa

ribadendo il principio per cui il giudice nazionale è tenuto a esaminare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale che ricade nell'ambito di applicazione della dir. 93/13/CEE e che gli Stati membri sono obbligati a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive.

Si tratta di iniziative legislative e sviluppi giurisprudenziali destinati ad avere un impatto significativo sul nostro ordinamento, i quali, peraltro, confermano il *trend* – dettato dalle accresciute esigenze di tutela derivanti dagli sviluppi dell'economia digitale – di rafforzamento dell'azione di *public enforcement* a tutela dei consumatori, di riscoperta del ruolo dello Stato e di rinnovato intervento pubblico nell'economia³⁵.

giudicata, potessero limitare i poteri dei giudici nazionali quanto alla valutazione dell'eventuale carattere abusivo di clausole contrattuali.

³⁵ F. CARONNA, *Op. cit.*, p. 1278.

INTERVENTISMO STATALE E SANZIONI*

VALERIA APICELLA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Alle origini del problema: l’abbandono e il ritorno dello Stato (e dei privati) nella sanità. – 3. L’*an*, il *quid* e il *quomodo* della sanzione. – 3.1. Il caso: la sanzione campana dell’isolamento fiduciario. – 4. Retrospective e... – 5. ... prospettive.

Abstract: The paper focuses on the link between investments and sanctions, both expressions of the State power. The more are investments the less could be sanctions when it deals with the interaction of progress, science and freedom. The Covid-19 pandemic represents a concrete proof of this statement. If the contagion risk could be prevented and managed properly through the access and the spread of scientific knowledges, it can be discussed how long and to which extent the precaution principle can be invoked to justify severe restrictions and sanctions. *De iure condendo*, our sanction system needs to be reformed, experimenting new measures and correcting the existing ones, such us pecuniary sanctions, providing for a daily quota system.

1. Introduzione

Il contributo si propone di verificare il legame sussistente tra l’intervento pubblico e il regime sanzionatorio, entrambi espressione dell’esercizio del potere statale.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

Con particolare riferimento all'emergenza sanitaria causata dal Sars-CoV-2 e, più in generale, alle situazioni di crisi, il ritorno dello Stato nell'economia e la previsione di sanzioni sembrano porsi in un rapporto di inversa proporzionalità.

Il paradosso che ne deriva è che il difetto di risorse adeguate e di scelte politiche lungimiranti, che di tali risorse necessitano, produce un *deficit* di conoscenze che viene assunto (comodamente) a base giustificativa del ricorso al principio di precauzione e all'anticipazione della punizione.

Nei settori in cui diritto e scienza si intersecano, in cui la norma fissa il limite del "rischio consentito", quanto più lo Stato interviene (e investe) in infrastrutture e ricerca scientifica, tanto meno si avverte l'esigenza di prevedere un arsenale sanzionatorio e, prima ancora, di minacciare di punire, perché, se si può contare su conoscenze tecnico-scientifiche adeguate e su risorse umane ed economiche, il livello di rischio consentito si alza, in quanto maggiore diventa la sua governabilità. Al contempo, il livello punitivo si abbassa.

La dimensione precettiva del vietare sotto minaccia viene prima del giudizio e della punizione, che sarà attuazione di una minaccia legale che ha mancato il suo obiettivo primario, l'osservanza del precetto¹.

Talvolta, la questione della giustizia o ingiustizia, prima ancora che in relazione alla sanzione, si pone con riferimento al precetto.

Si pensi alla legislazione adottata per ragioni di comunicazione politica, intrisa di parole d'ordine, che pretende di dare risposte ad un'opinione pubblica confusa e disorientata, e alle "sanzioni velleitarie, sbrigative e casuali diffuse nelle disposizioni-manifesto"² che ne derivano.

2. Alle origini del problema: l'abbandono e il ritorno dello Stato (e dei privati) nella sanità

¹ D. PULITANÒ, *Minacciare e punire*, in C.E. PALIERO - F. VIGANÒ - F. BASILE - G.L. GATTA (a cura di), *La pena ancora: fra attualità e tradizione*, t. I, Milano, 2018, p. 7.

² R. LUPI, *Studi sociali e diritto*, Roma, 2022, p. 63.

Nel settore sanitario, che è uno dei settori “di confine” in cui si pone il problema del (migliore) coordinamento tra il mercato e lo Stato, tra le risorse economiche investite e i ritorni sociali, l'emergenza economica è stata in passato invocata quale causa giustificativa della sospensione o riduzione di alcune garanzie, facendo registrare un progressivo abbandono dello Stato in relazione alla garanzia di diritti e prestazioni sociali, a scapito del diritto alla salute. “*Il ragionamento sotteso all’idea di emergenza postula che ormai nello Stato democratico sociale (quello che ha posto in primo piano il nesso tra risorse disponibili della collettività e l’effettivo godimento dei diritti soprattutto di quelli sociali) si sia «costretti» a selezionare tutele e prestazioni dei diritti sulla base della loro sostenibilità economica*”³.

Tuttavia, poiché la garanzia dei diritti sociali costituisce un connotato ineliminabile della forma di Stato, non si può incidere su di essi fino a comprimerli nel loro nucleo essenziale, né si può ammettere una monetizzazione di tali diritti⁴.

Dall’introduzione del SSN eguale, universale ed equo⁵, ai tagli al finanziamento della sanità pubblica il passo è stato breve.

Se, nel breve termine, il legislatore ha pensato di riequilibrare la drastica riduzione dei finanziamenti alla sanità con la partecipazione dei cittadini, proporzionale e progressiva, alle spese sanitarie (si pensi all’introduzione dei *ticket* sanitari), con la pandemia senza dubbio le conseguenze di tali scelte politiche a monte si sono rivelate indominabili e incontrollabili a valle.

Anche a voler considerare risolvibile il problema del reperimento delle risorse economiche necessarie, l’ostacolo principale è stato quello di colmare, in tempi brevi, quella voragine di deficienze in termini di infrastrutture, di personale e di conoscenze, che i tagli alle spese sanitarie hanno determinato negli anni.

Ricostruire in pochi mesi quello che è stato demolito anno per anno con scelte politiche di contenimento della spesa pubblica in settori essenziali per la stessa sopravvivenza umana, si è rivelato praticamente impossibile.

³ I. CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2012, par. 3.

⁴ *Id.* par. 4.

⁵ L. 23 dicembre 1978, n. 833, “*Istituzione del servizio sanitario nazionale*”, G.U. - Serie generale, n. 360 del 28 dicembre 1978.

Di qui il necessario supporto del settore privato. Si pensi al ruolo che hanno avuto le Residenze Sanitarie Assistenziali (RSA) e le farmacie nella gestione dell'emergenza.

La pandemia ha offerto l'occasione della ricerca di un punto di incontro necessario tra pubblico e privato. Ciò a conferma dell'esigenza di superare la sterile contrapposizione tra Stato e mercato, concepiti come due monadi isolate. *“Serve piuttosto un'analisi «costi-benefici», tra spesa e suoi ritorni sociali, per settore, cioè sanità, educazione, infrastrutture, ambiente etc. [...] A un certo punto, infatti, la soddisfazione di alcuni bisogni privati, considerati un minimo indispensabile alla dignità sociale delle persone, inizia ad essere un problema pubblico, in quanto rilevante per la tenuta sociale della comunità”*⁶.

Anche nel settore giustizia serve un'analisi costi-benefici, che valuti strumenti e meccanismi in grado di garantire sin da subito la rieducazione e, ancor prima, l'educazione, che è lo scopo ultimo della sanzione.

3. L'an, il quid e il quomodo della sanzione

La domanda da cui si vuole partire riguarda l'an della sanzione: c'è davvero bisogno della sanzione per stabilizzare la norma e garantire la conservazione del sistema⁷? A volte essa può sortire l'effetto opposto.

La sanzione costituisce la componente di una norma giuridica, insieme al precetto. Il precetto e la sanzione sono in rapporto di consequenzialità, nel senso che il presupposto necessario per l'applicazione della sanzione è la violazione del precetto cui essa è collegata dalla norma giuridica.

Tuttavia, *“la sanzione può anche non essere contenuta e minacciata in nessuna norma specifica: può essere immanente e latente negli stessi ingranaggi dell'ordinamento giuridico considerato nel suo complesso, può essere forma operante anche in modo indiretto”*⁸.

⁶ R. LUPI, *L'era aziendale*, par. 4.10, disponibile su: <https://didattica.uniroma2.it/files/index/insegnamento/188770-Scienza-Delle-Finanze>.

⁷ N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, pp. 330 e 331.

⁸ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945, p. 19.

La sanzione consiste nella minaccia della privazione di un bene o della limitazione di un diritto, che dirige i destinatari della stessa verso la conformazione al precetto.

In questo modo, la sanzione costituisce uno strumento di controllo sociale: per mezzo di essa, lo Stato esercita una pressione in via preventiva sui consociati, al fine di indurli a tenere il comportamento dovuto. Ove ciò non accada, la sanzione non si restringe solo alla pena⁹, ma rappresenta la reazione dell'ordinamento all'illecito¹⁰.

In particolare, *“l'area della sanzione ricopre quelle misure di conservazione del sistema che sono caratterizzate da una qualche forma di reazione o di risposta alla violazione”*¹¹.

La punizione, però, sottende *“un messaggio di sfiducia nell'osservanza della regola, un indebolimento della sua intrinseca capacità regolativa”*¹². L'ordinamento viene così a trovarsi in un *loop* di ineffettività e il rimedio sino ad ora offerto dallo Stato, *“un'incessante corsa al rialzo sanzionatorio”*¹³, rischia di creare più problemi di quelli che si propone di risolvere.

Si crea infatti un circolo vizioso. Da un lato lo Stato con un pacchetto di regole e sanzioni risponde alla domanda di una società *“priva di spiegazioni coordinate di sé stessa”*¹⁴, dall'altro, più sono le regole e più sono le sanzioni, meno lo Stato riesce a

⁹ P. CORSO, *Preliminari ad uno studio sulla sanzione*, Milano, 1969, p. 57.

¹⁰ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Roma, 1963, p. 70.

¹¹ N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Nss. D.I.*, vol. XVI, Torino, 1957, pp. 530 ss. L'A. osserva che *“in senso meno tecnico e più generale, [...] il termine sanzione viene usato nella teoria generale del diritto e nelle discipline giuridiche particolari, per indicare alcune misure predisposte dallo stesso ordinamento giuridico per rafforzare l'osservanza delle proprie norme ed eventualmente per porre rimedio agli effetti dell'inosservanza”*.

¹² G. FORTI, *Una prospettiva «diabolicamente umana» sul rapporto tra norma e sanzione nell'ordinamento penale*, in C.E. PALIERO - F. VIGANÒ - F. BASILE - G.L. GATTA (a cura di), *Op. cit.*, p. 197. Cfr. F. MUCCIARELLI, *Sanzioni e attività di impresa: qualche nota*, ivi, p. 1163. Secondo l'A. la comminatoria della sanzione penale costituisce anche implicita e non controvertibile ammissione di *“una forse non infondata sfiducia nei mezzi e negli strumenti di controllo e di repressione dei comportamenti devianti diversi dal diritto penale”*.

¹³ G. FORTI, *Op. cit.*, p. 198.

¹⁴ R. LUPI, *Studi sociali e diritto*, cit., p. 59.

mantenere adeguati livelli di qualità delle regole prodotte e a garantirne il rispetto e l'effettività. C'è bisogno di economia anche nella legislazione.

L'efficienza della minaccia punitiva non risiede tanto nell'entità della sanzione, né nella sua stessa previsione, bensì nella sua effettività, vale a dire “*nella probabilità che l'autore del reato venga effettivamente assoggettato alla pena minacciata*”¹⁵. La mancanza di effettività produce sfiducia nei consociati nella serietà della reazione sanzionatoria e, in ultima analisi, nello stesso potere statale che l'ha prevista. Per questa via, l'ineffettività mina alla stessa funzione general-preventiva e deterrente della pena.

Si propone dunque di valorizzare, non tanto la sanzione, né il suo *quantum*, ma la norma, il precetto¹⁶ e la qualità del suo contenuto, che solo un intervento statale organico ed efficiente può garantire.

Al più le punizioni “*possono chiudere il sistema, come cinghie sulla torta, di un intervento pubblico adeguatamente sistematico, ma non possono sostituirlo. È come se per rimediare alla scarsità di controllori sugli autobus si prevedesse il carcere per chi viaggia senza biglietto o se, vista la difficoltà di individuare gli automobilisti che corrono troppo, si dimezzassero i limiti di velocità per tutti, punendo poi pochi malcapitati a casaccio*”¹⁷.

A ben vedere, specie nella fase iniziale della pandemia da Covid-19, è successo qualcosa di simile, con il dispiegamento di un arsenale repressivo in certi casi sproporzionato rispetto allo scopo di prevenzione perseguito.

¹⁵ F. MUCCIARELLI, *Op. cit.*, p. 1160.

¹⁶ C. MAZZUCATO, *Il buio delle pene alla luce dei precetti: il lungo cammino del diritto penale incontro alla democrazia*, in I. MARCHETTI - C. MAZZUCATO (a cura di), *La pena 'in castigo'*, Milano, 2006.

¹⁷ R. LUPI, *Studi sociali e diritto*, cit., p. 63.

3.1. *Il caso: la sanzione campana dell'isolamento fiduciario*

L'ordinanza n. 15 del 13 marzo 2020 del Presidente della Regione Campania costituisce un esemplare di eccedenza sanzionatoria, nell'*an*, nel *quid* e nel *quomodo*.

In territorio campano, durante l'emergenza sanitaria, la violazione dell'obbligo di rimanere nelle proprie abitazioni è stata punita, oltre che con la pena di cui all'art. 650 c.p. (arresto fino a tre mesi o ammenda fino a duecentosei euro), con la singolare sanzione dell'obbligo di osservare la permanenza domiciliare con isolamento fiduciario per quattordici giorni, "*con divieto di contatti sociali*" e sottoposizione ad attività di sorveglianza.

Chi esce dalla propria abitazione al di fuori delle ipotesi tassative consentite (lavoro, salute, necessità) viene dunque parificato *iuris et de iure* a un contagiato e trattato come tale.

Secondo l'ordinanza in esame, infatti, costui viene anche segnalato al competente Dipartimento di prevenzione dell'ASL.

Non è tanto la tipologia di misura a destare perplessità, quanto il suo sganciamento da qualunque indice sintomatico di contagio.

La permanenza domiciliare con isolamento fiduciario, che limita la libertà di circolazione e di movimento (ma non la libertà personale)¹⁸, viene giustificata nell'ordinanza per "*l'esposizione al rischio di contagio del trasgressore*" e viene peraltro applicata con decorrenza immediata, a partire dal 13 marzo 2020 e sino al 25 marzo 2020 (nonostante l'imprevedibilità per i consociati del cumulo sanzionatorio rappresentato dalla pena di cui all'art. 650 c.p. e dall'isolamento fiduciario).

Qui il principio di precauzione viene portato alle estreme conseguenze, fino a svuotarlo di contenuto, in assenza di ogni collegamento con dati scientifici ed empirici.

Ci si chiede, infatti, come sia possibile che aumenti il rischio del contagio a seguito della violazione dell'obbligo di rimanere presso le proprie abitazioni (che, come detto, fa scattare l'isolamento fiduciario e la sanzione di cui all'art. 650 c.p.), soprattutto se il trasgressore esce da solo, senza avere alcun contatto fisico

¹⁸ Di qui l'inapplicabilità della riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost. (v. C. cost., 26 maggio 2022, n. 127).

con altri. Eppure, l'ordinanza non prevede alcun grado di discrezionalità e non mostra alcuna capacità di adattamento al caso concreto.

Ad esempio, il legislatore regionale avrebbe al più potuto ancorare l'obbligo di isolamento fiduciario alle circostanze obiettive riscontrabili al momento della violazione dell'obbligo di rimanere presso la propria abitazione (la frequentazione di luoghi affollati e/o a rischio contagio, la mancanza di dispositivi di protezione, eventuali contatti con soggetti positivi), prevedendo che “*la trasgressione degli obblighi di cui alla presente ordinanza può comportare (e non “comporta”), “altresì, per l'esposizione al rischio di contagio del trasgressore, l'obbligo di segnalazione al competente Dipartimento di prevenzione dell'ASL e l'obbligo immediato per il trasgressore medesimo di osservare la permanenza domiciliare con isolamento fiduciario”*”.

La sanzione conseguente alla violazione dell'obbligo di rimanere nelle proprie abitazioni viene non solo elevata al quadrato (con la sottoposizione all'isolamento domiciliare in aggiunta alla pena di cui all'art. 650 c.p.), ma viene anche accompagnata da un ulteriore cumulo sanzionatorio mediante un ulteriore rinvio *quoad poenam* all'art. 650 c.p.¹⁹.

Nella stessa ordinanza, a fronte della commissione di due violazioni poste in consecuzione tra di loro – la violazione dell'obbligo di rimanere nelle proprie abitazioni e quella del conseguente obbligo di isolamento fiduciario – si prevedono due pene identiche, con un doppio rinvio *quoad poenam* all'art. 650 c.p.

Insomma, una sanzione nella sanzione, a rafforzamento della relativa (in)effettività.

Se, da un lato, quest'ordinanza costituisce un modello sanzionatorio del tutto discutibile e ben lontano dai principi di proporzionalità e adeguatezza – i criteri guida statali per l'adozione

¹⁹ Ordinanza del 13 marzo 2020, n. 15, punto 6: “[s]alvo che il fatto costituisca più grave reato, il mancato rispetto degli obblighi di isolamento domiciliare di cui al presente provvedimento è punito, ai sensi dell'art. 650 del codice penale, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a duecentosei euro”.

delle misure anti-contagio²⁰ – essa offre tuttavia lo spunto per valorizzare la potenziale deterrenza di sanzioni nuove, alternative a quelle tradizionali.

In un periodo di segregazione sociale per motivi sanitari, in cui era consentito uscire solo in determinate ipotesi “tassative” (necessità, salute e lavoro), la sanzione probabilmente più afflittiva e deterrente diviene quella dell’interruzione totale dei rapporti sociali con l’isolamento fiduciario.

Ma un’ordinanza regionale contingibile e urgente di certo non può prevedere nuove sanzioni²¹, derogando al principio di legalità e al suo corollario della riserva di legge, a pena di illegittimità, per il contrasto con la Costituzione e con i principi generali dell’ordinamento, che costituiscono il limite esterno del potere di ordinanza *extra ordinem*.

Infine, quand’anche fosse stato il legislatore statale a prevederla, anche a prescindere dall’urgenza e dalla contingibilità, i presupposti e la tipologia della sanzione dell’isolamento fiduciario previsti nell’ordinanza in esame sono tali da impedire, sempre e comunque, un giudizio positivo di legittimità (anche costituzionale), a causa della carenza di determinatezza, proporzionalità e offensività.

4. Retrospective e...

Durante l’emergenza epidemiologica, il fondamento dei provvedimenti *“adottati dalle autorità politiche governative nazionali, territoriali e tecniche è stato quello di assicurare secondo il principio della massima precauzione la salute dei cittadini in quanto valore costituzionale primario e non negoziabile,*

²⁰ Art. 1, co. 2, d.l. 25 marzo 2020, n. 19, *“Misure urgenti per fronteggiare l’emergenza epidemiologica da COVID-19”*, convertito con modificazioni dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, in G.U. 23 maggio 2020, n. 132.

²¹ In questo senso, C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di Coronavirus: profili penali*, in *Sistema penale*, 3/2020, p. 242. L’A. aggiunge che il ricorso alle sanzioni sostanzialmente penali è precluso alle Regioni.

tanto da comprimere – nei limiti e nei modi di volta in volta ritenuti indispensabili – anche l'esercizio di diversi diritti o libertà primo fra tutti il diritto alla libera circolazione"²².

Tuttavia, in ambito penale, il principio di precauzione si traduce in un'anticipazione della tutela penale e quindi della soglia di rilevanza penale del fatto. Il che tanto meno si giustifica, soprattutto sotto il profilo della colpevolezza e della necessaria offensività, quanto più c'è incertezza e, soprattutto, arretratezza scientifica.

Un utilizzo troppo disinvolto del principio di precauzione rischia di generare un sacrificio non tollerabile, specie nel lungo termine, di altri diritti di rilievo costituzionale, come i diritti di libertà.

In chiave comparatistica, i *gap* di progresso (o regresso) tecnico-scientifico esistenti tra i vari Paesi pesano sulle legislazioni nazionali, e, quando la legislazione in questione è quella penale (o le relative sanzioni hanno comunque carattere penale), tali differenze si traducono immediatamente in maggiori o minori libertà per coloro che a quelle leggi sono soggetti in virtù del principio di territorialità.

Dunque, se nella fase iniziale della gestione pandemica potevano giustificarsi regole rigide e sanzioni severe, queste non sarebbero più state ragionevoli e proporzionate trascorso il periodo di organizzazione e di acquisizione delle conoscenze necessarie.

In effetti, proprio alla luce dell'evolversi delle conoscenze scientifiche e degli investimenti effettuati nelle infrastrutture e nei dispositivi di protezione, il legislatore ha pian piano ridotto la minaccia punitiva in quei casi in cui il rischio del contagio poteva essere previsto e gestito correttamente, attraverso la predisposizione di strumenti e la condivisione di conoscenze, frutto di scelte politiche adeguate, che indirizzino le risorse verso la ricerca, il progresso scientifico e tecnologico, le infrastrutture.

In termini di progressiva degradazione delle sanzioni, si consideri la depenalizzazione della violazione dell'obbligo di quarantena precauzionale (per coloro che hanno avuto contatti stretti

²² Cons. St., sez. III, decreto monocratico 26 giugno 2020, n. 3769.

con soggetti positivi) avvenuta con il d.l. 25 marzo 2020, n. 19, convertito con modificazioni dalla l. 22 maggio 2020, n. 35²³.

Quello relativo all'emergenza epidemiologica è stato senz'altro un caso senza precedenti, per la pluralità di illeciti e di sanzioni che sono state predisposte e per il numero dei potenziali destinatari, tendenzialmente coincidente con la totalità della popolazione maggiorenne o comunque imputabile.

Solo per dare un'idea dei numeri: come emerge dai *report* mensili del Ministero dell'Interno²⁴, nell'aprile 2020, ben 550 persone in quarantena sono state denunciate per inosservanza del divieto di allontanarsi dalla propria abitazione in quanto positive al virus (un dato in netto calo: 78 denunce nell'aprile 2022), mentre 255.876 persone sono state sanzionate *ex art.* 4, co. 1, d.l. n. 19/2020²⁵, a seguito dei controlli effettuati nell'aprile 2020.

5. ... prospettive

De iure condendo, dunque, occorre restituire dignità ai preceetti, riordinare il quadro sanzionatorio esistente e irrobustirlo in un'ottica di maggiore gradualità, così che la sanzione *stricto sensu* intesa costituisca effettivamente l'*extrema ratio*.

Un'*extrema ratio* rispetto al fatto, alle altre misure o sanzioni disponibili e allo scopo che la norma si prefigge di raggiungere (che non può mai essere quello di punire, in via precauzionale, comportamenti apparentemente neutrali, non per il loro fisiologico atteggiarsi, ma per la patologica assenza dello Stato, che non investe e non regola, sanziona e basta).

²³ Costituisce invece reato contravvenzionale la violazione dell'obbligo di quarantena da parte dei soggetti risultati positivi al virus (art. 2, co. 1, lett. e, d.l. n. 19/2020). Per un approfondimento, cfr. G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci e ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in www.sistemapenale.it, 26 marzo 2020.

²⁴ *Monitoraggio dei servizi di controllo inerente le misure urgenti per il contenimento della diffusione del virus COVID-19*, consultabile online su www.interno.gov.it.

²⁵ Per una disamina delle perplessità relative a tale disposizione, cfr. C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in www.sistemapenale.it, 30 marzo 2020, par. 3.1.

La commisurazione della sanzione dovrebbe fondarsi su criteri finalistici di matrice normativa e non su meri criteri fattuali²⁶.

Alcune delle fasi in cui si articola il rapporto punitivo – la minaccia legale, l’inflizione giudiziale, l’esecuzione²⁷ – sono ormai entrate in crisi. E lo stesso legislatore ne ha preso atto.

Il legislatore ha cercato, nei casi meno gravi, di elidere la fase esecutiva, come nella sospensione condizionale della pena²⁸, e di evitare la stessa inflizione giudiziale (della pena), come nel caso dell’oblazione (art. 162-ter c.p.).

Lo iato tra pena minacciata e pena concretamente irrogata può essere riempito da misure alternative (non alla detenzione, ma alla sanzione stessa, intesa in senso stretto), a loro volta sostenute da un intervento statale serio ed efficace, con una visione organica del sistema ordinamentale e procedimentale in cui esse si inseriscono.

Ora si sta aprendo la strada al contributo e alla cooperazione dei privati. Ne è un esempio la legge delega del 27 settembre 2021, n. 134²⁹, nella parte relativa alla giustizia riparativa.

²⁶ S. MOCCIA, *Riflessioni sulla funzione normativa della pena. Costanti aporie tra teoria e prassi*, in C.E. PALIERO - F. VIGANÒ - F. BASILE - G.L. GATTA (a cura di), *Op. cit.*, p. 157; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979; S.T. HILLSMAN, *Fines and day fines*, in M. TONRY - N. MORRIS (a cura di), *Crime and justice: A review of research*, vol. XII, Chicago, 1990, p. 74. “È nella commisurazione della pena che si pongono le basi per l’effettività della sanzione”.

²⁷ S. MOCCIA, *Op. cit.*, pp. 152 e 156. Secondo l’A. l’assenza di coordinamento tra le modifiche apportate dal legislatore (le sanzioni sostitutive, le diminuzioni di pena connesse ai riti premiali, le misure alternative alla detenzione) ha reso del tutto casuale il collegamento tra le tre fasi suddette.

²⁸ E. DOLCINI, *Verso una pena pecuniaria finalmente viva e vitale? Le proposte della Commissione Lattanzi*, in www.sistemapenale.it, 4 giugno 2021, par. 3. L’A. evidenzia che l’applicazione della sospensione condizionale anche alle sanzioni sostitutive ha portato al fallimento della riforma del 1981, che ha introdotto le sanzioni sostitutive, “fagocitate” dalla sospensione condizionale. La Commissione Lattanzi, escludendo la sospensione condizionale nelle ipotesi di sostituzione di pena detentiva, promette “una pena pecuniaria vita e vitale”, che prenderà il posto delle sanzioni pecuniarie “nate-morte”. C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/1992, p. 536.

²⁹ “Delega al Governo per l’efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari”, in G.U. - Serie generale, n. 237 del 4 ottobre 2021.

Mediatori esperti accreditati presso il Ministero della giustizia saranno chiamati a garantire la tutela delle parti e la protezione delle persone offese (l. n. 134/2021, comma 18, lett. *f* e *g*).

La giustizia, allora, in un futuro non molto prossimo, potrà ricondursi a un altro settore dell'economia mista, in cui, similmente a quanto già accaduto nella sanità, pubblico e privato saranno chiamati a convivere e a coordinarsi.

Da più parti, inoltre, si propone di valorizzare la riparazione, che è un *posterius* rispetto al fatto e si conforma a un'aspettativa normativa³⁰. Essa dovrebbe consistere in un *quid pluris* rispetto al mero pagamento di una somma di denaro e presenta il vantaggio di incarnare, in via preventiva, lo scopo che l'esecuzione della pena si prefigge: la rieducazione, che viene così raggiunta con un minor aggravio di costi sociali, economici e morali.

Quanto alla pena pecuniaria³¹, per alcuni “*unica odierna reale alternativa alla pena detentiva di portata generale*”³², la si potrebbe rendere effettiva passando dall'attuale sistema a somma complessiva al sistema dei tassi giornalieri o quote periodiche³³, unito a un efficace sistema di riscossione³⁴. Questa è la strada seguita dalla Commissione Lattanzi.

³⁰ D. PULITANÒ, *Op. cit.*, p. 21.

³¹ Per un approfondimento sui difetti e i vantaggi relativi alla pena pecuniaria, cfr. L. GOISIS, *Le pene pecuniarie. Storia, comparazione, prospettive*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 22 novembre 2017, par. 3.

³² G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Atti del XXIII Convegno di studio “Enrico de Nicola”*, pubblicati a cura del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, 2002, p. 322.

³³ COMMISSIONE GROSSO DI RIFORMA DEL CODICE PENALE, *Relazione preliminare*, 12 settembre 2000, disponibile su www.giustizia.it, nella sezione “*Pubblicazioni, studi, ricerche*”. Sul punto si v. anche COMMISSIONE PALAZZO, *Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale*, 2013, disponibile su www.giustizia.it, sezione “*Lavoro della Commissione*”; così l'art. 2: “*Prevedere che la pena della multa sia comminata per quote mensili, ovvero, ove ciò corrisponda a particolari caratteristiche del delitto, per somma determinata. Prevedere che [...] l'importo di ogni quota sia determinato dal giudice in un valore ricompreso tra cinquanta e cinquantamila euro, tenuto conto del reddito del condannato, del patrimonio di cui egli abbia comunque la disponibilità e degli obblighi giuridici cui debba assolvere*”. La recente Commissione Lattanzi (d.d.l. A.C. 2435) ha invece attribuito alla quota giornaliera un valore che può oscillare da 1 a 30.000 euro. Se si tratta di pena pecuniaria che sostituisce quella detentiva, il valore della quota è compreso tra 3 e 3.000 euro.

³⁴ F. MUCCIARELLI, *Op. cit.*, p. 1171.

Tuttavia, è stato autorevolmente osservato che l'adozione di tassi giornalieri di per sé non è sufficiente a garantire efficienza e effettività alla pena pecuniaria, pur costituendo un primo passo indispensabile, cui dovranno essere giustapposte sanzioni in caso di inottemperanza³⁵.

I problemi connessi al rafforzamento della sanzione pecuniaria, tra cui quello relativo all'accertamento della situazione economica del reo, fanno emergere l'imprescindibilità dell'intervento statale (anche mediante esternalizzazioni, se vi è un ritorno in termini di maggiore efficienza) in tutti i settori, anche in quello relativo alla lotta all'evasione fiscale.

Agire sulla pena pecuniaria significa intervenire non solo sulle sanzioni penali, ma anche su quelle amministrative, in un'ottica scalare di riequilibrio del sistema sanzionatorio.

³⁵ E. DOLCINI, *Verso una pena pecuniaria finalmente viva e vitale?*, cit., par. 2.

SEZIONE QUARTA

IL RITORNO (?) DELLO STATO
NEL CONTESTO EUROPEO E GLOBALE

PNRR, STATO E MERCATO: UN RITORNO AL PASSATO?*

ALESSANDRO FRANCESCANGELI

SOMMARIO: 1. Premessa: Costituzione, Stato, mercato, integrazione europea. – 2. Le misure europee di contrasto alla crisi pandemica. – 3. (*Segue.*) Il *Recovery Fund*. – 4. Dal *Recovery* al PNRR: obiettivi e ruolo dello Stato. – 5. Conclusioni.

Abstract: The Recovery Plan represented a novelty in the context of the economic policy of the European Union and its member states. This essay intends to analyse the impact of the NRRP on the relationship between the State and the market, and whether or not the European pandemic crisis response programs imply a break from the previous situation.

1. Premessa: Costituzione, Stato, mercato, integrazione europea

Il modello costituzionale di interazione tra potere pubblico e mercato¹ riflette la convergenza che si creò tra le forze politiche

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

¹ Sul punto, impossibile da trattare compiutamente nella presente sede, si rinvia a M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *D. disc. pubbl.*, vol. V, IV ed., Torino, 1991, pp. 373-385; ID., *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Dir. soc.*, 4/2011, pp. 635-719; nonché recentemente F. SAITTO, *I rapporti economici. Stato e mercato tra intervento e regolazione*, in F. CORTESE - C. CARUSO - S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, Milano, 2018, pp. 125-164. Cfr. G.U. RESCIGNO, *Costituzione italiana e stato borghese*, Roma, 1975; C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977. Si

in Costituente: un compromesso “autentico” e “sincero”² che ha posto la regolazione dei rapporti economici all’interno della logica del mercato, ma fuori da quella liberista³. Come sottolineato anche da Palmiro Togliatti, il solidarismo e la piena valutazione della persona umana furono le basi comuni che guidarono alla definizione costituente dei rapporti economici⁴. Ciò portò alla determinazione di un preciso quanto ampio recinto normativo, all’interno del quale le forze politiche potessero, attraverso la legislazione ordinaria, attuare il disegno costituzionale secondo la propria visione⁵.

In tal modo il mercato – in chiara discontinuità rispetto ai testi costituzionali dell’epoca liberale – ha smesso di costituire un *valore in sé*, il cui libero gioco vada preservato in quanto tale, ma si pone come mezzo per la realizzazione di altri fini: le libertà economiche sono garantite, ma limitate e indirizzate verso l’utilità sociale, e la concorrenza non appare come un supremo valore costituzionale, ma un mezzo – importante, ma non unico – per raggiungere l’utilità generale. Tra i diritti e le libertà legati ai rapporti economici è infatti il lavoro a godere di una posizione preminente nel suo collegamento con lo sviluppo della persona umana⁶.

vedano *contra* G. BOGNETTI, *La costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *La Costituzione economica*, Padova, 1997; R. NANIA, *Le libertà economiche: impresa e proprietà*, in ID. (a cura di), *L’evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, Torino, 2012, pp. 261-297.

² In tal senso E. CHELI, *Il problema storico della Costituente*, in *Pol. dir.*, 4-5/1973, pp. 485-530; M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica*, cit., p. 644.

³ Così S. RODOTÀ, *Art. 42*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, t. II, Bologna-Roma, 1982, p. 111.

⁴ Seduta dell’11 marzo 1947, *Atti della Assemblea Costituente*, p. 1996.

⁵ Come ebbe modo di affermare Togliatti: di tutte le questioni economiche rilevanti “dobbiamo scrivere quel tanto che serve a tracciare la strada su cui dovranno muovere le Assemblee legislative nella loro opera di concreta organizzazione della vita economica e sociale” (seduta dell’11 marzo 1947, *Atti della Assemblea Costituente*, p. 2004).

⁶ Si veda per tutti M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 3/2010, pp. 628-652.

Ciò si è tradotto, superato il periodo del “congelamento costituzionale”⁷ ed entrati appieno nel periodo centrale dei cc.dd. “*Trente Glorieuses*”⁸, in una progressiva attuazione dei precetti costituzionali a garanzia dei diritti sociali, sostenuta dalla crescita economica e dal sistema delineatosi a Bretton Woods, a cui l’Italia aderisce, con il Governo De Gasperi, già nel febbraio 1947⁹. Esso consentiva agli Stati di adattare gli effetti del principio del libero scambio multilaterale – stabilito dal *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) – ai propri obiettivi di crescita e di protezione sociale, permettendo un rigido controllo della circolazione dei capitali finanziari e un decisivo intervento pubblico nell’economia, anche – e soprattutto – a fini redistributivi¹⁰.

Anche le liberalizzazioni del commercio internazionale previste dal Trattato di Roma del 1957 e la progressiva formazione del mercato comune non si ponevano necessariamente in contrasto con gli obiettivi costituzionali, e anzi potevano servire da rafforzamento *politico* esterno della legittimità democratica conquistata nel secondo dopoguerra (anche attraverso la costruzione del *welfare State*)¹¹. Fondamentali a tal fine le leve della politica monetaria e della politica di bilancio, saldamente nelle mani degli Stati nazionali¹².

Dal lato dell’intervento pubblico, si assiste alla presenza dello Stato anche come *imprenditore*, attraverso l’istituto prevalente dell’ente pubblico economico. Tale istituto si caratterizza per essere avulso dal capitale di rischio, da ogni scopo lucrativo o distribuzione di utili, ricevendo fondi erogati da autorità politiche, e, sottraendosi alla possibilità di fallimento, si inserisce nel

⁷ Su cui E. CHELI, *Op. cit.*, p. 521.

⁸ Cfr. J. FOURASTIÉ, *Les Trente glorieuses ou la Révolution invisible de 1946 à 1975*, Paris, 1979.

⁹ Tanto da avere una portata “*epocale*” ed “*eversiva*”, così G. CARLI, *Cinquant’anni di vita italiana*, Roma-Bari, 1996, p. 84.

¹⁰ Sul punto si vedano, per tutti, O. CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, 2016, spec. pp. 423 ss.;

¹¹ In tal senso A.S. MILWARD, *The European Rescue of the Nation State*, II ed., London-New York, 2000.

¹² Cfr. F. LOSURDO, *Il governo europeo della crisi pandemica. Un cambio di paradigma?*, in E. MOSTACCI - A. SOMMA (a cura di), *Dopo le crisi*, Roma, 2021, p. 134.

mercato in condizioni non paritarie con gli altri operatori economici¹³. L'interesse pubblico è quindi perseguito dallo Stato attraverso l'intervento diretto e non, in modo presuntivamente indiretto, tramite la tutela della concorrenza.

In sintesi, il paradigma dominante vedeva il sistema economico come "*locus artificialis*"¹⁴ governato in tutto o in parte dal potere politico, e il mercato come prodotto e oggetto di quest'ultimo¹⁵.

È noto poi come tale sistema entri in crisi alla fine degli anni '70, e che si arrivi, progressivamente, a un cambio radicale su scala globale nelle politiche economiche¹⁶, sempre meno legate al compromesso post-bellico keynesiano e sempre più di stampo neoliberista (in particolare, nel processo integrativo europeo, è la declinazione ordoliberalista tedesca a prevalere¹⁷). In tale transizione il processo di integrazione europea appare aver svolto un ruolo determinante¹⁸, prescindendo dal fatto che lo si legga come originariamente e intrinsecamente neoliberista¹⁹, o se lo sia diventato dopo un periodo di ambiguità²⁰, ovvero si caratterizzi in

¹³ Si veda N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, II ed., Roma-Bari, 2004, p. 167.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Cfr. G.U. RESCIGNO, *Costituzione economica*, in *Enc. giur.*, Roma, 2001, pp. 1-10.

¹⁶ Cfr. G. AZZARITI, *Diritto o barbarie*, Roma-Bari, 2021, pp. 144 e ss.

¹⁷ Cfr., *ex pluribus*, W. BONEFELD, *Freedom and the strong State: On German ordoliberalism*, in *New Political Economy*, 5/2012, pp. 633-656.

¹⁸ Si veda per tutti M. BENVENUTI, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione europea*, Napoli, 2016.

¹⁹ Così, ad esempio, A. SOMMA, *Quando l'Europa tradi se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Roma-Bari, 2021.

²⁰ Opinione sostenuta, *ex pluribus*, da M. DANI - A.J. MENÉNDEZ, *È ancora possibile riconciliare costituzionalismo democratico-sociale e integrazione europea?*, in *DPCE online*, 1/2020, pp. 289-326, i quali rilevano come le prime fasi dell'integrazione fossero compatibili con il costituzionalismo democratico e sociale; più critico O. CHESSA, *C'è posto in Europa per il costituzionalismo democratico-sociale?*, in E. MOSTACCI - A. SOMMA (a cura di), *Op. cit.*, p. 52, secondo cui "[n]on c'è mai stato un processo integrativo europeo orientato assiologicamente dal costituzionalismo democratico-sociale, che poi, chissà come e perché, avrebbe smarrito la direzione, pervertendosi".

tal senso non per le scelte cristallizzate nei trattati, ma per quelle delle forze politiche dominanti²¹.

Il paradigma di relazione tra potere pubblico e mercato – e quindi in ultima istanza tra diritto ed economia – affermatosi in modo relativamente stabile a partire dagli anni '80 e poi con il trattato di Maastricht, prevede una sostanziale inversione della concezione precedente: non è più il potere pubblico a regolare e indirizzare il mercato verso gli obiettivi costituzionali, ma è il mercato (*rectius*: le forze economiche dominanti) che, “*liberato da interferenze esterne, possa essere lo strumento ideale per disciplinare la condotta degli Stati membri e condizionarne l'indirizzo politico al mantenimento di obiettivi reputati virtuosi: le finanze pubbliche sane (l'austerità) e le riforme strutturali (la competitività)*”²².

Tra i pilastri fondamentali del “*paradigma di Maastricht*”²³, sostanzialmente rimasto invariato nel Trattato di Lisbona e poi paradossalmente²⁴ rafforzatosi con la crisi economica, troviamo la trasposizione giuridica delle teorie economiche prevalenti. Se il mercato tende naturalmente verso l'equilibrio, diventa compito delle istituzioni garantire che le forze operanti possano esprimersi nel miglior modo possibile. Il passaggio quindi da uno Stato interventore a uno Stato regolatore²⁵, imbrigliando il potere pubblico all'interno di una serie di regole resistenti alla decisione politica ordinaria²⁶.

²¹ In tal senso C. KAUPA, *The pluralist character of the European economic constitution*, Oxford, 2016; nonché, più brevemente, ID., *Has (down-turn-)austerity really been constitutionalized in Europe: On the ideological dimension of such a claim*, in *Journal of Law and Society*, 1/2017, pp. 32-55.

²² F. LOSURDO, *Op. cit.*, p. 135.

²³ Così G. AZZARITI, *Op. cit.*, p. 161.

²⁴ L'esperienza della crisi ha reso evidente come l'austerità sia stata dal punto di vista economico non solo inutile, ma anche dannosa per la ripresa (pre-scindendo dai costi sociali che essa ha determinato); cfr. M. DEGNI - P. DE IOANNA, *Il vincolo stupido. Europa e Italia nella crisi dell'euro*, Roma, 2019.

²⁵ Cfr. A. LA SPINA - G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000.

²⁶ Sul punto D. GRIMM, *The democratic costs of constitutionalisation: The European case*, in *European Law Journal*, 4/2015, p. 460; F.W. SCHARPF, *De-constitutionalisation and majority rule: A democratic vision for Europe*, in *European Law Journal*, 5/2017, p. 315; M. DANI, *La riforma della governance economica europea nella prospettiva del diritto costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2022, p. 630.

Le regole prevedono quindi la tutela della concorrenza (anche dall'intervento statale), il divieto di aiuti di Stato, il pareggio di bilancio (tendenzialmente in assenza di *golden rule* sugli investimenti), una banca centrale indipendente che abbia l'obiettivo primario della stabilità dei prezzi e che non può finanziare direttamente gli Stati, oltre che la nota primazia giuridica e assiologica delle libertà economiche²⁷.

Ciò ha determinato una serie di conseguenze in discontinuità rispetto al dopoguerra, determinanti per il rapporto tra Stato e mercato e la possibilità per il primo di intervenire nel secondo²⁸:

a) il tasso di interesse dei titoli di debito pubblico non è più controllabile dal potere politico ed è affidato agli operatori di mercato, senza nemmeno che la Banca centrale europea (BCE) possa legalmente fungere da prestatrice di ultima istanza (quale era la Banca d'Italia anche successivamente al "divorzio" con il Tesoro);

b) lo Stato non può più utilizzare strumenti di politica economica come la svalutazione competitiva e il ricorso all'inflazione;

c) la libertà di circolazione dei capitali e la libertà di stabilimento delle imprese, nell'assenza di una armonizzazione fiscale europea, hanno determinato una drastica perdita della capacità fiscale dello Stato, alimentando l'elusione, il *dumping* fiscale e salariale tra gli Stati, la perdita sostanziale di discrezionalità sulle aliquote di tassazione per i soggetti e le basi imponibili più volatili (capitali e imprese), nonché, in definitiva, il graduale ridursi della progressività dell'imposizione.

Insomma, "*grandezze essenziali al fine della costruzione della politica di bilancio sfuggono, dunque, al governo da parte dello Stato e, in particolare, del Parlamento*"²⁹.

Dal punto di vista dell'intervento diretto nell'economia, a partire dagli anni '90 l'Italia avvia un rilevante programma di

²⁷ Cfr. A.J. MENÉNDEZ, *A European Union founded on capital? The fundamental norms organising public power in the European Union*, in C. JOUIN (a cura di), *La constitution matérielle de l'Europe*, Paris, 2019, pp. 147-166.

²⁸ Si riprende M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Questione Giustizia*, 6/2012, p. 103.

²⁹ *Id.* p. 104.

privatizzazione di imprese pubbliche possedute o controllate, anche strategiche³⁰, che porta a una drastica riduzione del ruolo di imprenditore dello Stato o, comunque, alla sua sostanziale parificazione nel mercato agli operatori privati³¹.

2. Le misure europee di contrasto alla crisi pandemica

Quanto brevemente sintetizzato è utile per inquadrare quale impatto – di cambiamento o continuità – possa avere il PNRR sul sistema economico e costituzionale. Per farlo, occorre innanzitutto analizzare l'insieme delle misure adottate dall'Unione europea, essendo le stesse legate al Piano – come si vedrà – dal punto di vista giuridico, economico e politico.

Tra di esse, troviamo: la temporanea sospensione dei vincoli quantitativi di bilancio sanciti dal Patto di stabilità e crescita (PSC); l'allentamento del divieto di aiuti di Stato³²; il *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP) della BCE; la linea di credito specifica varata all'interno del Meccanismo europeo di stabilità (MES) denominata *Pandemic Crisis Support*, basata sull'esistente previsione di assistenza finanziaria precauzionale denominata *Enhanced Conditions Credit Line* (ECCL); l'istituzione del *Next Generation EU* e del *Recovery and Resilience Facility*, per l'accesso al quale gli Stati hanno elaborato i piani nazionali di ripresa e resilienza.

In primo luogo, è da sottolineare il ruolo svolto dalla BCE e dal suo – ennesimo quanto problematico³³ – programma di acquisto di titoli di Stato. Se, infatti, il *paradigma di Maastricht*

³⁰ Cfr. U. MATTEI - E. REVIGLIO - S. RODOTÀ, *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007.

³¹ Ci si riferisce, chiaramente, alle privatizzazioni intese sia come vendita delle imprese pubbliche, sia come trasformazione degli enti pubblici economici in enti di diritto privato.

³² Si veda la comunicazione della Commissione *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza da Covid-19*, 2020/C 91, I/01.

³³ Si consenta il rinvio, anche per indicazioni bibliografiche, ad A. FRANCESCANGELI, *La Commissione europea apre una procedura di infrazione contro la Germania per la sentenza del BVerfG sul PSPP: l'ennesimo atto dei nodi irrisolti (e volutamente ignorati) dell'integrazione europea*, in www.diritticomparati.it, 26 luglio 2021.

prevedeva una banca centrale indipendente e una politica monetaria volta primariamente al controllo dell'inflazione, senza la possibilità di monetizzare il debito pubblico degli Stati, i programmi della BCE hanno garantito stabilità all'eurozona anche – e soprattutto – nella misura in cui hanno “protetto” gli Stati da un rialzo dei tassi di interesse dei propri titoli di debito.

Tali operazioni, volte idealmente e inizialmente a *ripristinare* e *conservare* il corretto funzionamento e l'unicità della politica monetaria, costituiscono nei fatti un aggiramento del divieto di finanziamento degli Stati.

Ciò non solo ha evidenti effetti sulla politica economica – come li hanno, in realtà, *tutte* le azioni portate avanti o meno dalla BCE, nonostante il *Bundesverfassungsgericht* sembri accorgersi del fatto solo quando esse possano porsi in contrasto con le politiche monetarie che la Germania ha scelto di costituzionalizzare³⁴ – ma ha avuto effetti politici anche nei rapporti tra gli Stati, evitando che quelli più in difficoltà dovessero fare ricorso al MES³⁵ e facendo in modo che gli stessi si trovassero in una posizione di relativa parità nelle trattative culminate nel Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020³⁶.

³⁴ Ai sensi dell'art. 88 del *Grundgesetz*, come modificato nel 1992, le funzioni e le competenze della Banca federale “*possono essere trasferite, nel quadro dell'Unione Europea, alla Banca Centrale Europea, che è indipendente ed è vincolata allo scopo primario della garanzia della stabilità dei prezzi*”. Appaiono invece largamente condivisibili le posizioni che il *BVerfG* assume con riguardo al rispetto e alla garanzia delle prerogative democratiche, soprattutto in una prospettiva allargata agli altri Stati.

³⁵ Sul MES si veda, per tutti, A. MANGIA (a cura di), *MES. L'Europa e il trattato impossibile*, Brescia, 2020. Sul punto è rilevante l'intervento del Tribunale costituzionale tedesco nella sentenza sul PSPP, secondo cui lo stesso “*migliora le condizioni di rifinanziamento degli Stati membri, in quanto consente loro di ottenere finanziamenti sui mercati dei capitali a condizioni notevolmente migliori di quelle che si sarebbero altrimenti ottenute*”, e tale programma potrebbe “*avere lo stesso effetto degli strumenti di assistenza finanziaria adottabili ai sensi dell'art. 12 e ss. del Trattato sul MES*”, con il rischio di non incentivare gli Stati membri ad “*adottare misure per perseguire una sana politica di bilancio*” (*BVerfG*, sent. 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15, par. 170-171). Sul punto si veda P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara ultra vires il Quantitative easing (con uno sguardo al Pandemic Emergency Purchase Programme?)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2/2020, p. 308.

³⁶ Sottolinea questo aspetto A. GUAZZAROTTI, *Il ruolo della Banca centrale europea nella gestione della crisi pandemica*, in E. MOSTACCI - A. SOMMA (a cura di), *Op. cit.*, p. 127.

Insomma, una “*scelta della Bce dai chiari obiettivi «redistributivi» [tra Stati], nel senso di farsi carico della condizione degli Stati membri più deboli ed esposti sul mercato dei debiti pubblici*”³⁷: ciò rende ancora più evidente l’impraticabilità e l’insostenibilità – se non la portata mistificatoria – della divisione netta tra politica monetaria e politica economica tracciata a Maastricht, seppur con i preoccupanti limiti della aleatorietà delle scelte della BCE, dovute alla sua indipendenza politica e quindi in ultima istanza democratica.

Inoltre, una decisione priva di precedenti è stata la sospensione dei parametri quantitativi del Patto di stabilità e crescita (che contiene le regole europee sulla disciplina fiscale e di bilancio e la cui base giuridica è rinvenibile a livello primario negli artt. 121 e 126 del TFUE) attraverso l’attivazione della c.d. “clausola di salvaguardia generale” (*General Escape Clause*)³⁸.

Tale sospensione si lega a doppio filo ai possibili effetti del *Recovery Fund*: se le regole fiscali dovessero essere ripristinate senza modifiche, gli Stati – soprattutto quelli ad alto debito – si troverebbero nella sostanziale impossibilità di rispettarle e, quindi, di proseguire con le politiche di spesa previste per superare la crisi pandemica.

3. (Segue.) *Next Generation EU e Recovery Fund*

Il piano *Next Generation EU* (con all’interno il c.d. *Recovery Fund*) segna diverse – almeno apparenti – discontinuità: per la prima volta si è deciso per un’emissione di debito da parte dell’Unione europea, attraverso il conferimento alla Commissione, in via “*eccezionale e temporanea*”, del potere “*limitato*” di contrarre prestiti sui mercati di capitali³⁹. Per quanto l’emissione di debito da parte dell’Unione non comporti necessariamente un

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Di cui all’art. 5, par. 1, all’art. 6, par. 3, all’art. 9, par. 1, e all’art. 10, par. 3, del regolamento del 7 luglio 97, n. 1467, e all’art. 3, par. 5, e all’art. 5, par. 2, del regolamento n. 1467/97, come modificati nel 2011 nell’ambito del c.d. *Six Pack*.

³⁹ Decisione (UE, Euratom) 2020/2053 del Consiglio del 14 dicembre 2020, “*relativa al sistema delle risorse proprie dell’Unione europea che abroga la decisione 2014/335/UE, Euratom*”, par. 14 e 22.

cambio di paradigma rispetto all'impostazione economica tipica del pensiero neoliberale⁴⁰, tale decisione si pone su una linea di tendenziale frizione sia con l'obbligo di pareggio di bilancio cui l'Unione è obbligata ai sensi dell'art. 310 del TFUE, sia con il divieto di finanziamento degli Stati da parte della BCE (art. 123 TFUE), nonché con il divieto di assunzione delle obbligazioni degli Stati da parte dell'Unione o degli altri Stati membri (art. 125 TFUE)⁴¹: tutti principi fondamentali dell'Unione⁴², stante almeno la giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale federale costituzionale tedesco⁴³, tanto che già qualcuno aveva rilevato come una loro limitazione rappresenti una vera e propria “rottura – e non già la mera sospensione conservativa – dell'ordine costituzionale ordoliberal”⁴⁴.

Ci sono tuttavia elementi che portano a leggere *Next Generation EU* nell'ottica della continuità, piuttosto che in quella della discontinuità con la situazione precedente⁴⁵. In particolare, analizzando il Regolamento che istituisce il *Recovery and Resilience Facility* (RRF)⁴⁶ – progetto che coinvolge la quasi totalità dei fondi messi in campo da *Next Generation EU* – non solo si collega il dispositivo “a una sana governance economica”, disponendo l'interruzione dell'erogazione dei fondi in caso di “*disavanzo eccessivo*” (art. 10), ma si prescrive anche la coerenza dei piani nazionali con “*le pertinenti sfide e priorità specifiche per paese individuate nell'ambito del semestre europeo, nonché con le sfide e le priorità individuate nell'ultima raccomandazione del*

⁴⁰ In tal senso A. SOMMA, *Op. cit.*, p. 170.

⁴¹ Una base legale per questo tipo di debito potrebbe invero rinvenirsi nell'art. 125, par. 1, del TFUE, dove si dice che il principio del non salvataggio può essere derogato in caso di “*realizzazione di un progetto specifico*”.

⁴² Si veda, in tema, M. BENVENUTI, *Democrazia e potere economico*, in *Rivista AIC*, 3/2018, pp. 253-361.

⁴³ Cfr. C. giust. UE, sent. 27 novembre 2012, C-370/12, *Pringle*; sent. 16 giugno 2015, C-64/12, *Gauweiler*; nonché BVerfG, sent. 21 giugno 2016 (OMT), 2 BvR 2728/13; BVerfG, sent. 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15 (PSPP).

⁴⁴ L. BUFFONI, *La politica della moneta e il soggetto della sovranità: il caso “decisivo”*, in *Rivista AIC*, 2/2016, p. 11; l'affermazione era riferita al *Quantitative Easing*, ma può essere valida anche per il caso in oggetto.

⁴⁵ Cfr. A. BARBA - M. PIVETTI, *Il “Piano di ripresa” tra interessi collettivi e interessi privati*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2021, p. 20.

⁴⁶ Regolamento (UE) 2021/241 del 12 febbraio 2021 “*che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza*”.

Consiglio sulla politica economica” e “con le informazioni incluse dagli Stati membri nei programmi nazionali di riforma nell’ambito del semestre europeo” (art. 17): si determinano così rilevanti condizionalità dovute anche alla giuridificazione di atti, come le *Country Specific Recommendations* (CSR), formalmente non vincolanti⁴⁷.

Se, infatti, le raccomandazioni specifiche per paese entravano in gioco – per lo più in modo informale – nel momento in cui gli Stati richiedevano flessibilità di bilancio, esse ora diventano obiettivi dei piani e condizione per l’erogazione dei fondi⁴⁸.

Le condizionalità – che non sono mere *condizioni*⁴⁹ – appaiono non solo rideterminare, ma anche ulteriormente rafforzare, i vincoli per gli Stati nell’ambito della politica economica, consolidando così il paradigma precedente.

4. Dal *Recovery* al PNRR: obiettivi e ruolo dello Stato

Se quindi dal lato della *governance* economica⁵⁰ il PNRR ripropone – e consolida – i vincoli sovranazionali del passato che avevano rafforzato il paradigma neoliberale, occorre analizzare gli obiettivi e le riforme perseguiti dai piani, per capire se essi possano determinare un cambio di passo nel rapporto tra Stato e mercato.

In primo luogo, occorre evidenziare un problematico legame tra le CSR e il Piano. Le raccomandazioni specifiche applicabili al PNRR sono infatti quelle relative agli anni 2019 e 2020, e quindi possono essere anacronistiche rispetto alle problematiche della pandemia e all’impostazione del *Recovery*: se le prime sono

⁴⁷ Cfr. F. SALMONI, *Recovery Fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, Milano, 2021, pp. 51 e ss.

⁴⁸ Si veda sul punto A. VERNATA, *La Costituzione e l’Europa alla prova del Recovery Plan*, in *Pol. dir.*, 2/2022, pp. 230 e ss.

⁴⁹ Evidenziano correttamente la distinzione tra i due concetti M. DANI - A.J. MENÉNDEZ, *Recovery Fund: dietro i sussidi il commissariamento?*, in www.lacostituzione.info, 25 luglio 2020.

⁵⁰ Anche per quanto riguarda la *governance* interna sembrano rafforzarsi linee di tendenza precedenti, quali il rafforzamento dell’esecutivo a scapito del Parlamento e il processo di verticalizzazione all’interno del governo; cfr. A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all’indirizzo politico «normativo»?», in federalismi.it, 18/2021, pp. 235-261.*

state scritte in un momento antecedente, le seconde sono comunque precedenti alle contrattazioni politiche che hanno portato agli accordi del *Recovery*⁵¹. Ciò si traduce, ad esempio, in obblighi di diminuzione della spesa pubblica per ridurre il rapporto debito/PIL⁵².

In generale, occorre evidenziare come tanto il regolamento europeo, quanto – necessariamente – il Piano italiano, abbiano come scopo quello di perseguire obiettivi *anche*⁵³ politici, attraverso strumenti economici.

Tuttavia, l'art. 4 del reg. 12 febbraio 2021, n. 241 pone gli obiettivi del dispositivo in modo ambiguo: sono racchiusi in un periodo molto lungo, dal quale è difficile evincere quali siano gli obiettivi finali e quali quelli strumentali, senza l'ausilio di una lettura generale del regolamento e dei *considerando* iniziali.

Infatti, l'obiettivo generale della “*coesione economica, sociale e territoriale dell'Unione*” (obiettivo politico) – da raggiungersi “*migliorando la resilienza, la preparazione alle crisi, la capacità di aggiustamento e il potenziale di crescita degli Stati membri, attenuando l'impatto sociale ed economico*” della crisi pandemica e nel rispetto degli obiettivi climatici – deve contribuire “*alla convergenza economica e sociale verso l'alto, a ripristinare e a promuovere la crescita sostenibile e l'integrazione delle economie dell'Unione e a incentivare la creazione di posti di lavoro di alta qualità, nonché contribuendo all'autonomia strategica dell'Unione unitamente a un'economia aperta*” (obiettivi economici). Ulteriore riprova che esso sia subordinato ad obiettivi economici è l'art. 174 TFUE, richiamato nel *considerando* n. 3: l'azione di rafforzamento della coesione – che di per sé sarebbe un obiettivo politico – è *finalizzata* all'obiettivo economico dello “*sviluppo*”⁵⁴.

Il *considerando* n. 6 conferma tale impostazione: “*Riforme e investimenti sostenibili e favorevoli alla crescita che affrontino le carenze strutturali delle economie degli Stati membri, e che*

⁵¹ Sono infatti del 20 maggio 2020.

⁵² Raccomandazione del 5 giugno 2019, n. 1, COM (2019) 512 final.

⁵³ Sottolinea tale aspetto A. VERNATA, *Op. cit.*, p. 226.

⁵⁴ Sul significato di *sviluppo*, in contrapposizione a quello di *progresso*, si vedano le classiche pagine di P.P. PASOLINI, *Sviluppo e progresso*, in ID., *Scritti corsari*, Milano, 2015, p. 176; cfr. G. AZZARITI, *Op. cit.*, p. 152; nonché A. VERNATA, *Op. cit.*, cit., p. 229.

rafforzano la resilienza degli Stati membri, ne aumentino la produttività e conducano a una loro maggiore competitività, saranno pertanto essenziali per riportare tali economie sul giusto corso e ridurre le disuguaglianze e le divergenze nell'Unione". Il mercato, caratterizzato da apertura, produttività, competitività e stabilità macroeconomica, porterebbe quindi all'appianamento di disuguaglianze e divergenze: un'ipotesi teorica e giuridica che appare in contrasto rispetto a quella descritta (e prescritta) dalla Costituzione italiana, secondo cui è l'intervento dei pubblici poteri – e non la concorrenza delle forze del mercato – a garantire l'eguaglianza sostanziale⁵⁵.

Anche il Piano italiano sembra corrispondere a questa logica di fondo, tanto nella sua componente descrittiva, quanto nei *milestones* e *targets*. Leggiamo infatti che *“la concorrenza non risponde solo alla logica del mercato, ma può anche contribuire ad una maggiore giustizia sociale”*⁵⁶, e perciò si enfatizzano, senza argomentare, collegamenti tra concorrenza e valori sociali⁵⁷.

Dal punto di vista delle riforme vengono imposti, tra gli altri, obiettivi di liberalizzazione e privatizzazione con riguardo ai servizi pubblici locali di trasporto e rifiuti, concessioni portuali, produzione e distribuzione di energia – centrali idroelettriche e distribuzione di gas – (M1C2-6), deregolamentazione dei prezzi sul mercato energetico (M1C2-7), liberalizzazione e privatizzazione delle concessioni autostradali (M1C2-11)⁵⁸.

Si noti come tali riforme puntino (ulteriormente) a instaurare mercati concorrenziali in settori strategici e di monopoli naturali, ponendo limiti quantitativi espliciti all'imprenditoria pubblica e all'affidamento *in house*.

⁵⁵ Cfr. M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica*, cit., *passim*; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p. 37.

⁵⁶ GOVERNO, *Piano nazionale di ripresa e resilienza*, 27 aprile 2021, pp. 4, 74.

⁵⁷ *Id.* p. 76.

⁵⁸ Si veda CONSIGLIO UE, *Allegato riveduto della decisione di esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione della valutazione del Piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia*, 8 luglio 2021.

5. Conclusioni

Il *Recovery Fund* (e il PNRR) presenta quindi elementi straordinari e discontinui rispetto all'assetto precedente, e rappresenta un tipo di risposta alla crisi differente rispetto a quella data alla crisi finanziaria del 2008. Inoltre, il perseguimento di alcuni obiettivi politici attraverso strumenti economici demistifica – se ce ne fosse bisogno – il concetto di “sterilizzazione dell'economia” sotteso al “mantra” della stabilità finanziaria imposto dal Patto di stabilità⁵⁹. Esso rappresenta poi una forma inedita di redistribuzione, tra Stati, di risorse economiche, seppur non stabile né di per sé sufficiente.

Tuttavia, la logica entro cui si muove e che continua a perseguire rimane quella del perseguimento degli obiettivi attraverso il mercato, nel rispetto dei principi di stabilità finanziaria e libera concorrenza, senza possibilità di perseguimento di obiettivi e risultati antitetici⁶⁰. Il potere pubblico rimane puramente regolatore e deve retrocedere per far posto alla concorrenza tra privati: più che un disimpegno dello Stato dall'economia sembra quindi configurarsi un “disimpegno dello Stato dal perseguimento di scopi di interesse collettivo”⁶¹.

Il rischio – o, per chi ha posizioni diverse, la speranza – è che il *Recovery* non sia la premessa per una trasformazione, bensì lo strumento per una normalizzazione degli effetti della pandemia⁶².

Non quindi un cambiamento di paradigma, bensì il tentativo di operare una *ripresa* e *resilienza* del mercato, nell'obiettivo di una sua conservazione, in una “una sorta di ritorno «rafforzato» al modello di sviluppo pre pandemico che finisce per dare corpo

⁵⁹ Così A. VERNATA, *Op. cit.*, p. 228.

⁶⁰ Cfr. F. SALMONI, *Op. cit.*, p. 113.

⁶¹ Così A. BARBA - M. PIVETTI, *Op. cit.*, p. 19; cfr. F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2022, p. 47.

⁶² Cfr. O. CHESSA, *C'è posto in Europa per il costituzionalismo democratico-sociale?*, cit.; nonché F. SAITTO, *Tracciare la rotta. A proposito di alcune sfide (non più rinviabili) del costituzionalismo europeo*, in E. MOSTACCI - A. SOMMA (a cura di), *Op. cit.*, p. 210.

*a un curioso coacervo di nuovi e vecchi stilemi che vanno a innestarsi su vecchie e nuove intelaiature*⁶³.

Se quindi l'attuale modello di rapporto tra Stato e mercato si è rivelato inadatto ad affrontare la crisi pandemica, appare determinante la creazione di un nuovo modello, non solo per questioni sociali, ma anche geopolitiche e ambientali.

Ciò significa rimettere in discussione decisioni ora percepite come fondamentali, per mutarle anche radicalmente. In metafora: fare dei passi indietro, per poi farne in avanti, con la consapevolezza che più si torna indietro, più sono possibili percorsi alternativi. Il *Recovery*, e con esso il PNRR, fanno tornare indietro di qualche passo: se non ce ne saranno ulteriori, la strada da imboccare non sarà così dissimile da quella già percorsa.

⁶³ A. VERNATA, *Op. cit.*, p. 229-230.

LA DOVEROSA DISAPPLICAZIONE DELLA
NORMA CONTRARIA A UNA DIRETTIVA
SELF-EXECUTING (IL CASO DELLE
CONCESSIONI BALNEARI)*

DOMENICO CIABURRI

SOMMARIO: 1. L'amministrazione è tenuta a disapplicare la norma contraria a una direttiva *self-executing*? – 2. La tesi negativa. – 3. La tesi affermativa. – 4. Le scelte che residuano all'amministrazione.

Abstract: When the national law conflicts with a self-executing European Union directive, the second one prevails, so the domestic judge must disapply the national law. The paper analyses if the disapplication should be considered mandatory for the public administration as well, depicting the arguments of *pro* and *versus* thesis. Then, considering that the Council of State (judgments nos. 17 and 18, 2021), according with the *pro* thesis, established that administrations have to disapply the article 182 of the decree-law no. 34/2020 (which prorogued the on-going maritime public licences without a public competition in conflict with the art. 12 of the Bolkestein directive), the paper underlines the consequences of that solution, mainly regarding which and how wide are the margins for the Italian administrations in the application of the European self-executing directive.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. L'amministrazione è tenuta a disapplicare la norma contraria a una direttiva *self-executing*?

Nella speranza di cogliere una delle possibili sfumature del tema scelto per l'Opera nella quale questo scritto confluisce, si svolgeranno, nei paragrafi che seguono, alcune considerazioni relative alla permanenza, in materie economiche regolate da una direttiva *self-executing*, di spazi di autonomia decisionale in capo allo Stato-amministratore, allo scopo di indagare, in prima battuta, se l'amministrazione sia diretta destinataria dell'obbligo di disapplicare la norma interna confliggente con una direttiva auto-esecutiva e, in caso di risposta affermativa, quali siano gli spazi di autonomia residui nella fase attuativa della direttiva stessa.

Prima di tutto, però, occorre delimitare l'oggetto di questo scritto, antepoendo tre considerazioni in premessa.

La prima consiste nel chiarire che la tematica suddetta non verrà posta (solo) in astratto, ma con riferimento alla nota vicenda delle concessioni marittimo-balneari. Vivace è, infatti, il dibattito¹ intorno alla legittimità dell'intervenuta proroga *ex*

¹ Il n. 3/2022 della rivista *Diritto e Società*, in www.rivistadirittoesocieta.it, è interamente dedicato al tema.

*lege*² delle concessioni rispetto all'art. 12 della direttiva *Bolkestein*³. Anche il legislatore, in seguito alle note “sentenze gemelle”⁴, con le quali il Consiglio di Stato ha dichiarato (con differimento degli effetti al 31 dicembre 2023) illegittima la proroga di cui sopra, è intervenuto in materia⁵.

In seconda battuta, è bene chiarire che l'indagine che ci si propone di condurre presuppone (e non discute) la natura *self-executing* della direttiva, per poi indagare quale spazio decisionale residui, in presenza della stessa, all'amministrazione. Pertanto, non si metteranno in dubbio (pur se discusse⁶) né la natura *self-executing*, né l'applicabilità della *Bolkestein* al settore delle concessioni balneari⁷.

Da ultimo, lo scritto non discute affatto la doverosità della

² L'ultima proroga (fino al 31 dicembre 2033) è stata disposta dall'art. 182, co. 2, del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con l. 17 luglio 2020, n. 77. Per le proroghe precedenti v. E. LUBRANO, *Le concessioni demaniali marittime ieri, oggi e domani. L'applicazione delle regole sulla concorrenza, secondo i principi del Diritto Europeo (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 novembre 2021, nn. 17 e 18)*, in *GiustAmm.it*, 2/2022.

³ Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa “ai servizi nel mercato interno”, n. 2006/123/CE, *Bolkestein* (dal nome del proponente Frederick Bolkestein, Commissario europeo al mercato interno).

⁴ Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, nn. 17 e 18. Comunemente indicate con l'appellativo “sentenze gemelle”: F. FERRARO, *Diritto dell'Unione Europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?*, in *Dir. soc.*, 3/2022, p. 359.

⁵ L. 5 agosto 2022, n. 118, “*Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*”, in G.U., n. 188 del 12 agosto 2022.

⁶ Il tema, pacifico in giurisprudenza (C. giust. UE, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*), era già ampiamente dibattuto prima del sopraggiungere delle “sentenze gemelle”: M. MAGRI, *Direttiva Bolkestein e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di Giustizia U.E.*, in *Riv. giur. ed.*, 4/2016, p. 359; M. CERUTI, *L'istituto euro-unitario della concessione e la fine della dicotomia fra autorizzazione e concessione (Parte I)*, in *Urb. app.*, 6/2020, p. 745. Per un commento recentissimo: M. SANTINI, *Save the date dalla Plenaria per le gare balneari: prime note (su tasti bianchi)*, in *Urb. app.*, 1/2022, p. 53.

⁷ Peraltro, vi è pure chi ritiene che il tema della diretta applicabilità della direttiva *Bolkestein* sia, per vero, poco rilevante, dato il parziale recepimento della stessa nell'ordinamento interno e dato che il regime di proroga legale sarebbe comunque contrario all'art. 49 TFUE. M. TIMO, *Concessioni balneari senza gara... all'ultima spiaggia*, in *Riv. giur. ed.*, 5/2021, p. 1596.

disapplicazione giudiziaria della norma interna confliggente⁸ con una direttiva *self-executing*⁹. Ciò che la giurisprudenza ha ultimamente dibattuto¹⁰, e che è oggetto di questo scritto, è se, e in che termini, tale obbligo disapplicativo gravi anche in capo all'amministrazione.

2. La tesi negativa

A sostegno della tesi che nega l'obbligo disapplicativo descritto *supra*, si è espressa una minoritaria giurisprudenza¹¹, la quale, pur senza negare il principio di primazia del diritto unionale¹², ricorda che è lo stesso TUE a prevedere che l'efficacia delle direttive presuppone il loro previo recepimento¹³. *Ergo*, sol-

⁸ Trattasi di un assunto pacifico: C. giust. UE, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*; C. giust. CE, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Francovich*. In dottrina: F. PIRAINO, *L'inadempimento dello stato all'obbligo di attuazione delle direttive europee e il problema del risarcimento del danno*, in *Eur. dir. priv.*, 3/2012, p. 707; R. BARATTA, *L'effetto diretto delle disposizioni internazionali self executing*, in *Riv. dir. intern.*, 1/2020, p. 5; G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, in *Dir. amm.*, 1-2/2014, p. 217; P. MENGOZZI - C. MORVIDUCCI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2018.

⁹ Di recente: R. BARATTA, *Op. cit.*, p. 5. Per una definizione giurisprudenziale di direttiva *self-executing*, v. C. giust. UE, 25 maggio 1993, C-193/91.

¹⁰ R. ROLLI - D. SAMMARRO, *L'obbligo di «disapplicazione» alla luce delle sentenze n. 17 e n. 18 del 2021 del Consiglio di Stato (Adunanza Plenaria)*, in *Dir. soc.*, 3/2021, pp. 480 ss.

¹¹ TAR Puglia - Lecce, sez. I, 27 novembre 2020, n. 1321.

¹² Principio riconosciuto pure dalla Corte costituzionale: "tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (...) sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne" (C. cost., 11 luglio 1989, n. 389).

¹³ Il riferimento è chiaramente all'art. 249 TUE.

tanto una diversa (ma asseritamente assente) fonte normativa potrebbe imporre all'amministrazione (e non solo al giudice¹⁴) l'obbligo disapplicativo anche in relazione a dette direttive¹⁵.

Un secondo argomento fa leva sul diverso strumentario disponibile all'amministrazione e al giudice. Il potere disapplicativo a disposizione di quest'ultimo avrebbe alla base degli adeguati strumenti funzionali alla corretta valutazione della compatibilità della norma interna con quella unionale: il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea in caso di dubbi inerenti alla compatibilità tra norme interne e sovranazionali e/o alla stessa natura *self-executing* di una direttiva¹⁶; la possibilità di sollevare questione di costituzionalità per violazione dei controlimiti¹⁷. Non essendo tali strumenti nella disponibilità dell'amministrazione, risulterebbe coerente attribuire il potere disapplicativo solamente al giudice.

Un terzo argomento fa leva sulla teoria della separazione degli ordinamenti giuridici, per la quale l'ordinamento interno e quello unionale non sarebbero in rapporto di identità, neppure parziale, ma distinti e separati¹⁸. *Ergo*, la norma unionale non re-

¹⁴ La sussistenza di tale obbligo è riconosciuta in sentenza, la quale richiama una delle più note pronunce della Corte unionale sul punto (C. giust. CE, 25 maggio 1993, C-193/91). Con le parole del TAR: "*La direttiva autoesecutiva (...) non richiede alcuna norma nazionale di recepimento, trovando immediata applicazione, con conseguente obbligo del giudice di disapplicazione della normativa nazionale con essa confliggente*" (TAR Puglia - Lecce, n. 1321/2020).

¹⁵ Neppure, si legge nella sentenza citata (TAR Puglia - Lecce, n. 1321/2020), sarebbe rinvenibile una pronuncia "*di natura interpretativa di una specifica direttiva o regolamento U.E.*" vincolante per gli interpreti domestici, che imponga, in caso di direttive *self-executing*, tale dovere disapplicativo alla PA. In senso critico: E. CHITI, *False piste: il T.A.R. Lecce e le concessioni demaniali marittime*, in *Giorn. dir. amm.*, 6/2021, p. 801.

¹⁶ È noto che l'art. 267 TFUE riconosce espressamente al giudice tale facoltà. Per un approfondimento sul suo utilizzo da parte del giudice amministrativo: S. SPUNTARELLI, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla CGUE nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2018, p. 985.

¹⁷ È più che pacifico che solo la Corte costituzionale sia competente a dichiarare l'illegittimità di una norma interna per violazione degli obblighi unionali. V. C. cost., 3 novembre 2005, n. 406.

¹⁸ La teoria ha trovato un cenno di accoglimento pure nella giurisprudenza amministrativa. Coerentemente con detta teoria il TAR Piemonte ha infatti affermato, in una nota sentenza (TAR Piemonte, sez. II, 8 febbraio 1989, n. 341),

cepita non sarebbe in grado di imporsi all'interno dell'ordinamento statale. Pertanto, in quest'ottica, mancherebbe, dal punto di vista dell'amministrazione, il presupposto stesso dell'operazione disapplicativa: la compresenza di due norme in conflitto¹⁹.

Un ultimo argomento si basa sui limiti soggettivi all'efficacia diretta delle direttive *self-executing*. Si è soliti ritenere che, siccome l'esecutività della direttiva si collega all'inadempimento dello Stato, le ricadute di detto inadempimento non possano ripercuotersi sul privato. Pertanto, l'auto-esecutività dovrebbe essere limitata ai soli rapporti verticali e operare nel solo interesse del privato²⁰. Orbene, nell'imporre all'amministrazione l'obbligo di disapplicare la norma interna, si finisce per rovesciare questo paradigma, in quanto la direttiva finirebbe per essere applicata tanto a favore dei privati, quanto a loro sfavore, come infatti pare accadere pure nel caso delle concessioni marittimo-balneari, dove l'applicazione della direttiva *Bolkestein* finisce per sacrificare l'interesse dei concessionari uscenti²¹.

3. La tesi affermativa

La tesi dominante impone l'obbligo disapplicativo anche all'amministrazione. In tal senso si è ultimamente espresso, proprio in relazione alla proroga delle concessioni demaniali disposte dal legislatore in contrasto con la direttiva *Bolkestein*, lo stesso Consiglio di Stato, il quale, pur differendo gli effetti della

l'incapacità della norma unionale di invalidare o, comunque, imporre la disapplicazione dell'atto amministrativo con essa confliggente. Cfr. G. MASSARI, *L'atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4/2014, p. 643; R. GIOVAGNOLI, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*, relazione al Convegno I. G.L. del 29 settembre 2004, in *GiustAmm.it*, 10/2004.

¹⁹ Per approfondire: R. ROLLI - D. SAMMARRO, *Op. cit.*, pp. 480 ss.

²⁰ *Ex multis*: C. giust. CE, 26 febbraio 1986, C-152/84, *Marshall*; C. giust. CE, 25 maggio 1993, C-193/91; Cons. St., sez. III, 25 novembre 2015, n. 5359.

²¹ V. F. FERRARO, *Op. cit.*, p. 359.

pronuncia al 31 dicembre 2023, ha imposto all'amministrazione la disapplicazione della norma prorogante²².

In contrasto con il primo argomento esposto sopra, il Consiglio di Stato afferma che nell'ordinamento unionale certamente esiste una fonte normativa in grado di imporre l'obbligo disapplicativo anche all'amministrazione. Essa è rinvenibile nelle pronunce della Corte di giustizia, pacificamente titolate ad interpretare autenticamente le norme unionali²³. Pronunce che, per l'appunto, si sono espresse nel senso della sussistenza di detto obbligo²⁴, dal cui campo applicativo non ha senso escludere le direttive *self-executing*, pena la svalutazione della loro auto-esecutività²⁵.

A parere del Consiglio di Stato, poi, solo apparente sarebbe il problema dell'assenza in capo all'amministrazione di strumenti funzionali alla corretta valutazione dei conflitti tra norme interne e unionali, dati, da un lato, l'inutilità del rinvio pregiudiziale in relazione alla natura della direttiva *Bolkestein*, pacificamente *self-executing*²⁶, e, dall'altro, l'inutilità (data l'assenza di tensioni con i controllimiti costituzionali) della questione di costituzionalità²⁷. Tuttavia, tale conclusione, di certo adeguata al caso della

²² Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17, par. 51: "*le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023*".

²³ In questo senso pure la giurisprudenza costituzionale: C. cost., 2 febbraio 1990, n. 64; C. cost., 18 aprile 1991, n. 168.

²⁴ Su tutte: C. giust. UE, 22 giugno 1989, C-103/88, *Fratelli Costanzo*. Il principio è stato già anni addietro recepito dal Supremo Consesso: Cons. St., sez. V, 6 aprile 1991, n. 452.

²⁵ Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17, par. 34.2: "*la prospettata distinzione, nell'ambito delle norme U.E. direttamente applicabili, fra i regolamenti, da un lato, e le direttive self-executing, dall'altro [...] si tradurrebbe nel parziale disconoscimento del c.d. effetto utile delle stesse direttive autoesecutive e nella artificiosa creazione di un'inedita categoria di norme U.E. direttamente applicabili (...) solo da parte del giudice e non della P.A.*".

²⁶ C. giust. UE, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15.

²⁷ Con riferimento all'inutilità del rinvio pregiudiziale, si rileva in sentenza che "*è dirimente la circostanza che nel caso di specie tale incertezza circa il carattere self-executing della direttiva 2006/123 non sussiste*". Con riguardo all'inutilità del giudizio di costituzionalità, si afferma invece che "*un sindacato di costituzionalità in via incidentale su una legge nazionale anticomunitaria è oggi possibile solo se tale legge sia in contrasto con una direttiva comunitaria non self-executing oppure, (...) nei casi in cui la legge nazionale contrasti con i diritti fondamentali della persona tutelati sia dalla Costituzione sia dalla*

Bolkestein, non pare generalizzabile, perché non risolve l'eventualità del conflitto con una direttiva la cui auto-esecutività sia dubbia. Inoltre, i problemi ermeneutici che possono porsi all'amministratore non terminano con lo stabilire se la natura di una direttiva sia *self-executing*, ma continuano in fase attuativa della direttiva stessa. Più in generale, invece, il problema pare superabile considerando che l'interpretazione costituisce il presupposto fondante l'applicazione di qualunque norma ed è quindi doverosa per l'amministrazione, a prescindere dal livello di difficoltà che essa può presentare. Non regge, insomma, il ragionamento per il quale, siccome l'amministrazione non può avvalersi dell'ausilio della Corte UE nell'interpretare le norme, allora non è tenuta a valutarne il conflitto con la normativa interna.

Con riguardo, poi, al tema della separazione degli ordinamenti giuridici interno e unionale, basti solo rilevare che, anche ad ammettere che la teoria della separazione degli ordinamenti non sia mai espressamente stata superata dal Giudice delle leggi²⁸, è pur vero, come si è già avuto modo di chiarire, che la capacità delle direttive *self-executing* di penetrare negli ordinamenti nazionali è pacificamente riconosciuta²⁹. Pertanto, accogliere la teoria della separazione degli ordinamenti produce il solo risultato di inquadrare il rapporto tra norma interna e norma unionale non come rapporto tra norme del medesimo ordina-

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [...]. Nessuna delle due eccezioni ricorre nel caso di specie, perché le norme comunitarie violate sono self-executing e non vengono in rilievo diritti fondamentali della persona costituzionalmente protetti". V. Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17, dal par. 34.1 in poi.

²⁸ *Ex multis*: C. cost., 27 dicembre 1965, n. 98; C. cost., 27 dicembre 1973, n. 183. Con tali pronunce, la Corte ha ribadito l'autonomia dei due ordinamenti, accogliendo in tal modo la teoria della separazione degli stessi. Ciò, tuttavia, mai disconoscendo la prevalenza del diritto unionale, fatto salvo il solo caso dei "controlimiti". È superfluo ricordare, invece, come nel senso dell'integrazione tra ordinamenti si sia sempre mossa la Corte UE. In argomento: L. CONDORELLI, *Il caso Simmenthal ed il primato del diritto comunitario: due Corti a confronto*, in *Giur. cost.*, 1/1978, p. 669.

²⁹ Di questa opinione R. ROLLI - D. SAMMARRO, *Op. cit.*, pp. 491 ss. Ad ogni modo, se la Corte ammette al suo esame solo quelle norme che confliggono con direttive non *self-executing*, è perché il conflitto con le direttive autoesecutive può già essere risolto dal giudice *a quo* con lo strumento della disapplicazione: C. cost., 11 marzo 2022, n. 67; C. cost., 21 febbraio 2019, n. 20.

mento, ma come rapporto tra norme di due ordinamenti differenti, senza che, per tale sola ragione, possa mettersi in discussione la capacità della norma del diverso ordinamento di imporsi internamente agli Stati. Anche questo ostacolo teorico, dunque, pare superabile.

Più complessa è la questione per la quale, ad imporre l'obbligo disapplicativo in forma generalizzata all'amministrazione, si finirebbe per applicare la teoria dell'auto-esecutività oltre i rapporti verticali. Sul punto, è stato proposto³⁰ di riqualificare in termini pubblicitici il concessionario, in quanto erogatore di un pubblico servizio, con l'immediata conseguenza di trasformare il rapporto concessionario/amministrazione in un rapporto sì orizzontale, ma tra due amministrazioni³¹. Tuttavia, l'argomento porta ad esiti paradossali, poiché, così ricostruendo, si finirebbe per imporre al concessionario, in quanto amministrazione pubblica, la disapplicazione della direttiva nei confronti di se stesso. Piuttosto, con riferimento specifico al tema delle concessioni balneari, è utile osservare che l'applicazione della *Bolkestein*, se da un lato danneggia i concessionari in corso, dall'altro opera nell'interesse dei *competitors*. E allora è legittimo ipotizzare che, quando l'applicazione della direttiva soddisfi alcuni e deluda altri, possa farsi prevalere l'interesse dei primi, conforme alla norma. È questa, d'altronde, la logica sottesa alla giurisprudenza che ammette l'utilizzo della regola disapplicativa nei rapporti triangolari³², fermo restando che di triangolarità in senso tecnico si può parlare solo quando il terzo controinteressato abbia almeno promosso istanza di concessione.

Più in generale, a sostegno della doverosa disapplicazione della direttiva *self-executing* si pone un argomento di tipo logico³³: ritenere che l'amministrazione non debba disapplicare la norma interna vorrebbe dire ammettere che l'amministrazione

³⁰ V. F. FERRARO, *Op. cit.*, p. 369.

³¹ *Ibid.*

³² Nel senso della doverosità di detta disapplicazione nei rapporti triangolari: C. giust. CE, 22 giugno 1982, C-103/88, *Fratelli Costanzo*.

³³ Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, n. 18, par. 34.3: "*ad ammettere che la legge in contrasto con la direttiva self-executing non sia disapplicabile dalla P.A. ma solo dal giudice, rimarrebbe fermo che l'atto amministrativo emanato in base ad una legge poi riconosciuta anticomunitaria in sede giurisdizionale sarebbe comunque illegittimo e, come tale, andrebbe annullato*".

stessa debba doverosamente adottare un provvedimento illegittimo, poiché annullabile in sede giurisdizionale, con l'effetto di spostare il momento disapplicativo in tale sede, inflazionando il contenzioso. Ma il paradosso vale anche al contrario: a negare il potere disapplicativo, si dovrebbe concludere che, se l'amministrazione disapplicasse, questa opererebbe in maniera anti-doverosa, ma producendo un provvedimento legittimo, non censurabile in sede giurisdizionale. In sintesi, la teoria che impone il dovere disapplicativo solo al giudice e non anche all'amministrazione, implicando l'utilizzo di parametri di valutazione della legittimità dell'operato amministrativo differenti a seconda che questo venga valutato dal giudice o dall'amministrazione stessa, produce esiti paradossali. Tale considerazione è, a giudizio di chi scrive, più di tutte le altre determinante ai fini dell'accoglimento della tesi che impone l'obbligo disapplicativo anche all'amministrazione.

4. Le scelte che residuano all'amministrazione

Occorre ora valutare, accolta la seconda delle due tesi suestiposte, quale spazio residui in capo all'amministrazione nell'applicazione della direttiva *self-executing*. Tale interrogativo può essere percorso in almeno due direzioni.

La prima riguarda gli atti già adottati, confliggenti con la direttiva. Il tema è quello (classico) dell'autotutela in caso di atto anti-comunitario, risolto nel senso che, almeno di norma, il vizio anti-comunitario non rende nullo, ma solo annullabile il provvedimento, e che l'autotutela va comunque esercitata secondo i canoni ordinari (essa, cioè, non è doverosa)³⁴. Sul punto, però, ci si rimette agli approfondimenti in nota³⁵, non essendoci modo di affrontare l'argomento in questa sede. Basti solo considerare che, con riferimento alla questione delle concessioni marittime, il

³⁴ Per una sintesi dell'evoluzione giurisprudenziale che ha condotto a tale risultato: G. GARDINI, *Op. cit.*, pp. 217 ss.

³⁵ V. STIGLIANI, *Atti amministrativi nazionali e norme comunitarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6/1999, p. 1413; G. MASSARI, *Op. cit.*, p. 643. Con riguardo al caso delle concessioni marittime: P. OTRANTO, *Proroga ex lege delle concessioni balneari e autotutela*, in *Dir. soc.*, 3/2021, p. 583.

Consiglio di Stato, tra innumerevoli critiche³⁶, ha bypassato il problema, sostenendo la natura non provvedimentale degli atti di proroga, configurati come atti meramente ricognitivi di un effetto derivante direttamente da una legge provvedimento. Dunque, non annullabili, nulli o disapplicabili, ma semplicemente *tamquam non esset*³⁷.

La seconda direzione è quella che guarda al futuro, ossia alle gare che dovranno svolgersi nel rispetto della *Bolkestein*. In tale prospettiva, è indubbio che l'amministrazione mantenga uno spazio discrezionale, ma, è evidente, non più nel senso che potrà decidere se avviare o meno nuove procedure concessorie, perché queste sono ormai state imposte dalle sentenze gemelle, bensì nel senso che potrà in parte determinarne il contenuto e, in particolare, i criteri di selezione dei concessionari. Operazione, quest'ultima, di estrema delicatezza, considerando, tra l'altro, che a condurla saranno in buona parte le amministrazioni più soggette alle pressioni economiche e sociali del territorio, quali sono gli enti locali³⁸. A costoro spetterà, in ultima istanza, rispettare criteri pro-concorrenziali nelle procedure di gara, resistendo alle istanze economiche di segno inverso, ben rappresentate dai concessionari uscenti, attori di un giro d'affari di circa quindici miliardi di euro annui³⁹. A ciò si aggiungono le pressioni sociali, derivanti dall'idea (non solo italiana⁴⁰), coltivata sulla base dell'originaria

³⁶ V. R. DIPACE, *L'incerta natura giuridica delle concessioni demaniali marittime: verso l'erosione della categoria*, in *Dir. soc.*, 3/2021, p. 419. Sul tema pure: P. OTRANTO, *Op. cit.*, pp. 583 ss.; E. LAMARQUE, *Le due sentenze dell'Adunanza plenaria... le gemelle di Shining?*, in *Dir. soc.*, 3/2021; G. ASTEGIANO, *I limiti della proroga delle concessioni*, in *Azienditalia*, 1/2022, p. 152.

³⁷ Cons. Stat., ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17, par. 43.

³⁸ Per una ricostruzione delle competenze in materia di concessioni marittimo balneari: M. RAGUSA, *Demanio marittimo e concessione: quali novità dalle pronunce del novembre 2021?*, in *Dir. soc.*, 3/2021, p. 545.

³⁹ M. GOLLA, *Il Consiglio di Stato, l'Europa e le «concessioni balneari»*, in *Dir. soc.*, 3/2021, p. 401.

⁴⁰ G. VOSA, *Le concessioni balneari turistiche tra ordinamento degli stati e diritto dell'Unione. Italia e Spagna: cammini diversi, soluzioni simili?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2022, p. 49.

normativa di settore⁴¹, che il diritto dei concessionari sia un diritto para-proprietario, tale da far percepire l'indizione di nuove procedure come un'attività espropriativa⁴². Non da meno sono le pressioni culturali e ideologiche: anche una parte della dottrina giuridica legge l'applicazione della *Bolkestein* alle concessioni balneari come il segno (negativo) dell'avanzare di un nuovo liberismo europeo, che vede il demanio solo nell'ottica del profitto, trascurando la sua valorizzazione nell'interesse comune⁴³.

Positivamente va accolto, dunque, il tentativo del legislatore di circoscrivere i margini di discrezionalità degli enti locali nella determinazione dei criteri di gara. La l. 5 agosto 2022, n. 118, delega, infatti, il Governo ad adottare entro sei mesi uno o più decreti legislativi che semplifichino le procedure concessorie⁴⁴. In linea di massima, le procedure dovranno: fissare il canone concessorio sulla base dell'effettiva appetibilità economica del bene; ancorare parte del punteggio alla qualità del servizio e al rispetto di parametri ambientali e sociali; prevedere termini massimi di durata delle concessioni non superiori a quanto necessario ad ammortare i costi di investimento. In particolare, poi, l'art. 4, co. 2, lett. e, nn. 5.1 e 5.2, prevede che nella scelta del concessionario si dovrà, da un lato, valorizzare l'esperienza già acquisita dal concorrente nel settore di riferimento e, dall'altro, tutelare i concorrenti che abbiano tratto dalla concessione la loro principale fonte di reddito personale o familiare. È chiaro che la concreta declinazione di questi ultimi due criteri costituirà la misura di quanto il Governo vorrà realmente aprire al mercato il settore turistico-balneare. La previsione di criteri che valorizzino l'esperienza dei concessionari uscenti, infatti, pare ammissibile alla

⁴¹ F. ARMENANTE, *La non disciplina delle concessioni demaniali: dall'abrogazione dell'innaturale diritto di insistenza alle plurime e asistematiche proroghe anticomunitarie*, in *Riv. giur. ed.*, 4/2020, p. 261.

⁴² G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, in *Dir. soc.*, 3/2021, p. 385.

⁴³ G. IACOVONE, *Concessioni demaniali marittime tra concorrenza e valorizzazione*, in *Dir. soc.*, 3/2021, p. 529; V. anche: B. CARAVITA - T. G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, *ivi*, p. 621.

⁴⁴ Artt. 2 e 4, l. 5 agosto 2022, n. 118.

luce dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein*⁴⁵ e delle indicazioni fornite dal Consiglio di Stato con le sentenze gemelle (parecchio criticate da chi vi ha visto un contenuto para-normativo⁴⁶) in merito alla futura formulazione dei criteri di gara⁴⁷. Neppure la Commissione europea risulta essersi mai espressa nel senso della radicale illegittimità di criteri di tal fatta⁴⁸. Occorre, tuttavia, che questi non vengano strumentalizzati per garantire dei privilegi competitivi ai concessionari uscenti, con conseguente effetto discriminatorio nei confronti dei *competitors*. Ove, ad esempio, si decidesse di attribuire un punteggio particolarmente alto al concessionario uscente (peraltro già avvantaggiato dal *know-how* acquisito), si rischierebbe l'esclusione (*de facto*, se non *de iure*) dei nuovi *competitors* dalle procedure, con la conseguenza di sacrificare l'interesse legittimo degli stessi e di rendere l'apertura del mercato un'operazione onerosa ma solo apparente. I decreti delegati e la *lex specialis* delle future procedure di gara saranno la "cartina di tornasole" del livello di competitività che l'amministrazione vorrà in concreto assicurare. Da ultimo, qualche dubbio resta in merito alla capacità delle amministrazioni di concludere le procedure entro il 31 dicembre 2023 (scadenza prorogabile al 2024 per ragioni oggettive⁴⁹), considerando, tra l'altro, che prima di avviare le procedure competitive è opportuno che il Governo, in tal senso delegato dall'art. 2 della legge prefata, predisponga la mappatura delle concessioni in atto con conseguente aggregazione dei dati in un sistema informativo unitario.

⁴⁵ V. art. 12, commi 2 e 3, direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, n. 2006/123/CE.

⁴⁶ M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle «concessioni balneari» alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *Dir. soc.*, 3/2021, p. 331; M. ESPOSITO, *Concessioni demaniali. L'intervento paranormativo dell'Adunanza plenaria sulle concessioni demaniali*, in *Giur. it.*, 5/2022, p. 1204.

⁴⁷ V. Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17, par. 49.

⁴⁸ G. MARCHEGIANI, *La proroga al 2033 delle concessioni balneari nell'ottica della procedura d'infrazione avviata dalla Commissione europea*, in *Urb. app.*, 2/2021, p. 153.

⁴⁹ Art. 3, l. 5 agosto 2022, n. 118.

PARTECIPAZIONE E DISSENSO: LA TUTELA DEGLI INTERESSI PARTICOLARI TRA DIRITTO ED ECONOMIA*

LAURA CICOZZI

SOMMARIO: 1. La ridefinizione della sovranità statale nella crisi, tra nuovi doveri e interessi particolari. – 2. Tecnicismi ed esigenze dell'economia ridefiniscono il ruolo del diritto. – 3. Il problema del dissenso finalizzato alla tutela degli interessi particolari e una possibile soluzione.

Abstract: In today's world, the state-citizens relationship is part of a complex network that often transcends nationality and includes companies and aggregations of economic operators or groups of individuals pursuing common interests. In a context in which political and socio-economic scenarios change much faster compared to the length of the legislative processes, the relationship between law and the market is redefined from below. Especially in times of crisis, the institutions are accused of excessive interference and lack of sensitivity. What emerges is a new form of dissent as an instrument to limit state authority with the aim of achieving the transformations that the new protagonists of the social and economic scene deem necessary. The concept that the citizens' political duties can be fulfilled otherwise than through obedience to the law is an old one. However, the traditional dichotomy between the legitimacy of the principles and the legality of the norms is replaced by the dichotomy between the legality of the norms and the legitimacy of interests.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. La ridefinizione della sovranità statale nella crisi, tra nuovi doveri e interessi particolari

Il difficile periodo storico attuale pone al giurista un fondamentale interrogativo: qual è il ruolo della legge nella crisi? Ci si chiede se il nostro sistema giuridico, e soprattutto la legislazione penale focalizzata sulla risposta sanzionatoria, siano adeguati a gestire le crisi immanenti alla globalizzazione.

Se le leggi emergenziali sono, per natura, il risultato di un processo creativo frettoloso e caotico, che si riflette negativamente sulla qualità del prodotto legislativo, quale vantaggio apporta alla società il rispetto di tali leggi? E non è piuttosto necessario un nuovo approccio alla gestione delle crisi che dia priorità all'autonomia decisionale dei soggetti coinvolti?

Le critiche all'eccessiva interferenza dello Stato nella vita degli individui e delle imprese e, in particolare, all'ipertrofia del diritto penale, sono di estrema attualità. Infatti, mentre nell'immaginario collettivo i periodi di crisi sono associati al venir meno delle regole che caratterizzano la vita ordinaria, oggi assistiamo al fenomeno opposto: quella che Irti definisce “*produttiva densità dell'occasionalismo, questo nascere e morire di norme senza unitaria ragione e senza durata*”¹, che paradossalmente produce gli stessi effetti – o addirittura peggiori – dell'anomia, la mancanza di norme che, invece, ha storicamente rappresentato un elemento qualificante i periodi di crisi.

La gestione della pandemia ha inquadrato la quotidianità in un eccesso di regole imposte dall'alto, sottoposte all'instabilità dei fattori esterni e, come tali, in costante cambiamento, a cui è stato difficile obbedire con cognizione e convinzione.

Più in generale, come tutti gli operatori giuridici sanno e molti cittadini intuiscono, l'ipertrofia legislativa è uno dei mali del nostro tempo: la società attuale è sommersa di regole e la loro qualità ed efficacia ne risulta inevitabilmente compromessa.

In secondo luogo, in questa epoca di eccesso di leggi ed incertezze interpretative, il ruolo dello Stato quale “*produttore monopolistico*”² del diritto è in crisi. Lo Stato ha perso parte della

¹ N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021, p. 16.

² V. FERRARI, *Diritto e società*, Roma-Bari, 2004, p. 55.

sua autorità e tale aspetto non può non essere tenuto in considerazione quando si valutano le conseguenze della violazione delle regole da esso imposte. La sociologia del diritto parla di “*reti di interlegalità*”³ per descrivere un sistema in cui, ad esempio, la legislazione sovranazionale coesiste con le consuetudini locali e il diritto statale con le regole interne stabilite dalle multinazionali.

L’influenza delle associazioni rappresentative delle istanze degli operatori economici oppure dei gruppi di cittadini che si uniscono per perseguire interessi comuni spesso trascendenti la nazionalità si esplica nel contributo che tali soggetti danno al processo di creazione delle regole. Il risultato di tale fenomeno è che “*si estende a dismisura l’influenza degli interessi particolari, a danno di quelli generali sui quali lo Stato per secoli ha basato la sua ragion d’essere*”⁴.

La sovranità statale viene dunque ridefinita dalla partecipazione dal basso alla creazione delle regole, anche attraverso gli strumenti tecnologici. In un contesto in cui l’evoluzione degli scenari politici, e soprattutto socioeconomici, avviene a ben altra velocità rispetto ai processi normativi, anche il rapporto tra diritto e mercato viene riplasmato attraverso la partecipazione dal basso.

Ad esempio, le istituzioni devono collaborare con gli operatori economici – ma anche con il terzo settore e le comunità locali – alla creazione dei servizi sanitari e di *welfare* del futuro, che saranno diffusi nel territorio, co-progettati con gli utenti e forniti da una pluralità di soggetti, anche privati, con la regia pubblica delle istituzioni locali.

2. Tecnicismi ed esigenze dell’economia ridefiniscono il ruolo del diritto

Che cosa accade, dunque, al diritto nei periodi di crisi?

Innanzitutto, la crisi impone al legislatore di disciplinare giuridicamente materie tecniche – come la medicina – e dunque di creare norme estremamente particolareggiate e caratterizzate da un linguaggio “diverso” rispetto a quello giuridico. L’idoneità

³ *Id.* p. 56.

⁴ G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Torino, 2018, p. 84.

tecnica diviene il metro di valutazione della qualità di tali norme, e lo sguardo prospettico della legge tradizionale è sacrificato al tecnicismo. In secondo luogo, l'attività legislativa si realizza sulla spinta di “*esigenze momentanee dell'azione politica soprattutto nel campo economico*”⁵. Ciò appare evidente nel diritto penale, con l'aumento esponenziale dei cosiddetti *mala quia prohibita*.

Quale ruolo può, dunque, avere il diritto in tale scenario? Il movimento *law and economics* nasce negli Stati Uniti negli anni Sessanta, con la proposta di applicare l'analisi economica agli argomenti giuridici, sino ad affermare che in un'economia di mercato il diritto dovrebbe essere *efficiente* – ossia, “*massimizzare il valore dei titoli giuridici come misurati nel loro equivalente monetario*”⁶. Dunque, non solo comprendere il diritto grazie agli strumenti dell'economia (ad esempio, per valutare quali regole incoraggino, o al contrario, scoraggino determinati comportamenti), ma addirittura “*modellare diritti soggettivi e responsabilità in nome dell'efficiente allocazione delle risorse*”⁷.

Del pari, secondo i sostenitori di tale approccio, anche il comportamento delle istituzioni deve essere spiegato sulla base di teorie economiche. Ad esempio, esponenti del movimento hanno analizzato l'influenza dei gruppi di interesse sul processo politico alla luce del ruolo della “mano invisibile” nel mercato, trattandosi a loro dire di un meccanismo molto simile. La conclusione raggiunta è che tale influenza ha portato ad un miglioramento del benessere sociale complessivo, rendendo il concetto di pluralismo “*centrale per stabilire la legittimità e l'autorità del procedimento legislativo*”⁸.

Se, da un lato, i soggetti sociali particolari (partiti, sindacati, gruppi di pressione, *etc.*) realizzano la “*contrattualizzazione*”⁹ del processo politico di creazione della legge, piegandolo alla spinta di interessi eterogenei, dall'altro lato, l'economia “*genera le proprie norme e stabilisce la propria giustizia, capaci tutte di garantire nel tempo lo scopo del più alto profitto*”¹⁰. Tuttavia,

⁵ V. FERRARI, *Op. cit.*, p. 89.

⁶ G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001, p. 159.

⁷ *Id.* p. 166.

⁸ *Id.* p. 162.

⁹ G. ZAGREBELSKY, *Op. cit.*, p. 138.

¹⁰ M. CACCIARI - N. IRTI, *Elogio del diritto*, Milano, 2019, p. 82.

anche la legge concretamente applicata dal giudice è in grado di modificare assetti ed equilibri economici. Il mercato, come istituzione sociale, regola la società ed è regolato dal diritto, pur non trattandosi di un rapporto equilibrato: tra il processo legislativo e i processi economici (ma anche sociali) esiste, infatti, uno scarto spaziale e temporale per cui la tecno-economia implica “*sconfinatezza, vastità planetaria del produrre scambiare consumare, funzionalità organizzativa di ciascun individuo, crudele concorrenza tra imprese*”, mentre la politica statale implica “*definizione di territori, vincolo di ciascun individuo al proprio luogo e al comune destino, lotte tra ideologie*”¹¹.

3. Il problema del dissenso finalizzato alla tutela degli interessi particolari e una possibile soluzione

Il rapporto tra diritto ed economia ha avuto storicamente un andamento ciclico. Nel Medio Evo, le regole del commercio (la *lex mercatoria*) provenivano dalle corporazioni mercantili, che operavano in una dimensione trascendente le singole città. Sino alla nascita dello Stato moderno, l’idea che una sola entità potesse avere la pretesa “*tanto determinata quanto vana, di disciplinare tutti i fenomeni sociali ed economici*”¹² era rimasta estranea al modo di pensare comune.

L’elemento qualificante la globalizzazione odierna è piuttosto il fatto che grazie alla tecnologia – che ha consentito di abbattere spazi e tempi – è nata “*un’unica tendenziale grande identità mondiale che modella economie, politiche, culture*” e, al suo interno, “*nuove entità rispetto alle quali i confini statali sono perfettamente irrilevanti*”¹³. Tali entità sono portatrici di interessi particolari e, come tali, generatrici di potenziali conflitti. Dalla contrapposizione tra questi interessi particolari e l’interesse generale dello Stato, che si concretizza nella pretesa al rispetto della legge, nasce un nuovo ruolo del dissenso. Persiste l’idea che l’adempimento individuale dei doveri politici non avvenga esclusivamente attraverso l’obbedienza alla legge, ma alla tradizionale

¹¹ *Id.* p. 95.

¹² F. MARINELLI, *Il diritto altrove*, Pisa, 2019, p. 55.

¹³ G. ZAGREBELSKY, *Op. cit.*, p. 83.

dicotomia tra legittimità dei principi e legalità delle norme si sostituisce la dicotomia ben più attuale tra legalità delle norme e legittimità degli interessi particolari.

Nei periodi di crisi, quando le leggi adottate per fronteggiare l'emergenza non sono puntuali e non tengono in considerazione le esigenze particolari, seguendo l'evoluzione spontanea della società, le istituzioni vedono rimproverarsi eccessiva interferenza e scarsa sensibilità. Trascorso il primo momento di spontanea coesione, le istituzioni, da un lato, e i cittadini e le imprese, dall'altro, entrano in contrapposizione, scontrandosi sulle regole non condivise. Queste mostrano tutta la loro fragilità nel (quantomeno invocato) ricorso alla protesta e alla disobbedienza. Il dissenso assume un nuovo ruolo: non più atto di eroismo del singolo, ma mezzo attraverso cui sono esposti i limiti dell'autorità statale con l'obiettivo di realizzare i cambiamenti che portatori dei diversi interessi ritengono necessari.

La disobbedienza civile è un tratto comune alle epoche storiche caratterizzate da instabilità, e il periodo attuale non fa eccezione. Parallelamente, la questione di quali circostanze giustifichino la disobbedienza continua ad essere tra le più dibattute. Da un lato, persiste l'idea che l'adempimento dei doveri politici dei cittadini non implichi necessariamente l'obbedienza alla legge: se il legislatore mancasse di capacità di regolare, vale a dire di adeguare il prodotto della sua attività al fine particolare che questa dovrebbe perseguire, il dovere di obbedienza verrebbe meno. Dall'altro lato, l'interrogativo se la violazione della legge sia giustificabile sulla base di un interesse, economico o altro, non potrebbe essere più attuale, dal momento che la legge è sempre più pervasiva anche in settori un tempo lasciati alla "*autonoma regolazione dei meccanismi sociali spontanei*"¹⁴, a cominciare dall'ordine economico.

Come risolvere il problema, quando le norme sono inevitabilmente "*in debito di efficacia rispetto al divenire spontaneo dei rapporti sociali*"¹⁵? L'elaborazione giurisprudenziale potrebbe essere lo strumento attraverso cui costruire un nuovo ruolo del

¹⁴ *Id.* p. 139.

¹⁵ *Id.* p. 220.

diritto. Il giudice interverrebbe “*selettivamente a modificare assetti ed equilibri economici*”¹⁶, mentre la struttura normativa verrebbe ridotta all’essenziale.

Si tratta, evidentemente, del modello già adottato nei Paesi di *common law*, in cui non a caso sono nati quegli istituti giuridici che oggi vengono utilizzati in tutto il mondo per favorire le operazioni finanziarie (il *leasing*, il *franchising*, i modelli contrattuali dell’*e-commerce*, *etc.*). Essi dimostrano che il diritto, se acquisisce e fa proprie le caratteristiche di velocità ed elasticità proprie del fenomeno globalizzazione, può essere in grado di seguire “*puntualmente ogni spinta globalistica*”¹⁷.

¹⁶ V. FERRARI, *Op. cit.*, p. 120.

¹⁷ *Id.* p. 191.

LA DISCIPLINA DEGLI AIUTI DI STATO NELLE SITUAZIONI DI CRISI*

ROSITA SILVESTRE - SUSANNA SE STEFANI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il regime temporaneo degli aiuti di Stato nell'emergenza sanitaria. – 2.1. Flessibilità e principi cardine: l'intervento dello Stato italiano. – 3. Il Quadro temporaneo di crisi nello scenario della guerra russo-ucraina. – 3.1. Un nuovo paradigma europeo in tempi di guerra? Riflessioni sulla natura giuridica del Quadro. – 4. Considerazioni conclusive.

Abstract: Faced with crisis situations, first pandemic and then geopolitical, the European Union has reacted by expanding the regulatory power of the Member States in the sectors of the economy most affected. The European Commission has taken advantage of the opportunities offered by article 107 TFEU by adopting a series of measures derogating from the ordinary rules on State aid. The first part of this paper analyzes the Temporary Framework of 19 March 2020 designed by the European executive to reduce the socio-economic impact caused by the Covid-19 pandemic. The second part examines the Temporary Crisis Framework adopted by the European Commission on 23 March 2022 for State aid measures in support of the economy in the context of the Russian-Ukrainian conflict. The choice to “foster” State intervention brings inevitable risks to competition and to the internal market. After having analyzed the two Frameworks, the article considers whether they have led to a paradigm shift in the theory of competition and social control of the single market,

* Il presente contributo, sottoposto a doppio referaggio in forma anonima, è frutto del lavoro congiunto delle Autrici; tuttavia, i par. 1 e 2, nelle loro articolazioni, sono da attribuire a Susanna De Stefani, i par. 3 e 4, nelle loro articolazioni, a Rosita Silvestre.

with the risk of fuelling nationalism of Member States in a context that, in some respects, is still linked to an intergovernmental dimension.

1. Premessa

La disciplina europea degli aiuti pubblici alle imprese¹ contempla una serie di norme specificatamente indirizzate agli Stati membri che garantiscono la libera concorrenza ed assicurano condizioni di parità nel mercato interno².

Ai fini del presente contributo, è opportuno porre l'attenzione sull'art. 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) che, da un lato, enuncia un generale principio di incompatibilità degli aiuti pubblici con il mercato interno (paragrafo 1)³, dall'altro, prevede una serie di deroghe che possono trovare applicazione in circostanze specifiche. Al riguardo la norma elenca alcune categorie di aiuti che possono essere considerati automaticamente (par. 2) o potenzialmente compatibili (par. 3) e pertanto autorizzati. Nella prassi, si usa parlare, sia pure in maniera impropria, di *deroghe*.

Con riferimento ai primi, la disposizione sancisce una compatibilità *de iure* per tre categorie di aiuti. Tale previsione comporta che, benché le misure siano comunque sottoposte agli ordinari obblighi di notifica, il potere discrezionale della Commis-

¹ Per un'ampia analisi della disciplina, L. DANIELE (con la collaborazione di S. AMADEO - G. BIAGIONI - R. CISOTTA - C. SCHEPISI - F. SPITALERI), *Il diritto del Mercato Unico Europeo e dello Spazio di Libertà Sicurezza e Giustizia*, V ed., Milano, 2021, pp. 365 ss.

² Nella politica della concorrenza è usata l'espressione *level playing field*. Sulla nozione si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott presentate il 30 gennaio 2014 nella causa C-557/12, *Kone AG e a.*, punto 29.

³ Secondo la ricorrente formula giurisprudenziale, affinché una misura statale possa essere qualificata come aiuto ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE, "in primo luogo, deve trattarsi di un intervento dello Stato ovvero effettuato mediante risorse statali, in secondo luogo, tale intervento deve poter incidere sugli scambi tra gli Stati membri, in terzo luogo, deve concedere un vantaggio al suo beneficiario e, in quarto luogo, deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza". V., *ex multis*, C. giust. UE, 17 novembre 2009, C-169/08, *Presidente del Consiglio*, punto 52, nonché giurisprudenza ivi citata.

sione europea – istituzione preposta al controllo dei progetti notificati *ex art.* 108 TFUE – è del tutto assente. In questi casi la Commissione si limita a verificare il rispetto delle condizioni stabilite dalla disposizione senza effettuare una valutazione di compatibilità dell'aiuto che risulta direttamente dal Trattato.

Quanto agli aiuti potenzialmente compatibili, il par. 3 dell'art. 107 contempla quattro deroghe a carattere facoltativo che, al contrario, richiedono un attento esame da parte della Commissione. In tal caso la discrezionalità di quest'ultima è notevolmente più ampia, tanto che può estendersi a valutazioni di carattere economico e sociale⁴.

Nel contesto appena delineato, la Commissione europea, per far fronte alle gravi conseguenze economiche causate dalle recenti crisi pandemiche e geopolitiche, si è avvalsa delle opportunità offerte dal Trattato adottando una serie di “misure derogatorie” alla disciplina ordinaria degli aiuti di Stato. In particolare, vengono applicate con particolare ampiezza le ipotesi di aiuti autorizzati o autorizzabili ai sensi dell'art. 107, paragrafi 2 e 3.

Nello specifico, la maggior parte degli interventi è stata autorizzata dall'esecutivo europeo, in parte in base alla deroga automatica di cui all'art. 107, par. 2, lett. *b*, TFUE, in parte a titolo di deroghe discrezionali di cui all'art. 107, par. 3, lett. *b* e *c*, TFUE.

Per quanto riguarda le misure autorizzabili ai sensi dell'art. 107, par. 2, lett. *b*, TFUE, la norma riconosce come automaticamente compatibili gli aiuti destinati a compensare i danni arrecati da calamità naturali o da altri eventi eccezionali. Tuttavia, rappresentando un'eccezione al generale principio di incompatibilità, questa disposizione deve essere interpretata restrittivamente. Nello specifico, è necessario che vi sia un nesso causale tra i danni subiti e l'aiuto concesso e che, al fine di evitare abusi e sovra compensazioni, la quantificazione del danno sia il più possibile precisa⁵.

⁴ C. giust. UE, 11 settembre 2008, cause riunite C-75/05 P e C-80/05 P, *Germania e a. c. Kronofrance*, punto 59; C. giust. UE, 8 marzo 2016, C-431/14 P, *Grecia c. Commissione*, punto 68.

⁵ C. giust. UE, 23 febbraio 2006, cause riunite C-346/03 e C-529/03, *Atzeni e a. C. Commissione*, punto 79; Trib. UE, 25 giugno 2008, T-268/06, *Olimpiaki Aeroporia Ypiresies AE c. Commissione*, punto 52.

Altrettanto puntuale è l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia per gli aiuti autorizzabili a norma dell'art. 107, par. 3, lett. *c*, la cui compatibilità è subordinata al rispetto di due condizioni. La prima, facilmente ricavabile dalla disposizione stessa, richiede che gli aiuti siano destinati ad agevolare lo sviluppo di una determinata attività economica. La seconda richiede che gli stessi non siano contrari al comune interesse⁶, inteso quale interesse del mercato interno, il che si traduce in un puntuale bilanciamento tra i vantaggi dell'aiuto e gli effetti distorsivi sulla libera concorrenza.

Di carattere tipicamente emergenziale è invece la deroga di cui all'art. 107, par. 3, lett. *b*, in quanto si preoccupa di superare una situazione di grave turbamento che colpisce il sistema economico di uno Stato membro. La discrezionalità e l'ampiezza di questa deroga è controbilanciata da un'interpretazione rigorosa delle sue condizioni, per cui per grave turbamento deve intendersi un'alterazione tale da interessare l'intera economia di uno Stato membro o quantomeno una parte significativa della stessa⁷.

Ciò nonostante, di recente il Tribunale si è pronunciato sul tenore letterale della deroga, stabilendo che, la Commissione, diversamente da quanto prescritto dall'art. 107, par. 3, lett. *c*, non sia tenuta ad effettuare un bilanciamento tra danni e benefici, dal momento che il fatto che uno Stato membro sia in grado di superare una simile crisi non può che rispondere all'interesse dell'intera Unione⁸. In questo caso, infatti, l'interesse comune è *in re ipsa*, ragion per cui è sufficiente che le misure siano necessarie, adeguate e proporzionate alla perturbazione in corso.

Come si avrà modo di comprendere nel prosieguo della trattazione, non è un caso che tale base giuridica sia stata privilegiata nell'elaborazione degli strumenti di reazione alle due crisi, pandemica e geopolitica. Il carattere duttile della disposizione, "riscoperta" in occasione della crisi finanziaria del 2008, ha per-

⁶ C. giust. UE, 22 settembre 2020, C-594/18 P, *Austria c. Commissione*, punti 18-19.

⁷ Trib. UE, 15 dicembre 1999, cause riunite T-132/96 e T-143/96, *Freistaat Sachsen e a. c. Commissione*, punto 167.

⁸ Trib. UE, 17 febbraio 2021, T-238/20, *Ryanair c. Commissione*, punti 67-69.

messo alla Commissione di individuare un'ampia gamma di misure che hanno consentito agli Stati membri di prestare immediato soccorso ai settori produttivi maggiormente colpiti.

Tuttavia, sebbene l'intento della Commissione fosse quello di coordinare le iniziative nazionali nel quadro di una strategia comune, la scelta di "favorire" l'intervento statale ha destato alcune preoccupazioni in ordine ad eventuali tentativi di "raggiramento" della disciplina in danno della libera concorrenza.

2. Il regime temporaneo degli aiuti di Stato nell'emergenza sanitaria

Le misure di contenimento del contagio adottate dai singoli Stati membri per far fronte alla diffusione della pandemia da Covid-19 (c.d. *lockdown*) hanno avuto un impatto piuttosto significativo sull'economia dell'Unione. L'assenza di personale sui luoghi di lavoro ha avuto quale inevitabile conseguenza l'interruzione delle catene di approvvigionamento; al contempo anche la domanda ha subito una notevole contrazione a causa della ridotta richiesta da parte dei consumatori. Le ripercussioni più gravi si sono riversate soprattutto sulle imprese, che hanno dovuto fare i conti con un'improvvisa carenza di liquidità.

La reazione della Commissione europea non ha tardato ad arrivare. Quest'ultima, infatti, nei limiti delle proprie competenze⁹, ha elaborato una strategia comune di risposta alla crisi

⁹ Ai sensi dell'articolo 168 TFUE, l'azione dell'Unione in materia sanitaria completa l'azione degli Stati membri e incoraggia la cooperazione fra gli stessi. Nonostante i Trattati riconoscano all'Unione qualche competenza in materia, ai sensi degli artt. 4, par. 2, lett. k, 6 e 9 TFUE, questa è circoscritta ad una funzione di supporto e coordinamento. La conferma del "controllo" degli Stati membri in questo settore si ha al paragrafo 7 della disposizione in questione, per cui "*l'azione dell'Unione rispetta le responsabilità degli Stati membri per la definizione della loro politica sanitaria*". Sull'argomento v. F. BESTAGNO, *La tutela della salute tra competenze dell'Unione europea e degli Stati membri*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2/2017, pp. 317-342. Con specifico riferimento all'emergenza sanitaria, si vedano E. CIRONE, *Le fonti del diritto dell'Unione in materia di salute pubblica alla prova dell'emergenza sanitaria: alcune riflessioni sulle misure di contrasto della pandemia e sul "Certificato digitale Covid-19 UE"*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2021, pp. 645-678; K.P. PURNHAGEN - A. DE RUIJTER - M.L. FLEAR - T.K. HERVEY - A. HERWIG, *More competences than you knew? The web of health competence for*

nell'intento di coordinare gli interventi nazionali, avvalendosi di strumenti di natura prevalentemente orientativa che a loro volta sono stati seguiti da un corpo di *soft law*¹⁰.

Con la comunicazione del 13 marzo 2020¹¹ la Commissione ha annunciato che avrebbe fatto pieno uso di tutti gli strumenti a sua disposizione per alleviare le conseguenze socioeconomiche della pandemia. Nella medesima ha dichiarato altresì che la maggior parte dello sforzo finanziario sarebbe stata posta sulle spalle degli Stati membri, data la limitata entità del bilancio UE¹². Ciò spiega come la soluzione più efficace sia stata individuata nelle norme in materia di aiuti di Stato, norme che permettono agli Stati membri, in tempi piuttosto rapidi, di fornire misure di sostegno alle imprese.

Dopo aver illustrato alcune misure applicabili a tutte le imprese e a cui gli Stati membri potevano ricorrere in piena autonomia¹³ – purché fossero in linea con le norme UE sugli aiuti di Stato – la Commissione è entrata nel merito delle deroghe previste dai Trattati, rammentando che, nell'elaborazione di ulteriori misure di sostegno, gli Stati membri, previa approvazione dell'esecutivo europeo, avrebbero potuto avvalersi delle eccezioni di compatibilità previste al paragrafo 2, lett. *b*, e al paragrafo 3, lett. *c*, dell'articolo 107 TFUE¹⁴.

European Union action in response to the COVID-19 outbreak, in *European Journal of Risk Regulation*, 2/2020, pp. 297-306.

¹⁰ S. OANA, *COVID-19 soft law: voluminous, effective, legitimate? A research agenda*, in *European Papers*, 5/2020, pp. 663-670.

¹¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, alla Banca europea per gli investimenti e all'Eurogruppo, relativa a una "*Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19*", del 13 marzo 2020, COM(2020) 112 final.

¹² *Id.* paragrafo 5.

¹³ Le misure che non richiedono alcuna autorizzazione sono le integrazioni salariali, la sospensione del pagamento delle imposte sulle società, dell'IVA e dei contributi sociali; o ancora, la concessione di un sostegno finanziario direttamente ai consumatori. A queste si aggiungono le misure supplementari a norma del Regolamento (UE) n. 1407/2013 della Commissione, del 18 dicembre 2013, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea sugli aiuti *de minimis*, e del Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato (GBER).

¹⁴ L'immediato riconoscimento della pandemia da Covid-19 quale "evento eccezionale" ha permesso sin da subito il ricorso all'art. 107, par. 2,

Ciò premesso, preso atto del fatto che l'epidemia in corso era di natura e portata tali da permettere il ricorso all'art. 107, par. 3, lett. *b*, del TFUE¹⁵, il 19 marzo 2020 la Commissione europea ha predisposto una normativa emergenziale *ad hoc*, concernente specifiche categorie di aiuti di Stato autorizzabili, eccezionalmente e temporaneamente, a norma della disposizione in questione: il “*Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*”¹⁶. Si tratta di orientamenti che non mirano a sostituire le regole ordinarie, ma si limitano a darne una lettura ampia, caratterizzandosi anche per una “insolita” rapidità nel processo di approvazione delle misure statali proposte.

Trattandosi pur sempre di una deroga, e pertanto soggetta ad una rigorosa interpretazione¹⁷, la Commissione si è soffermata in maniera incisiva sulle condizioni di compatibilità che dovevano

lett. *b*, TFUE, anche se di fatto questa base giuridica è stata poco utilizzata dagli Stati membri. Quanto alle misure autorizzabili a norma dell'art. 107, par. 3, lett. *c*, TFUE, v. *infra*, nt. 12.

¹⁵ In occasione della crisi finanziaria del 2008, la Corte di giustizia ha dichiarato che il ricorso a questa disposizione è tanto più giustificato nel caso in cui il turbamento economico coinvolga più Stati membri. Cfr. C. giust. UE, 19 luglio 2016, C-526/14, *Tadej Kotnik e a.*, punto 51.

¹⁶ Comunicazione della COMMISSIONE, *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*, in G.U. C 91 I del 20 marzo 2020. In dottrina si vedano M. MEROLA - A. COGONI, *Emergenza Covid-19 e disciplina degli aiuti di Stato: lezioni e sfide*, in *Eurojus*, 1/2021, pp. 49-76; F.R. DAL POZZO, *Aiuti di Stato e stato di emergenza tra solidarietà e condizionalità*, in *Eurojus*, 4/2021, pp. 59-84; C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato... o aiuti tra Stati? Dal Temporary Framework al Recovery Plan nel “comune interesse europeo”*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2021, pp. 110-147; A. ROSANÒ, *Adapting to change: COVID-19 as a factor shaping EU State aid law*, in *European Papers*, 5/2020, pp. 623-631; C. MASSA, *COVID-19 e aiuti di Stato: il Quadro temporaneo introdotto dalla Commissione e le misure di sostegno adottate dagli Stati membri*, in *Eurojus*, spec./2020: *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, pp. 149-168; A. BIONDI, *Governing the interregnum: State aid rules and the COVID-19 crisis*, in *Market and Competition Law Review*, 2/2020, pp. 17-40.

¹⁷ Soprattutto nella parte relativa al “grave turbamento economico”. In questo senso *Freistaat Sachsen e a. c. Commissione*, cit., punto 167. Il turbamento deve colpire l'intera economia dello Stato membro interessato e non solo quella di una sua regione o parte del territorio. Ciò è in linea con la necessità di interpretare in modo rigoroso una disposizione eccezionale.

essere rispettate al fine di scongiurare il rischio di compromissione del *level playing field*¹⁸. In particolare, ha ribadito come alla base della valutazione delle misure notificate vi sarebbe stato un giudizio di necessità, adeguatezza e proporzionalità dell'aiuto rispetto all'esigenza di porre rimedio a un grave turbamento dell'economia dello Stato membro interessato¹⁹.

Poste queste condizioni, il Quadro temporaneo, nella sua versione iniziale, ha individuato cinque categorie di aiuti, che sono state poi integrate e precisate con successive modifiche²⁰. Tali misure corrispondono ad aiuti sotto forma di: (i) sovvenzioni dirette, anticipi rimborsabili o agevolazioni fiscali, fino ad un massimo di 800.000 euro per impresa; (ii) garanzie sui prestiti e tassi d'interesse agevolati per i prestiti, entrambi per una durata massima di sei anni; (iii) garanzie e prestiti veicolati tramite enti creditizi o altri enti finanziari, purché non forniscano vantaggi indiretti a questi ultimi; (iv) assicurazione del credito all'esportazione a breve termine per i rischi normalmente coperti dalle compagnie assicurative ma che, a causa della pandemia, risultavano temporaneamente indisponibili; (v) differimento del pagamento delle imposte e/o dei contributi previdenziali e sovvenzioni per il pagamento dei salari, con lo scopo di proteggere l'occupazione; (vi) sostegno a costi fissi non coperti dai ricavi o da altre fonti, in caso di fermo delle attività; infine, (vii) aiuti sotto forma di sostegno alla solvibilità²¹.

¹⁸ Cfr. nota 2.

¹⁹ Quadro temporaneo Covid-19, cit., paragrafo 19. Importanti precisazioni sul punto sono intervenute in un momento successivo con la sentenza *Ryanair c. Commissione*, cit.

²⁰ Il Quadro temporaneo è stato modificato sei volte. Cfr. comunicazioni del 3 aprile 2020, in G.U. C 112 I del 4 aprile 2020; dell'8 maggio 2020, in G.U. C 164 del 13 maggio 2020; del 29 giugno 2020, in G.U. C 218 del 2 luglio 2020; del 13 ottobre 2020, in G.U. C 340 I del 13 ottobre 2020; del 28 gennaio 2021, in G.U. C 34 dell'1° febbraio 2021; del 18 novembre 2021, in G.U. C 473 del 24 novembre 2021. La sesta ed ultima modifica ha prorogato la validità del Quadro temporaneo fino al 30 giugno 2022, salvo alcune eccezioni, prevedendo al contempo un'eliminazione graduale delle misure di aiuto alla luce della ripresa economica in corso.

²¹ Ulteriori specifiche misure, autorizzabili a norma dell'art. 107, par. 3, lett. c, TFUE, sono state introdotte con la comunicazione del 3 aprile 2020 (primo emendamento del QT) al fine di agevolare la ricerca e lo sviluppo in materia di Covid-19 ed incentivare la produzione dei prodotti connessi.

Piuttosto discussa è stata l'introduzione delle misure di ricapitalizzazione in occasione del secondo emendamento²². Perseguendo lo scopo di "proteggere" le imprese nazionali ed evitare una loro fuoriuscita dal mercato, l'erogazione di tali misure può causare effetti altamente distorsivi per la concorrenza, ragion per cui la Commissione ha ribadito che un simile intervento avrebbe dovuto essere considerato l'*extrema ratio*²³.

Individuando in anticipo le categorie di aiuti compatibili con il mercato interno, la Commissione ha potuto accelerare le procedure di controllo e approvazione disciplinate dall'art. 108 TFUE²⁴. Pienamente in linea con le recenti evoluzioni in materia²⁵, la Commissione ha attenuato la rigidità delle regole ordinarie sfruttando appieno le possibilità offerte dai Trattati ma comunque rispettando il dettato normativo.

2.1. *Flessibilità e principi cardine: l'intervento dello Stato italiano*

Un'ulteriore manifestazione della notevole flessibilità di cui la Commissione europea ha dato prova nell'applicazione delle norme in materia di aiuti Stato è stata la possibilità, in linea di principio, di cumulare le misure previste dal Quadro temporaneo²⁶.

²² Si tratta di strumenti di capitale e/o strumenti ibridi di capitale quali l'emissione di nuove azioni ordinarie o privilegiate e/o i diritti di partecipazione agli utili, le partecipazioni senza diritto di voto e a responsabilità limitata e le obbligazioni convertibili garantite o non garantite. Cfr. comunicazione dell'8 maggio 2020, cit., paragrafo 52. Per un approfondimento delle misure di ricapitalizzazione v. M. MEROLA - A. COGONI, *Op. cit.*, pp. 55 ss.

²³ *Id.* paragrafi 45 e 49.

²⁴ Elenco completo delle misure degli Stati membri approvate ai sensi dell'art. 107, par. 2, lett. b, e par. 3, lett. b e c, TFUE e del Quadro temporaneo degli aiuti di Stato (aggiornato al 5 agosto 2022) disponibile su: competition-policy.ec.europa.eu/state-aid/coronavirus_en.

²⁵ Con la comunicazione dell'8 maggio 2012, COM (2012) 209 final, la Commissione europea ha avviato il processo di modernizzazione degli aiuti di Stato con l'obiettivo di razionalizzare le procedure di valutazione delle misure di aiuto e adottare decisioni in tempi adeguati. Cfr. sezione 2.3.

²⁶ Con l'unica eccezione delle garanzie sui prestiti e dei tassi d'interesse agevolati, che non possono essere cumulati tra loro per lo stesso prestito. Cfr. Quadro temporaneo, cit., paragrafo 26. Le misure sono inoltre cumulabili con

Simili previsioni hanno destato alcune perplessità in ordine alla loro compatibilità con il divieto di erogare nuovi aiuti a quelle imprese che non avevano ancora restituito gli aiuti ottenuti in precedenza dichiarati illegali e incompatibili dalla Commissione. Invero, di fronte al silenzio dell'esecutivo europeo che nelle sue comunicazioni si è limitato ad escludere dalla platea dei beneficiari dei nuovi aiuti soltanto le imprese già in difficoltà al 31 dicembre 2019²⁷, è sorto l'interrogativo se l'eccezionalità e l'imprevedibilità delle circostanze fossero tali da poter giustificare misure di sostegno anche per quelle imprese destinatarie di un ordine di recupero pendente.

Il riferimento è al principio elaborato in sede giurisprudenziale con la sentenza *Deggendorf*²⁸, per cui la liquidazione ad una determinata impresa di un nuovo aiuto, seppur compatibile con il Trattato, è sospesa fintanto che non sia stato recuperato l'aiuto, giudicato incompatibile, precedentemente percepito dalla stessa impresa. Ciò al fine di evitare indebiti arricchimenti che possano porre le imprese di cui trattasi in una situazione di (ingiusto) vantaggio rispetto alle concorrenti.

In questo scenario ha assunto rilievo la deroga introdotta dal legislatore italiano con il decreto "Rilancio"²⁹. L'art. 53 del decreto – che apre il capo dedicato al "Regime quadro della disciplina degli aiuti" – ha infatti disposto che le condizioni straordinarie determinate dall'epidemia fossero di portata tale da consentire ai soggetti beneficiari di aiuti non rimborsati di accedere comunque alle nuove misure previste dal Quadro temporaneo della Commissione europea³⁰.

gli aiuti autorizzabili a norma del Regolamento *de minimis* e del Regolamento GBER.

²⁷ Quadro temporaneo, cit., par. 22, lett. c.

²⁸ Il principio è stato elaborato per la prima volta nella sentenza Trib. UE, 13 settembre 1995, cause riunite T-244/93 e T-486/93, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH c. Commissione delle Comunità europee*, per poi trovare conferma nella successiva pronuncia C. giust. UE, 15 maggio 1997, C-355/95 P, *Textilwerke Deggendorf GmbH (TWD) c. Commissione*, punto 25. Per un'analisi approfondita della giurisprudenza, E. PEREZ, *La jurisprudencia Deggendorf como medio de forzar la recuperación de las ayudas ilegales*, in *Revista de derecho comunitario europeo*, 1/2008, pp. 193-211.

²⁹ D.l. 19 maggio 2020, n. 34.

³⁰ La disposizione in questione contempla una vera e propria deroga all'articolo 46, co. 1, della legge 24 dicembre 2012, n. 234, che ha recepito la clausola *Deggendorf*.

In un contesto in cui l'esecutivo europeo ha scelto di accrescere le facoltà degli Stati membri, il provvedimento italiano non è passato inosservato agli occhi della dottrina³¹. Tale intervento è sembrato porsi, almeno in apparenza, in contrasto con quanto stabilito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. In realtà, dalle considerazioni che seguono si noterà come, benché il legislatore italiano abbia senz'altro "cavalcato l'onda" del generale rilassamento delle regole sugli aiuti di Stato, il suo intervento possa dirsi rispettoso dei vincoli europei.

In primo luogo, si suppone che quest'ultimo abbia invocato la deroga al principio *Deggendorf* stabilita all'art. 1, par. 4, lett. a, del Regolamento GBER³² adattandola al contesto emergenziale. Invero, tale deroga prevede che il divieto di cumulo tra gli aiuti autorizzati a norma del Regolamento e gli aiuti illegali oggetto di un ordine di recupero della Commissione non si applichi ai regimi destinati ad ovviare ai danni da "*calamità naturali*". Tuttavia, si noti come la norma non menziona la categoria degli aiuti concessi per far fronte ad "*eventi eccezionali*" quale la pandemia da Covid-19. Ciò nonostante, le due nozioni possono essere intese come assimilabili, in quanto la loro trattazione congiunta da parte della disposizione di riferimento (art. 107, par. 2, lett. b, TFUE) suggerisce una condivisione di presupposti e di finalità, giustificando, di conseguenza, un'applicazione analogica della deroga contemplata dal regolamento. Se si guarda, poi, alla funzione rimediabile della norma, si presume che il medesimo ragionamento, ai fini dell'applicazione della deroga, possa essere condotto anche con riferimento a quelle misure volte a porre rimedio ad un "*grave turbamento dell'economia*" (art. 107, par. 3, lett. b, TFUE)³³.

In secondo luogo, l'attenta formulazione della deroga italiana coniuga perfettamente la *ratio* della dottrina *Deggendorf* con l'esigenza di garantire la prosecuzione dell'attività di quelle imprese la cui sopravvivenza è stata messa a dura prova dall'improvvisa carenza di liquidità. Invero, le imprese inadempienti

³¹ Sull'argomento v., in dottrina, A. CIPRANDI, *Aiuti di Stato nell'emergenza COVID-19: la c.d. "clausola Deggendorf". Deroga giustificata o deviazione eccessiva da un principio fondamentale?*, in *I Post di AISDUE*, 4/2020, pp. 43-73; C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato... o aiuti tra Stati?*, cit., pp. 126 ss.

³² Regolamento (UE) n. 651/2014, cit.

³³ A. CIPRANDI, *Op. cit.*, pp. 66 ss.

avrebbero potuto beneficiare dei nuovi aiuti solo “*al netto dell’importo [ancora] dovuto e non rimborsato*” proprio per evitare che indebiti arricchimenti continuassero a causare effetti distorsivi della concorrenza.

Da ultimo, è opportuno considerare che la Commissione ha ritenuto compatibili le misure previste nel decreto con le disposizioni di Trattati, e che in tale occasione l’istituzione non ha sollevato alcuna obiezione nei confronti della deroga innanzi descritta³⁴.

Dunque, benché in un primo momento si sospettasse che l’iniziativa del legislatore italiano avesse realizzato un temuto “ripiegamento statale” della disciplina, sembra invece che sia stato possibile bilanciare correttamente le prioritarie esigenze delle imprese in difficoltà con il rischio di eccessive distorsioni della concorrenza causate dal cumulo con precedenti aiuti illegali non restituiti.

3. Il Quadro temporaneo di crisi nello scenario della guerra russo-ucraina

Il conflitto innescato nel febbraio 2022 dalla Russia in Ucraina ha indotto le istituzioni europee ad elaborare un Nuovo Quadro temporaneo (NQT) di gestione della crisi “*per misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia*”³⁵. Riproponendo i criteri delineati nel precedente *framework* adottato dalla Commissione europea nel contesto dell’emergenza epidemiologica da Covid-19³⁶, la comunicazione sul quadro temporaneo è finalizzata a fronteggiare le conseguenze della guerra, consentendo agli Stati membri di avvalersi ulteriormente della flessibilità della disciplina degli aiuti di Stato. Ciò al fine di garantire alle imprese

³⁴ Decisione del 20 maggio 2020, *State aid SA.57021 (2020/N, ex 2020/PN) – Italy – COVID-19 Regime Quadro*, COM(2020) 3482 final. Con tale decisione la Commissione europea ha riconosciuto la compatibilità del “*Regime Quadro*” della disciplina degli aiuti di Stato contenuto nel Decreto “Rilancio” con le disposizioni del TFUE.

³⁵ Comunicazione della COMMISSIONE, *Quadro temporaneo di crisi per misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia a seguito dell’aggressione della Russia contro l’Ucraina*, in G.U. C 131 I del 24 marzo 2022.

³⁶ Quadro temporaneo Covid-19, cit.

livelli di liquidità sufficienti a preservare la continuità dell'attività economica, duramente colpita dalle esternalità negative ingenerate dall'intervento armato. In particolare, le perturbazioni riguardanti il settore energetico³⁷, che sono state già rilevate nei primi mesi del 2022, si sono abbattute sui costi sostenuti dalle PMI, determinando un'impennata dei prezzi e mettendo a repentaglio gli stessi processi produttivi.

Sull'onda di questa fase recessiva, il quadro temporaneo di crisi per gli aiuti di Stato a sostegno dell'economia nel contesto dell'invasione dell'Ucraina da parte della Russia, basato sull'articolo 107, par. 3, lett. *b*, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), è stato elaborato in vista del ridimensionamento degli effetti di *spillover* della crisi geopolitica in atto, nonché delle sanzioni irrogate alla Russia, concretizzatesi in un grave turbamento dell'economia in tutto il territorio dell'Unione. Un interessante profilo che è emerso è rappresentato dalla scelta operata dall'esecutivo europeo circa l'individuazione della base normativa del regime di deroghe applicabili agli aiuti di Stato. Invero, esaminando il NQT si evince che, pur essendo l'aggressione militare dell'Ucraina configurabile quale "*evento eccezionale*", ai sensi dell'articolo 107, par. 2, lett. *b*, TFUE, l'erogazione degli aiuti da parte degli Stati alle imprese che subiscono i contraccolpi delle sanzioni imposte alla Russia e delle relative contromisure³⁸ avrà ad oggetto aiuti, cc.cd. esentabili, che sono solo potenzialmente compatibili con il mercato interno, nella misura in cui tale compatibilità risulterà da una valutazione affidata alla Commissione.

Detto approccio riproduce un orientamento già noto sulla portata della definizione di "*grave turbamento dell'economia*". In effetti, per turbamento si deve intendere qualsiasi distorsione di una parte significativa dell'economia degli Stati membri, tale da travolgere la totalità del territorio dell'Unione³⁹. A ben vedere,

³⁷ Il 23 maggio 2022 al *meeting* del *World Economic Forum* di Davos è stato dato atto della crisi energetica in corso, poi accelerata dalla guerra in Ucraina: per una ricognizione sul punto si consulti www.weforum.org/.

³⁸ Quadro temporaneo per la crisi ucraina, cit., punti 25 ss.

³⁹ Sul punto v. C. CELLERINO - F. MUNARI, *Commento all'art. 107 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, pp. 1162-1163.

dal testo del quadro temporaneo si ricava che il ricorso a tale deroga va collocato nel più ampio contesto dell'interesse comune dell'Unione⁴⁰. Invero, detti aiuti sono destinati ad “*andare a beneficio dell'Unione in generale e del mercato interno in particolare*”⁴¹ e, in sede di verifica, la Commissione non è tenuta ad operare alcun bilanciamento tra i benefici procurati alle imprese cui sono destinati gli aiuti e i costi subiti dal mercato in conseguenza di essi. Dunque, ciò rivela che le misure eventualmente autorizzate da quest'ultima sono finalizzate, non solo alla riparazione del danno, ma anche alla ripresa e allo stimolo delle attività produttive. In quest'ottica, il contenuto stesso della deroga, soprattutto nella parte relativa alla quantificazione del danno subito, può essere oggetto di un'interpretazione più flessibile da parte della Commissione, essendo sottratto, non solo al rigido nesso di causalità tra danno ed evento richiesto dall'articolo 107, par. 2, lett. *b*, TFUE, ma anche alla prova degli stringenti requisiti previsti per l'erogazione delle misure di cui al medesimo articolo. Tuttavia, l'ampiezza dell'applicazione delle deroghe al divieto di aiuti non esclude che, per essere ritenute compatibili con il diritto europeo, le misure devono, in ogni caso, essere “*necessarie, adeguate e proporzionate*”⁴².

Vieppiù, il NQT richiama, altresì, la deroga di cui all'articolo 107, par. 3, lett. *c*, TFUE, relativamente agli aiuti “*destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o regioni economiche*”, considerate dalla Commissione come parimenti invocabili dagli Stati membri per fronteggiare la crisi ucraina. Non risulta, però, che siano state previste specifiche misure fondate su detta deroga.

Quanto agli aiuti erogabili a favore delle imprese degli Stati membri⁴³; in forza del nuovo quadro, sono previsti tre tipi di interventi che la Commissione può autorizzare. Le misure sono: (a) *Aiuti di importo limitato*, concessi sotto forma di agevolazioni

⁴⁰ Cfr. art 107, par. 3, lett. *b*, TFUE.

⁴¹ *Ryanair c. Commissione*, cit., punti 67-69.

⁴² Cfr. Quadro temporaneo per la crisi ucraina, cit., punto 19.

⁴³ Il Nuovo Quadro Temporaneo individua i soggetti beneficiari degli aiuti di Stato, ossia le imprese “*colpite direttamente dall'aggressione e/o [che] subiscono le conseguenze delle sanzioni economiche imposte e delle contromisure di ritorsione adottate, ad esempio dalla Russia*”: cfr. Quadro temporaneo per la crisi ucraina, cit., punto 38.

fiscali, sovvenzioni dirette ed altre forme di pagamento. Gli Stati membri potranno istituire regimi per concedere una determinata somma, fissata in un tetto massimo di 400.000 euro, alle imprese colpite dalla crisi, comprese le interruzioni fisiche della catena di approvvigionamento; (b) *Sostegno alla liquidità*, mediante 1) garanzie statali a sostegno dei prestiti bancari contratti dalle imprese o 2) prestiti pubblici e privati alle imprese con tassi d'interesse agevolati. Entrambi i tipi di sostegno sono limitati sul piano dell'importo massimo del prestito, in base alle esigenze operative di una società, tenendo conto del suo fatturato, dei costi energetici o delle esigenze specifiche di liquidità; (c) *Aiuti per compensare gli alti prezzi dell'energia*, concessi sotto forma di agevolazioni fiscali, sovvenzioni dirette ed altre forme di pagamento. Le imprese potranno essere "parzialmente compensate dagli Stati membri", in particolare quelle ad alta intensità energetica potranno beneficiare di tali misure per i costi aggiuntivi dovuti ad aumenti eccezionali dei prezzi del gas e dell'elettricità.

Le prime due misure sono comuni al QT Covid, adottato in reazione alla crisi pandemica; l'ultima, invece, costituisce una novità di rilievo, in quanto congegnata per far fronte al rincaro dei prezzi dell'energia elettrica e del gas, in linea con gli strumenti già adottati dalla Commissione europea nel 2021 per le medesime ragioni⁴⁴.

Sul piano procedurale, al canonico obbligo di notifica del progetto di aiuto da parte dello Stato membro interessato, cui farà seguito l'approvazione da parte dell'istituzione europea preposta, si giustappongono obblighi successivi, che mirano ad agevolare l'attività di monitoraggio della Commissione e di eventuali terzi controinteressati.

Quanto alla durata del quadro temporaneo di crisi, quest'ultimo sarà operativo fino al 31 dicembre 2022. Al fine di garantire la certezza del diritto, la Commissione valuterà prima di tale data se il quadro debba essere prorogato. Inoltre, durante il periodo di applicazione la Commissione valuterà il contenuto e la portata del quadro alla luce degli sviluppi sui mercati e della situazione

⁴⁴ V. comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Risposta all'aumento dei prezzi dell'energia: un pacchetto di misure d'intervento e di sostegno*, del 13 ottobre 2021, COM(2021) 660 final.

economica generale. Ciò implica che, coerentemente con la natura complementare dello strumento, oltre alla deroga discrezionale di cui all'articolo 107, par. 3, lett. *b*, TFUE, potranno essere invocate anche le deroghe automatiche ai sensi dell'articolo 107, par. 2, lett. *b*, peraltro menzionate nel NQT, nonché gli aiuti che possono essere, in ogni caso, erogati conformemente ai Trattati.

L'estensione del regime di deroghe, già previste dai Trattati e consacrate nel Nuovo Quadro Temporaneo, a tutto il territorio dell'Unione è avvenuta nel concreto, dando prova che la crisi geopolitica ed economica ha travolto l'Europa nel suo insieme. Infatti, già il 19 aprile 2022 la Commissione ha autorizzato la concessione di 836 milioni di euro, in forma di sovvenzioni dirette, allo Stato polacco per supportare il settore agricolo "in the context of Russia's invasion of Ukraine", e in particolare per far fronte all'aumento dei costi dei fertilizzanti⁴⁵.

Inoltre, il 19 luglio 2022 la Commissione ha approvato un regime da 10 miliardi di euro notificato dall'Italia per fornire sostegno alla liquidità delle imprese di vari settori, sotto forma di garanzie a copertura dei prestiti e sovvenzioni dirette⁴⁶.

Due sono gli argomenti dedotti dalla Commissione circa l'approvazione dei progetti di aiuti notificati rispettivamente dai due Stati membri. Il primo ha riguardato la conformità del regime polacco e di quello italiano alle "condizioni stabilite nel quadro temporaneo di crisi"; con il secondo essa ha invocato le condizioni richieste per l'approvazione del progetto di aiuti, il quale è da considerarsi "necessario, adeguato e proporzionato per porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro in linea con l'articolo 107, paragrafo 3, lettera *b*), TFUE".

⁴⁵ V. comunicato stampa della Commissione europea, *State aid: Commission approves €836 million Polish scheme to support agricultural sector in context of Russia's invasion of Ukraine*, 19 aprile 2022.

⁴⁶ V. comunicato stampa della Commissione europea, *Aiuti di Stato – La Commissione approva il regime italiano da 10 miliardi di € a sostegno delle imprese nel contesto dell'invasione dell'Ucraina da parte della Russia*.

3.1. *Un nuovo paradigma europeo in tempi di guerra? Riflessioni sulla natura giuridica del quadro*

Il Nuovo Quadro Temporaneo ha consentito alla Commissione di intervenire repentinamente a salvaguardare le turbolenze che il conflitto ha ingenerato nel mercato interno, senza, di fatto, alterare la disciplina della concorrenza. Già durante la crisi finanziaria del 2008 la suddetta istituzione aveva dato prova di grande agilità, intervenendo con strumenti che rendevano flessibili le regole sulla compatibilità degli aiuti di Stato con il mercato⁴⁷.

Le misure anticrisi erano sottoposte a procedure di valutazione assai meno rigorose, e gli indirizzi tecnici forniti dalla Commissione erano sintetizzati in comunicazioni che consentivano agli Stati membri di verificare *ex ante* la conformità delle proprie politiche nazionali alle linee guida in esse delineate, e, ad un tempo, acceleravano la procedura al termine della quale veniva eventualmente dichiarata l'incompatibilità da parte della Commissione delle misure di aiuto richieste dagli Stati membri, così evitando che le imprese beneficiarie fossero obbligate alla restituzione degli aiuti a seguito di una valutazione *ex post* della suddetta incompatibilità⁴⁸.

In questa direzione l'Unione europea ha orientato la successiva regolamentazione in materia di deroghe al divieto di aiuti di Stato nel contesto della crisi pandemica e della crisi ucraina, confermando la tempestività delle azioni europee in circostanze emergenziali.

Coerentemente con la tendenza inaugurata dal QT del 2008, anche in questi casi la partecipazione degli Stati membri al controllo anticipato sulle misure di aiuto che essi intendono adottare non solo snellisce il giudizio di compatibilità operato dalla Commissione, ma conferma la finalità rimediabile degli interventi della

⁴⁷ V. comunicazione della COMMISSIONE, *Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica*, in G.U. C 16 del 11 gennaio 2009, punto 1, e successive modifiche.

⁴⁸ Per un'analisi completa e dettagliata, v. M. PREVATIELLO, *Crisi ucraina e nuovo Quadro temporaneo in materia di aiuti di Stato*, in *Eurojus*, 2/2022, pp. 87-100.

medesima istituzione europea, miranti a garantire le pari condizioni di concorrenza sul territorio dell'Unione, gravemente compromesse da crisi di portata europea.

In specie, la comunicazione sul quadro temporaneo per la crisi ucraina sembra anticipare l'esercizio dei poteri discrezionali da parte dell'esecutivo dell'Unione rispetto alla decisione sulla compatibilità degli aiuti, in modo da concludere repentinamente la procedura con un accertamento favorevole alla concessione delle misure, laddove siano osservate le condizioni dettate dal Quadro.

Nondimeno, non può essere sottaciuta la transitorietà della nuova disciplina, che, in sostanza, comprova e accresce le facoltà già concesse agli Stati dai Trattati. Essa resta confinata ad esigenze contingenti e non potrà avere applicazione definitiva, dal momento che l'intervento pubblico nell'economia deve essere circoscritto al fine di scongiurare effetti distorsivi della concorrenza⁴⁹.

D'altra parte, il Quadro Temporaneo è un atto di *soft law*, non vincolante per gli Stati membri, che ammette un'interpretazione, integrativa, non già abrogativa, delle norme UE esistenti in materia di aiuti di Stato, ed in specie delle disposizioni già previste dai Trattati a sostegno delle attività economiche, ragion per cui persiste un obbligo di notifica in capo agli Stati membri, quale limite alla concessione del progetto di aiuti.

Per contro, le disposizioni del QT non si sovrappongono alle norme dei Trattati e, per quanto eventualmente un progetto di aiuti presentato da uno Stato membro non rispetti le condizioni da esso imposte, non è escluso che possa essere autorizzato dalla Commissione in circostanze eccezionali⁵⁰. Ad ogni modo, fermo restando che un atto di tale portata vincola l'istituzione europea

⁴⁹ Per un'analisi sulla crisi finanziaria, v. F. FERRARO, *L'evoluzione della politica sugli aiuti di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria*, in *Dir. Un. eur.*, 2/2010, pp. 335 ss.

⁵⁰ V. C. SCHEPISI, *La valutazione della compatibilità con il mercato interno di un aiuto di Stato. Alcune riflessioni sulla discrezionalità e sui limiti della Commissione*, in E. BRUTI LIBERATI - M. DE FOCATIIS - A. TRAVI (a cura di), *Gli aiuti di Stato: profili generali e problematiche energetiche*, Padova, 2021.

ad attenersi essa stessa agli obblighi in esso prescritti⁵¹, non può affermarsi che attraverso l'estensione della disciplina la Commissione abbia rinunciato all'ampia discrezionalità ad essa accordata dall'articolo 107, par. 3, lett. *b*, TFUE⁵².

Alla luce di tali considerazioni, si può concludere che le contrazioni dei mercati dovute ai cambiamenti geopolitici degli ultimi mesi abbiano condotto ad un irrobustimento del processo di sovranazionalizzazione della disciplina della concorrenza⁵³. Benché le nuove regole finiscano per travolgere settori di interesse prevalentemente nazionale⁵⁴, sembra improbabile che con esse l'Unione europea abbia puntato ad un decentramento vero e propria della gestione delle politiche concorrenziali in capo agli Stati. Piuttosto, adottando regole uniche per la gestione della crisi russo-ucraina si è voluto assicurare una maggiore uniformità all'applicazione delle disposizioni in materia di aiuti di Stato da parte degli Stati membri, e, quindi, dare un supporto concreto all'economia su tutto il territorio europeo affetta dalle conseguenze delle sanzioni alla Russia.

4. Considerazioni conclusive

Nell'arco temporale di due anni in cui la Commissione ha adottato i due Quadri Temporanei, la disciplina degli aiuti di Stato si è innegabilmente evoluta. La pandemia da Covid-19 e, successivamente, la guerra in Ucraina hanno imposto agli Stati

⁵¹ Per un confronto v. C. giust. UE, 19 luglio 2016, C-526/14, *Kotnik*, punto 40, e C. giust. UE, 8 marzo 2016, C-431/14 P, *Grecia c. Commissione*, punti 69-70.

⁵² Sul principio di incompatibilità e le sue deroghe, v. L. DANIELE (con la collaborazione di S. AMADEO - G. BIAGIONI - R. CISOTTA - C. SCHEPISI - F. SPITALERI), *Op. cit.*, pp. 386 ss.

⁵³ Sulla *governance* del mercato unico europeo, v. L. MCGOWAN - S. WILKS, *The first supranational policy in the European Union: competition policy*, in *European Journal of Political Research*, 2006, pp. 141-169; T.A. BÖRZEL, *European governance: negotiation and competition in the shadow of hierarchy*, in *Journal of Common Market Study*, 2010, pp.191-219.

⁵⁴ Sulla politica industriale dell'Unione europea, si vedano le analisi di S. RIELA, *Quale politica industriale per l'Unione Europea?*, in *www.ispionline.it*, 24 maggio 2019.

membri rinnovati sforzi di coesione per far fronte alle conseguenze economiche delle suddette vicende, confermando e, anzi, rafforzando la *leadership* dell'esecutivo europeo nella salvaguardia del mercato comune. Al verificarsi delle crisi, la Commissione europea ha provveduto ad allestire un *contingency plan* che sembrava finalizzato a correggere squilibri di breve periodo. Tuttavia, il protrarsi degli effetti negativi della pandemia e della guerra, tradottisi in *shock simmetrici* tra le varie regioni europee, ha condotto all'ideazione di un vero e proprio piano di azione coordinato per ripristinare la funzionalità e l'efficienza del sistema economico europeo nel suo complesso.

Pertanto, non si osserva un mutamento di paradigma delle politiche dell'Unione in materia di concorrenza, consistente nell'assegnazione agli Stati membri di maggiori poteri direttivi e di una superiore autonomia. Questi ultimi restano tradizionalmente depositari della gestione della politica economica interna. Tuttavia, la congenita flessibilità delle disposizioni contenute nei Trattati, ed in specie degli articoli 107 e 108 TFUE, offre spazio ad interpretazioni evolutive in grado di fornire agli Stati medesimi strumenti proattivi e di indirizzo. In effetti, la predisposizione di un regime comune degli aiuti di Stato alle imprese rivolto ai governi nazionali è finalizzata, malgrado la sua applicazione limitata, perlòpiù ad eliminare il rischio di distorsioni della concorrenza nel rispetto del libero mercato. Del resto, l'impatto economico delle crisi ha accentuato le differenze tra gli Stati membri e, dunque, la scelta della Commissione europea di individuare risorse comuni da destinare alla ripresa ha consentito di evitare irreversibili frammentazioni dei mercati. Inoltre, attraverso il mantenimento di un piano unico su tutto il territorio europeo, ha aggirato pericolosi nazionalismi limitando l'ostruzionismo di quegli Stati con superiore capacità finanziaria, che sono notoriamente recalcitranti nel mettere a disposizione i propri bilanci nazionali⁵⁵.

È interessante sottolineare che, nella direzione del perseguimento di interessi generali, l'Unione europea ha anticipato l'investimento di una parte delle risorse del *Recovery Plan* già con il Quadro temporaneo Covid-19. In effetti, la disciplina emergen-

⁵⁵ C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato... o aiuti tra Stati?*, cit.

ziale si combina con la strategia europea della ripresa e resilienza, e la stessa realizzazione del *Green Deal*, che costituisce l'obiettivo prioritario del suddetto piano europeo, è informata all'applicazione circoscritta delle norme derogatorie del divieto di aiuti di Stato⁵⁶. A tal proposito, la Commissione ha dettato taluni *guiding templates*, ovvero "principi ispiratori", in materia di aiuti di Stato, affinché le grandi imprese illustrino in che modo gli aiuti ricevuti sostengano le loro attività "*conformemente agli obiettivi dell'UE*"⁵⁷.

Lo stesso si dica per il NQT per la gestione della crisi in Ucraina, nel quale i requisiti della *green conditionality* costituiscono un limite all'erogazione degli aiuti alle imprese beneficiarie per far fronte ai costi dell'energia⁵⁸.

I citati esempi dimostrano che, in fondo, la serie di azioni programmate dalle istituzioni dell'Unione nel contesto delle due emergenze appare coerente con la natura della disciplina degli aiuti di Stato, che, per espressa previsione dei Trattati, si fonda sul comune interesse degli Stati membri. D'altra parte, la dimensione transnazionale degli obiettivi comuni alla cui realizzazione sono improntati i più recenti interventi europei conferma l'esigenza di un coordinamento solidale tra gli Stati membri per garantire condizioni paritarie di concorrenza e l'equità delle azioni messe in campo. Pertanto, le soluzioni proposte non costituiscono una "via di fuga" dal regime dettato dal mercato comune e non si sovrappongono alle garanzie preposte a salvaguardia di questo stesso. Esse, da un lato, consentono all'economia europea di rimettersi in sesto, dall'altro, invece, rappresentano un'ulteriore tappa, non solo giuridica ma anche politica, nel rafforzamento della lealtà tra gli Stati membri e nella fiducia verso il processo di integrazione.

⁵⁶ V. *considerando* 8 del regolamento (UE) n. 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, "*che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza*", in G.U. L 57 del 18 febbraio 2021.

⁵⁷ Quadro temporaneo Covid-19, cit., punto 10.

⁵⁸ Quadro temporaneo per la crisi ucraina, cit., punto 24.

SEZIONE QUINTA

POTERE STATALE, TUTELA DEI DIRITTI
E VALORI COSTITUZIONALI

LA NUOVA CAUSA DI
IMPROCEDIBILITÀ DELL'AZIONE
PENALE INTRODOTTA DALLA
RIFORMA CARTABIA: L'ENNESIMA
RIFORMA DELLA PRESCRIZIONE O UN
NUOVO INIZIO?*

DIANA TENENBAUM

SOMMARIO: 1. Le principali novità normative in tema di prescrizione e di improcedibilità dell'azione penale. – 2. Le critiche della dottrina alla riforma Cartabia. – 2.1. I problemi di carattere processuale. – 3. I primi arresti giurisprudenziali. – 4. Conclusioni.

Abstract: With the law n. 134 of 2021 the reform of the prescription entered into force, along with the introduction of a cause for the inadmissibility of the criminal action linked to the exceeding of certain deadlines for the maximum duration of appeal judgments. This contribution will try to explain the problems that this reform raises from a substantial and procedural point of view.

1. Le principali novità normative in tema di prescrizione e di improcedibilità dell'azione penale

Con la l. 23 settembre 2021, n. 134, è entrata in vigore la riforma del processo e del sistema sanzionatorio penale¹, e, con

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

¹ La riforma è intervenuta dopo l'adozione del *Next Generation EU*, approvato dal Consiglio europeo per sostenere gli Stati membri colpiti dalla pandemia da Covid-19. Per accedere ai fondi di *Next Generation EU* l'Italia ha

essa, la riforma della prescrizione, accompagnata dall'introduzione di una causa di improcedibilità dell'azione penale legata al superamento di alcuni termini di durata massima dei giudizi di impugnazione. Come sottolineato dalla Commissione Lattanzi, *“lentezza del processo e prescrizione del reato sono due problemi diversi, che si alimentano reciprocamente. Processi lenti favoriscono la prescrizione; la prospettiva della prescrizione favorisce processi lenti”*².

Il legislatore è quindi intervenuto sulla c.d. riforma Bonafede³, anche se non è stato facile individuare lo strumento da adottare. Se, infatti, si voleva evitare, sul piano politico, che la riforma approvata poco più di un anno prima fosse del tutto su-

varato nel 2021 il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (c.d. PNRR), disponibile su: <https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf>.

Tra gli obiettivi della riforma vi era anche quello di ridurre del 25% la durata dei processi penali. Tale obiettivo è stato ricordato dalla Ministra Cartabia durante l'incontro con i capigruppo della Commissione Giustizia della Camera tenutosi il 10 maggio 2021, in occasione della presentazione dei lavori della Commissione di studio (Presidente Lattanzi) sulla riforma del processo penale, della prescrizione del reato e del sistema sanzionatorio. L'intervento integrale della Ministra è disponibile su: www.sistemapenale.it.

² Il riferimento è alla *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435 del 24 maggio 2021*, elaborata dalla Commissione di studio presieduta da Giorgio Lattanzi e disponibile su: https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LATTANZI_relazione_finale_24mag21.pdf.

³ Ci si riferisce alla l. 9 gennaio 2019, n. 3, entrata in vigore il 1° gennaio 2020. Tra i numerosi commenti relativi alla riforma Bonafede, si v.: G. BALBI, *Tempi strani. Rilievi critici sulla disciplina della prescrizione*, in *Arch. pen.*, 1/2021; D. PULITANO, *Osservazioni sulla proposta di bloccare il corso della prescrizione*, in www.sistemapenale.it, 9 dicembre 2019; R. BARTOLI, *Le modifiche alla disciplina della prescrizione: una sovversione dei principi*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2019, pp. 900 ss.; F. GIUNTA, *La prescrizione. Ultimo atto?*, in www.discrimen.it, 31 gennaio 2020; A. CAVALIERE, *Le norme “spazzaprescrizione” nella L. n. 3/2019*, in www.lalegislazionepenale.eu, 12 febbraio 2020; A. TRIGGIANI, *La “Riforma Bonafede” della giustizia penale: un anno dall'approvazione della delega per ridare celerità ed efficienza al processo penale (... anche a scapito delle garanzie difensive)*, in *Proc. pen. giust.*, 3/2020, pp. 759 ss.; A. DE CARO, *La riforma della prescrizione e il complesso rapporto tra tempo, vicende della punizione e processo: le eccentriche soluzioni legislative e le nuove proiezioni processuali sulla prescrizione dell'azione e l'estinzione del processo*, in *Arch. pen.*, 1/2020; G.L. GATTA, *Prescrizione del reato e lentezza del processo: male non cura male*, in www.sistemapenale.it, 9 dicembre 2019; V. MANES, *Sulla riforma della prescrizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2019, pp. 557 ss.

perata, al tempo stesso si cercava un modo per ovviare all'eliminazione della prescrizione dopo la fine del giudizio di primo grado, con il rischio di dare vita a processi *sine die*.

Si è così arrivati ad un intervento normativo che si è mosso in una duplice direzione.

Da un lato, il legislatore ha modificato alcune disposizioni del Codice penale in materia di prescrizione⁴ e ha introdotto l'art. 161-*bis* c.p., in base al quale il corso della prescrizione del reato cessa definitivamente con la pronuncia della sentenza di primo grado.

Tale norma ha voluto ovviare ai problemi che aveva posto il comma 2 dell'art. 159 c.p., che prevedeva un'ipotesi di sospensione del corso della prescrizione dopo il primo grado di giudizio: il concetto di sospensione implica la possibilità di riprendere il corso di ciò che viene sospeso, circostanza che la legge Bonafede escludeva.

È stata dunque confermata l'opzione di fondo della riforma precedente, di prevedere un blocco della prescrizione dopo la sentenza di primo grado⁵.

Dall'altro lato, è stata introdotta una nuova causa di improcedibilità, che non trova "*alcun precedente, né nella normativa né nella cultura giuridica italiane*"⁶, legata al superamento dei termini di durata massima dei giudizi di impugnazione.

Più precisamente, i commi 1 e 2 dell'art. 344-*bis* c.p.p. stabiliscono che costituisce causa di improcedibilità dell'azione pe-

⁴ Per l'esame dei vari correttivi alla disciplina della prescrizione, v. G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'Legge Cartabia'*, in *www.sistemapenale.it*, 15 ottobre 2021, pp. 21 ss.; ID., *Le modifiche introdotte dalla riforma Cartabia*, in E. DOLCINI - G.L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, Assago, 2021, pp. 1 ss.

⁵ Da questo punto di vista vi è continuità normativa tra il vecchio art. 159, comma 2, c.p. e il nuovo art. 161-*bis* c.p., e ciò incide sul problema della successione delle leggi penali nel tempo. La Corte di cassazione ha infatti chiarito, nella Relazione dell'Ufficio del Massimario del 2 novembre 2021, che "*a fronte dell'impropria dizione normativa quale causa di sospensione del corso della prescrizione (...) entrambi gli istituti contemplano, in realtà, una causa di blocco tendenzialmente definitivo del decorso del tempo rilevante ai fini della prescrizione del reato*".

⁶ P. MOSCARINI, *L'istituto della prescrizione ed il "giusto processo"*, in *Dir. pen. proc.*, 11/2021, p. 1446.

nale la mancata definizione del giudizio di appello entro il termine di due anni, e del giudizio di cassazione entro quello di un anno.

Appare quindi evidente la scelta di scandire il tempo in base a due differenti “*clessidre*”⁷, l’una volta a misurare il tempo dell’oblio, segnato dalla prescrizione del reato, e l’altra volta a scandire il tempo del processo penale, marcato dalla improcedibilità.

I limiti temporali individuati dalla riforma sono costruiti sui termini della legge Pinto e sono volti ad assicurare la ragionevole durata del processo, che “*è il predicato del giusto processo, ne diviene un requisito strutturale che segna il punto di equilibrio democratico nei rapporti fra autorità e cittadino*”⁸.

I termini per il calcolo dell’improcedibilità decorrono dal novantesimo giorno successivo alla scadenza del termine previsto dall’art. 544 c.p.p. Questi termini non sono fissi, in quanto possono essere prorogati in ragione della particolare complessità del giudizio o in virtù della gravità di alcuni reati.

In ogni caso, l’improcedibilità è esclusa sia per i reati puniti con l’ergastolo, sia in base alla volontà dell’imputato.

Va considerato, da ultimo, che il legislatore, nell’introdurre l’art. 344-bis c.p.p., ha previsto un regime transitorio ancorato all’entrata in vigore della riforma Bonafede.

La scelta di delimitare l’efficacia retroattiva della disposizione in esame si spiega alla luce della *ratio* della nuova norma, volta “*a fare da contrappeso a una disciplina della prescrizione in cui il decorso del tempo ai fini dell’estinzione del reato si blocca con la pronuncia di primo grado. Il nuovo istituto, infatti, si applica esclusivamente ai procedimenti d’impugnazione relativi a fatti di reato commessi successivamente al 1° gennaio 2020*”

⁷ Usa questa espressione G. MARTIELLO, *Brevi note sulle disposizioni immediatamente esecutive della c.d. “Riforma Cartabia” in materia di prescrizione sostanziale e processuale*, in www.discrimen.it, 15 dicembre 2021, p. 2. Parla invece di “*due orologi*” O. MAZZA, *La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populisti e realtà costituzionale*, in www.sistemapenale.it, 21 gennaio 2020.

⁸ O. MAZZA, *Fenomenologia dell’improcedibilità cronologica*, in www.penedp.it, 23 febbraio 2022, p. 6. Per un esame del principio della ragionevole durata del processo legato alla prescrizione, v. anche S. BELTRANI, *L’ambito applicativo della “nuova” causa di improcedibilità del “giudizio” di Cassazione*, in *Cass. pen.*, 6/2022, pp. 2080 ss.

*proprio perché risulta indissolubilmente collegato con la disciplina della prescrizione del reato introdotta dalla l. n. 3 del 2019*⁹.

2. Le critiche della dottrina alla riforma Cartabia

Il nuovo impianto normativo vede quindi maturare, fino al giudizio di primo grado, la prescrizione del reato, per poi cedere il passo, nei giudizi di impugnazione, alla improcedibilità di cui all'art. 344-bis c.p.p.

Già solo una simile affermazione pone due questioni di ordine sistematico.

La prima attiene direttamente alla prescrizione: è veramente risolutivo il blocco della prescrizione nei giudizi di impugnazione, ed è, soprattutto, una scelta coerente con il dettato costituzionale? Invero, è indubbio che vi sia stato un arretramento del *dies ad quem* del termine prescrizionale: “è nel lasso di tempo che intercorre tra la consumazione del reato e la sentenza di primo grado – e non più quella definitiva – che, adesso, il reo deve sperare che maturino i termini prescrizionali fissati dall'art. 157 c.p.”¹⁰.

Proprio tale scelta contrasterebbe con il principio di innocenza, che rischia di valere nella sua pienezza solo fino al primo grado di giudizio¹¹.

Tale previsione dimostrerebbe anche la propensione del legislatore “all'interesse unilaterale del punire rispetto a quello della salvaguardia delle garanzie individuali”¹².

⁹ M.L. DI BITONTO, *Osservazioni “a caldo” sulla improcedibilità dell'azione disciplinata dall'art. 344-bis c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 12/2021, p. 3859.

¹⁰ G. MARTIELLO, *Op. cit.*, p. 4.

¹¹ *Id.* p. 5.

¹² *Id.* p. 6. Nello stesso senso si pone A. CAVALIERE, *Considerazioni ‘a prima lettura’ su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella L. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia*, in *www.penedp.it*, 2 novembre 2021. Queste critiche sono, essenzialmente, le stesse che sono state rivolte alla riforma Bonafede, in quanto vi è concordia nel dire che c'è continuità normativa tra l'art. 161-bis c.p. e il vecchio art. 159, comma 2, c.p., così come riformato dalla l. n. 3/2019. Si rinvia, pertanto, per un'analisi più esauritiva dei vari problemi posti dalla norma in questione, ai contributi indicati *supra*, nella nt. n. 4.

In altre parole, ciò che si contesta è la scelta in sé di bloccare il corso della prescrizione nonostante le garanzie costituzionali che la stessa presidia: il diritto all'oblio e la finalità rieducativa della pena, che, con il passare del tempo, subentrano alla finalità general-preventiva che giustifica la risposta punitiva dello Stato verso un fatto costituente reato¹³.

Detto ancora in altri termini, e ciò consente di esaminare la seconda questione di ordine sistematico, la prescrizione del reato non ha nulla a che fare con la ragionevole durata del processo di cui all'art. 111, comma 2, Cost. Assicurare una durata ragionevole del processo dipende, invero, da interventi organizzativi estranei alla gravità del reato. A ciò si aggiunge che *“i termini della prescrizione difficilmente rispondono alle esigenze di durata ragionevole del processo, risultando ora troppo lunghi, quando il reato sia scoperto immediatamente, ora troppo brevi, quando lo sia tardivamente”*¹⁴.

In ogni caso, il meccanismo introdotto dall'art. 344-bis c.p.p. presenta, di per sé, delle questioni interpretative da risolvere.

Innanzitutto, non è chiaro quale sia la sua natura giuridica e il regime applicabile.

Secondo una prima tesi, si tratterebbe di un istituto di diritto processuale, in quanto *“l'improcedibilità si limita a troncare il*

¹³ In realtà, l'individuazione della *ratio* della prescrizione è sempre stata dibattuta, come efficacemente rappresentato, *ex multis*, da P. MOSCARINI, *Op. cit.*, pp. 1449 ss. Anche P. FERRUA, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, in *www.penalp.it*, 24 gennaio 2022, p. 6, ha sottolineato il collegamento della prescrizione con il diritto all'oblio e con la funzione rieducativa della pena: *“(...) due effettive finalità della prescrizione sostanziale: da un lato, la funzione rieducativa della pena che sarebbe frustrata se la pena fosse eseguita a troppa distanza dalla commissione del fatto; dall'altro, l'oblio che il decorrere del tempo determina sulla memoria del reato, riducendo progressivamente l'interesse alla sua persecuzione”*.

¹⁴ P. FERRUA, *La singolare vicenda della “improcedibilità”*, in *www.ilpenalista.it*, 27 agosto 2021. Condivide l'idea dell'estraneità della prescrizione rispetto alla ragionevole durata del processo D. PULITANÒ, *Riforma della prescrizione. Giochi linguistici e sostanza normativa*, in *www.sistemapenale.it*, 19 luglio 2021. In un'ottica parzialmente diversa si pongono G.L. GATTA - G. GIOSTRA, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, in *www.sistemapenale.it*, 11 febbraio 2020. In generale, si occupano del problema del rapporto tra prescrizione e ragionevole durata del processo anche O. MAZZA, *La riforma dei due orologi*, *cit.*, e A. DE CARO, *Op. cit.*

processo (...); l'ipotetico reato non si estingue, ma il giudice è destituito del potere di decidere nel merito"¹⁵. La natura processuale sarebbe confermata dal nuovo comma 1-bis dell'art. 578 c.p.p., che dimostrerebbe come l'improcedibilità si atteggi a causa impeditiva del processo, precludendone la prosecuzione e causando la cessazione di tutti i suoi effetti¹⁶.

Trattandosi di istituto processuale, lo stesso sarebbe sottoposto alla regola del *tempus regit actum*¹⁷.

In base ad un opposto orientamento, l'art. 344-bis c.p.p. andrebbe considerato una norma di diritto sostanziale: l'improcedibilità significa, in concreto, "*non punibilità dell'imputato che fosse autore dell'eventuale reato in ragione del decorso di un certo lasso di tempo. A ciò consegue la pertinenza di tutte le garanzie costituzionali relative ad entrambi i piani, processuale e sostanziale*"¹⁸.

¹⁵ P. FERRUA, *Improcedibilità*, cit., p. 14. Condividono tale impostazione anche M. DONINI, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *Pol. dir.*, 4/2021, pp. 598-599; D. NEGRI, *Dell'improcedibilità temporale: pregi e difetti*, in *Sistema penale*, 2/2022; G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale*, cit., p. 27; P. MOLINO, *Riforma "Cartabia": non viola la Costituzione il regime transitorio della nuova improcedibilità del processo*, in www.altalex.com/quotidiano-giuridico, 16 dicembre 2021; P. MOSCARINI, *L'istituto della prescrizione ed il "giusto processo"*, in *Dir. pen. proc.*, 11/2021, p. 1455. Nel senso della natura processuale dell'istituto si pone anche la Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione del 2 novembre 2021 (pp. 34-35).

¹⁶ La disposizione in questione ha sollevato numerose critiche, specie in punto di legittimità costituzionale. Per un esame più approfondito si rinvia, oltre che alla Relazione del Massimario della Corte di cassazione (pp. 38-39) e al parere del CSM (p. 10), a G. MARTIELLO, *Op. cit.*, pp. 13-14; E.N. LA ROCCA, *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in *Arch. pen.*, 3/2021, pp. 50 ss.; P. FERRUA, *Improcedibilità*, cit., pp. 10-12.

¹⁷ Escludono l'applicazione del principio della *lex mitior* M.L. DI BITONTO, *Op. cit.*, pp. 3858-3859; P. FERRUA, *Improcedibilità*, cit., pp. 13-14; M. DONINI, *Op. cit.*, pp. 598-599; R. ORLANDI, *Riforma della giustizia penale: due occasioni mancate e una scelta ambigua in materia di prescrizione*, in www.discrimen.it, 16 luglio 2021; G. SPANGHER, *L'improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione*, in www.processopenale.it, 9 febbraio 2022.

¹⁸ D. PULITANÒ, *Riforma della prescrizione*, cit., p. 3. Condividono la stessa impostazione O. MAZZA, *Fenomenologia dell'improcedibilità*, cit., p. 4; A. CISTERNA, *Novella per i reati dal 1° gennaio 2020 e regime intertemporale*

Legato al problema della natura della nuova causa di improcedibilità è anche il tema della sua possibile frizione con il principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost.

Invero, c'è chi ha sostenuto che “*non è ammissibile che, restando in vita l'ipotesi di reato e validamente esercitata l'azione penale, il processo evapori e svanisca nel nulla con una sentenza di sopravvenuta improcedibilità temporale*”¹⁹.

Si obietta peraltro che l'art. 112 Cost. vieta solo che il pubblico ministero possa desistere dalla prosecuzione dell'azione penale, non anche “*che gli esiti del promovimento di essa si risolvano nella declaratoria, da parte del giudice, di una causa di improcedibilità stabilita dalla legge*”²⁰.

2.1. I problemi di carattere processuale

Non meno problematiche appaiono le questioni processuali.

Oltre alle critiche mosse ai meccanismi di proroga dei termini previsti dall'art. 344-bis c.p.p.²¹, la nuova causa di improcedibilità pone due problemi principali.

fino al 2024. L'improcedibilità: norme transitorie, in *Guida al diritto*, 40/2021, p. 87; G. MARTIELLO, *Op. cit.*, pp. 11-12.

¹⁹ P. FERRUA, *La singolare vicenda della “improcedibilità”*, cit. Perplesità in merito alla compatibilità con l'art. 112 Cost. sono state espresse anche da P. MOSCARINI, *Op. cit.*, p. 1450, nonché dal CSM, nel parere reso in data 29 luglio 2021: “*A fronte di un reato per il quale non sono maturati i termini di prescrizione la dichiarazione di improcedibilità (...) implica una ingiustificata e irrazionale rinuncia dello Stato al dovere di accertamento dei fatti e delle eventuali responsabilità sul piano penale, rispetto ad un reato certamente non estinto*”.

²⁰ M.L. DI BITONTO, *Op. cit.*, p. 3863. Escludono la frizione con l'art. 112 Cost. anche: G. SPANGHER, *Op. cit.*; D. NEGRI, *Op. cit.*, pp. 53 ss.; M. DONINI, *Op. cit.*, p. 599; O. MAZZA, *A Midsummer Night's Dream: la riforma Cartabia del processo penale (o della sola prescrizione)?*, in *Arch. pen.*, 2/2021, pp. 3-4.

²¹ I meccanismi di proroga sono stati fortemente criticati dalla dottrina, sia per l'eccessiva discrezionalità che viene lasciata al giudice, sia per la scelta di prevedere meccanismi diversi in relazione ad alcune tipologie di reati. Si rinvia in tal senso a: M.L. DI BITONTO, *Op. cit.*, pp. 3855-3856; P. FERRUA, *Improcedibilità*, cit., pp. 9-10; D. NEGRI, *Op. cit.*, pp. 56-58; O. MAZZA, *A Midsummer Night's Dream*, cit., p. 6; A. CAVALIERE, *Considerazioni ‘a prima lettura’*, cit., pp. 29 ss.; A. NAPPI, *Appunti sulla disciplina dell'improcedibilità per irragionevole durata dei giudizi di impugnazione*, in *Questione Giustizia*, 4/2021, pp. 176 ss.; G. PECORELLA, *Soluzione per la nuova prescrizione, tempi distinti per*

Innanzitutto, ci si chiede quale sia il rapporto tra la nuova causa di improcedibilità e l'inammissibilità dell'impugnazione.

Alcuni autori ritengono che la declaratoria di inammissibilità prevalga sempre su quella di improcedibilità, giacché *“l'inammissibilità impedisce l'apertura della fase, invalidando quanto fosse già stato compiuto a seguito dell'atto inammissibile, inclusa l'eventuale dichiarazione di improcedibilità”*²².

C'è chi, invece, esclude questo automatismo, in quanto l'impugnazione inammissibile è comunque in grado di instaurare un rapporto processuale, seppur invalido. Ne consegue che se *“un grado di giudizio si celebra, anche solo nelle forme semplificate previste per attestare l'inammissibilità dell'impugnazione, non si può negare l'applicabilità dell'improcedibilità che maturi prima della declaratoria di inammissibilità”*²³.

Non meno controverso risulta essere, poi, il rapporto tra la sentenza di assoluzione e la declaratoria di improcedibilità in sede di appello. In particolare, ci si domanda se si possa applicare l'art. 129, comma 2, c.p.p. anche in caso di improcedibilità, con conseguente prevalenza degli esiti assolutori.

fasi e gradi del rito, in *Guida al diritto*, 32-33/2021, pp. 11-12; G. ICHINO, *“Riforma Cartabia” e processo d'appello*, in www.questionegiustizia.it, 29 novembre 2021; N. ROSSI, *Lasciar decidere il giudice sulla durata dei processi: cancellate questa absurdità*, in www.ildubbio.it, 3 agosto 2021; G. MARTIELLO, *Op. cit.*, p. 9; G. SPANGHER, *Op. cit.*, p. 4; D. BIANCHI, *Le modifiche al codice penale immediatamente precettive: prescrizione del reato e sospensione condizionale*, in *Dir. pen. proc.*, 11/2021, p. 1471. Favorevole ai meccanismi di proroga è invece G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale*, cit., p. 25. Anche la Corte di cassazione, nella relazione dell'Ufficio del Massimario, ha espresso le sue perplessità in ordine al regime di proroghe, così come il CSM nel parere reso il 29 luglio 2021.

²² P. FERRUA, *Improcedibilità*, cit., p. 16. Condividono tale impostazione G. CANZIO, *Il modello “Cartabia”. Organizzazione giudiziaria, prescrizione del reato, improcedibilità*, in www.sistemapenale.it, 14 febbraio 2022; E.N. LA ROCCA, *Op. cit.*, pp. 46 ss.; A. MARANDOLA, *La riforma Cartabia: la delega per il processo penale e la sentenza di improcedibilità*, in *Studium iuris*, 12/2021, pp. 1457 ss.

²³ O. MAZZA, *Inammissibilità versus improcedibilità: nuovi scenari di diritto giurisprudenziale*, in www.discrimen.it, 2 gennaio 2022. In quest'ottica v. anche D. NEGRI, *Op. cit.*, pp. 62-63; G. SPANGHER, *Op. cit.*, pp. 8 ss.; E. APRILE, *Brevi riflessioni sulla ‘riforma Cartabia’ in materia di prescrizione e di improcedibilità (legge 27 settembre 2021, n.134)*, in www.giustiziansieme.it, 11 ottobre 2021.

L'opinione prevalente si esprime in termini negativi, sul presupposto che il sopravvenire della causa di improcedibilità non può essere paragonato ad una causa di estinzione del reato. Ciò potrebbe portare ad un pregiudizio per la posizione dell'imputato, che risulterebbe privato delle garanzie connesse alla presunzione di innocenza²⁴.

Non manca, tuttavia, chi ritiene che ci siano degli spiragli per poter applicare analogicamente l'art. 129, comma 2, c.p.p., in quanto “[i]l favor innocentiae, sotto forma di diritto al giudizio d'innocenza, discende direttamente dall'art. 27 comma 2 Cost. e ha una portata tale da superare anche il limite imposto dall'improcedibilità cronologica”²⁵.

3. I primi arresti giurisprudenziali

La Corte di cassazione non ha tardato a confrontarsi con i principali problemi interpretativi denunciati dalla più attenta dottrina.

Da un punto di vista sostanziale, la Suprema Corte ha aderito alla tesi “processualistica” dell'art. 344-*bis* c.p.p., e ha ritenuto legittima la scelta di ancorare quest'ultimo all'entrata in vigore della riforma Bonafede: “l'improcedibilità processuale – a differenza della prescrizione che opera solo in primo grado – ha una funzione compensativa e «riequilibratrice» per garantire a tutti i procedimenti pendenti in appello e in cassazione, per i reati commessi dal 1° Gennaio 2020, una ragionevole durata, distinguendosi in ciò dalla prescrizione sostanziale”²⁶.

²⁴ In senso critico si pongono P. MOSCARINI, *Op. cit.*, p. 1455; G. MARTIELLO, *Op. cit.*, p. 15; P. FERRUA, *Improcedibilità*, cit., p. 13; E.N. LA ROCCA, *Op. cit.*, pp. 46 ss.; G. MARTIELLO, *Op. cit.*, p. 15. Nella stessa ottica si pone anche la Corte di cassazione, nella relazione redatta dall'Ufficio del Massimario in data 3 novembre 2021, nonché il CSM, nel parere reso il 29 luglio 2021.

²⁵ O. MAZZA, *Fenomenologia dell'improcedibilità*, cit., p. 13. Favorevoli all'applicazione dell'art. 129, comma 2, c.p.p. sono anche D. NEGRI, *Op. cit.*, pp. 61-62, e A. NAPPI, *Op. cit.*, p. 182.

²⁶ Trib. Napoli, ord. 18 novembre 2021, n. 14035. Per un commento dell'ordinanza v. A. CISTERNA, *Passa una corretta interpretazione nel solco dell'Ufficio del Massimario*, in *Guida al diritto*, 47/2021, pp. 85 ss. Hanno confermato la natura processuale dell'improcedibilità anche Cass. pen., sez. III, 14

Meritano di essere segnalate anche le pronunce relative al rapporto tra la declaratoria di inammissibilità in appello e quella di improcedibilità.

Il Supremo Consesso ha mostrato di condividere la tesi della prevalenza dell'inammissibilità su qualsiasi altra pronuncia. Questo perché *“la proposizione di un ricorso inammissibile non consente la costituzione di un valido avvio alla corrispondente fase processuale (...) con la conseguenza che il giudice dell'impugnazione (...) non può rilevare eventuali cause di non procedibilità a norma dell'art. 129 c.p.p.”*²⁷.

Appare dunque possibile riscontrare, a dispetto di un atteggiamento dottrinale particolarmente “ostile”, una reazione della giurisprudenza parzialmente diversa. Invero, la Suprema Corte, nel respingere diverse questioni di legittimità costituzionale sulla base della natura processuale dell'art. 344-*bis* c.p.p., sembra comprendere appieno l'intenzione del legislatore di inserire un istituto alternativo alla prescrizione, ed è alla luce di ciò che ha cercato di risolvere i problemi applicativi che esso pone. L'ottica, allora, non è tanto quella dell'incostituzionalità per violazione delle garanzie connesse alle norme di diritto sostanziale, ma quella di un'esegesi che tenga conto della natura processuale dell'istituto.

4. Conclusioni

La l. n. 134/2021 ha segnato il ritorno in campo di un legislatore in grado di intervenire in modo organico sul processo penale al fine di migliorarne i connotati e il funzionamento gene-

dicembre 2021, n. 1567, e sez. V, 10 gennaio 2022, n. 334, con nota di M. DANIELE, *La limitata retroattività in bonam partem dell'improcedibilità dell'impugnazione*, in *Cass. pen.*, 3/2022, pp. 1031 ss.

²⁷ Il riferimento è a Cass. pen., sez. VII, 19 novembre 2021, n. 43883. Per un commento della pronuncia si rinvia, tra i tanti, a: P. FERRUA, *Regime temporale della improcedibilità e rapporti con l'inammissibilità: la Cassazione detta le regole*, in *Cass. pen.*, 1/2022, pp. 146 ss.; P. MOLINO, *Op. cit.*; G. SPANGHER, *Coordinarsi con le precedenti norme e introdurre per gradi il nuovo istituto*, in *Guida al diritto*, 48/2021, pp. 105 ss.; G. LEO, *Prescrizione e improcedibilità: problematiche di diritto intertemporale alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *www.sistemapenale.it*, 1° marzo 2022.

rale. Ciononostante, le numerose questioni che si sono poste dimostrano come la riforma abbia posto più problemi di quanti ne volesse risolvere.

Oltre alle questioni processuali che il legislatore avrebbe dovuto risolvere *ex ante*, anziché affidare la loro soluzione agli interpreti, il blocco della prescrizione e l'introduzione di una nuova causa di improcedibilità sollevano delle perplessità, sia da un punto di vista sostanziale che in relazione ai loro effetti pratici.

In quest'ottica, appare difficilmente accettabile l'idea secondo cui la cessazione della prescrizione dopo il primo grado di giudizio possa essere tollerata in un ordinamento in cui la prescrizione è collegata anche alla finalità rieducativa della pena, dal momento che una sanzione inflitta dopo un notevole lasso di tempo rischia di risultare "abnorme" sia rispetto al tipo di reato commesso che all'eventuale percorso sociale intrapreso dall'imputato.

Né si può dire che l'introduzione di una nuova causa di improcedibilità dell'azione penale colga interamente nel segno, non solo perché è dubbia la sua natura processualistica, ma anche perché la stessa non sembra in grado di risolvere i problemi per cui è stata introdotta, *in primis* la riduzione dei processi penali.

Com'è stato giustamente osservato, ci sono delle situazioni in cui, paradossalmente, i tempi dei processi potrebbero aumentare considerevolmente. Si pensi al caso in cui ci sia "*un giudizio direttissimo, celebrato immediatamente dopo la commissione di un reato, la cui sentenza di condanna venga immediatamente impugnata: la mancata celebrazione dell'appello entro il termine di due anni ne comporterebbe l'improcedibilità. Lo stesso reato, perseguito nelle forme ordinarie, risulterebbe ancora procedibile a distanza di oltre nove anni dal fatto*"²⁸.

A ciò si aggiunge un dato di non trascurabile criticità: se l'improcedibilità è un istituto di diritto processuale, come si può giustificare la scelta di collegare la proroga dei suoi termini alla gravità dei reati, o di consentire che l'imputato rinunci all'estinzione del processo? Se, infatti, questa scelta può avere un senso rispetto alla prescrizione, che è un istituto di diritto sostanziale, ciò non è accettabile per un istituto processuale che, come tale,

²⁸ M. VAIRA, *Processi lunghi e difesa più debole, il Ddl Cartabia non c'entra l'obiettivo*, in *Guida al diritto*, 37/2021, p. 12.

“può essere commisurato soltanto alla complessità e alla raccolta delle prove, nonché alla verifica dibattimentale”²⁹.

Tutti questi aspetti avrebbero richiesto una maggiore attenzione da parte del legislatore, specie quando si decide di introdurre un meccanismo sconosciuto ma che è destinato a segnare le sorti del processo penale.

²⁹ G. PECORELLA, *Soluzione per la “nuova” prescrizione, tempi distinti per fasi e gradi del rito*, in *Guida al diritto*, 32-33/2021, p. 12.

TUTELA DELL'AMBIENTE, SVILUPPO
SOSTENIBILE E LIBERTÀ DI INIZIATIVA
ECONOMICA PRIVATA NELLA RECENTE
REVISIONE DEGLI ARTICOLI 9 E 41 DELLA
COSTITUZIONE ITALIANA*

DOMENICO ANDREA PISANI

SOMMARIO: 1. Premessa: tutela dell'ambiente e sviluppo sostenibile in un'ottica costituzionalistica. – 2. La revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione. – 3. Il bilanciamento tra tutela dell'ambiente, diritto alla salute e libertà di iniziativa economica: il caso ILVA. – 4. Conclusioni: lo sviluppo sostenibile come principio costituzionale non scritto.

Abstract: The recent constitutional reform in Italy has directly introduced the environment, biodiversity and ecosystems protection among the fundamental principles in the body of Constitution (art. 9). It has upgraded the limits of environment and health with respect to private economic initiative freedom (art. 41) and mentioned “environmental goals” among the aims of the leading and coordination intervention in the public and private economic activities (third comma art. 41). This contribution faces the potentiality of this reform with regards to the economic initiative freedom, moving from the analysis of the previous constitutional jurisprudence and doctrine debate. In particular, the absence of a clear prevision in the environmental protection has brought so far uncertainty in the research of a reasonable balance between industrial development, enterprise freedom and health and environment protection. In fact, this one has been object of a hard balance operation by the Constitutional Court that has often

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

led to disadvantageous case by case law for the environmental needs. The famous “Ilva di Taranto” case (Puglia), ex steel industry, will be seen through the *a posteriori* criteria of this reform. It has involved both Constitutional Court and European Court of Human Rights. The aim is estimating the concrete impact of the reform on the future similar cases. In conclusion, the jurisprudence law analysis will enable us to reflect deeply upon the position of the environmental protection among constitutional principles after the reform, especially for the consequent application of intergenerational equity principle.

1. Tutela dell’ambiente e sviluppo sostenibile in un’ottica costituzionalistica

Negli ultimi decenni la tutela dell’ambiente ha acquisito crescente attenzione da parte di numerosi ordinamenti giuridici, tra i quali quello italiano.

Per individuare la natura giuridica dell’interesse sotteso alla tutela dell’ambiente e i principi che caratterizzano la sua disciplina è necessario definire il termine “ambiente” in senso giuridico¹. La dottrina più risalente sosteneva che il termine “ambiente” fosse riferibile, piuttosto che a una nozione giuridica unitaria, alla somma di una pluralità di profili giuridicamente rilevanti².

In seguito, i primi tentativi di individuare una copertura costituzionale per i principi di tutela ambientale si concentrarono sull’art. 9 cost. e sull’art. 32 cost. La tesi proposta dal Predieri³ ha fatto leva sull’art. 9 cost., che tutela il paesaggio ed il patri-

¹ Per una ricostruzione sistematica, si v. P. CARETTI - G. TARLI BARBIERI, *I Diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, V ed., Torino, 2022, pp. 454 ss.

² In questo senso M. S. GIANNINI, «Ambiente»: *saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/1973, pp. 15 ss.

³ La tesi è esposta in A. PREDIERI, *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Milano, 1981, pp. 503 ss. Secondo l’Autore, che adopera un’interpretazione estensiva, il termine “paesaggio” non si limiterebbe a indicare specifiche porzioni del territorio oggetto di vincolo, ma piuttosto dovrebbe riferirsi all’aspetto dell’intero territorio nazionale, in una visione complessiva che include le trasformazioni derivanti sia dalle forze naturali che da quelle antropiche.

monio storico e artistico della nazione. Una seconda teoria, prendendo atto del legame che intercorre tra la salute dell'uomo e le condizioni ambientali, ha prospettato l'esistenza di un diritto soggettivo all'ambiente salubre, ricompreso nel più ampio diritto soggettivo alla salute *ex art. 32 cost.* Questa posizione fu accolta prima dalla giurisprudenza ordinaria⁴ e successivamente da quella costituzionale⁵, seppur in maniera episodica e isolata.

L'incertezza circa il fondamento costituzionale del principio della tutela ambientale fu progressivamente superata nel corso degli anni Ottanta, anche grazie all'influenza del diritto internazionale e del diritto comunitario⁶.

Infatti, la Corte costituzionale iniziò ad elaborare una nozione unitaria dell'ambiente come bene giuridico, la cui tutela trova fondamento sia nell'art. 9 cost. che nell'art. 32 cost.⁷

L'ambiente venne dunque ulteriormente declinato come valore primario e assoluto⁸, che interseca trasversalmente numerosi settori normativi e incide su diversi interessi e beni ad esso collegati. Inizia ad emergere la caratteristica della primarietà, che dovrebbe portare l'interprete a prendere sempre in considerazione, in particolare nell'ambito della comparazione di interessi

⁴ Cass., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172.

⁵ C. cost., 20 maggio 1987, n. 210. In particolare, la Corte affermò che “[v]a riconosciuto lo sforzo in atto di dare un riconoscimento specifico alla salvaguardia dell'ambiente come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività e di creare istituti giuridici per la sua protezione. [...] Ne deriva la repressione del danno ambientale cioè del pregiudizio arrecato, da qualsiasi attività volontaria o colposa, alla persona, agli animali, alle piante e alle risorse naturali (acqua, aria, suolo, mare), che costituisca offesa al diritto che vanta ogni cittadino individualmente e collettivamente”. Questa è stata l'unica occasione in cui la Corte costituzionale ha definito la tutela dell'ambiente come diritto soggettivo.

⁶ Per un quadro completo si v. L. SALVEMINI, *Un sistema multilivello alle origini del diritto ambientale*, in *federalismi.it*, 4/2022, pp. 900 ss.

⁷ Tra le altre, si segnalano C. cost., 13 gennaio 1987, n. 641, e C. cost., 28 maggio 1987, n. 210.

⁸ Così afferma C. cost., 13 gennaio 1987, n. 641, secondo la quale “[l']ambiente è protetto come elemento determinativo della qualità della vita. La sua protezione non persegue astratte finalità naturalistiche o estetizzanti, ma esprime l'esigenza di un habitat naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo valori largamente sentiti; è imposta anzitutto da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 Cost.), per cui esso assurge a valore primario ed assoluto”.

contrastanti propria dei procedimenti amministrativi, le istanze ambientali.

La tutela dell'ambiente (e dell'ecosistema) fu consacrata espressamente nel testo costituzionale come esito della riforma del Titolo V del 2001: nella specie fu inserita in seno all'art. 117, comma secondo, lettera s), Cost., quale materia di competenza esclusiva dello Stato nel riparto di competenze legislative.

Relativamente al riparto di competenze, dopo la revisione dell'art. 117 Cost. la giurisprudenza costituzionale⁹ tratteggiò l'ambiente quale valore che delinea una materia trasversale, valorizzando le esigenze unitarie sottese alla sua disciplina.

L'ambiente inteso come bene unitario è la base della definizione, influenzata da elementi provenienti da discipline scientifiche come l'ecologia, proposta da Caravita, secondo la quale la tutela dell'ambiente va intesa come “*tutela dell'equilibrio ecologico della biosfera o degli ecosistemi considerati*”¹⁰.

La più attenta dottrina ha rilevato come l'ambiente, inoltre, rappresenti un concetto dinamico-relazionale, trasversale agli altri principi costituzionali, che può essere declinato secondo tre tipi di relazione: la relazione tra l'uomo e la natura, la relazione tra i diversi ecosistemi e la relazione tra diverse aree territoriali¹¹.

Accanto al principio della tutela dell'ambiente si è affermato il principio dello sviluppo sostenibile, la cui definizione appare più agevole; infatti, tale principio è stato codificato dal legislatore al primo comma dell'art. 3-*quater*, d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, secondo il quale “[o]gni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future”¹².

⁹ Con particolare riferimento a C. cost., 31 luglio 2002, n. 407. In senso analogo si segnalano C. cost., 28 marzo 2003 n. 96; 22 luglio 2004 n. 259; 5 marzo 2009 n. 61; 1° luglio 2010 n. 234.

¹⁰ B. CARAVITA, *Costituzione, principi costituzionali e tecniche di normazione per la tutela dell'ambiente*, in S. GRASSI - M. CECCHETTI - A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, Firenze, 1999, pp. 175 ss.

¹¹ Così S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 3/2017, pp. 8-9.

¹² Sul punto si v. F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 0/2010, p. 13.

Questa definizione sembra ispirarsi alla celebre definizione del principio contenuta nel rapporto “*Our common future*” della *World Commission on Environment and Development* (afferente all’ONU) del 1987, secondo la quale lo “sviluppo sostenibile è quello che consente alla generazione presente di soddisfare i propri bisogni senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri”. Il principio è, inoltre, espressamente richiamato dall’art. 11 TFUE, ai sensi del quale “[l]e esigenze connesse con la tutela dell’ambiente devono essere integrate nella definizione e nell’attuazione delle politiche e azioni dell’Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile”.

2. La revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione

La l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, ha interessato gli artt. 9 e 41 Cost. In particolare, la legge di revisione costituzionale ha aggiunto un terzo comma all’art 9 Cost., secondo il quale “[la Repubblica] tutela l’ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell’interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali”, e ha modificato il secondo e il terzo comma dell’art. 41 Cost., introducendo la tutela dell’ambiente e della salute tra i limiti espliciti al godimento della libertà di iniziativa economica privata (limiti elencati nel secondo comma dell’art. 41) e menzionando i “fini ambientali” tra gli obiettivi di un intervento di indirizzo e coordinamento dell’attività economica pubblica e privata, accanto a quelli sociali (terzo comma dell’art. 41).

In via preliminare si può osservare come il legislatore costituzionale abbia previsto, accanto alla tutela del bene ambiente, anche la tutela della biodiversità e degli ecosistemi, richiamando in parte la riforma del Titolo V del 2001, che assegnava alla competenza esclusiva dello Stato la tutela dell’ambiente e dell’ecosistema, e delineando dunque una tutela “a tutto tondo” dell’ambiente nelle sue varie sfaccettature.

Il dibattito generato dalla riforma ha interessato diversi profili.

In primo luogo, si è discusso sull’innovatività della riforma. Secondo parte della dottrina la riforma si limiterebbe a codificare

principi già in precedenza affermati dalla normativa di rango primario e dai trattati UE, dalla giurisprudenza costituzionale e da quella di origine comunitaria. Inoltre, si rileva come la tutela dell'ambiente avesse già fatto il suo ingresso nel testo costituzionale con la riforma del Titolo V¹³.

Secondo una diversa tesi, di segno contrario alla prima, *“l'ingresso della tutela dell'ambiente all'interno dei principi fondamentali della Costituzione segna un punto di svolta nella dogmatica costituzionale”*¹⁴.

Questa posizione valorizza l'intervento sull'art. 41 Cost., ossia la norma di riferimento rispetto al modello economico delineato dalla Costituzione.

In particolare, l'ambiente assurgerebbe a una sfera privilegiata, una sorta di riserva costituzionale che lo metterebbe a riparo dalla sfera della discrezionalità legislativa, mentre l'economia accederebbe a una sfera rimessa all'evoluzione sociale¹⁵.

Tale riforma provocherebbe l'emersione di una nuova forma di Stato, lo *“Stato per l'ambiente”* o *“Stato ambientale”*.

Inoltre, la menzione dell'interesse delle generazioni future rappresenterebbe un allineamento ad altre esperienze costituzionali occidentali, che andrebbe ad arricchire eventuali bilanciamenti e porterebbe a ritenere consolidata la costituzionalizzazione del principio (non scritto) dello sviluppo sostenibile.

Una posizione intermedia alle due tesi, che si basa sulla distinzione tra revisione bilancio e revisione programma, pone invece enfasi sulle conseguenze, in ordine di certezza del diritto, del consolidamento di un principio di origine pretoria nel testo costituzionale¹⁶.

¹³ Sul punto si v. V. ONIDA, *Ambiente in Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, 1/2022, pp. 359-360. Nello stesso senso R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *federalismi.it*, 13/2022, p. 452.

¹⁴ La teoria è esposta in R. BIFULCO, *Primissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *federalismi.it - paper*, 6 aprile 2022, p. 4.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Sulla distinzione tra revisione bilancio e revisione programma, si v. M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3/2021, pp. 297-

Quest'ultima tesi, pur cogliendo la progressività dell'emersione del principio nell'ordinamento, non sembra tuttavia valorizzare adeguatamente la portata innovativa della riforma; le argomentazioni relative alla nascita dello “*Stato ambientale*” sono parimenti suggestive, tuttavia non convincenti, in quanto un cambiamento di forma di Stato dovrebbe coincidere con un cambiamento dei rapporti economico-sociali dei soggetti che compongono l'ordinamento e non sembra che la riforma si ponga obiettivi così ambiziosi.

Inoltre, mentre la prima menzione espressa del principio della tutela ambientale e dell'ecosistema fu inserita nell'elenco di materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato, la revisione del 2022 ha avuto, invece, proprio il merito di consolidare l'interesse costituzionale alla tutela ambientale grazie alla collocazione tra i principi fondamentali.

In secondo luogo, la riforma tende a delineare il principio della tutela ambientale in un'ottica antropocentrica¹⁷, circostanza che sembra avvalorata dal riferimento all'interesse delle generazioni future. Tale riferimento ha il pregio di proiettare nel tempo il dovere di tutela posto in capo alla Repubblica, oltre che di adeguare la Costituzione italiana ad una tendenza che ha coinvolto numerose carte costituzionali occidentali¹⁸, ed appare coerente con il principio personalista. Ciononostante, come si esporrà più diffusamente in seguito, il nuovo art. 41 Cost. potrebbe rappresentare la base per forme di pianificazione economiche di carattere prettamente ambientale, non volte alla crescita, secondo una prospettiva che presenta profili di stampo ecocentrico e che potrebbe fondare una nozione di tutela ambientale che prescinderebbe dalla mera dimensione umana.

In terzo luogo, la tutela dell'ambiente viene declinata come principio costituzionale, confutando definitivamente la posizione, fatta propria in una sola occasione dalla Corte costituzionale (C. cost., 28 maggio 1987, n. 210), che la configurava come “*diritto fondamentale della persona*”, ossia come oggetto di una

298. In questo senso anche G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2/2021, p. 463.

¹⁷ Sul tema si v. G.L. CONTI, *Note minime sulla sopravvivenza dei valori ambientali alla loro costituzionalizzazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2022, p. 204.

¹⁸ R. BIFULCO, *Op. cit.*, p. 3.

situazione giuridica soggettiva¹⁹. Ciò appare coerente con la poliedricità che la tutela dell'ambiente può assumere: infatti l'ambiente, pur essendo considerato un bene giuridico unitario, può essere oggetto di tutela in modo differenziato sulla base degli specifici interessi che interseca²⁰.

In quarto luogo, la revisione dell'art. 41 Cost., pur recependo le indicazioni giurisprudenziali che già annoveravano nell'ambito del concetto di utilità sociale i fini ambientali (C. cost., 7 marzo 1990, n. 127), potrebbe invero rilevarsi la parte dal carattere maggiormente innovativo della riforma, interessando la norma centrale della costituzione economica dell'Italia e ponendo un saldo ancoraggio interpretativo al principio dello sviluppo sostenibile²¹.

Infine, la riserva di legge relativa alla tutela degli animali posta alla fine del terzo comma dell'art. 9 Cost., se da un lato sembra recepire le nuove istanze sviluppatasi nella coscienza sociale relativamente al rapporto uomo-animale, dall'altro rimette totalmente alla discrezionalità del legislatore le forme e i modi di tale tutela, caratterizzandosi come una riserva semplice e in ogni caso relativa, dato anche il tasso di tecnicità della materia e la necessità di impiegare fonti secondarie.

3. Il bilanciamento tra principio della tutela dell'ambiente, diritto alla salute e libertà di iniziativa economica: il caso ILVA

In generale, sul piano materiale, la tutela dell'ambiente comporta indirettamente un miglioramento delle condizioni sanitarie, sebbene eventuali casi di contrasto tra gli interessi sottesi alla tutela ambientale e al diritto alla salute siano possibili, in particolare in un contesto di emergenza energetica o di scarsità delle materie prime: se, ad esempio, le fonti di energia rinnovabili non

¹⁹ F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2022, p. 18; in senso contrario, G. MARCATAJO, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, in *Rivista giuridica AmbienteDiritto.it*, 2/2022, p. 2.

²⁰ S. GRASSI, *Op. cit.*, p. 12.

²¹ Sul punto si v. D. GRIFONI, *Il concetto di "utilità ambientale" nell'art. 41 Cost.*, in *Rivista giuridica AmbienteDiritto.it*, 3/2022, pp. 1 ss.

fossero sufficienti per le esigenze del sistema sanitario, ciò potrebbe implicare un maggior uso di fonti fossili a tal fine, pregiudicando la tutela dell'ambiente; lo stesso discorso vale per l'indispensabile uso della plastica nel settore sanitario.

Tuttavia, gli interessi che storicamente si contrappongono ad ambiente e salute sono quelli all'iniziativa economica industriale e al mantenimento dei livelli di occupazione lavorativa.

Il legislatore pre-costituzionale, infatti, privilegiava nettamente le ragioni dello sviluppo industriale, secondo un'ideologia produttivistica che ricollegava la grandezza dello Stato alla grandezza della sua economia; sul punto, è emblematico l'art. 844 c.c. in tema di immissioni. Con l'entrata in vigore della Carta e l'affermarsi del principio personalista, tuttavia, una tale concezione non ha più potuto trovare spazio nel sistema costituzionale. Nell'attuale contesto storico, caratterizzato dall'emergenza pandemica e da quella climatica, l'esigenza di trovare un punto di equilibrio tra i sopracitati interessi sembra sempre più forte.

A tal fine è necessario chiedersi se la stessa Costituzione indichi dei criteri che permettano all'interprete di risolvere gli eventuali conflitti. Il diritto alla salute, da un punto di vista letterale, è l'unico diritto ad essere definito come fondamentale dalla Costituzione²² (tralasciando i principi fondamentali). La tutela dell'ambiente, invece, concetto di origine pretoria, è caratterizzata, secondo la giurisprudenza costituzionale, dalla caratteristica della primarietà.

Tuttavia, la Corte costituzionale non ha valorizzato la fondamentale del diritto alla salute, ma anzi ha affermato che tutti i diritti previsti dalla Costituzione sono fondamentali. La caratteristica della primarietà, inoltre, riguarderebbe allo stesso modo la tutela dell'ambiente e il diritto alla salute²³.

²² Così D. MORANA, *La fundamentalità del diritto e dell'interesse della collettività alla salute: metamorfosi di una garanzia costituzionale, dal caso ILVA ai tempi della pandemia*, in EAD. (a cura di), *I diritti costituzionali in divenire*, I ed., Napoli, 2020, pp. 161 ss.

²³ C. cost., 7 luglio 2004, n. 196. Secondo la Corte, "questa primarietà non legittimerebbe un primato assoluto in una ipotetica scala gerarchica dei valori costituzionali, ma comporterebbe la necessità che essi debbano sempre essere presi in considerazione nei concreti bilanciamenti operati dal legislatore ordinario e dalle pubbliche amministrazioni".

Questa posizione è stata ribadita e articolata nella nota sentenza del 15 maggio 2013, n. 85, sul caso ILVA.

L'ILVA di Taranto è un impianto siderurgico considerato di interesse strategico nazionale.

Oggetto della pronuncia furono gli artt. 1 e 3 del d.l. 3 dicembre 2012, n. 207, recante “[d]isposizioni urgenti a tutela della salute, dell’ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale”, convertito con modificazioni dalla l. 24 dicembre 2012, n. 231. Le norme oggetto di giudizio di costituzionalità avevano lo scopo di contemperare le esigenze occupazionali e produttive con l’interesse alla salute e alla salubrità ambientale della comunità gravitante intorno all’impianto, privilegiando tuttavia le prime rispetto alle seconde, nonostante la forte incidenza di neoplasie nel quartiere Tamburi ove l’impianto è situato.

Nel dichiarare infondata la questione di legittimità del d.l. n. 207/2012 relativamente al motivo che invocava un contrasto con l’art. 32 Cost., la Corte ha affermato che non sia possibile individuare un diritto fondamentale tutelato dalla Costituzione prevalente – “*tiranno*”, nelle parole della Corte – rispetto agli altri, in quanto tutti i diritti costituzionali si trovano in un rapporto di reciproca integrazione. In caso di conflitto tra di essi, spetta in prima battuta al legislatore trovare un punto di equilibrio e in seguito al giudice delle leggi in sede di controllo secondo i criteri di ragionevolezza e proporzionalità²⁴.

Tralasciando i profili relativi al conflitto tra poteri esecutivo e giudiziario²⁵, il percorso argomentativo seguito dalla Corte svaluta obiettivamente la caratteristica della fundamentalità del diritto alla salute²⁶.

Infatti, i criteri fatti propri dalla Corte per risolvere l’antinomia sono quelli della ragionevolezza e della proporzionalità, criteri spesso dai confini incerti che lasciano ampio spazio alla discrezionalità del giudice costituzionale.

²⁴ C. cost., 15 maggio 2013, n. 85.

²⁵ Si rimanda sul tema a V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell’ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in *Rivista AIC*, 3/2013, pp. 1 ss.

²⁶ D. MORANA, *Op. cit.*, p. 129.

Non stupisce dunque che, nel successivo caso ILVA 2, sentenza del 28 marzo 2018, n. 58, avente ad oggetto l'art. 3, d.l. 4 luglio 2015, n. 92, recante “[m]isure urgenti in materia di rifiuti e di autorizzazione integrata ambientale, nonché per l'esercizio dell'attività d'impresa di stabilimenti industriali e di interesse strategico nazionale”, la Corte, dinanzi a un nuova forma di bilanciamento relativa sempre allo stabilimento ILVA, abbia dichiarato la questione di incostituzionalità fondata, affermando che *“il legislatore non ha rispettato l'esigenza di bilanciare in modo ragionevole e proporzionato tutti gli interessi costituzionali rilevanti, incorrendo in un vizio di illegittimità costituzionale per non aver tenuto in adeguata considerazione le esigenze di tutela della salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori, a fronte di situazioni che espongono questi ultimi a rischio della stessa vita”*.

A posteriori, sembra opportuno interrogarsi su come la Corte avrebbe potuto affrontare lo stesso caso ILVA alla luce del nuovo testo degli artt. 9 e 41 Cost.

Senza dubbio si sarebbe verificato un ampliamento delle norme parametro²⁷, ma, se la riforma si fosse limitata a toccare il solo art. 9 Cost., inserendo esclusivamente norme di principio, attenendosi alla giurisprudenza sopra citata sarebbe difficile immaginare un esito differente, in quanto gli assunti della Corte appaiono riproducibili anche nel mutato contesto normativo. La riforma, tuttavia, ha interessato anche l'art. 41 Cost.; da questo punto di vista, l'esplicita menzione dei limiti dell'ambiente e della salute, al secondo comma, potrebbe essere interpretata come un “potenziamento”. Infatti, prima della riforma, il bilanciamento tra i principi costituzionali relativi a salute, ambiente, iniziativa economia e lavoro era di fatto rimessa alla discrezionalità del legislatore. Si potrebbe dunque affermare che la costituzionalizzazione espressa dei limiti “ambiente” e “salute” imponga, sia al legislatore che all'amministrazione, di tenere conto prioritariamente degli interessi loro sottesi rispetto alla libertà d'iniziativa economica. In sostanza, in caso di contrasto non sa-

²⁷ G. SANTINI, *Op. cit.*, p. 463.

nabile tra iniziativa economica privata e ambiente e salute, la Repubblica dovrebbe privilegiare la prima solo per *extrema ratio*, qualora la compressione della libertà d'impresa o del diritto al lavoro comportino rischi economico-sociali estremamente gravi per la tenuta complessiva del sistema.

4. Conclusioni: lo sviluppo sostenibile come principio costituzionale non scritto

Il riscaldamento globale, come ormai è noto, è una delle maggiori sfide di questo secolo per la tenuta degli ordinamenti statali, oltre che degli equilibri geopolitici globali. Dopo un periodo di stallo all'inizio del nuovo millennio, sembra che i Governi degli Stati occidentali stiano spingendo per un "cambio di passo", in particolare utilizzando come strumento privilegiato quello della programmazione economica: in Italia, ad esempio, assurge a tale scopo la seconda missione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, titolata "*Rivoluzione verde e transizione ecologica*".

La crisi climatica è, dunque, uno dei principali fattori di questa tendenza generalizzata a un ritorno dello Stato nell'economia. Collocata in questo frangente storico di ritrovato interventismo statale, la revisione dell'art. 41 Cost., nella specie, assume un significato più pregnante. Infatti, come già sopra affermato, prima della revisione i fini ambientali erano pacificamente considerati ricompresi nei fini sociali del terzo comma. La riforma, in un certo senso, ha portato i fini ambientali "fuori" dalla sfera dei fini sociali.

Sembra infatti opportuno escludere che il legislatore abbia inteso accostare i fini ambientali a quelli sociali come se fossero uniti in un'endiadi, in quanto questa tesi non rispecchierebbe l'innovatività dell'intervento.

Ciò porta a questa considerazione: riferendosi il terzo comma alla programmazione economica, si potrebbe ipotizzare che accanto a una programmazione di tipo classico, caratteristica delle società che si trovano in una fase di crescita esponenziale dello sviluppo industriale, si affianchi un nuovo tipo di programmazione, che potrebbe essere chiamata programmazione "verde". Mentre la prima ha, per l'appunto, sempre e comunque

l'obiettivo dello sviluppo industriale, la seconda persegue prevalentemente il fine della tutela ambientale.

È stato osservato che l'art. 41 riformato sarebbe stato il luogo più adatto per l'introduzione espressa del principio dello sviluppo sostenibile²⁸.

Tuttavia, lo sviluppo sostenibile, in particolare nel suo significato di convivenza di progresso economico e tutela ambientale, rischia di assumere profili ideologici. Infatti, come sopra già accennato, non è detto che la programmazione a fini ambientali debba contemporaneamente perseguire la crescita del prodotto interno lordo.

Anzi, ben è ipotizzabile un tipo di programmazione che, al fine di tutelare il bene ambientale, porti a una compressione di determinati settori, come ad esempio il settore delle fonti di energia fossile²⁹. Ciò sarebbe, peraltro, coerente con il quadro delineato dalla *European Green Deal*, formula usata per indicare le azioni dell'Unione europea finalizzate al raggiungimento della neutralità climatica entro il 2050.

Sarebbe tuttavia opportuno interrogarsi anche sulle possibili ricadute sociali legate a questo tipo di programmazione, e, da un punto di vista giuridico, chiedersi entro quali limiti si possa implementare una politica del genere; ad esempio, sembra difficile immaginare che una programmazione con finalità ambientali possa spingersi a sopprimere totalmente interi settori economici, senza contemporaneamente provvedere alle condizioni occupazionali dei relativi occupati.

Non si intende chiaramente aderire alle cosiddette teorie della decrescita felice, si vuole tuttavia evidenziare che la revisione ha posto la tutela dell'ambiente in una collocazione certamente più significativa rispetto alla libertà di iniziativa economica. Inoltre, mentre la tutela dell'ambiente, in esito alla riforma, assume al rango di uno dei doveri fondamentali della Repubblica, espresso tra i principi fondamentali, la libertà di iniziativa economica è il classico esempio di libertà funzionale.

²⁸ In questo senso G. SANTINI, *Op. cit.*, p. 471.

²⁹ Sulla possibilità di adottare interventi pubblici nei rapporti economici per finalità non solo sociali ma anche ambientali, si v. L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, in *federalismi.it - paper*, 23 giugno 2021, p. 6.

In conclusione, si auspica che il percorso intrapreso con la riforma venga ulteriormente approfondito, anche da norme di rango primario, al fine di fronteggiare l'emergenza ambientale con tutti gli strumenti disponibili, anche giuridici.

LO STATO, LE CORTI E IL CORPO. CONSIDERAZIONI SUL DIVIETO DI GESTAZIONE PER ALTRI*

FRANCESCA MORGANTI

SOMMARIO: 1. *In re Baby M.* – 2. Gestazione per altri e identità personale. – 3. Gestazione per altri, dignità umana e mercato. – 4. Conclusioni.

Abstract: Under Italian law, maternal surrogacy is a crime. Section 12 § 6 of the Medically Assisted Reproduction Act (Law no. 40/2004) makes it an offence “*to carry out, organise or advertise (...) surrogate motherhood*”. According to the Italian Constitutional Court, surrogacy “*causes intolerable offence to the dignity of the woman and profoundly undermines human relations*” (judgment no. 272/2017). The aim of this paper is to reflect on this stance, which is largely shared by Italian High Courts, and on its constitutional legitimacy/necessity. Is it acceptable for the State to curtail a person’s right to free enterprise, protected under article 41 of the Italian Constitution, exclusively on moral grounds? More importantly, should the State be able to limit “*the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child*”, which is directly linked to the right of privacy? What is the (constitutionally) appropriate relationship between person and State, between individual and authority, where bodily autonomy is concerned?

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. *In re Baby M*

È stato sostenuto che l'emergere, intorno alla metà degli anni Ottanta, di un mercato *della e per* la maternità surrogata¹ – “market for surrogacy” – sia dipeso principalmente da quattro fattori: il diffondersi di una rinnovata ideologia pronatalista, legata al momento storico-culturale e intrisa di etica protestante e di capitalismo²; l'evoluzione delle tecnologie riproduttive, e dunque il progresso scientifico; il vuoto normativo diffuso; l'iniziativa imprenditoriale dei *broker*³. Le condizioni pratiche per un mercato della maternità surrogata, dunque, si sarebbero formate al crocevia di cultura, scienza, legge ed economia.

È stato anche sottolineato, tuttavia, come il fattore preponderante sia stato proprio quello economico⁴: in mancanza di intermediari, in particolare, la maternità surrogata – che ha antici-

¹ Il linguaggio, così come il mercato, non è neutro, e diverse narrazioni del fenomeno “maternità surrogata” inevitabilmente si rifaranno a terminologie differenti: “[s]i pensi”, suggerisce A. LORENZETTI, *Riflessioni attorno alla maternità surrogata: cuique suum?*, in M. CAIELLI - B. PEZZINI - A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, p. 144, nt. 3, “non soltanto alle diverse espressioni utilizzate per indicare la medesima pratica (...) ma anche per definire i protagonisti della vicenda, aspetto che denota la diversa valutazione del fenomeno”. A seconda dei casi, dunque, si parlerà di “maternità surrogata”, di “gestazione per altri” o di “utero in affitto”, ma anche di “madre” o di “portatrice”, di “genitori intenzionali” o di “committenti”, di “riproduzione” o di “procreazione”. Nel prosieguo del lavoro, come si noterà, le espressioni più utilizzate saranno proprio “maternità surrogata”, che sembra descrivere plasticamente il fenomeno, e “gestazione per altri”, che – meno neutralmente – ne evidenzia la dimensione relazionale.

² E.T. MAY, *Barren in the promised land. Childless Americans and the pursuit of happiness*, Cambridge (MA), 1995, pp. 213 ss., parla di “new pronatalism of the 1980s”, *by-product* del “childfree movement of the 1970s”.

³ Cfr. C. SANGER, *Developing markets in baby-making: In the matter of Baby M*, in *Harvard Journal of Law & Gender*, 1/2007, pp. 71-72.

⁴ Secondo B.K. ROTHMAN, *Recreating motherhood. Ideology and technology in a patriarchal society*, New York-London, 1989, p. 230, “[s]urrogate motherhood was not brought to us by the march of scientific progress. It was brought to us by brokers, by people who saw a new market and went after it. And the market is something we know we can control, and often should control”.

pato, come pratica, tanto il natalismo contemporaneo che la fecondazione *in vitro*⁵ – non avrebbe potuto diffondersi su così larga scala.

Si ritiene che il “fondatore” della *surrogacy-for-hire*, quantomeno negli Stati Uniti, sia stato Noel Keane⁶, intermediario – con la sua agenzia – nella transazione che ha portato, verso la metà degli anni Ottanta, al primo *custody case* statunitense riguardante una minore nata da maternità surrogata, nota come *Baby M*.

Mary Beth Whitehead, gestante e madre genetica della bambina, si era rifiutata, dopo il parto, di consegnarla a William ed Elizabeth Stern, i genitori intenzionali (lui anche padre genetico, lei semplicemente sua moglie). La Corte Suprema del New Jersey, in quel caso, pur bollando come “illegal, perhaps criminal” i contratti di maternità surrogata, ha scelto, quantomeno programmaticamente, di valorizzare il *best interest of the child* e di affidare la minore alla coppia committente – *rectius*, al padre, William Stern, e a sua moglie, Elizabeth Stern – riconoscendo a Mary Beth Whitehead, *non-custodial parent*, il diritto di visitarla con regolarità⁷.

Oltre trent’anni più tardi, c’è un elemento ulteriore da considerare quando si parla di gestazione per altri: rispetto alla maternità surrogata c.d. tradizionale, nella quale la gestante è anche madre genetica del nato – come è accaduto per Mary Beth Whitehead e *Baby M* – è assai più diffusa, oggi, la maternità surrogata c.d. gestazionale, che prevede la “fornitura” dell’ovocita da parte di una terza donatrice. Questa “*suddivisione dei ruoli genetici*,

⁵ Ripercorre brevemente la storia della “ancient art of surrogacy”, tra gli altri, D.L. SPAR, *The baby business. How money, science and politics drive the commerce of conception*, Boston, 2006, pp. 72 ss.

⁶ B.K. ROTHMAN, *Op. cit.*, p. 80. Nelle parole di J.S. KUNEN, *Childless couples seeking surrogate mothers call Michigan lawyer Noel Keane – He delivers*, in *People*, 30 marzo 1987, p. 93, ora disponibile su: <https://people.com/archive/childless-couples-seeking-surrogate-mothers-call-michigan-lawyer-noel-keane-he-delivers-vol-27-no-13/>, “[b]y devising elaborate contracts and pulling together a supply of surrogates sufficient to meet the demand, Keane has revolutionized the production of babies just as surely as that earlier son on Dearborn, Henry Ford, revolutionized the production of automobiles”.

⁷ *In re Baby M*, 537 A.2d 1227 (N.J. 1988).

gestazionali e sociali” determina una vera e propria “*decostruzione della maternità*”⁸, la cui definizione è sempre meno univoca⁹.

In Italia, poi, dove la gestazione per altri è reato¹⁰, le questioni aperte rimangono moltissime. In ottica costituzionalistica, in particolare, sarà necessario chiedersi: se esista un diritto – costituzionale – ad avere figli, e se tale diritto incontri dei limiti; se la surrogazione di maternità, come la Corte costituzionale ha sostenuto a più riprese, offenda la dignità umana della gestante e sia dunque un fenomeno da contrastare attivamente (anche a scapito, eventualmente, del *best interest* del minore comunque venuto al mondo), o se possa piuttosto rappresentare una declinazione concreta della sua autodeterminazione; se, più in generale, sia compito dello Stato “inserirsi” nelle decisioni individuali – e di coppia – in materia di filiazione e, anche di conseguenza, porre limiti al mercato su basi *lato sensu* morali.

2. Gestazione per altri e identità personale

L’art. 12, co. 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (“*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*”), sanziona chiunque, in qualsiasi forma, “*realizz[i], organizz[i] o pubblicizz[i] (...) la surrogazione di maternità*”, senza distinzione alcuna tra surrogazione di maternità c.d. altruistica e surrogazione di maternità c.d. commerciale.

A più riprese, tanto la Corte di cassazione che la Corte costituzionale hanno sorretto e preso a riferimento questo divieto, elevato a principio di ordine pubblico perché “*posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l’istituto dell’adozione*” (Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n.

⁸ I. CORTI, *Maternità per sostituzione e dignità umana*, in *GenIUS*, 2/2017, p. 23.

⁹ La superfetazione di figure materne o simil-materne – madre intenzionale, madre genetica, madre biologica – costringe a domandarsi «what makes a woman a mother» (B.K. ROTHMAN, *Op. cit.*, p. 235), o meglio: cosa renda *una persona* un genitore, data la corrispondente evoluzione delle nozioni e delle definizioni di genere, oltre che dei ruoli familiari.

¹⁰ Cfr. art. 12, co. 6, l. 19 febbraio 2004, n. 40 (“*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*”), sul quale più diffusamente *infra*.

12193). La gestazione per altri, si è detto, “*offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*” (C. cost., 18 dicembre 2017, n. 272, poi ripresa, più di recente, da C. cost., 9 marzo 2021, n. 33).

In casi come quelli affrontati dalle Corti¹¹, gli interessi in gioco sono molteplici: c’è l’interesse della coppia committente ad avere un figlio; quello “*del bambino, nato a seguito di surrogazione di maternità realizzata all’estero, a vedersi riconosciuto e mantenuto uno stato di filiazione quanto più rispondente alle sue esigenze di vita*”¹²; l’interesse pubblico alla certezza (e alla verità) degli *status filiationis*; nonché, sullo sfondo, la delicata

¹¹ Che hanno a che vedere, perlopiù: (i) con la trascrivibilità (e dunque con la contrarietà/non-contrarietà all’ordine pubblico) dei certificati di nascita formati all’estero, in Paesi nei quali la maternità surrogata è consentita; (ii) con la questione, tuttora aperta, della veste legale da dare alla relazione tra genitore meramente intenzionale e minore (si faceva ricorso, di regola, all’adozione in casi particolari *ex art. 44, comma 1, lett. d), l. 4 maggio 1983, n. 184* – soluzione che, tuttavia, è stata recentemente ritenuta “*non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali*” dalla stessa Corte costituzionale, nella sent. 28 gennaio 2021, n. 33); (iii) in casi di avvenuta trascrizione, con l’impugnazione, da parte del curatore speciale del minore (nominato dal Tribunale per i minorenni, su iniziativa della Procura), del riconoscimento operato dal genitore intenzionale – è questo il caso alla base di C. cost., 18 dicembre 2017, n. 272, che, come lo stesso giudice *a quo* sottolinea, non ha a che vedere con la trascrizione di uno *status filiationis* riconosciuto all’estero, ma con la sua rimozione, una volta trascritto, per emerso difetto di veridicità.

¹² C. cost., 18 dicembre 2017, n. 272, pt. 2.2 del *Ritenuto in fatto*. Come sottolinea C. TRIPODINA, *C’era una volta l’ordine pubblico. L’assottigliamento del concetto di “ordine pubblico internazionale” come varco per la realizzazione dell’“incoercibile diritto” di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. NICCOLAI - E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, p. 130, “[d]i solito, e particolarmente nei casi di maternità surrogata, il migliore interesse del bambino viene fatto coincidere con il migliore interesse dei genitori: con la continuità delle relazioni affettive e la preservazione dei vincoli giuridici già instaurati, soprattutto quando la valutazione avviene a cose fatte, col «bimbo in braccio»”; è il caso di chiedersi, prosegue l’A., se davvero “*corrisponda al miglior interesse del minore l’interruzione (...), immediatamente dopo il parto, del profondissimo legame simbiotico che si instaura tra lui e la madre biologica nell’arco dei nove mesi della gestazione, il fatto di non potere mai più avere con lei relazioni, di non potere neppure sapere chi sia; se corrisponda al suo miglior interesse trascorrere il resto della vita con chi ha violato la legge per averlo; se corrisponda al suo miglior interesse la frantumazione e destrutturazione dei legami genitoriali a cui viene esposto*”.

posizione della gestante, della quale si intende proteggere la libertà – compressa, ritiene la Corte costituzionale, nei casi di maternità surrogata c.d. commerciale¹³ – anche a costo, talvolta, di etero-definire le condizioni pratiche della sua dignità¹⁴.

Nella sent. n. 272 del 2017, in particolare, la Corte costituzionale sembra valorizzare il profilo dell'identità personale (e del corrispondente *status*) del nato, sostenendo che una divergenza tra identità genetica e identità legale sia ammissibile – si pensi, d'altronde, alla disciplina dell'adozione¹⁵ – ma debba poggiare sopra un attento bilanciamento degli interessi coinvolti, rimandato al legislatore e in subordine al giudice: non è detto che l'interesse del minore prevalga, sempre e comunque, su “*l'interesse alla verità*”, che acquisisce natura pubblica quando entrano in gioco “*pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata*”¹⁶.

¹³ Nella ricostruzione del giudice *a quo*, condivisa dalla Corte, se la surrogazione avviene “*al di fuori di un contesto relazionale*” – si allude alla g.p.a. di tipo commerciale – non sarebbe per ciò stesso ravvisabile “*una condizione di libertà della donna che ha portato a termine la gravidanza*” (C. cost., 18 dicembre 2017, n. 272, pt. 2.1.1 del *Ritenuto in fatto*). Sul punto v., *ex multis*, E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, in S. NICCOLAI - E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., pp. 3 ss., e S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, ivi, pp. 191 ss.

¹⁴ “Is there anything special in the nature of childbearing that affects the volition of a woman negotiating the economic value of her reproductive labor, or is it merely that our moral sensibility is offended by the image of a rational woman controlling her bodily resources and selling her birth power?”, si chiede C. SHALEV, *Birth power. The case for surrogacy*, New Haven, 1989, p. 123, rivendicando – *in linea di principio* – l'agenzia morale ed economica della donna gestante.

¹⁵ Adozione che, è bene precisarlo, differisce sostanzialmente dalla maternità surrogata: quest'ultima si basa su un *progetto genitoriale*, finalizzato alla nascita di un bambino, mentre la prima coinvolge minori già *venuti al mondo*. Nel disciplinare l'adozione, per forza di cose, il legislatore assumerà una “*prospettiva «a valle»*, dunque *successiva alla nascita, o se si vuole ex post*”; è in una “*prospettiva «a monte»*”, invece, che dovrà porsi quando si interroga sulla maternità surrogata *come pratica* (demandando al giudice, necessariamente, la valutazione e la decisione dei casi concreti). Sul punto v. A. LORENZETTI, *Riflessioni attorno alla maternità surrogata*, cit., pp. 147 s., nonché EAD., *Coppie same-sex e fecondazione assistita: la progressiva decostruzione del paradigma familiare*, in M. AZZALINI (a cura di), *La procreazione assistita dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, Roma, 2015, pp. 103 ss.

¹⁶ C. cost., 18 dicembre 2017, n. 272, pt. 4.2 del *Considerato in diritto*.

Nella ricostruzione della Corte, è stato detto, il divieto personale di maternità surrogata “*tutela il bene indisponibile della personalità, tutela la soggettività che è propria di ogni nato come tale, che la pratica mette a rischio, e lo fa conferendo «natura pubblica» all’interesse alla verità dell’origine, ovverosia imponendo, della verità, l’imprescindibile presa d’atto*”¹⁷. Il bene della personalità, se così inteso, sembra divenire “*indisponibile*” – e la presa d’atto della verità “*imprescindibile*” – solo in virtù di una condanna, morale prima che giuridica, della pratica che in concreto ha determinato la divergenza tra identità genetica e legale del nato.

Divergenza che, in altre circostanze, l’ordinamento consente: nell’adozione¹⁸, come si è detto, ma anche nella PMA di tipo eterologo, che pure mette in discussione la “verità” dello *status filiationis*. A ben vedere, altri sono gli aspetti che con maggiore evidenza vengono messi in discussione dalla maternità surrogata, e tra questi: il “dogma” per cui la paternità si lega – ancor prima che alla genetica – al rapporto tra padre sociale e madre biologica¹⁹; il “dogma” stesso della maternità come eminentemente biologica²⁰; il “*mito dell’amore materno*”²¹. La maternità surrogata è in linea, al contrario, con l’idea – di matrice capitalistica – che ciascuno sia proprietario del proprio corpo e possa, entro certi limiti, disporne; con l’idea – di matrice patriarcale – che la filiazione serva, sul piano giuridico e para-giuridico prima che umano, a garantire una discendenza all’uomo/padre.

“If we legalize surrogacy arrangements”, è stato osservato, “then to buy a baby one will need sperm and money”²². Ed è questo il nodo: non l’identità personale del nato, né la verità degli *status*, ma l’apparente inconciliabilità, nel caso di specie, tra li-

¹⁷ Così S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, in *Giur. cost.*, 6/2017, p. 2998, sottolineando come “[l]a ratio del divieto di surrogazione risult[i] in tal modo strettissimamente interrelata col bene in causa, l’identità del minore” (p. 2997).

¹⁸ Ma v. *supra*, nt. 15.

¹⁹ Cfr. art. 231 c.c., “*Paternità del marito*”.

²⁰ Così l’art. 269, co. 3, c.c.: “*La maternità è dimostrata provando l’identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre*” (enfasi aggiunta).

²¹ U. GALIMBERTI, *I miti del nostro tempo*, Milano, 2009, pp. 15 ss.

²² B.K. ROTHMAN, *Op. cit.*, p. 233.

bertà individuale – *anche* di iniziativa economica – e tutela obiet-tiva della dignità umana, che sembra incompatibile con la merci-ficazione della funzione riproduttiva.

3. Gestazione per altri, dignità umana e mercato

La surrogazione di maternità, in estrema sintesi, offende-rebbe la dignità umana: (i) in ragione del “*contesto mercificato*”²³ che contraddistingue la sua variante commerciale, rappresen-tabile, ai due estremi, come legittima prestazione d’opera²⁴ o come “*vendita di neonato*”²⁵; (ii) in virtù della “*spersonalizzazione*” della funzione generativa – non a caso surrogabile – che deter-mina: anche per questo, sostiene la Corte costituzionale, la gesta-zione per altri “*mina nel profondo le relazioni umane*”²⁶, confe-rendo centralità al profilo genetico della riproduzione, ed even-tualmente a quello economico²⁷, a scapito della dimensione rela-zionale²⁸; (iii) perché, stando ad alcune letture, “oggettivizza” la

²³ S. NICCOLAI, *La regola di giudizio*, cit., p. 2995.

²⁴ Secondo C. SHALEV, *Op. cit.*, p. 159, tanto la “objectification of the surrogate mother” che la “commodification of the child” derivano dal conside-rare il *child* in questione come oggetto del contratto di surrogazione, quando l’oggetto è il servizio offerto dalla madre surrogata, o comunque la sua opera, come in qualsiasi contratto di lavoro: “for example, the Baby M agreement stipulated that in the event of a stillbirth, the surrogate mother would receive only a small fraction of the compensation she was entitled to in the case of a healthy newborn. This is a prime example of the objectification of the surrogate mother and the commodification of the child. The surrogate cannot guarantee a perfect baby, and the sponsoring parents must not only accept the risk of human imper-fection but also remunerate the surrogate for her actual services [her reproduc-tive services], regardless of the end-product” (enfasi aggiunta).

²⁵ Cfr. S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2/2016, pp. 101 ss.

²⁶ C. cost., 18 dicembre 2017, n. 272, pt. 4.2 del *Considerato in diritto*.

²⁷ “There is a tendency to overlook the considerable economic activity that accompanies the establishment of both biological and nonbiological parent-child relations”, avverte C. SHALEV, *Op. cit.*, p. 123.

²⁸ Supera queste semplificazioni, tuttavia, B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall’analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, pp. 183 ss., rilevando, in primo luogo, che “*la maternità non è destino biologico, né fun-zione biologica, ma esperienza vitale che si colloca in un complesso sistema di relazioni: innanzitutto e necessariamente, di una relazione riproduttiva (...)* e

madre e il neonato, riducendo quest'ultimo a merce di scambio – oggetto di una prestazione – e la prima a *mezzo per un fine*.

La Corte d'Appello di Milano, giudice *a quo* nel procedimento conclusosi con la sentenza n. 217 del 2012, ha inteso la dignità – per non cadere nella “*trappola assiomatica*” che ne avvolge la definizione²⁹ – proprio come “*principio che permea l'intero patto costituzionale*” ed è fondato “*sulla centralità dell'essere umano, considerato, in quanto tale e nella sua vita di relazione, sempre fine e mai mezzo*”³⁰.

La dignità umana, si legge tra le righe, è irriducibile all'autodeterminazione. Si sgretola “*the fallacy of sufficiency*”, l'idea che il consenso dell'interessato, purché libero, sia sufficiente a legittimare qualsiasi pratica: la scelta individuale può essere un fattore, “*a mitigating factor, but it cannot make unjust or exploitative practices somehow, magically, not unjust or exploitative*”³¹.

Sopra queste considerazioni – non c'è libertà dove non c'è dignità, la dignità è incompatibile con lo “*sfruttamento*”³² – poggia la legittimità, *anche* costituzionale, delle ingerenze statali in materia di procreazione: lo Stato non controlla, ma protegge.

La “*dignità umana*” funge da limite indiretto, esterno, alla

poi, ma solo eventualmente, di una relazione genitoriale con il figlio/la figlia” (pp. 219 s.), e sottolineando, più avanti, come la maternità surrogata stessa consista in un intreccio di “*relazioni significative (con il nascituro/la nascitura «nella gravidanza», immanzitutto, e con altri soggetti ai fini del progetto di genitorialità)*” (p. 231).

²⁹ I. CORTI, *Op. cit.*, p. 26.

³⁰ App. Milano, sez. pers. min. fam., ord. 25 luglio 2016, pt. 11 delle *Ragioni di fatto e diritto della decisione*. Così intesa, la nozione di dignità umana coincide in parte con il c.d. principio personalistico, che “*si oppone ad una concezione della persona umana come mezzo per il raggiungimento di fini eteronomi e non già come scopo essa stessa delle libertà costituzionalmente garantite*” (F.S. MARINI, *Il «privato» e la Costituzione. Rapporto tra proprietà e impresa*, Milano, 2000, p. 54). Sul rapporto tra principio personalistico – “*principio antitotalitario per eccellenza*” – libertà individuale e “*dignità in senso oggettivo*”, v. anche L. PIROZZI, *L'art. 2 della Costituzione e i diritti inviolabili*, in D. MORANA (a cura di), *I diritti costituzionali in divenire. Tutele consolidate e nuove esigenze di protezione*, Napoli, 2020, *passim*.

³¹ Cfr. H. WIDDOWS, *Rejecting the choice paradigm: rethinking the ethical framework in prostitution and egg sale debates*, in S. MADHOK - A. PHILIPS - K. WILSON (a cura di), *Gender, agency and coercion*, London, 2013, p. 165.

³² *Rectius*, lo “*sfruttamento*” è incompatibile con la dignità.

libertà d’iniziativa economica (art. 41, co. 2, Cost.)³³. Se esiste un diritto alla genitorialità – *rectius*, una “*generale libertà di autodeterminarsi*” quanto alla scelta di diventare genitori e di formare una famiglia, che la Corte costituzionale sembra basare sugli artt. 2, 3 e 31 Cost.³⁴ – avrà parimenti dei limiti.

Si pensi al “*diritto al rispetto della vita privata e familiare*” di cui all’art. 8 CEDU, che può intendersi anche, sulla scorta della tradizione nord-americana e in linea con la giurisprudenza della Corte EDU³⁵, come “*right of the individual (...) to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child*”³⁶: la dignità umana, sempre e comunque, ne costituisce un limite, implicito in ambito CEDU³⁷, esplicito sul piano

³³ Ex art. 41, co. 2, Cost., l’iniziativa economica privata, pur libera, “[*n*]on può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all’ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana” (enfasi aggiunta). Come sottolinea P. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in *Dir. soc.*, 1/2008, p. 33, “[*d*]alla formula si evince così immediatamente quel che appare poi confermato anche da altre norme (...) e cioè che la dignità si propone come valore autonomo da non confondere e da non assimilare rispetto a quello, pur fondamentale, della libertà”.

³⁴ V. soprattutto C. cost., 9 aprile 2014, n. 162, pt. 6 del *Considerato in diritto*.

³⁵ Cfr., anche per ulteriori riferimenti, C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 3 novembre 2011, ric. n. 57813/00, *S.H. e altri c. Austria*, dove “[*t*]he Court reiterates that the notion of «private life» within the meaning of Article 8 of the Convention is a broad concept which encompasses, inter alia, the right to establish and develop relationships with other human beings (...), the right to «personal development» (...) or the right to self-determination as such (...). It encompasses elements such as gender identification, sexual orientation and sexual life, which fall within the personal sphere protected by Article 8 (...), and the right to respect for the decisions both to have and not to have a child” (par. 80).

³⁶ Cfr. *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972), che ha rappresentato, quantomeno negli Stati Uniti, il passaggio definitivo, consapevole, dalla *privacy* tradizionalmente intesa, mera “freedom from surveillance or disclosure of intimate affairs”, a una concezione nuova, “attiva”, della *privacy* stessa, vera e propria “freedom to engage in certain activities without governmental restriction” (COSÌ M.J. SANDEL, *Moral argument and liberal toleration: abortion and homosexuality*, in *California Law Review*, 3/1989, pp. 527 s.).

³⁷ Stando al testo dell’art. 8, par. 2, CEDU, “[*n*]on può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell’esercizio di tale diritto [*al rispetto della vita privata e familiare*] a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria (...) alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui” (enfasi aggiunta). Sul “nesso tra dignità umana e art. 8 CEDU (...), da cui

costituzionale.

4. Conclusioni

Rimane da chiedersi: è questa *l'unica lettura possibile* del fenomeno della maternità surrogata?

Quando si parla di “nuovi diritti” – espressione con la quale, talvolta frettolosamente, ci si riferisce, più che a *nuovi* diritti veri e propri, all'estensione di diritti *già esistenti* a categorie che ne erano o ne sono escluse – la tendenza è a radicarli “[n]ell'*individualismo anglosassone, in cui l'autonomia o l'autodeterminazione del singolo costituisce il meta valore dominante e in cui l'eguaglianza tende a tradursi e a ridursi ad una forma di non differenziazione, meglio di «neutralità» giuridica*”³⁸.

La sent. n. 272 del 2017 è stata descritta come “*un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*”, dell'idea che l'intenzione conti più della biologia, che la volontà conti più della realtà (e della legge, cui non resta che adeguarsi)³⁹.

La linea di pensiero che anima la pronuncia, è stato detto, “*è analoga a quella delle due recenti decisioni sul transessualismo, che anch'esse si sono confrontate col problema dell'identità e col ruolo della volontà individuale nei diritti di libertà e nelle dinamiche della convivenza*”⁴⁰: se in quelle pronunce si enfatizzavano i doveri della maggioranza nei confronti dei portatori di “*situazioni minoritarie ed anomale*”⁴¹, in questa è riproposto il raccordo tra identità personale e nesso sociale, ma per ricordare che “*il diritto di essere diversi non può non trovare il suo limite*

la Corte ha desunto un vero e proprio diritto all'autodeterminazione”, nonché, più in generale, sulla nozione di dignità umana nella giurisprudenza della Corte EDU, v. G. SERENO, *La dignità umana nella Costituzione italiana e nell'ordinamento europeo*, in D. MORANA (a cura di), *I diritti costituzionali in divenire*, cit., pp. 67 ss., che sottolinea il ruolo della dignità umana, ancor prima che come *limite*, come *fondamento* dell'autodeterminazione individuale.

³⁸ M. CARTABIA, *I “nuovi” diritti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, febbraio 2011, p. 13.

³⁹ S. NICCOLAI, *La regola di giudizio*, cit., *passim*.

⁴⁰ *Id.* p. 2996, nt. 28.

⁴¹ Così C. cost., 6 maggio 1985, n. 161, pt. 4 del *Considerato in diritto* – poi ripresa, più di recente, da C. cost., 21 ottobre 2015, n. 221, e C. cost., 20 giugno 2017, n. 180.

invalidabile nei doveri di solidarietà”⁴².

Eppure, non è detto che il *focus* sull’identità, sulla stessa “diversità”, sia il portato di un’impostazione individualistica. La centralità della persona è elemento portante della nostra Costituzione, legata a doppio filo – e non in contrasto – con la celebrazione della solidarietà.

La stessa maternità surrogata, nella sua variante altruistica, può diventare espressione di una *solidarietà riproduttiva* che lega chi può (avere figli) a chi non può, come è proprio della solidarietà in senso più ampio.

Sarebbe opportuno, forse, compiere delle distinzioni, chiedendosi se la dignità umana sia offesa dalla maternità surrogata *di per sé* o solo dalla sua variante commerciale, e se i limiti morali al mercato, quando operano al di fuori del mercato stesso, non rischiano di trasformarsi in indebite ingerenze.

⁴² A. BARBERA, Art. 2, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali (Art. 1-12)*, Bologna-Roma, 1975, p. 106.

APPUNTI SUL CONCETTO DI STATO IN N.M. KORKUNOV*

FRANCESCO GUARINO

SOMMARIO: 1. Profilo biografico. – 2. Lo Stato di diritto ottocentesco.
– 3. Il concetto di Stato in N.M. Korkunov. – 4. Conclusioni.

Abstract: This essay intends to investigate the concept of the State that emerges in the writings of the late nineteenth century of the Russian jurist N.M. Korkunov (1853-1904), who has made an important contribution to the scientific debate in his country on this concept. After a brief biographical introduction, where the life and works of the author are recalled, his thought on the State is shortly explained together with that of the contemporary German jurisprudence in order to place it correctly in the historical-legal framework of reference. In the end of the essay, some conclusions are provided which confirm the originality of his thinking first of all from a methodological point of view. His innovative methodological approach could perhaps allow him to be considered one of the fathers of the Sociology of Law.

1. Profilo biografico

Tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento la scienza del diritto pubblico in Russia stava riscuotendo un interesse crescente tra i giuristi. Fra i protagonisti di questa tendenza un posto rilevante va attribuito a Nikolai Mikhailovich Korkunov, che si segnala per l'originalità e la complessità delle sue opere ma è

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

poco conosciuto in Italia e nel resto d'Europa.

Korkunov nacque nel 1853 a San Pietroburgo, nella famiglia di un illustre accademico e storico russo¹. Nel 1874 si laureò in

¹ La bibliografia in lingua russa è molto vasta, in questa sede ci si limiterà a richiamare – in cirillico – le opere fondamentali: Н.К. РЕННЕНКАМПУФ, *Разбор курса по общей теории права приват-доцента С.-Петербургского университета Н. Коркунова*, Ч. 1, СПб., 1887; В.В. ИВАНОВСКИЙ, *Государство как юридическое отношение. По поводу книги Н. М. Коркунова «Русское государственное право»*, Т. 1, Казань, 1892; В.Н. ИВАНОВА, *Учение Н.М. Коркунова о государстве и праве*: дис. канд. юрид. наук, Москва, 1976; В.Д. ЗОРЬКИН, *Теория права Н.М. Коркунова* // Известия вузов. Правоведение, 1978, 3, pp. 80-86; А.И., ЭКИМОВ, *Коркунов, М.*, 1983; И.А. ИСАЕВ, *Психологическая концепция власти Н.М. Коркунова* / Советское государство и право, 9/1989, pp. 110-115; И.А. ИСАЕВ, *Концепция власти Н. М. Коркунова и ее психологические параллели (из истории юридической психологии в России)* // Правовое государство: связь веков (историко-теоретический аспект), М., 1991, pp. 35-46; М.В. СИНЮТИН, *Проблема власти в теории Н. М. Коркунова* // Вестник Санкт-Петербургского университета. Сер. 6: Философия, политология, социология, 3/1994, pp. 113-115; О. В. ШАПОВАЛ, *Учение Н.М. Коркунова о праве*: дис. канд. юрид. наук, Краснодар, 2005; Л.С. ЗОЛОТАРЕВА, *Психологическое правопонимание: историко-сравнительный анализ учений Л.И. Петражицкого и Н.М. Коркунова*: дис. канд. юрид. наук, Саратов, 2008; А.Н. МЕДУШЕВСКИЙ, *Н.М. Коркунов как теоретик права и политический мыслитель* // Сравнительное конституционное обозрение, 2/69, 2009, pp. 173-189; Ю.А. КОМНАТНАЯ, *История отечественной науки коллизионного права: теория основания юридического факта Н. М. Коркунова (1853-1904)* // Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики: научно- теоретический и прикладной журнал, 7, 13, Ч. 2, 122-124; П.В. ГАЛКИН, *Проблемы статуса и компетенции органов местного самоуправления в трудах М.И. Свешникова и Н.М. Коркунова* // История государства и права: научно-правовое издание, 13/2011; Е.Г. ЛУКЬЯНОВА, *Интерпретация закона в учениях Н.М. Коркунова и Г. Ф. Шершеневича* // История государства и права: научно-правовое издание, 21/2012, pp. 31-35; В.И. БОЧКАРЕВА, *“Юрист – социолог” Н.М. Коркунов* // Журнал социологии и социальной антропологии., Т. XVII, 2, 73/2014, pp. 88-100; Е.А. ХБЛИКЯН, *Концепция закона как механизма разграничения интересов в правовой теории Н. М. Коркунова* // Гуманитарные и социально- экономические науки: научно-образовательный и прикладной журнал, п. 4, 83, 2015, 74-77; Е.Н. ЕНЫШИНА, *Теория совместности властвования Н.М. Коркунова* // Известия Юго-Западного государственного университета. Серия: История и право, 2, 19/2016, pp. 35-40; А.И. ЭКИМОВ, *Из истории*

giurisprudenza presso l'Università di quella stessa città, dove dal 1878 al 1897 insegnò Storia delle dottrine giuridiche e Diritto pubblico². Dalla morte del suo maestro Alexander Gradovsky (1841-1889) fu a capo del Dipartimento di Diritto pubblico dell'Università di San Pietroburgo. Nel 1893 fu nominato membro della Commissione per la codificazione delle leggi fondamentali della Finlandia, e nel 1895 entrò a far parte del Consiglio di Stato. Tuttavia, nel 1897, a causa di una grave malattia, fu costretto a lasciare i suoi incarichi accademici e amministrativi. Non visse abbastanza per poter assistere alla prima rivoluzione del 1905 e all'istituzione del Parlamento in Russia: morì nel 1904 e venne sepolto nel cimitero ortodosso di Smolensk.

Tra le sue opere principali, tutte scritte originariamente in lingua russa, si può ricordare: *Lezioni di teoria generale del diritto*³, apparsa per la prima volta nel 1886 e pubblicata, anche in

российской юридической науки XIX века. Н.М. Коркунов: звёздные часы в юридической науке и трагедия в личной жизни // Российский журнал правовых исследований, 2/2016, pp. 256-263; Е.Л. ПОЦЕЛУЕВ, Взгляды Н.М. Коркунова, Л. И. Петражицкого и П.А. Сорокина на правонарушение (вторая половина XIX - начало XX в.) // Известия высших учебных заведений. Правоведение: научно-теоретический журнал, 6, 335/2017, pp. 120-154; Н.Э. ПЕГОВА, Теоретико-правовая методология в концепции общей теории права Н.М. Коркунова : дис. канд. юрид. наук, Таганрог, 2018; О.Е. ФИНОГЕНТОВА, Принцип историзма и идея относительности права в концепциях П. И. Новгородцева и Н. М. Коркунова // Философия права: научно-теоретический журнал, 1, 84/2018, pp. 52-56; А.А. ЕГОРОВ, Учение о санкциях юридических норм в теоретико-правовых воззрениях Н. М. Коркунова // История государства и права: научно- правовое издание, 2/2018; А.А. КОНТАРЕВ, Проект социально-правового синтеза в российском правоведении конца XIX - начала XX века: к 165-летию со дня рождения Н. М. Коркунова // Философия права: научно-теоретический журнал, 1, 84/2018, pp. 7-11; И.Д. ОСИПОВ, Н.М. Коркунов как историк философии права // Вестник Спб университета. Философия и конфликтология, Т. 36, Вып. 1/2020, pp. 49-58.; Ю.Л. ШУЛЬЖЕНКО, Двухтомный курс русского государственного права Н.М. Коркунова // Труды Института государства и права РАН, Т. 16, 1/2021, pp. 26-44.

² А. POLYAKOV, *The theory of State and law by Nikolay Korkunov*, in В. BROZEK - J. STANEK - J. STELMACH (a cura di), *Russian legal realism*, Cham, 2019, pp. 67 ss.

³ Н.М. КОРКУНОВ, *Лекции по общей теории права*, 1-е изд., СПб., 1886.

francese e in inglese⁴, numerose altre volte; *Diritto internazionale*⁵ (1886); *Saggio comparativo sul diritto pubblico degli Stati stranieri*⁶ (1890); *Diritto pubblico russo*⁷ (1892-1893); *Decreto e legge*⁸ (1894); *Storia della filosofia del diritto*⁹ (1896).

Giurista eclettico, si dedicò allo studio di molte branche del diritto senza mai omologarsi del tutto ai canoni dominanti, allora provenienti soprattutto dall'ideologia e dalla giurisprudenza tedesca. Quest'ultima, e in particolare il pensiero di Ihering (1818-

⁴ N.M. KORKUNOV, *Cours de théorie générale du droit*, Paris, 1903; N.M. KORKUNOV, *General theory of law*, New York, 1909. La sua opera più importante, pur essendo stata precocemente tradotta sia in lingua inglese che in lingua francese, rimane quasi sconosciuta all'estero. Al di fuori della letteratura russa, tra i contributi su Korkunov si può segnalare: W.G. HASTINGS, *Law and Force*, in *Columbia Law Review*, 8/1910, pp. 740-50, e G.L. YANEY, *Bureaucracy and freedom: N.M. Korkunov's theory of the State*, in *American Historical Review*, 2/1966, pp. 468-486. Sempre con riguardo alla letteratura internazionale, Korkunov è menzionato in: W.J. BROWN, *Austin, Korkunov and Mr. Hastings – A Reply*, in *Columbia Law Review*, 4/1911, pp. 348-351; M. LASERSON, *Die Russische Rechtsphilosophie*, in *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 3/1933, pp. 289-358; N.S. TIMASHEFF, *The power phenomenon*, in *American Sociological Review*, 4/1938, pp. 499-509; J.C. ADAMS, *Some remarks on Carnelutti's system of jurisprudence*, in *Ethics*, 1/1939, pp. 84-95; I.P. TRAININ, *Questions of guerrilla warfare in the law of war*, in *American Journal of International Law*, 3/1946, pp. 534-562; M.M. LASERSON, *Democracy as a regulative idea and as an established regime: The democratic tradition in Russia and Germany*, in *Journal of the History of Ideas*, 3/1947, pp. 342-362; P.B. MAGGS, *Soviet corporation law: The new Statute on the Socialist State Production Enterprise*, in *American Journal of Comparative Law*, 3/1965, pp. 478-89; J.F.L. FERNÁNDEZ, *Adiós a Westfalia: hacia la «constitución» de un derecho cosmopolita*, in *Estudios internacionales*, 3/2010, pp. 55-73; W.E. BUTLER, *Post-Soviet Russian doctrinal writings: An overview*, in *American Journal of International Law*, 1/2012, pp. 176-184; V. LEONTOVITSCH - P. LEONTOVITSCH, *The history of liberalism in Russia*, Pittsburgh, 2012; R. WORTMAN, *Russian monarchy: Representation and rule*, Boston, 2013; E. PRAVILOVA, *A public empire: Property and the quest for the common good in imperial Russia*, Princeton, 2014.

⁵ Н.М. КОРКУНОВ, *Международное право: Лекции, читанные в Военно-юридической академии*, СПб., 1886.

⁶ Н.М. КОРКУНОВ, *Сравнительный очерк государственного права иностранных держав. Часть первая, Государство и его элементы*, СПб., 1890.

⁷ Н.М. КОРКУНОВ, *Русское государственное право. Пособие к лекциям*. Т. 1-2, 1-е изд., СПб., 1892-1893.

⁸ Н.М. КОРКУНОВ, *Указ и закон: Исследование*, СПб., 1894.

⁹ Н.М. КОРКУНОВ, *История философии права: Пособие к лекциям*, 1-е изд., СПб., 1896.

1892), esercitò su di lui una forte influenza, ma i suoi lavori rimasero espressione di un metodo innovativo e originale. L'approccio di Korkunov alla conoscenza e allo studio del diritto è stato, prima di tutto in Russia, autorevolmente definito sociologico, avendo egli notevolmente riconosciuto e valorizzato la dimensione sociale e finanche psicologica dei rapporti giuridici¹⁰. Ciò in contrapposizione non soltanto alle dottrine giuspositivistiche all'epoca imperanti, bensì anche a quelle giusnaturalistiche, ancora diffuse negli scritti di alcuni suoi contemporanei.

2. Lo Stato di diritto ottocentesco

Come è noto, nel XIX secolo lo Stato era stato oggetto nel continente europeo, e segnatamente in Germania, di una considerevole speculazione filosofica e giuridica¹¹. Il contributo della scienza tedesca alla riflessione sul tema aveva determinato in patria l'emersione di un vero e proprio modello statualistico, da contrapporre idealmente a quelli scaturenti dalle tradizioni e dalle rivoluzioni inglese, francese e americana. Nel pensiero di Hegel, in particolare, lo Stato aveva assunto un'imprescindibile centralità quale momento dello spirito oggettivo in cui la libertà si attua e si esplica pienamente, costituendo la premessa e la precondizione della famiglia e della società civile¹². All'inizio degli anni '30 dell'Ottocento, il giurista Friedrich Julius von Stahl (1802-1861), poco sensibile agli ideali liberali e convinto sostenitore

¹⁰A. POLYAKOV, *Op. cit.*, p. 68.

¹¹Come è noto, le opere più rappresentative di questa speculazione sono: R. VON MOHL, *Staatsrecht des Kgr. Württemberg*, Tübingen, 1829; C.F. VON GERBER, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1865; P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen, 1876; G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, 1892; O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1895-1896. Per approfondire con la letteratura italiana sull'argomento, tra i tanti lavori eccellenti che hanno trattato questo tema, cfr.: L. MANNORI - B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001; M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2002; M. CARVALE, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Roma-Bari, 2012; M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, 2014.

¹²G.W.F. HEGEL, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*, Heidelberg, 1817; ID., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1820.

della monarchia prussiana, aveva proposto, poi, un concetto di Stato di diritto (*Rechtsstaat*) la cui funzione di organizzazione razionale della società finiva per prevalere su quella di tutela delle libertà fondamentali dell'individuo. Nella seconda metà del secolo la giurisprudenza tedesca continuò ad attribuire allo Stato una crescente importanza, arrivando a riconoscergli, negli anni '60 e con Carl Friedrich Gerber (1823-1891), una volontà e una personalità giuridica superiore a quella individuale. Le opere di Paul Laband (1838-1918) e George Jellinek (1851-1911) rafforzarono ulteriormente l'elemento autoritario insito nel potere statale.

Una tale concezione dello Stato, così autorevolmente posta, fece breccia tra i giureconsulti russi, e non soltanto per ragioni di prossimità geografica: essi, infatti, erano chiamati spesso a legittimare con le loro opere un regime autocratico. Sulle orme del pensiero tedesco, la giurisprudenza russa dedicò in questo periodo una speciale attenzione allo Stato; attenzione la quale, in misura diversa, fu comune all'intera scienza giuridica europea dell'epoca, e che contribuì alla definizione del diritto pubblico moderno.

Nell'affrontare il concetto di Stato, Korkunov mosse dalle premesse poste dalla tradizione europea e soprattutto da quella germanica. Gli esponenti di quest'ultima, portando in primo piano l'autorità statale, avevano in qualche modo determinato ideologicamente una frattura nel complesso rapporto tra Stato e società, che il giurista russo si ripropose di colmare adottando un metodo di studio diverso da quello dominante perché fondato su una matrice sociologica. L'adozione di questo metodo gli consentì di riempire di significato e funzione le strutture dogmatiche elaborate in Germania dalla dottrina statalista.

3. Il concetto di Stato in N.M. Korkunov

Tra le opere del Korkunov, quella che si occupa più delle altre dello Stato è il *Diritto pubblico russo*, manuale destinato agli studenti della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di San Pietroburgo che venne pubblicato tra il 1892 e il 1893. Si tratta di un testo che riscosse molto successo all'epoca, tanto da aver conosciuto ben otto edizioni, l'ultima delle quali, postuma,

risalente al 1914. Nella *Grande enciclopedia sovietica*, la cui prima pubblicazione risale al 1926, il giurista di San Pietroburgo fu accusato di aver sottovalutato l'importanza decisiva delle condizioni materiali della vita sociale e di aver criticato il marxismo; le sue opere, pertanto, furono rimosse per un lungo periodo dalla memoria collettiva della Russia¹³. In realtà, Korkunov era consapevole della rilevanza dei fattori economici all'interno della società, ma non attribuiva ad essi un peso determinante.

Il primo paragrafo del *Diritto pubblico russo* si apriva con i problemi definitori, e in particolare con quelli relativi allo Stato¹⁴. Passando in rassegna alcune conclusioni formulate dalla giurisprudenza tedesca, Korkunov osservava che, sebbene la familiarità di ogni cittadino con lo Stato potesse ipoteticamente impedire la formazione di controversie o disaccordi di carattere definitorio, la letteratura politica del tempo offriva, al contrario, nozioni divergenti e non universalmente accettate. Egli riteneva, in realtà, che questo paradosso derivasse dalle eccessive aspettative riposte nella questione dagli studiosi della politica, erroneamente convinti che dalla sua preliminare risoluzione potesse costruirsi deduttivamente l'intera dottrina dello Stato. A suo parere, invece, era opportuno abbandonare l'idea di una definizione funzionale alla costruzione di una dottrina politica. Limitandosi ad indicare le caratteristiche distintive generali dello Stato al solo fine di comprenderlo meglio, tra queste si sarebbe facilmente riconosciuto il monopolio dell'uso della forza quale sua proprietà essenziale.

Come si è già ricordato, nella letteratura coeva, soprattutto in quella di area germanica, dominavano le rappresentazioni volontaristiche, ossia di un potere statale inteso come volontà. Al riguardo, dimostrando peraltro un'approfondita conoscenza della storia della filosofia del diritto, Korkunov metteva anzitutto in evidenza come, al contrario, negli insegnamenti politici dell'antichità, ad esempio in quelli di Platone, di Aristotele e di Cicerone, non fosse riscontrabile alcuno spazio per teorie volontari-

¹³ Кorkунoв Н. М. // Большая советская энциклопедия, 3-е изд., Т. 13., Москва, 1973, p. 179.

¹⁴ Per lo studio delle teorie di Korkunov sullo Stato si è adottata la sesta edizione del testo nella sua ristampa anastatica: Н.М. КОРКУНОВ, *Русское государственное право*, Т. 1, 6-е изд., СПб., 1909, pp. 1-24.

stiche, poiché gli antichi non avevano attribuito un significato indipendente o un primato alla volontà, bensì alla ragione. La teoria volitiva del potere si sarebbe formata soltanto con le opere cristiane, con Sant'Agostino e con San Tommaso, sviluppandosi ulteriormente in forma laica grazie al pensiero moderno e raggiungendo il suo apogeo con le tesi contrattualistiche. Inoltre, il giurista di San Pietroburgo notava che nelle teorie di Hegel e in quelle della Scuola storica era presente un rifiuto dell'istituzione arbitraria dello Stato; tuttavia, perfino queste non avevano davvero affrontato la comprensione del potere statale come volontà generale.

Korkunov rilevava, poi, che le dottrine volontaristiche dominanti nella scienza giuridica non informavano gli altri rami del sapere. Una conoscenza del diritto fondata su un metodo sociologico o scientifico, d'altronde, avrebbe escluso categoricamente ipotesi di carattere volitivo nella spiegazione della realtà statale. Sottolineava, ancora, come quella concezione non fosse riuscita neppure nell'intento di identificare il vero titolare di tale volontà.

Per il pensiero allora maggioritario, all'attribuzione di una volontà allo Stato, così come concepita da Gerber e da Laband, si sarebbe affiancato il riconoscimento in capo allo stesso di una personalità giuridica di diritto pubblico. Korkunov, invece, escludeva perentoriamente sia l'esistenza di una personalità giuridica dello Stato che quella di un'unica volontà statale, considerandole piuttosto come mere finzioni giuridiche, non trattandosi affatto di fenomeni reali propri della vita sociale. Procedendo nella questione con questo tipo di approccio, il solo fenomeno della realtà che non poteva costituire in alcun modo una finzione o un espediente di carattere giuridico sarebbe stato semmai il *dominio statale*, in quanto unico elemento dello Stato concretamente percepibile dall'uomo. Pertanto, esclusivamente lo studio di tale dominio avrebbe potuto fornire una spiegazione scientifica del potere statale, la cui coercizione fisica, peraltro, era ben avvertita quotidianamente da ogni cittadino.

Come si è appena visto, in questi termini Korkunov spostava il problema definitorio dal piano contenutistico a quello metodologico, adottando quell'approccio realista, storico e sociologico che caratterizza tutte le sue opere. Il costituzionalista russo, tuttavia, consapevole delle numerose critiche a cui si esponeva non

adottando un punto di vista strettamente giuridico-dogmatico, riportava ben presto la questione sul terreno metodologico proprio della giurisprudenza tedesca, entrando nel merito del concetto di volontà statale. Di questa il giurista russo contestava prima di tutto l'unicità, sulla base della semplice osservazione empirica dei fenomeni legati allo Stato. Sosteneva che per configurare un'unica volontà in capo allo Stato tutte le sue organizzazioni e i suoi apparati avrebbero dovuto esprimerla allo stesso modo e con i medesimi contenuti; al contrario, chiunque poteva facilmente osservare come ciò non avvenisse nella realtà.

Le tecniche di divisione del potere adottate negli Stati costituzionali, definendo poteri e volontà in grado di contrastarsi e di limitarsi a vicenda, ben dimostravano, inoltre, l'impossibilità di concepire un'unica volontà statale. Perfino all'interno di uno stesso potere, come quello legislativo, la presenza di due camere distinte, ad esempio una camera bassa e una alta, impediva logicamente il formarsi di una volontà che potesse qualificarsi autenticamente come unica. Per di più, in alcuni ordinamenti alla formazione della legge partecipava anche la volontà del monarca, con l'istituto della sanzione regia.

Ciò che, però, ostava con forza maggiore alla concezione di un'unica volontà statale, secondo il giurista russo, era la presenza in ogni ordinamento di organi di autogoverno locale dotati di un certo grado di autonomia e di indipendenza politica. Ognuno di questi, infatti, esprimendo una personalità e una volontà distinte e non riconducibili a quelle del potere centrale, dimostrava chiaramente l'impossibilità di concepire come unica la volontà dello Stato.

4. Conclusioni

Per Nikolai Korkunov, in conclusione, soltanto la risoluzione preliminare del problema del metodo adottato nell'indagine giuridica avrebbe consentito di comprendere e di definire lo Stato. Tale impostazione ha rappresentato un *leitmotiv* per il costituzionalista russo, e le questioni metodologiche sono state affrontate diffusamente anche in altre opere, un po' come se egli non fosse mai riuscito a chiuderle del tutto. In effetti, questo tema

ha caratterizzato tutto il pensiero di Korkunov, costituendo, forse, l'unica vera costante della sua ricerca.

Adottando un approccio senz'altro innovativo per l'epoca in cui scriveva, egli proponeva una comprensione del diritto fondata sull'osservazione empirica della realtà¹⁵, ispirandosi probabilmente, come i suoi colleghi delle altre discipline, ai grandi successi che la scienza aveva riscosso nel secolo decimonono, e alla filosofia positivista che da questi era scaturita. In particolare, fu influenzato dalle osservazioni di Auguste Comte, che nel 1830 aveva pubblicato il primo volume del *Corso di filosofia positiva*¹⁶; queste ultime avevano agitato in Russia non soltanto la riflessione scientifica generale di quel periodo, ma anche quella strettamente giuridica.

Il suo metodo consentirebbe forse di collocare Korkunov tra i padri della sociologia del diritto. Per un sociologo, e *a fortiori* per un sociologo del diritto, come per il giurista, lo Stato non può non assumere un ruolo peculiare, in funzione della dialettica che necessariamente instaura con la società sulla quale esercita il suo potere: senza comprendere lo Stato non è possibile comprendere la società e il suo diritto. La grande attenzione riservata dal giurista russo allo Stato, pertanto, non ha rappresentato tanto un'adesione all'ideologia statalista allora imperante, quanto un tentativo di comprendere quest'ultima con gli strumenti offerti dalle scienze sociali.

¹⁵ Per approfondire queste tematiche si vedano il terzo volume della monumentale opera in tre tomi di G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto. Ottocento e Novecento*, Roma-Bari, 2020, e C. FARALLI, *Le grandi correnti della filosofia del diritto. Dai greci ad Hart*, Torino, 2022.

¹⁶A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, t. 1, Paris, 1830.

LE RESIDENZE PER L'ESECUZIONE DELLE MISURE DI SICUREZZA, TRA STATO SOCIALE E "STATO DI ABBANDONO"

MATTEO MINERVINI*

SOMMARIO: 1. La situazione di base all'indomani della legge n. 81/2014. – 2. Le indicazioni dettate dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 22/2022. – 3. La prospettiva dell'apertura al mercato.

Abstract: With ruling no. 22/2022 the Constitutional Court highlighted the urgent need for a comprehensive reform of the custodial measures for preventive purposes, pointing out the need for adequate legislative grounds for the system to be enforced; adequate involvement of the Minister of Justice in coordinating and monitoring the functioning of REMS; as well as the implementation and proper functioning, throughout the national territory, of a sufficient number of REMS in order to adequately fulfil the need for alternative interventions in the field of human care and protection of the community. According to the report filed by the Minister of Justice, the Minister of Health and the President of the Conference of Regions and Provinces, the main difficulties arising from the running of mental health centers outside the REMS could be ascribed, first of all, to the lack of means (personnel, facilities and funding) allocated to mental health services, which only receive 2,9% of total resources allocated for the NHS. This situation, therefore, gives us the opportunity to reflect on the negative and positive consequences of private initiative in the market alongside public intervention.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. La situazione di base all'indomani della legge n. 81/2014

L'ordinamento penale italiano si connota per il sistema del c.d. doppio binario, quale sintesi del confronto tra le contrapposte prospettive della scuola classica e di quella positiva.

Su un primo versante opera la pena, che funge da sanzione afflittiva per il reo in virtù del reato che questi ha commesso, imprescindibilmente legata alla colpevolezza e commisurata all'offensività del fatto tipico integrato.

Su un secondo piano, invece, c'è la misura di sicurezza, funzionale ad eliminare la pericolosità sociale del reo e, pertanto, scissa da valutazioni relative alla colpevolezza e alla proporzionalità del reato commesso¹.

Le due fattispecie, tuttavia, non sono obbligatoriamente inconciliabili: possono ricongiungersi, se destinate a soggetti imputabili ma reputati socialmente pericolosi.

Antecedentemente alla legge 30 maggio 2014, n. 81, i soggetti considerati socialmente pericolosi potevano essere reclusi in un ospedale psichiatrico giudiziario (OPG) per una durata “*relativamente indeterminata*”².

Successivamente alla novella, viceversa, l'esecuzione della misura di sicurezza deve realizzarsi nelle cc.dd. residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS), da individuarsi a seconda della Regione di residenza della persona cui viene applicata. L'innovazione non è meramente lessicale, in quanto, a differenza dei superati OPG, le REMS si strutturano come enti gestiti dal servizio sanitario territoriale, cui si aggiunge un controllo solo esterno della polizia giudiziaria.

In secondo luogo, il giudice, in ossequio all'art. 3-ter del d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, non solo vede precluso il ricorso alle condizioni sociali e familiari di abbandono al fine di motivare sulla necessità dell'internamento, ma è inoltre tenuto a tentare l'applicazione di misure alternative, nell'ottica di conseguire un

¹ Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Bologna, 2019, pp. 869-870.

² Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Op. cit.*, p. 883.

programma riabilitativo individuale. Ne segue un sensibile mutamento di prospettiva: la pericolosità sociale non legittima più ogni soluzione repressiva.

Ad oggi, tuttavia, il sistema del doppio binario non è stato messo in discussione in modo radicale. Resta fermo il criterio secondo cui il non imputabile non può essere soggetto ad un giudizio chiamato ad accertare, tra gli altri elementi, la rimproverabilità del fatto, cui segua una sanzione proporzionata al fatto commesso. Si ritiene, viceversa, che il non imputabile sia da internare, *recte* curare; pertanto, la durata della misura che ambisce – ora – ad essere terapeutica non si parametrizza sul reato commesso³.

Inoltre, ed è uno degli aspetti più controversi⁴, permane il connotato predittivo, che non solo è di ardua verificabilità, ma rischia anche di essere arbitrario, e pertanto mette in sofferenza i principi di precisione, determinatezza e tassatività.

La portata della l. n. 81/2014, ad ogni modo, non deve essere ridimensionata. In particolare, deve evidenziarsi, oltre alla chiusura degli OPG, anche il superamento del criterio di cessazione della pericolosità sociale come unica via di uscita dalla misura di sicurezza: l'internamento, a prescindere dai controlli ciclici, non può comunque superare il massimo edittale previsto per il reato commesso⁵.

Sebbene la novella sia stata apprezzabile, il legislatore, tuttavia, ha perso l'opportunità di ricondurre a sistema una materia da sempre controversa⁶, nella misura in cui si è ostinato a non contemplare i principi di proporzionalità e di offensività.

Ancora, l'attuale sistema delle misure di sicurezza personali sembra quasi contraddire lo stesso concetto di pericolosità sociale. Questo perché la pregressa durata indeterminata della misura di sicurezza, nella prospettiva del Codice Rocco, si poneva

³ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, XI ed., Padova, 2020, p. 645.

⁴ Cfr. A. CALABRIA, *Pericolosità sociale*, in *D. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 2002, p. 464.

⁵ Cfr. art. 1, comma 1-*quater*, d.l. 31 marzo 2014, n. 52, convertito, con modificazioni, in l. 30 maggio 2014, n. 81.

⁶ F. BRICOLA, *Commento all'art. 25, commi 2° e 3°*, in L.P. COMOGLIO - M. SCAPARONE - M. NOBILI - F. BRICOLA - N. MAZZACURVA, *Rapporti civili. Art. 24-26*, parte di G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1991, pp. 227 ss.

come riverbero della funzione che le era sottesa: la garanzia della difesa sociale.

Viceversa, “*stabilire preventivamente, per legge, che oltre un certo limite di tempo non debba protrarsi la esecuzione della misura di sicurezza, in quanto la persona a essa sottoposta sia da considerare non più pericolosa, varrebbe quanto rinnegare il valore e gli scopi di un provvedimento stabilito a garanzia degli interessi sociali*”⁷.

L’individuazione di una durata massima della misura segregativa è sicuramente il sintomo di una più apprezzabile civiltà giuridica; tuttavia, questa non garantisce altresì una piena armonia col principio di proporzionalità.

La riforma in esame, perdipiù, fa registrare un’ulteriore aporia, in quanto non estende la nuova prospettiva – relativa ai limiti temporali – accolta per l’internamento nelle REMS anche alla libertà vigilata, che, *ex artt.* 228 ss. c.p., vede immutata la propria potenziale applicazione a tempo indeterminato.

Il profilo ora richiamato non solo rappresenta un grave *vulnus* sul piano della coerenza sistematica, ma inoltre è foriero di rilevanti ricadute pragmatiche: la libertà vigilata, alla luce delle lunghe liste d’attesa per accedere alle REMS, rappresenta, di fatto, un utile strumento cui ricorrere per arginare una deriva patologica. Si corre il rischio, pertanto, di una frustrante elusione della riforma, con il reo non imputabile che torna sotto la scure di una misura restrittiva a tempo indeterminato⁸.

La stortura normativa, inoltre, è aggravata dall’art. 231, co. 2, c.p., che, di fatto, attribuisce alla libertà vigilata una marcata impronta coercitiva, tanto da farla apparire sostanzialmente detentiva.

⁷ E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva*, Milano, 1978, p. 115.

⁸ Cfr. C. cost., 27 gennaio 2022, n. 22, dove si legge che “*alla data del 31 luglio 2021 risultavano collocate in una struttura penitenziaria in attesa di internamento in una REMS 61 persone, per nessuna delle quali il DAP ha avuto notizia di collocamento presso i servizi psichiatrici ospedalieri ex art. 286 del codice di procedura penale. Dall’analisi condotta dal 20 giugno al 25 settembre 2021, risulta poi al DAP l’emissione di 15 provvedimenti con cui è stata concessa la libertà vigilata in favore di soggetti presenti in lista di attesa per il ricovero in REMS*”.

2. Le indicazioni dettate dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 22/2022

Le problematiche citate sono state evidenziate da una recente ordinanza, dell'11 maggio 2020⁹, con cui il giudice remittente ha paventato l'illegittimità costituzionale degli artt. 206 e 222 c.p. e dell'art. 3-ter d.l. n. 211/2011, “*nella parte in cui, attribuendo l'esecuzione del ricovero provvisorio presso una Residenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS) alle Regioni ed agli organi amministrativi da esse coordinati e vigilati, escludono la competenza del Ministro della Giustizia in relazione all'esecuzione della detta misura di sicurezza detentiva provvisoria nonché nella parte in cui consentono l'adozione con atti amministrativi di disposizioni generali in materia di misure di sicurezza in violazione della riserva di legge in materia, rispetto a quanto previsto dagli artt. 2, 3, 25, 32 e 110 Cost.*”¹⁰.

L'ordinanza *de qua* non solo ha dato nuova linfa al confronto sul punto¹¹, ma ha anche disvelato i diffusi dubbi sull'effettivo funzionamento delle misure di sicurezza custodiali. Tuttavia, tali perplessità, come era già stato notato in dottrina¹², e da ultimo ribadito dalla Consulta¹³, difficilmente potevano essere risolte ricorrendo alla declaratoria d'illegittimità costituzionale.

La complessità delle vicende rimesse all'attenzione della Corte, del resto, è confermata dalla decisione interlocutoria di quest'ultima.

Il Giudice delle leggi, infatti, al fine di pronunciarsi, ha reputato prodromico acquisire un articolato quadro informativo dai Ministeri della Giustizia e della Salute, dal Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, e dal Presidente dell'Ufficio parlamentare di bilancio.

⁹ Cfr. A. CALCATERRA, *Misura di sicurezza con ricovero in R.E.M.S.: il ritorno al passato no!*, in www.dirittopenaleuomo.org, 12 giugno 2020.

¹⁰ Trib. Tivoli, ord. 11 maggio 2020.

¹¹ Cfr. M. PATARNELLO, *Le Rems: uscire dall'inferno solo con le buone intenzioni*, in www.questionegiustizia.it, 2 giugno 2020; P. PELLEGRINI, *Il superamento degli OPG e le REMS. Oltre le buone intenzioni*, in www.sossanità.org, 7 giugno 2020; G. NICOLÒ, *Rems, oltre le buone intenzioni, no al ritorno al passato e problema di legittimità costituzionale. Quindi quale futuro?*, in www.questionegiustizia.it, 4 febbraio 2021.

¹² Cfr. M. PATARNELLO, *Op. cit.*

¹³ Cfr. C. cost., n. 22/2022.

La fattispecie affrontata è talmente variegata che in dottrina si è notato come “*la Consulta abbia ritenuto di inscrivere la questione di legittimità costituzionale posta alla sua attenzione entro un quadro giuridico, fattuale e politico ben più ampio, indicando alle amministrazioni coinvolte – ed in ultima istanza al decisore politico – gli ambiti in cui gli interventi organizzativi e finanziari risultano ormai non più rinviabili, al fine di restituire efficacia ed efficienza al sistema di esecuzione delle misure di sicurezza, detentive e non*”¹⁴.

La Corte, nonostante la declaratoria d’inammissibilità, sembra raccogliere le criticità illustrate dall’ordinanza¹⁵.

In particolare, emerge la consapevolezza di un riparto di competenze che si distacca dalle indicazioni della Carta fondamentale, ma anche che quest’ultimo profilo organizzativo, da un lato, non sia di per sé dirimente, e dall’altro, non possa fungere da alibi per prorogare l’individuazione di una strada concreta da seguire.

Con la pronuncia *de qua*, dunque, il Giudice delle leggi pone alcuni punti fermi che dovranno essere seguiti.

Innanzitutto, si afferma che l’impostazione e la gestione sanitaria delle REMS non obliterano la natura di misura di sicurezza del relativo provvedimento di assegnazione. E la fattispecie, sebbene la *ratio* sia diversa rispetto ai pregressi OPG, è applicabile in presenza dei medesimi presupposti, salvo il nuovo art. 3-ter, comma 4, del d.l. n. 211/2011.

Ribadita la natura di misura *limitativa della libertà personale*, la Corte evidenzia il distinguo con ogni altro trattamento attinente alla salute mentale, e nello specifico col trattamento sanitario obbligatorio *ex* artt. 33-35 della l. 23 dicembre 1978, n. 833, in virtù dei presupposti penalistici – sostanziali e processuali – nonché della natura giurisdizionale del provvedimento.

La Consulta pone in evidenza la *ratio* ancipite dell’istituto, che non si limita ad esigenze terapeutiche, ma trova “*la propria*

¹⁴ F. GUALTIERI, *L’applicazione delle misure di sicurezza detentive e il “malfunzionamento strutturale” del sistema delle REMS, secondo C. Cost., sentenza n. 22 del 2022: un punto di svolta nel percorso di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in www.giustiziansieme.it, 7 febbraio 2022.

¹⁵ Cfr. P. CIRILLO, *REMS: urge una complessiva riforma di sistema*, in www.ilpenalista.it, 28 febbraio 2022.

*peculiare ragion d'essere – a fronte della generalità dei trattamenti sanitari per le malattie mentali – in una specifica funzione di contenimento della pericolosità sociale di chi abbia già commesso un reato, o sia gravemente indiziato di averlo commesso, in una condizione di vizio totale o parziale di mente*¹⁶.

Inoltre, continua la Corte, la duplice *ratio* della misura *de qua* non crea frizioni di coerenza sistematica poiché *“le misure di sicurezza nei riguardi degli infermi di mente incapaci totali si muovono inevitabilmente fra queste due polarità, e in tanto si giustificano, in un ordinamento ispirato al principio personalista (art. 2 della Costituzione), in quanto rispondano contemporaneamente a entrambe queste finalità, collegate e non scindibili (cfr. sentenza n. 139 del 1982), di cura e tutela dell'infermo e di contenimento della sua pericolosità sociale. Un sistema che rispondesse ad una sola di queste finalità (e così a quella di controllo dell'infermo «pericoloso»), e non all'altra, non potrebbe ritenersi costituzionalmente ammissibile (sentenza n. 253 del 2003)”*¹⁷.

Passando ad un esame del fondamento normativo, il Giudice delle leggi, da un lato, richiama gli addentellati costituzionali di riferimento, quali gli artt. 13, 25, comma 3, 32 e 110 Cost., e dall'altro stigmatizza l'esigua disciplina di rango primario. La Corte critica non solo lo scarno art. 3-ter del d.l. n. 211/2011 – in virtù di un'esegesi rinforzata dell'art. 25, comma 3, Cost., secondo cui la riserva di legge deve fare riferimento non solo ai *casi* di applicazione, ma anche ai *modi* di applicazione delle misure di sicurezza – ma anche la scelta (correlata) di demandare gli aspetti applicativi alle fonti secondarie.

La Consulta, inoltre, completa il ragionamento specificando che la norma primaria deve prevedere il *se* e *in che limiti* sia ammissibile il ricorso alla contenzione nelle REMS, nonché le modalità esecutive. E ancora, la legge dovrà prevedere *“in modo chiaro e uniforme (...) il ruolo e i poteri dell'autorità giudiziaria, e in particolare della magistratura di sorveglianza, rispetto al*

¹⁶ C. cost., n. 22/2022.

¹⁷ *Id.* pt. 5.2 del *Considerato in diritto*.

*trattamento degli internati nelle REMS e ai loro strumenti di tutela giurisdizionale nei confronti delle decisioni delle relative amministrazioni*¹⁸.

Dopo aver trattato il profilo giuridico in senso stretto, la Corte passa ad un'analisi di più ampio respiro, che si conclude con un giudizio estremamente negativo, riscontrandosi un *“grave malfunzionamento strutturale del sistema di applicazione dell’assegnazione in REMS”*¹⁹.

In tal senso, la Corte pone in risalto come vi sia un numero esorbitante di persone in lista d’attesa per entrare in una REMS, e l’intollerabile durata delle liste stesse – circa dieci mesi – che rischia di vanificare il senso della misura di sicurezza. Ciò in quanto, *“per loro natura, simili provvedimenti dovrebbero essere immediatamente eseguiti, così come destinate a essere immediatamente eseguite sono le misure cautelari previste dal codice di procedura penale che si fondano sulla necessità di prevenire rischi quale – in particolare – il pericolo di commissione di gravi reati da parte dell’imputato”*²⁰.

Del resto, argomenta la Consulta, *“da un lato, un diffuso e significativo ritardo nell’esecuzione dei provvedimenti in esame comporta un difetto di tutela effettiva dei diritti fondamentali delle potenziali vittime di aggressioni, che il soggetto affetto da patologie psichiche, e già autore spesso di gravi o gravissimi fatti di reato, potrebbe nuovamente realizzare, e che l’ordinamento ha il dovere di prevenire. Dall’altro, la mancata tempestiva esecuzione di questi provvedimenti lede, al contempo, il diritto alla salute del malato, al quale nell’attesa non vengono praticati i trattamenti – rientranti a pieno titolo tra i LEA (...) – che dovrebbero essergli invece assicurati, per aiutarlo a superare la propria patologia e a reinserirsi gradualmente nella società”*²¹.

La Corte, consapevole che la soluzione non possa essere rappresentata da un sovraccarico delle strutture già funzionanti, impone che venga adottata ogni strategia utile, eventualmente anche facendo ricorso ai poteri *ex art. 120, comma 2, Cost.*, qualora una Regione si dimostrasse inadempiente.

¹⁸ *Id.* pt. 5.2.3 del *Considerato in diritto*.

¹⁹ *Id.* pt. 5.4 del *Considerato in diritto*.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

La Consulta, inoltre, passa in rassegna la compatibilità della disciplina con l'art. 110 Cost., e ravvisa, nella fattispecie, come l'organizzazione delle REMS avvenga senza coinvolgere il Ministro della Giustizia.

La Corte conclude, tuttavia, dichiarando inammissibile la questione, poiché una decisione diversa avrebbe comportato effetti contraddittori rispetto alle esigenze di tutela sottese alla disciplina. Ciò non toglie che la Consulta sottolinei la *“urgente necessità di una complessiva riforma di sistema, che assicuri, assieme: un'adeguata base legislativa alla nuova misura di sicurezza, secondo i principi poc'anzi enunciati; la realizzazione e il buon funzionamento, sull'intero territorio nazionale, di un numero di REMS sufficiente a far fronte ai reali fabbisogni, nel quadro di un complessivo e altrettanto urgente potenziamento delle strutture sul territorio in grado di garantire interventi alternativi adeguati rispetto alle necessità di cura e a quelle, altrettanto imprescindibili, di tutela della collettività (...); forme di adeguato coinvolgimento del Ministro della giustizia nell'attività di coordinamento e monitoraggio del funzionamento delle REMS esistenti e degli altri strumenti di tutela della salute mentale attivabili nel quadro della diversa misura di sicurezza della libertà vigilata, nonché nella programmazione del relativo fabbisogno finanziario, anche in vista dell'eventuale potenziamento quantitativo delle strutture o degli strumenti alternativi”*²².

3. La prospettiva dell'apertura al mercato

I problemi strutturali relativi all'organizzazione delle REMS hanno risvegliato il dibattito sull'opportunità o meno di un intervento dei privati nella gestione degli istituti di sicurezza. Ci si domanda se, come in altri settori, il ritiro dell'operatore pubblico in favore di quello privato possa garantire una maggiore efficienza.

La proposta in esame non è stata formulata di recente, anzi: i suoi sostenitori evidenziano come altri Paesi – considerati “civili” – abbiano intrapreso questo percorso da molti anni.

²² *Id.* pt. 6 del *Considerato in diritto*.

L'esperienza più significativa è quella anglosassone, che, tuttavia, relativamente agli Stati Uniti, merita un preciso inquadramento storico.

Negli *States* il retaggio schiavista ha pesato sensibilmente sull'industria carceraria. L'abolizione della schiavitù, raggiunta nel 1865 con l'approvazione del XIII Emendamento, lasciava comunque aperta la possibilità dei lavori forzati, sfruttati, questi ultimi, dai proprietari terrieri per ottenere manodopera a costi nettamente inferiori a quelli del mercato.

È pensiero diffuso tra gli storici che per molti anni l'emancipazione del popolo nero sia stata solo nominale: *“uomini e donne erano arrestati e imprigionati col minimo pretesto per poi essere dati in affitto dalle autorità come lavoratori forzati”*²³.

Alla problematica razzista, inoltre, deve essere aggiunta quella di stampo economico, che, al contrario, si è registrata anche altrove: la nascita di un *business* attorno al carcere. *“Se si crea un nuovo settore di mercato”*, si è detto, *“gli operatori economici tenderanno ad occuparlo e ad incrementare la domanda del servizio verso cui hanno indirizzato la propria struttura produttiva: così come i proprietari di una catena di hotel o di ristoranti hanno interesse ad incrementare i flussi turistici, i soggetti economici che gestiscono istituti penitenziari avranno interesse che il tasso di carcerazione di un Paese faccia registrare un trend positivo”*²⁴.

In tal senso, si pensi a quanto accaduto, di nuovo, negli Stati Uniti. Nel 1971, l'allora Presidente Nixon diede l'abbrivo ad una campagna di demonizzazione e di iper-criminalizzazione di tutte le condotte connesse agli stupefacenti. Il regime più severo che ne seguì, e la scelta di convogliare in quel settore le risorse investigative, portarono ad un notevole incremento della popolazione carceraria: *“questo fu l'ossigeno di cui il sistema dei penitenziari privati aveva bisogno”*²⁵.

²³ Cfr. A. DAVIS, *Donne, razza e classe*, Roma, 2018, p. 125.

²⁴ C. SARZOTTI, *La privatizzazione della gestione dei servizi no core delle strutture penitenziarie: il caso dell'erigendo carcere di Bolzano*, in www.que-stioneigiustizia.it, 31 maggio 2019.

²⁵ F. AMATO, *La privatizzazione delle carceri è un flop: viaggio nell'esperienza anglosassone*, in www.extremaratioassociazione.it, 20 febbraio 2019.

All'inizio degli anni '80, l'amministrazione Reagan, per affrontare il problema del sovraffollamento carcerario, non solo appaltò, per la prima volta a livello federale, la costruzione di un carcere a Houston, ma lo diede anche in gestione alla *Corrections Corporation of America* (CCA).

La diffusione della tendenza ad appaltare ai privati il servizio carcerario, sia negli U.S.A. sia in altri Paesi, ha stimolato lo sviluppo di aziende che sono diventate autentici colossi, tanto da essere quotate anche in borsa, come per i gruppi *CoreCivic* e *GEO*. Quest'ultimo passaggio ha portato con sé un ulteriore pericolo di speculazioni: quando, nel 2016, la chiusura dei penitenziari privati è stato oggetto di confronto tra i candidati Clinton e Trump, la quotazione azionaria delle aziende sopracitate ne ha sensibilmente risentito, a riprova della stretta connessione tra gli investimenti di grossi capitali e le scelte politiche imposte alla collettività, senza che venga presa troppo in considerazione l'effettiva efficacia del servizio.

In tal senso, si noti come il rapporto pubblicato dal Dipartimento di Giustizia nel 2016²⁶ su quattordici carceri privati non sia stato dirimente, come invece avrebbe dovuto. Dalla documentazione emersero dei dati impietosi: negli istituti privati non solo si riscontrava una frequenza di incidenti molto più elevata, ma inoltre *“i detenuti (...) avevano una probabilità 9 volte maggiore di essere sottoposti al regime di isolamento, a volte per semplici ragioni di sovraffollamento, e (...) le proteste per le cure mediche negligenti o assenti erano più frequenti rispetto alle prigioni pubbliche”*²⁷.

Traslando l'esperienza sulle REMS, viene da chiedersi se la difficoltà di *incrementare* il settore di mercato – nella logica del privato imprenditore – rappresenti un argine alle derive mercantilizistiche riscontratesi negli *States*. Tuttavia, solo ad uno sguardo superficiale questa peculiarità può essere vista come una garanzia, perché, mentre l'imprenditore si orienta alla luce del rapporto tra domanda e offerta, costi e ricavi, viceversa le REMS non solo mirano alla tutela sociale, ma anche alla cura del singolo, il quale, non a caso, si trova in una sede strutturata principalmente come

²⁶ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE - OFFICE OF THE INSPECTOR GENERAL, *Review of the Federal Bureau of Prisons' monitoring of contract prisons*, agosto 2016, disponibile su: oig.justice.gov/reports/2016/e1606.pdf.

²⁷ F. AMATO, *Op. cit.*

ente sanitario. Ne segue che permane il rischio, difficilmente controllabile, di una tendenza ad abbassare i costi per incrementare i profitti, sacrificando la funzione stessa dell'istituto.

In virtù delle criticità emerse, e dell'ontologica inconciliabilità delle logiche di mercato sia con l'*extrema ratio* della sanzione detentiva, sia con la funzione teleologicamente orientata della pena, si è registrata una più cauta corrente di pensiero, applicabile anche alle REMS, che auspica una esternalizzazione dei soli servizi non nucleari.

La prospettiva richiamata trae spunto da una riflessione sull'incapacità del lavoro intramurario di fungere realmente da percorso socialmente riqualificante. Del resto, nei penitenziari, come è stato opportunamente osservato, "*qualunque sia l'incentivo al lavoro, esso non avrà il significato strutturale che ha nel mondo esterno. Ci saranno motivazioni diverse e diversi modi di considerarlo*"²⁸.

Nello specifico, l'indirizzo *de quo* focalizza l'attenzione sulle attività essenziali per il funzionamento delle carceri, che sono coordinate dall'amministrazione penitenziaria ed eseguite dai detenuti. Si fa riferimento alle attività che, tuttavia, la stessa amministrazione non considera come lavoro in senso stretto: "*è chiaro che di tali attività – che da alcuni studiosi sono definite "domestiche" –, pur essendo molto utili nella quotidianità di una struttura detentiva, difficilmente potrà dirsi che riflettano l'organizzazione e i metodi di lavoro utilizzati nella società libera, come invece prevede l'art. 20, comma 5 ord. penit.*"²⁹.

Perimetrando così l'ambito del discorso, questa ricostruzione risolve a monte il pericolo del contrasto tra le logiche di mercato e le esigenze pubblicistiche, estromettendo dal ragionamento le funzioni essenziali per realizzare il fine della pena o della misura di sicurezza.

L'indirizzo in esame ha trovato una declinazione applicativa nel *project financing* presentato per il carcere di Bolzano. In tale occasione si è preferito un più ampio coinvolgimento del privato

²⁸ E. GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, 1968, p. 39.

²⁹ S. ARDITA - L. DEGL'INNOCENTI - F. FALDI, *Diritto penitenziario*, IV ed., Roma, 2020, p. 71.

al fine di conseguire una più agevole attività gestionale, un risparmio delle risorse pubbliche nonché un servizio più efficiente, garantito dalla possibilità di risolvere il contratto.

L'aspetto più suggestivo di questa tesi attiene al potenziale rapporto *rivoluzionario* “rispetto agli equilibri di potere esistenti: creare un canale di valutazione del lavoratore-recluso almeno parzialmente autonomo rispetto a quello tradizionale dell'istituzione totale, nell'ambito del quale prevalga il primo dei due termini del binomio”³⁰. Così da costituire tra il recluso e il concessionario un rapporto più vicino a quello che si sviluppa nei rapporti civili.

Si arriverebbe, così, ad intervenire sulla gestione di potere dell'istituzione *totale* nei confronti dei detenuti. Infatti, è noto come il lavoro nelle carceri, in buona misura, sia assegnato dalle amministrazioni penitenziarie con criteri discrezionali e non pubblicizzati. Pertanto, risulta evidente che la gestione del lavoro rischia di diventare un ulteriore strumento di coercizione, piuttosto che una forma di riabilitazione *ex art. 27 Cost.*

La prospettiva *de qua* è sicuramente suggestiva, ma la dottrina si è espressa in termini dubitativi sulla sua effettiva realizzabilità, poiché questo mutamento avrebbe dovuto già animare il transito dal servizio sanitario penitenziario al Servizio sanitario nazionale relativamente al rapporto degente-detenuto³¹.

Ad ogni modo, anche gli autori che hanno sostenuto questo orientamento hanno ritenuto opportuno puntualizzare delle precauzioni finalizzate alla buona riuscita del progetto.

In particolare, si è focalizzata l'attenzione su due aspetti. Innanzitutto sul rischio della formazione di un *business*, come è successo negli U.S.A., e a tal fine si propongono due soluzioni: da un lato si devono limitare i servizi da esternalizzare, oltre la già chiarita preclusione di quelli nucleari, “per evitare che i soggetti privati si specializzino in servizi tipici delle strutture carcerarie e detentive costituendo un vero e proprio mercato del business penitenziario [...]. Occorre, quindi, costruire le condizioni per le quali gli operatori economici tendano a diversificare le loro attività secondo il criterio del tipo di servizio erogato e non

³⁰ C. SARZOTTI, *Op. cit.*

³¹ Cfr. D. RONCO, *Cura sotto controllo. Il diritto alla salute in carcere*, Roma, 2018.

*secondo quello del tipo di strutture entro le quali tali servizi vengono forniti*³²; dall'altro, si deve stimolare il profilo sociale di questo settore dell'imprenditoria, facendo sì che il tornaconto sia dato più dall'immagine che dagli utili economici, come succede per la tutela ambientale.

In secondo luogo, si deve garantire un sistema di verifica del servizio erogato che coinvolga anche i detenuti. Sarebbe il segnale di un'ulteriore progressione culturale: vedere il detenuto anche come persona che deve usufruire dei servizi del carcere significherebbe restringere l'afflittività della sanzione alla limitazione della libertà, in ossequio all'insegnamento della più autorevole dottrina secondo cui la pena è un male necessario, ma se si supera la necessità resta solo il male³³.

In conclusione, anche alla luce delle esperienze di altri Paesi, sembra poco convincente l'idea che l'apertura al mercato possa di per sé risolvere, o anche solo limitare, i problemi odierni. È preferibile, invece, che il legislatore raccolga il recente invito della Consulta, indirizzandosi verso una strutturale revisione del settore, valorizzando la duplice *ratio* di tutela delle REMS.

³² C. SARZOTTI, *Op. cit.*

³³ Cfr. C. ROXIN, *Fragwürdige Tendenzen in der Strafrechtsreform*, in *Radi*, 1966, p. 37.

APPENDICE

ATTIVITÀ DIDATTICHE DEL DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO

A.A. 2021/2022

Prof. Venerando Marano, *Le confessioni religiose e l'Unione europea (Lezione magistrale)*.

Prof. Roberto Rampioni, *Il divieto di analogia in malam partem e la recente sentenza della Corte costituzionale n. 98 del 2021*.

Prof.ssa Camille Aynès, *Pensare la cittadinanza a partire dalla figura del non-cittadino: l'esempio del condannato*.

Dott.ssa Laura Capraro, *La tutela processuale della vittima nei reati di violenza di genere e domestica. Dal Codice rosso alla Riforma Cartabia*.

Prof. Paolo Zuddas, *Intelligenza artificiale e discriminazioni: la prospettiva costituzionale ed europea*.

Prof. Paolo Troisi, *Law enforcement cooperation e scambio di informazioni in ambito europeo*.

Prof. Matteo Caputo, *La colpa penale: un'entità graduabile e misurabile?*

Prof. Luigi Nuzzo, *La città come strumento di trasformazione dello spazio coloniale*.

Prof. Maciej Serowaniec, Prof.ssa Aleksandra Kustra-Rogatka, Prof. Luigi Daniele, Prof. Andrea Buratti, *The recent ruling of the Polish Constitutional Tribunal on EU law*.

Prof.ssa Flavia Lattanzi, *L'Hate speech nell'esperienza dei tribunali penali internazionali (Lezione magistrale)*.

Prof. Raffaello Lupi, *Il catasto tra situazione economica globale (“capacità contributiva”) e gestione tributaria di terreni e fabbricati.*

Prof. Luigi Daniele, *Rinvio pregiudiziale e giudici di ultima istanza: rien ne va plus?*

Prof.ssa Fiammetta Borgia, Dott.ssa Chiara Venturini, *L'elemento soggettivo della complicità tra Stati nelle operazioni con i velivoli a pilotaggio remoto.*

Prof.ssa Stefania Mabellini, Prof.ssa Marta Mengozzi, *Il CSM nella tempesta. La magistratura ordinaria alla luce della Costituzione.*

Prof.ssa Alessandra Gianelli, *Norme self-executing e norme produttive di effetti diretti nel contesto dell'adattamento ai trattati internazionali (Lezione magistrale).*

Prof.ssa Donatella Morana, *Diritto alla salute e libertà costituzionali: riflessioni a partire dall'insegnamento di Pierfrancesco Grossi.*

Prof. Raffaello Lupi, Prof. Marco Fioravanti, *Profili giuridici del ritorno dell'intervento pubblico. Scaletta per un quaderno del dottorato.*

Prof. Luigi Daniele, Prof. Massimo Papa, Prof. Bruno Sassani, Prof. Aristide Police, Prof. Antonio Tizzano, Prof. Eugenio Piccozza, *La questione dei “limiti esterni” della giurisdizione ai sensi dell'art. 111, comma ottavo, Cost.: la sentenza Randstad della Corte di giustizia dell'Unione europea.*

Prof. Giovanni Guzzetta, *Obbligo vaccinale e consenso informato. Profili problematici e aporie giuridiche.*

Prof. Daniele Mattiangeli, *L'utilizzo politico della cittadinanza in Germania e in Austria. Radici storiche e sviluppi moderni.*

Prof. Roberto Rampioni, *Diritto giurisprudenziale nella (recente) prospettiva della Corte costituzionale.*

Prof. Nino Paolantonio, *Intelligenza Artificiale e principi del diritto amministrativo.*

Prof.ssa Pia Acconci, *Immunizzazione planetaria anti-Covid-19. Profili giuridici internazionali.*

Prof.ssa Eloisa Mura, *Il problema della cittadinanza nel diritto coloniale del primo Novecento.*

Prof. Francesco Saitto, Prof. Giorgio Repetto, *Tendenze della giustizia costituzionale in Germania.*

Prof. Stefano Fiore, *La memoria, la storia, l'oblio. Il nodo irrisolto della prescrizione.*

Prof. Marco Nicola Miletta, *La costruzione d'una scienza penalistica. Esperienze italiane tra Otto e Novecento.*

Prof.ssa Roberta Greco, *La responsabilità dello Stato per le violazioni dei diritti umani commesse dalle imprese: recenti sviluppi.*

Dott. Giuseppe Biscardi, *Sequestri e tutela delle posizioni soggettive.*

Prof. Paolo Mengozzi, *Il godimento reale ed effettivo dei diritti del cittadino europeo tra diritto degli Stati membri e diritto dell'Unione europea.*

Prof. Carlo Bonzano, *Anamorfosi e metamorfosi del rito penale, tra proposte di riforma ed istanze di ritorno alle origini (Lezione magistrale).*

Prof.ssa Irene Stolzi, *Diritto e intelligenza artificiale: lo sguardo dello storico*.

Prof. Giulio Prosperetti, *Gli “occhiali” del Giudice Costituzionale: Giulio Prosperetti (Lezione magistrale)*.

Prof. Roberto Rampioni, *La riforma dell’abuso d’ufficio*.

Dott. Marco Maria Cellini, Dott. Emanuele Fratto Rosi Gripaudo, *Studi di diritto amministrativo: nuovi percorsi. L’anomalia dell’offerta nel sistema dei contratti pubblici: profili sostanziali e processuali*.

Dott.ssa Bianca Ballini, Dott.ssa Ilaria Giugni, Dott. Cosimo Pedullà, *Presentazione tesi dottorato*.

Dott.ssa Anna Maria Chiariello, Dott. Giuseppe Andrea Primerano, *Studi di diritto amministrativo: nuovi percorsi. La tutela della biodiversità e la gestione sostenibile del suolo*.

Prof. Eugenio Picozza, *Trasformazioni del concetto di diritto e di ordinamento giuridico (Lezione magistrale)*.

Dott.ssa Valentina Tamburrini, *Il potere sostitutivo statale a vent’anni dalla sua “costituzionalizzazione”*.

Prof.ssa Federica Mucci, Dott.ssa Rita Lopez, *La guerra contro l’Ucraina: una sfida per la giustizia penale internazionale*.

Prof. Giacomo Biagioni, *La circolazione delle persone e gli effetti sui rapporti familiari dopo le sentenze Coman e Pancharevo*.

Prof. Antonio Marchesi, *Gli obblighi internazionali in materia di tortura e la loro attuazione in Italia*.

Prof. Massimo Nunziata, *L’eccesso di potere giurisdizionale nel dialogo tra le Corti*.

Prof. Roberto Cisotta, *La riforma del Patto di stabilità e di crescita*.